Boxoft Image To PDF Demo. Purchase from www.Boxoft.com to remove the watermark

УНИВЕРСИТЕТ имени О.Е. КУТАФИНА МГЮА 85 1931 2016

ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Том 2
АВТОРСКОЕ ПРАВО

Учебник

Под общей редакцией
доктора юридических наук, профессора
Л.А. Новоселовой

СТАТУТ
МОСКВА 2017

УДК 347.77
ББК 67.404.3
П 68

Рецензенты:
А.Г. Серго – доктор юридических наук, профессор кафедры авторского права, смежных прав и частноправовых дисциплин Российской государственной академии интеллектуальной собственности;
В.А. Корнеев – кандидат юридических наук, доцент кафедры интеллектуальных прав Исследовательского центра частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, заместитель председателя Суда по интеллектуальным правам.

П 68 **Право интеллектуальной собственности. Т. 2. Авторское право**: Учебник / Под общ. ред. д.ю.н., проф. Л.А. Новоселовой. – М.: Статут, 2017. – 367 с.

ISBN 978-5-8354-1350-8 (Т. 2) (в пер.)
ISBN 978-5-8354-1326-3

Во втором томе «Авторское право» учебника по праву интеллектуальной собственности рассматриваются понятие, история и источники авторского права, дается характеристика объектов и субъектов авторских и смежных прав, раскрываются их содержание, порядок осуществления, сроки действия, анализируются случаи свободного использования объектов указанных прав, особенности договоров по созданию и использованию этих объектов, а также особенности правовой охраны авторских и смежных прав.

Учебник подготовлен творческим коллективом, включающим как сотрудников кафедры интеллектуальных прав Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА), так и других признанных ведущих специалистов в этой области.

Для студентов и преподавателей юридических вузов и юристов-практиков, а также широкого круга лиц, создающих и использующих объекты авторских и смежных прав.

УДК 347.77
ББК 67.404.3

ISBN 978-5-8354-1350-8 (Т. 2)
ISBN 978-5-8354-1326-3

© Коллектив авторов, 2017
© Статут, 2017

Авторский коллектив

Гринь Е.С., кандидат юридических наук, доцент кафедры интеллектуальных прав Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА), заместитель заведующего кафедрой по научной работе – гл. 2, 3, 6;

Калятин В.О., кандидат юридических наук, старший научный сотрудник Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», профессор Исследовательского центра частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, главный юрист по интеллектуальной собственности РОСНАНО – гл. 4;

Михайлов С.В., кандидат юридических наук, преподаватель кафедры интеллектуальных прав Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА) – гл. 11;

Мурзин Д.В., кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права Уральского государственного юридического университета – гл. 1, 5;

Новоселова Л.А., доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой интеллектуальных прав Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист РФ – гл. 9 (в соавторстве с Е.А. Павловой);

Павлова Е.А., кандидат юридических наук, начальник отдела законодательства об интеллектуальных правах и заведующая кафедрой интеллектуальных прав Исследовательского центра частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ – гл. 9 (в соавторстве с Л.А. Новоселовой);

Рузакова О.А., доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры интеллектуальных прав Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА), заместитель руководителя аппарата Комитета Государственной Думы по государственному строительству и законодательству – гл. 7 (в соавторстве с С.П. Степкиным), 10;

Синельникова В.Н., доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского и предпринимательского права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», профессор кафедры гражданского и предпринимательского права Российской государственной академии интеллектуальной собственности – гл. 8;

Степкин С.П., кандидат юридических наук, заведующий кафедрой гражданско-правовых дисциплин Московского института современного академического образования, член Ассоциации юристов России – гл. 7 (в соавторстве с О.А. Рузаковой).

Оглавление

Международные соглашения 8
Список сокращений 11
Глава 1. Понятие, история и источники авторского права 13
§ 1. Авторское право и авторские права 13
§ 2. Правовая природа авторских прав (теоретическое обоснование авторских прав) 17
§ 3. Субъективные авторские права 29
§ 4. Права, смежные с авторскими 32
§ 5. История развития законодательства об авторском праве 34
§ 6. Система источников авторского права 67
Глава 2. Объекты авторских прав 75
§ 1. Общие положения 75
§ 2. Литературные произведения 79
§ 3. Отдельные разновидности произведений искусства 80
§ 4. Произведения науки, географические, геологические и другие карты, планы, эскизы 84
§ 5. Часть произведения, его название и персонаж 85
§ 6. Аудиовизуальные произведения и иные сложные объекты 88
§ 7. База данных 91
§ 8. Программы для ЭВМ 93
§ 9. Производные и составные произведения 95
Глава 3. Объекты смежных прав 100
§ 1. Общие положения 100
§ 2. Характеристика отдельных объектов смежных прав. Исполнение 103
§ 3. Фонограммы 106
§ 4. Сообщения передач в эфир и по кабелю 109
§ 5. Базы данных 111
§ 6. Права публикатора произведения, обнародованного после перехода в общественное достояние 114
Глава 4. Субъекты авторского права 119
§ 1. Общие положения 119
§ 2. Авторство. Соавторство 123
§ 3. Правообладатели 127

§ 4. Система коллективной защиты прав авторов и правообладателей. Организации по коллективному управлению правами 130
Глава 5. Критерии охраноспособности объектов авторского права 137
§ 1. Общие положения 137
§ 2. Творческий характер деятельности по созданию произведения (концепция творческого труда) 142
§ 3. Форма выражения произведения 145
§ 4. Смежные права: проблема подражаний 152
§ 5. Наличие связи исключительного авторского права с территорией Российской Федерации 153
§ 6. Объекты, не охраняемые авторским правом 155
§ 7. Знаки правовой охраны авторских прав 167
Глава 6. Содержание авторских прав 172
§ 1. Общие положения об авторских правах. Исключительное право на объекты авторских прав: понятие, общая характеристика 172
§ 2. Способы использования произведения 176
§ 3. Личные неимущественные права автора. Общие положения 184
§ 4. Иные права автора 190
Глава 7. Содержание прав, смежных с авторскими 196
§ 1. Общие положения 196
§ 2. Исключительные смежные права 202
§ 3. Личные неимущественные права 225
Глава 8. Сроки действия авторских и смежных прав 233
§ 1. Общие положения 233
§ 2. Сроки действия исключительных прав в отношении объектов авторских прав 239
§ 3. Сроки действия исключительных прав в отношении объектов смежных прав 251
§ 4. Сроки действия исключительных прав на объекты авторских и смежных прав, охраняемых в соответствии с международными договорами Российской Федерации 260
§ 5. Действие личных неимущественных прав авторов и субъектов прав, смежных с авторскими 265
Глава 9. Свободное использование произведений и объектов смежных прав 269
§ 1. Общие положения 269
§ 2. Свободное распространение 274
§ 3. Свободное воспроизведение в личных целях 276

§ 4. Свободное использование в информационных, научных, учебных или культурных целях 282
§ 5. Свободное воспроизведение произведения для целей правоприменения 302
§ 6. Свободное использование в целях осуществления технических потребностей 303
§ 7. Особенности свободного использования программ для ЭВМ и баз данных 306
§ 8. Свободное использование музыкальных произведений и фонограмм с выплатой вознаграждения 310
Глава 10. Особенности договоров по созданию и использованию объектов авторских и смежных прав 315
§ 1. Система договоров по созданию и использованию объектов авторских и смежных прав 315
§ 2. История развития законодательства об авторских договорах и договорах о распоряжении смежными правами 318
§ 3. Договор об отчуждении исключительного права на произведение, объект смежных прав 322
§ 4. Лицензионный договор 328
§ 5. Договор заказа на создание произведения, программы для ЭВМ, базы данных 338
§ 6. Договоры заказа на создание произведений, программ для ЭВМ, базы данных для государственных и муниципальных нужд 344
§ 7. Служебные произведения и объекты смежных прав 349
Глава 11. Нарушение авторских и смежных прав 355
§ 1. Общие положения 355
§ 2. Прямые нарушения авторских прав. Косвенные нарушения 358
§ 3. Объект нарушения. Особенности мер защиты авторских и смежных прав 362

Международные соглашения

Основные международные соглашения в области интеллектуальной собственности

Конвенция об учреждении Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) 1967 г.

Соглашение о правовых аспектах прав интеллектуальной собственности, входящее в пакет документов о создании Всемирной торговой организации (ВТО) (Соглашение TRIPS) 1994 г.

Основные международные соглашения в сфере авторских прав

Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений 1886 г. (в ред. 1971)

Всемирная (Женевская) конвенция об авторских правах (в ред. 1952 и 1971 гг.)

Договор ВОИС об авторском праве 1996 г.

Основные международные соглашения в сфере смежных прав

Конвенция об охране интересов исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций (Римская конвенция) 1961 г.

Конвенция о распространении несущих программы сигналов, передаваемых через спутники (Брюссельская конвенция) 1974 г.

Конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм (Женевская конвенция) 1971 г.

Договор ВОИС об исполнениях и фонограммах 1996 г.

Основные международные соглашения в области промышленной собственности

Мадридское соглашение о международной регистрации знаков 1891 г.

Конвенция по охране промышленной собственности 1883 г.

Договор о законах по товарным знакам 1994 г.

Договор о законах по товарным знакам 2006 г.

Соглашение о международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков 1957 г.

Договор об охране олимпийского символа 1981 г.

Основные международные соглашения в области патентного права

Конвенция по охране промышленной собственности 1883 г.

Договор о патентной кооперации 1970 г.

Договор о патентном праве (PLT) 2000 г.

Соглашение об учреждении международной классификации промышленных образцов 1968 г.

Соглашение о международной патентной классификации 1971 г.

Договор о международном признании депонирования микроорганизмов для целей патентной процедуры 1977 г.

Евразийская патентная конвенция 1994 г.

Международная конвенция по охране новых сортов растений 1961 г.

Соглашение об охране наименований места происхождения и их международной регистрации 1958 г.

Гаагское соглашение о международной регистрации промышленных образцов 1999 г.

Региональные соглашения

Соглашение стран СНГ о сотрудничестве в области охраны авторского права и смежных прав 1993 г.

Директива ЕС от 14 мая 1991 г. № 91/250/ЕЕС о правовой охране программ для ЭВМ

Директива ЕС от 19 ноября 1992 г. № 92/100/ЕЕС о праве на прокат и праве на предоставление в безвозмездное временное пользование и некоторых правах, относящихся к авторскому праву в области интеллектуальной собственности

Директива ЕС от 27 сентября 1993 г. № 93/83/ЕЕС о согласовании некоторых норм авторского права и прав, относящихся к авторскому праву, применимых к эфирному вещанию через спутник и к ретрансляции по кабелю

Директива ЕС от 29 октября 1993 г. № 93/98/ЕЕС о гармонизации срока действия охраны авторского права и некоторых смежных прав

Директива ЕС от 11 марта 1996 г. № 96/9/ЕС о правовой охране баз данных

Директива ЕС от 6 июля 1998 г. № 98/44/ЕС о патентоспособности биотехнологических изобретений

Директива ЕС от 13 октября 1998 г. № 98/71/ЕС о патентной охране промышленных образцов

Директива ЕС от 22 мая 2001 г. № 2001/29/ЕС о гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе

Директива ЕС от 27 сентября 2001 г. № 2001/84/ЕС о праве перепродажи в интересах автора оригинала произведения искусства

Директива ЕС от 29 апреля 2004 г. № 2004/48/ЕС о защите прав на объекты интеллектуальной собственности

Директива ЕС от 12 декабря 2006 г. № 2006/115/ЕС о праве сдачи в прокат и внаем и некоторых правах, смежных с авторскими в области интеллектуальной собственности

Директива ЕС от 12 декабря 2006 г. № 2006/116/ЕС о гармонизации сроков охраны авторских и некоторых смежных прав

Директива ЕС от 25 октября 2012 г. № 2012/28/ЕС о некоторых случаях использования «произведений-сирот» (произведений, для которых автор или правообладатель не установлен (orphan works)

Директива ЕС от 4 апреля 2014 г. по коллективному управлению авторскими и смежными правами и мультитерриториальному лицензированию музыкальных произведений, использующихся онлайн в Интернете

Список сокращений

Нормативные правовые акты

Конституция – Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 г.

АПК РФ – Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ

ГК РФ – Гражданский кодекс Российской Федерации: часть первая от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ; часть вторая от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ; часть третья от 26 ноября 2001 г. № 146-ФЗ; часть четвертая от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ

ГПК РФ – Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ

КоАП РФ – Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ

НК РФ – Налоговый кодекс Российской Федерации: часть первая от 31 июля 1998 г. № 146-ФЗ; часть вторая от 5 августа 2000 г. № 117-ФЗ

СК РФ – Семейный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 1995 г. № 223-ФЗ

ТК РФ – Трудовой кодекс Российской Федерации от 30 декабря 2001 г. № 197-ФЗ

УК РФ – Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ

Иное

ВОИС – Всемирная организация интеллектуальной собственности

ЕГРЮЛ – Единый государственный реестр юридических лиц

ЕС – Европейский Союз

ИМС – интегральные микросхемы

ИС – интеллектуальная собственность

НДС – налог на добавленную стоимость

НИОКР – научно-исследовательские и опытно-конструкторские работы

ООН – Организация Объединенных Наций

РГ – Российская газета
РИД – результаты интеллектуальной деятельности
РСФСР – Российская Советская Федеративная Социалистическая Республика
РФ – Российская Федерация
СЗ – Собрание законодательства
СП – Собрание постановлений
СУ – Собрание узаконений
СМИ – средства массовой информации
СССР – Союз Советских Социалистических Республик
ТРИПС – Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности
ФАС – Федеральный арбитражный суд
ФЗ – федеральный закон
ЭВМ – электронные вычислительные машины

Глава 1. Понятие, история и источники авторского права

§ 1. Авторское право и авторские права
§ 2. Правовая природа авторских прав (теоретическое обоснование авторских прав)
§ 3. Субъективные авторские права
§ 4. Права, смежные с авторскими
§ 5. История развития законодательства об авторском праве
§ 6. Система источников авторского права

§ 1. Авторское право и авторские права

Терминология: почему «авторское»? В течение более чем столетия, с конца XVIII до начала XX в., законодательства разных стран ищут для обозначения прав, являющихся содержанием творческих отношений, термины, отличные от «литературной (умственной) собственности» – и в этом смысле между терминологией англосаксонского и континентального права гораздо больше сходства, чем различий. Так, в английских биллях 1899 и 1900 гг. окончательно закрепляется *copyright* («право копий», «право на воспроизведение»), в германских законах 1870 и 1901 гг. – тяжеловесное *Urheberrecht* («право первовиновника»). Во Франции со времен революционного законодательства 1791 и 1793 гг. *droit d'auteur* («право авторское», «право автора») мирно соседствует с «интеллектуальной (литературной и художественной) собственностью»[1]. Российское законодательство придерживается, следовательно, французской терминологии (в том числе и в части терпимого отношения к интеллектуальной «собственности»).

Вся эта терминология уже в момент возникновения была достаточно условна. Понятно, что авторское право регулирует отношения

[1] См.: Гражданское уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения. Под редакцией И.М. Тютрюмова. В 2 т. СПб, 1910. Т. 1. С. 1121–1123; *Липцик Д.* Авторское право и смежные права / Пер. с фр. М. Федотова. М.: Ладомир; Изд-во ЮНЕСКО, 2002. С. 31–33.

с различными субъектами, а не только с авторами, равно как и обладателями исключительного авторского права могут быть лица, далекие от творчества. В период подготовки части четвертой Гражданского кодекса РФ высказывались предложения по изменению терминологии, например, по переименованию авторских и смежных прав в «художественные права»[1] (это было бы ближе к изначальной терминологии русского права XIX в.). Однако законодатель предпочел сохранить ставшие привычными понятия.

Единственное и множественное число. Принято различать термины «авторское право» (в единственном числе) и «авторские права» (во множественном числе). Авторское право (в единственном числе) – это право в объективном смысле, т.е. совокупность правовых норм. Авторские права (во множественном числе) – это субъективные гражданские права.

В литературе и некоторых нормативных актах[2] встречается терминология, когда авторское право (и шире – право «интеллектуальной собственности») рассматривается во втором значении как совокупность прав на результат творческой деятельности. Такая многозначность одного термина часто бытует в юриспруденции (например, «право собственности» рассматривается традиционно сначала как объективное, а затем как субъективное право), однако правильнее было избегать подобного смешения. Весьма удачно, что терминология современного российского законодательства чаще всего дает возможность разграничить объективные и субъективные интеллектуальные права.

Отраслевая принадлежность авторского права. В российском законодательстве положения об авторском праве включены в ГК РФ. Это решение является далеко не очевидным. Так, в эпоху первой советской кодификации гражданского права современники отмечали правильность решения не включать нормы об авторском праве в ГК РСФСР 1922 г., а ограничиться отдельным положением об авторском праве. Отмечалось, что «авторское право соприкасается с областью публичного права, так как оно затрагивает самые важные интересы общества» и что «авторское право есть право своеобразное, которое по своей структуре, по условиям возникновения и прекращения, по объему со-

[1] См.: *Дозорцев В.А.* Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: Сб. статей. М.: Статут, 2003. С. 55–56.

[2] См., например: ст. 4 Модельного кодекса интеллектуальной собственности для государств – участников СНГ (Принят в г. Санкт-Петербурге 7 апреля 2010 г. Постановлением 34-6 на 34-м пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ).

держания и защиты имеет особый специальный характер, отличающий его от всех других институтов гражданского права»[1]. Но уже ко времени второй советской кодификации пришло понимание: следует рассматривать советское авторское право как особую часть гражданского права, что и предопределило включение раздела об авторском праве в ГК РСФСР 1964 г.

Решающим является то, что субъективные авторские права принадлежат все же целиком к категории частноправовых (гражданских) прав. Наличие большого числа публичных элементов в составе норм об авторском праве, а также защита авторских прав уголовным и административным законодательством не могут повлиять на отраслевую принадлежность авторского права, которая определяется в соответствии с предметом и методом правового регулирования.

Включение норм об авторском праве в кодифицированный акт гражданского законодательства не свойственно практике даже континентальной семьи права, где в целом признается частноправовая принадлежность авторского права, но предпочтительным считается издание самостоятельных законов об авторском праве. Нужно признать, что детальное регулирование авторского права на уровне гражданского кодекса, когда издание отдельных законов не предусматривается, является осознанной традицией российского законодательства.

Понятие авторского права. В законодательстве Европейского Союза можно обнаружить описание авторского права с экономической точки зрения: «Авторское право есть экономическая основа для индустрии творчества, поскольку оно стимулирует инновации, созидание, инвестиции и производство... Авторское право – это важный инструмент, гарантирующий вознаграждение за творческий труд»[2].

С юридической точки зрения авторское право является правовым институтом, входящим в подотрасль гражданского права об интеллектуальных правах. В этой связи для выработки понятия авторского права необходимо учитывать общие положения о предмете гражданского права: гражданское законодательство определяет *основания возникновения и порядок осуществления интеллектуальных прав* (п. 1 ст. 2 ГК РФ). В советский период отечественного права принято было давать понятие авторскому праву как группе норм, регулирующих отноше-

[1] См.: *Канторович Я.А.* Основные идеи гражданского права. Харьков: Юрид. изд-во НКЮ УССР, 1928. С. 196, 222.

[2] См.: п. 5 Преамбулы Директивы № 2012/28/ЕС Европейского Парламента и Совета ЕС от 25 октября 2012 г. об определенном разрешенном использовании произведений, не определяемых по субъекту авторского права.

ния, возникающие в связи с *созданием и использованием произведений* литературы, науки, искусства[1]. Думается, однако, что сам процесс творчества («создание произведений») не подлежит правовому регулированию. Не случайно действующее российское законодательство берет на себя только установление условий, при которых результаты интеллектуальной деятельности (и произведения в их числе) признаются охраняемыми. Современные исследователи подчеркивают миссию (предназначение) авторского права как области законодательства, *признающей и закрепляющей* субъективные права определенных лиц на результаты творчества, которые закон, в свою очередь, причисляет к охраняемым объектам[2].

Таким образом, можно дать следующее понятие авторского права. ***Авторское право** – это совокупность гражданско-правовых норм, которые 1) устанавливают условия признания произведения науки, литературы и искусства охраняемым объектом; 2) устанавливают основания возникновения и порядок осуществления интеллектуальных прав на произведение; 3) регулируют отношения по поводу использования произведения и распоряжения правами на произведение; 4) предусматривают охрану интеллектуальных прав на произведение и способы их защиты.*

Авторские права. Как и всякие субъективные права, авторские права представляют собой меру возможного поведения управомоченного субъекта (правообладателя). Авторские права – это совокупность различных по своей правовой природе абсолютных субъективных прав на произведение науки, литературы и искусства. Авторские права – синоним интеллектуальных прав на произведение, которые подразделяются, как известно, на: 1) исключительное право; 2) личные неимущественные права; 3) иные права. Конкретная характеристика авторских прав зависит от того, к какой категории они относятся (см. ниже § 3 «Субъективные авторские права»).

Дать содержательную характеристику авторским правам в целом не представляется возможным, поскольку понятие авторских прав (как синонима интеллектуальных прав) используется «для классификационных целей как средство отнесения субъективных прав на результаты интеллектуальной деятельности к определенной категории, к опре-

[1] См., например: *Гордон М.В.* Советское авторское право. М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1955. С. 5; *Богуславский М.М.* Участие СССР в международной охране авторских прав. М.: Юрид. лит., 1974. С. 3 и др.

[2] См.: *Маковский А.Л.* Исключительные права и концепция части четвертой Гражданского кодекса // *Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010. С. 592; *Липцик Д.* Указ. соч. С. 13.

деленному типу гражданских прав и разграничения таким образом с гражданскими правами других типов – вещными, обязательственными, корпоративными»[1].

§ 2. Правовая природа авторских прав (теоретическое обоснование авторских прав)

В науке традиционной является констатация сложностей, связанных с выявлением правовой природы авторских прав и места, которое авторское право занимает в общей системе права.

Исторически развитие представлений о природе авторских прав прошло через несколько этапов:

– право, предоставляемое по привилегии;
– право литературной собственности;
– исключительное право;
– двойственная природа авторских прав;
– интеллектуальные права.

Право, предоставляемое по привилегии. Считается, что система привилегий держалась в континентальной Европе несколько веков: от изобретения книгопечатания до конца XVIII в., когда в революционной Франции были приняты специальные законы о литературной и художественной собственности. Привилегией именовался акт верховной власти, выдаваемый конкретному лицу (чаще издателю, чем автору) по просьбе последнего. Содержанием привилегии как раз и являлись конкретные субъективные права. Рассмотрим выданную в период расцвета этой юридической конструкции типичную привилегию автору от испанского короля, помещенную на первых страницах одного романа, изданного в 1605 г.

1. Сначала приводились адресат, обоснование выдачи привилегии и ее цель: «Во внимание того, что от вас, Мигель де Сервантес, поступил к Нам доклад о том, что вы сочинили книгу, озаглавленную «Хитроумный идальго Дон Кихот Ламанчский», которая потребовала от вас много труда и является весьма полезной и прибыльной, – вы просили и умоляли Нас дать вам разрешение и право напечатать ее, а также дать вам привилегию на срок, какой Нам угодно будет и какой Мы соблаговолим. Рассмотрев книгу, члены Нашего Совета, – во внимание к тому, что относительно нее были выполнены все

[1] Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского. М.: Статут, 2008. С. 281 (автор комментария – А.Л. Маковский).

мероприятия, предписываемые последним Нашим постановлением о книгопечатании, – пришли к решению, что Мы должны повелеть выдать вам эту Нашу грамоту, объяснив и основания такого решения, и Мы одобрили его».

2. Затем следовало собственно содержание привилегии: разрешение и право печатать упомянутую книгу в пределах королевства в течение 10 лет со дня выдачи привилегии (за несколько месяцев до выхода книги в свет).

3. После чего в адрес третьих лиц, которые без полномочий автора «напечатают книгу или будут продавать ее, или поручат кому-либо издать и продавать ее», содержались угрозы «лишиться всего сделанного ими издания, шрифта и приспособлений к печатанью и, сверх того, подвергнуться штрафу в пятьдесят тысяч мараведи каждый раз, как они нарушат закон».

4. Заканчивался текст привилегии предписаниями явно цензурного характера[1].

Каково влияние системы привилегий на формирование понятий об авторском праве? Действительно ли оно сплошь отрицательное и было тупиковой ветвью развития?

В привилегии на печатание «Дон Кихота» в основных чертах верно схвачено содержание имущественного авторского права как правомочия на изготовление материальных носителей, в которых воплощен результат творческой деятельности. Санкции за нарушение права вполне узнаваемы по сегодняшнему российскому законодательству, разве что распределение штрафа было иным: одна треть идет предъявителю обвинения, другая треть в пользу королевского фиска, «а последняя треть – судье, который постановит приговор». Тем самым общее представление о сущности имущественных авторских прав и способе их защиты привилегия давала.

Стоит отметить курьезный терминологический аспект. При знакомстве с историей авторского права в России немалое удивление вызывает тот факт, что очень современный термин «исключительное право» широко применялся уже в первых нормативных актах пушкинской поры[2]. Однако если брать тогдашнее значение этого термина, то выясняется, что

[1] См.: *Мигель Сервантес де Саведра.* Хитроумный идальго Дон Кихот Ламанчский. В 2 т. М.: Наука (Серия «Литературные памятники».), 2003. Т. I. С. 17–18.

[2] В российской науке термин «исключительные права» был общепринят в начале XX в. (см.: *Раевич С.Н.* Гражданское право буржуазно-капиталистического мира в его историческом развитии (1789–1926. Франция, Италия, Польша, Голландия, Румыния, Российская Империя, Австрия, Германия, Швейцария). М., Л.: Гос. изд-во, 1929. С. 295).

«исключительный» – это «особый, не подверженный общим правилам, законам», а синонимом «исключительного права» является не что иное, как «привилегия»[1]. Таким образом, наиболее прогрессивная категория современного авторского права оказывается неразрывно связанной с, казалось бы, давно отброшенной первоосновой.

Привилегия основана на идее монополии. И это верный подход, поскольку монополия является общей предпосылкой для признания и защиты каких-либо прав, относящихся к категории абсолютных. Как раз более естественным было бы на заре возникновения представления об авторских правах обратиться по аналогии к праву собственности («для материальных вещей монополия выражается в институте права собственности»)[2], но не проявилось ли у европейцев юридическое чутье, которое заставило их искать для автора и издателя особое абсолютное право, отличное от права собственности? Что касается решительного слома системы привилегий в авторском праве, то Французская революция «начала с того, что в 1789 году отменила все без исключения привилегии, но кончила она тем, что установила систему исключительных прав (т.е. тех же монополий, но ставших из исключения правилом)»[3].

Традиционно принято негативно отзываться о системе привилегий как раз из-за того, что привилегия носит характер монаршей милости. Широко распространено мнение, что «признание авторского права связано с уничтожением привилегии-милости»[4]. Но насколько привилегии в период своего расцвета могли считаться волюнтаристическими актами? На примере Сервантеса мы видим, что, с одной стороны, он, действительно, «просил и умолял дать привилегию». Но, с другой-то стороны, королевский совет принимает решение о выдаче привилегии на основании «последнего постановления о книгопечатании», т.е. издавал индивидуальный ненормативный акт во исполнение общеправовых предписаний. В России, где необходимость в закреплении прав на печатное произведение появилась во второй половине XVIII в., «вообще не были известны классические срочные привилегии на определенные произведения, так распространенные в Европе после изобретения книгопечатания». Поэтому, формально оставаясь актами монаршей

[1] Словарь русского языка XVIII века. Вып. 9. Из–Каста. СПб.: Наука, 1997. С. 116 // Фундаментальная электронная библиотека «Русская литература и фольклор» (ФЭБ) // http://feb-web.ru/feb/sl18/slov-abc/

[2] См.: *Дозорцев В.А.* Указ. соч. С. 112.

[3] *Раевич С.Н.* Указ. соч. С. 298.

[4] См.: *Раевич С.Н.* Указ. соч. С. 296.

милости, российские привилегии, выдаваемые издателям, носили не индивидуально-определенный, а нормативный, общий характер[1].

Важнейшие принципы системы привилегий: а) это ненормативный правовой акт в отношении конкретного результата творческой деятельности; б) краткие сроки исключительного права, начало которых определяется изданием самого ненормативного акта. Современное авторское право построено на иных принципах. Но они сохранены в патентном праве. Следовательно, отказ от системы привилегий в авторском праве связан не столько с тем, что привилегии несовместимы с духом творческих отношений, сколько с тем, что практика выработала для авторского права собственные отличительные признаки правовой охраны.

Очевидна связь привилегий с цензурой[2] – возможно, из-за этой связи в России по крайней мере надолго лишенным ясности остался вопрос об отраслевой принадлежности авторского права: первые нормы об авторском праве появились в 1828 г. в составе Цензурного устава, и только через 60 лет положения об авторском праве попали в Свод законов гражданских. Но ведь и Г.Ф. Шершеневич еще в начале XX в. считал, будто авторское право не может охранять личные интересы автора, которые обеспечиваются более всего «свободою слова и печати»[3]. Следовательно, дело не столько в отраслевой принадлежности привилегий, сколько в разрешении проблемы состава авторских прав.

Право литературной собственности. К концу XVIII в. философские идеи о естественном, совершенном праве находили свое воплощение в том, что законодательства революционных стран (Франция, США) определили круг естественных прав человека и гражданина – к естественным правам из числа имущественных оказалось причисленным и право собственности. Система привилегий, которая ассоциировалась

[1] См.: *Чупова М.Д.* История авторского права в России XIX века: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000. С. 17.

[2] Ср.: «Привилегия, даруемая правительством издателям, была первоначальной формой защиты интересов первых издателей, а вместе с ними и авторов, получавших от них гонорар и заинтересованных в успехе предпринимаемых первыми изданий. Впоследствии эти привилегии получили другое значение: выдача привилегии на исключительное печатание сочинения из акта милости, оказываемой издателям или авторам, превратилось в орудие цензуры в руках правительств, которые с целью контроля над произведениями литературы и для предупреждения возможности распространения неугодных сочинений установили общее правило печатания книг не иначе как по предварительно выданной привилегии» (*Канторович Я.А.* Указ. соч. С. 201).

[3] *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. В 2 т. М.: Статут (Серия «Классика российской цивилистики».), 2005. Т. I. С. 432.

с монаршей милостью, была решительно отвергнута и покрыта позором. Авторские права оказались причислены к естественным правам и объединены под вывеской литературной собственности.

Впрочем, представления о праве собственности подтачивали систему привилегий даже в странах, далеких от революционных потрясений: так, в России со второй половины XVIII в. привилегии выдавались без указания срока – это было связано «с представлением о бессрочности права автора по аналогии с правом собственника»[1]. Действительно, именно вопрос о сроке действия авторских прав стал ключевым. Как отмечалось Комиссией по составлению проекта Гражданского уложения Российской империи: «главное различие между правом собственности литературной, художественной и музыкальной и обыкновенным правом собственности на вещи материальные заключается в срочности авторского права, тогда как право собственности на вещь считается вечным и потомственным. Из-за этого именно различия и ведется издавна спор по вопросу о признании авторского права особым видом права собственности»[2].

Впервые пожизненный срок действия, пусть пока только «права продажи и выдачи разрешений на продажу произведений», был установлен французским революционным законодательством в 1793 г. – «другие страны европейского континента одна за другой постепенно последовали примеру Франции»[3]. Параллельно стали устанавливаться и посмертные сроки действия имущественных авторских прав. В 1878 г. в Париже состоялся международный литературный конгресс с весьма авторитетным составом (почетным президентом конгресса был В. Гюго, а вице-президентом – И.С. Тургенев). Конгресс следующим образом отразил чаяния литераторов: «авторское право является одним из видов права собственности, а потому право автора, его наследников или преемников должно быть вечно»[4].

С научной точки зрения теория литературной собственности означала, что «права авторов на их произведения относятся к категории вещных прав, институт литературной собственности основывается на общих началах собственности, по аналогии с правом собственности на телесные вещи»[5]. Легальная дефиниция авторского права с проприетарных позиций планировалась в проекте Гражданского

[1] См.: *Чупова М.Д.* Указ. соч. С. 17.
[2] Гражданское уложение. Проект. Т. 1. С. 1123.
[3] См.: *Раевич С.Н.* Указ. соч. С. 299.
[4] См.: *Канторович Я.А.* Указ. соч. С. 206.
[5] *Канторович Я.А.* Указ. соч. С. 203.

уложения Российской империи, и дефиниция эта не производит потрясающего впечатления: «Авторское право, смотря по тому, относится ли произведение к литературе, музыке или художеству, именуется литературною, музыкальною или художественною собственностью» (ст. 1264 Проекта).

Возражения против теории литературной собственности выдвигались по нескольким направлениям.

Во-первых, вызывали сомнение сами принципы *безусловности, неограниченности и вечности*, на которых строилась теория литературной собственности. В бесподобной манере высказал эти сомнения Наполеон I на заседании государственного совета 2 сентября 1808 г.: «Вечность собственности в семействах авторов приводит к неудобствам. Литературная собственность есть собственность бестелесная, которая будучи течением времени и преемственными переходами разделена между множеством индивидов, кончится тем, что перестанет существовать для всех, ибо каким образом большое число собственников, часто далеко друг от друга живущих и спустя несколько поколений едва знающих друг друга, согласятся между собой и поделят расходы на перепечатку общего им автора?... Лучшие книги незаметно выйдут из употребления... Кроме того, представляется другое, не менее важное неудобство. Прогресс просвещения будет остановлен, так как комментировать и делать примечания к сочинениям не будет дозволено, а толкования, примечания и комментарии не могут быть отделены от текста, на печатание которого комментаторы не имею права»[1]. С тех пор общим местом стали высказывания об интересах общества, которыми должны быть уравновешены абсолютные авторские права. Данные возражения привели к развитию системы ограничений авторских прав, возможности использовать произведение без согласия правообладателя.

Во-вторых, выдвигались возражения по формальному признаку, которые сводились к тому, что объектом права собственности могут быть только материальные вещи. В литературной же собственности, напротив, «предмет права имеет свойство духовное, бестелесное. Философ Кант первый обратил внимание на это свойство авторского права, а за ним вслед стали исследовать его новейшие мыслители». Данная группа возражений еще позволяла говорить об авторском праве как об аналогии права собственности, когда «создается особливая категория прав по имуществу, в которой власть над имуществом сходится

[1] *Канторович Я.А.* Указ. соч. С. 207, 209.

с вещным правом по своей безусловности, но отличается от него тем, что простирается и за пределы материальной вещи, служащей предметом права»[1].

В-третьих, выдвигались возражения по существу, когда указывалось на то, что «понятие об авторском праве, несомненно, шире понятия права собственности. Авторское право к тому же есть и личное право»[2]. Эти возражения заставляли говорить об особой природе абсолютного авторского права, которое должно быть отграничено от права собственности.

В совокупности все эти возражения и превратили в анахронизм не только «литературную собственность», но и «интеллектуальную собственность» в целом.

Тем не менее влияние проприетарной теории на современное авторское право оказалось весьма чувствительным. Именно теории литературной собственности мы обязаны огромными сроками действия исключительного авторского права (в течение всей жизни автора плюс длительный, все более увеличивающийся, период после его смерти). Кроме того, некоторые полномочия автора в современном законодательстве могут вызвать сомнения в своей обоснованности. Так, «авторское право включает исключительное право автора переводить, выпускать в свет переводы и разрешать перевод и выпуск в свет переводов произведений» (п. 1 ст. V Женевской Всемирной конвенции об авторском праве 1952 г.). Включение этого правомочия в состав исключительного авторского права вовсе не является самоочевидным. Строго говоря, это правомочие автора входит в противоречие с фундаментальным принципом авторского права, когда охраняется только форма произведения. Однако все встанет на свои места, если вспомнить, что позиция, согласно которой право на перевод и другие переработки принадлежит автору оригинального произведения, была обнародована литераторами на Парижском международном литературном конгрессе 1878 г., где царила исключительно агрессивная теория литературной собственности[3]. Так что привычное право автора

[1] См.: *Победоносцев К.П.* Курс гражданского права. В 3 ч. М.: Статут (Серия «Классика российской цивилистики».), 2002. Ч. 1. Вотчинные права. С. 699.

[2] См.: *Синайский В.И.* Русское гражданское право. М.: Статут (Серия «Классика российской цивилистики».), 2002. С. 276.

[3] И.А. Гончаров по горячим следам очень эмоционально отреагировал на это «возмутительное нахальство»: «Комиссия Конгресса, решая вопросы об авторском праве, налагает запрещение не только на переводы авторов на другие языки, но и на всякие переделки, подделки, adaptation, то есть присвоение идеи, сюжета!! Это безумие! Авторы всех литератур беспрестанно сходятся в идеях: как же тут разобрать и разграничить?»

на перевод и переработку своего произведения может быть обосновано только теорией литературной собственности.

Ну и, наконец, следует признать, что именно теория интеллектуальной собственности оказалась способна примирить различные позиции национальных законодательств в процессе всемирной и региональной унификации авторского права. Это касается не только конвенций, принятых в XIX в., но и современного законодательства Евросоюза. Так, в Директиве № 2001/29/ЕС указывается, что «интеллектуальная собственность признана неотъемлемой частью института права собственности»[1].

Исключительное право. Теория исключительного права (исключительных прав) – одна из наиболее значимых теорий авторского права, противостоящих теории литературной собственности. В дореволюционной науке концепцию авторского права как исключительного страстно отстаивал известный цивилист Г.Ф. Шершеневич. В современной России в период, предшествовавший принятию части четвертой ГК РФ, обоснование природы исключительных прав давал В.А. Дозорцев. В законодательстве концепция исключительных прав также была отражена дважды: в дореволюционной России в Положении об авторском праве 1911 г. и в современной России – в Законе РФ «Об авторском праве и смежных правах» (действовал с 1993 по 2008 г.).

Категория исключительных прав выделялась Г.Ф. Шершеневичем с позиций единых мер защиты, а именно цель юридической защиты для всей этой группы прав заключается в предоставлении «известным лицам исключительной возможности совершения известных действий с запрещением всем прочим возможности подражания»[2]. Но на том

(*Гончаров И.А.* Продолжение «Необыкновенной истории» // Литературное наследство. Т. 102. М.: ИМЛИ РАН, «НАСЛЕДИЕ», 2000. С. 285 // Фундаментальная электронная библиотека «Русская литература и фольклор» (ФЭБ) // http://feb-web.ru/feb/litnas/texts/la2/Gmi-1842.htm).

[1] См.: п. 9 Преамбулы Директивы № 2001/29/ЕС Европейского Парламента и Совета Европейского Союза от 22 мая 2001 г. о гармонизации некоторых аспектов авторских и смежных прав в информационном обществе. Полный текст нормы интересен путаными попытками обосновать проприетарный характер авторского права: «Всякая унификация законодательства в сфере авторского и смежных прав должна принимать за основу **высокий уровень правовой защиты, поскольку** данный правовой институт регламентирует **процесс интеллектуального творчества**. Такая защита помогает обеспечить поддержку и развитие творчества в интересах авторов, исполнителей, продюсеров, потребителей, а также культуры, промышленности и общественности в целом. **Таким образом**, интеллектуальная собственность признана неотъемлемой частью института права собственности».

[2] См.: *Дозорцев В.А.* Указ. соч. С. 116.

этапе концепция исключительных прав была все же бедноватой: ее пафос заключался в отрицании теории литературной собственности больше по форме, чем по существу. Исключительное право – это самостоятельное имущественное право, имеющее нематериальный объект, причем исключительные права охраняют только имущественные интересы – личные интересы если и могут «косвенно защищаться путем авторского, художественного и других прав, то это лишь рефлективное их действие»[1]. Буквальное толкование Положения 1911 г. приводило к таким выводам: «В нашем законе личные права причислены к авторскому праву, поэтому приходится признать, что и эти права прекращаются с истечением сроков авторского права. Вывод этот, однако, противоречит существу дела, ибо нельзя допустить, чтобы доброе имя и вообще память автора по истечении сроков защиты авторского права подвергались опорочению и эксплуатации»[2]. В немалой степени разработка подобных исключительных прав способствовала тому, что уже в первые послереволюционные годы получил распространение взгляд «на авторское право как на совершенно самостоятельное правовое явление, не находящееся ни в какой связи с общими гражданскими правоположениями»[3].

Современное понимание исключительного авторского права таково. Это имущественное право, которое отличается от права собственности не только названием. Под исключительным правом понимают «абсолютное право на нематериальный объект, с включением в него более широкого объема правомочий и средств защиты, чем в «абсолютное» право для материальных вещей». При этом «отнесение исключительных прав к абсолютным вовсе не означает, как показала практика, что единственное их отличие от этих последних заключается в их специфическом – нематериальном – объекте. Основная особенность интеллектуального продукта заключается в его неограниченности в пространстве и соответственно в возможности одновременного использования неограниченным кругом лиц»[4]. Исключительное право имеет срочный и территориальный характер – из-за того, что не является правом собственности. Отрешенность исключительного права от творческого начала позволяет расширить круг охраняемых объектов авторского права, а также моделировать такие права, смежные с ав-

[1] См.: *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 432.
[2] *Синайский В.И.* Указ. соч. С. 281.
[3] *Канторович Я.А.* Указ. соч. С. 215.
[4] См.: *Дозорцев В.А.* Указ. соч. С. 15, 113–114.

торскими, как право производителя фонограмм, право организации эфирного вещания и т.п.

Исключительное право составляет стержень авторских прав. Однако теория исключительного права вовсе не имеет того значения, как это виделось ее апологетам в начале XX в. С одной стороны, не только интеллектуальные права подпадают под понятие исключительного, существуют права «защищаемые теми же методами, а потому рассматриваемые в ряду исключительных, – право на защиту от недобросовестной конкуренции»[1]. С другой стороны, в состав авторских прав входят, конечно, не только имущественные права – категории исключительного права недостаточно для характеристики авторских прав.

Двойственная природа авторских прав. Невозможно отрицать, что среди правомочий автора наряду с исключительным имущественным правом присутствуют также и права неимущественного характера. Особую значимость неимущественный элемент приобрел в либеральных концепциях гражданского права, где этот неимущественный элемент выступает как первооснова: «Рядом с материальной, экономической деятельностью во всяком культурном обществе развивается деятельность духовная, имеющая своей целью создание нематериальных, духовных, благ. Многие из продуктов этой духовной деятельности получают общественное признание, а вследствие этого делаются объективными, общественными благами и даже приобретают известную экономическую, материальную ценность»[2]. Защита прежде всего неимущественных («моральных») интересов автора (а только потом материальных интересов) отнесена современным международным правом к числу основных прав человека[3].

Исторически англосаксонский копирайт вообще не признавал личных неимущественных прав автора, в то время как континентальное европейское законодательство (прежде всего Франции) изначально уделяло серьезное внимание моральным правам автора. Так что вопрос о признании личных неимущественных прав автора долгое время был одним из пунктов противопоставления двух семей права. В настоящее время нарастает скептическое отношение к корректности такого противопоставления, но остается фактом, что «подобные стереотипы уже

[1] *Дозорцев В.А.* Указ. соч. С. 61.

[2] *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. М.: Статут (Серия «Классика российской цивилистики».), 1998. С. 132.

[3] См.: п. 2 ст. 27 Всеобщей декларации прав человека 1948 г. и п. 1 ст. 15 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах 1966 г.

существенно повлияли на судьбы авторского права и будут сказываться на них впредь»[1].

Последствия признания двойственной природы авторских прав были очень серьезными для науки и практики.

Во-первых, теория и законодательство взялись за разработку категории неимущественных прав автора и занялись установлением их перечня. Игнорирование неимущественных прав автора или включение неимущественных прав в состав исключительных прав быстро стало анахронизмом и способно было даже повлиять на неуспех закона, не учитывающего двойственную природу авторских прав. В российской науке в советский период была разработана концепция, по которой неимущественные отношения делились на собственно личные неимущественные и «имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения». Последняя группа как раз и призвана была характеризовать неимущественные авторские права. С 1961 по 2008 г. эта концепция присутствовала в кодификационных актах в нормах, посвященных предмету гражданского права.

Во-вторых, общепризнанной стала идея о том, что авторское право – это прежде всего право творческой личности, а не издателя. Соответственно, повсеместно восторжествовала идея о том, что все авторские права возникают первоначально у физического лица – автора. Уже Г.Ф. Шершеневич, будучи последовательным сторонником теории исключительных прав, признавал важнейшую черту авторских правоотношений: «Имущественным правом авторское право становится тогда и настолько, когда и насколько сам автор пожелает придать ему имущественный характер. Поэтому оно не входит в конкурсную массу, и конкурсное управление не вправе ни распоряжаться авторским правом, ни вынуждать автора к творчеству, ни к обнародованию его рукописи, ни к новому изданию уже обнародованных произведений»[2].

В-третьих, нельзя не отметить тот мощный стимул к развитию законодательства, который был получен благодаря разработке в науке общей концепции «творческих отношений» как предмета особой подотрасли гражданского права[3].

---

[1] См.: *Бентли Л., Шерман Б.* Право интеллектуальной собственности: Авторское право / Пер. с англ. В.Л. Вольфсона. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. С. 63; *Дозорцев В.А.* Указ. соч. С. 25.

[2] *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 440–441.

[3] См.: *Красавчиков О.А.* Творчество и гражданское право (понятие, предмет и состав подотрасли) // *Красавчиков О.А.* Категории науки гражданского права. Избранные труды. В 2 т. М.: Статут (Серия «Классика российской цивилистики»), 2005. Т. 2. С. 465–477.

В то же время выявились и крайности двойственной теории авторских прав в части завышения значимости моральных прав автора (проявление «охраны духовной стороны человеческой личности и человеческой деятельности») и уничижения исключительного права. Эти крайности принимали совсем уж анекдотический характер, когда провозглашалось, будто результат нематериальных интересов в сфере промышленных прав создает их субъекту «известные экономические преимущества в его торгово-промышленной деятельности (репутацию фирмы, устойчивость клиентелы и т.д.)», в то время как результатом тех же нематериальных интересов в авторском праве является только «нравственное духовное удовлетворение (известность, слава авторства)»[1].

Восхвалению прав личности противостоит известный факт: необходимость в защите прав литераторов, художников, композиторов и исполнителей возникает только тогда, когда появляются технические средства, позволяющие механически воспроизводить объект права. Именно необходимость охраны от воспроизведения произведения и от доведения его до всеобщего сведения создала авторское право при появлении печатного станка, расширила сферу авторского права при возникновении способов фотографического воспроизведения. Следующее поколение средств копирования вообще создало совершенно новый институт прав, смежных с авторскими правами: «Фонограф, кинематограф и эфирное вещание сделали возможными механическое воспроизведение музыкальных, литературных и драматических произведений и обеспечили их сообщение для всеобщего сведения практически в неограниченной аудитории; с этого момента исполнение, которое раньше не мыслилось без личного участия артиста, стало сохраняться и распространяться независимо от последнего»[2]. Таким образом, утвердилась идея о том, что стержнем авторских прав является все же исключительное имущественное право. В науке взвешенный подход привел к тому, что пришлось отказаться от концепции личных прав автора как особых неимущественных прав: «Ни закон, ни практика его применения, ни наука гражданского права не смогли достаточно ясно и определенно сказать, в чем именно должна состоять и выражаться «связь» личных неимущественных отношений с имущественными для того, чтобы первые могли признаваться полноправным предметом регулирования со стороны гражданского законодательства»[3].

[1] См.: *Канторович Я.А.* Указ. соч. С. 195.

[2] См.: *Липцик Д.* Указ. соч. С. 304; *Канторович Я.А.* Указ. соч. С. 199, 220.

[3] Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского. С. 279 (автор комментария – А.Л. Маковский).

Интеллектуальные права. Термин «интеллектуальные права» был предложен в конце XIX в. бельгийским юристом Е. Пикаром. Тогда этот термин вписывался в концепцию двойственной природы авторских прав и служил обоснованием для признания самостоятельной подотрасли гражданского права, противопоставляющей интеллектуальные права (в том числе авторские) вещным, личным и обязательственным правам[1].

Ошеломляющий успех настиг «интеллектуальные права» в России в начале XXI в.: эта категория попала в Гражданский кодекс РФ и стала основой для систематизации целой подотрасли гражданского права. Впрочем, акценты расставлены по-иному, чем это представлялось Е. Пикару. Сегодняшнее понимание «интеллектуальных прав» в России сводится к тому, что это собирательная категория, позволяющая объединить достаточно разнородные субъективные права на результаты интеллектуальной деятельности. Все современные зарубежные правовые доктрины признают двойственный характер интеллектуальных прав. Российский законодатель, по-видимому, первый указал на их тройственный характер, выделив три вида интеллектуальных (в том числе авторских) прав. В России концепция интеллектуальных прав внесла значимый вклад в общее учение об абсолютных правах[2].

В целом, следует признать, что концепция интеллектуальных прав является достаточно сдержанной, компромиссной и поэтому она на современном этапе развития учения об авторских правах наиболее адекватно раскрывает юридическую природу субъективных гражданских прав в сфере творческих отношений.

§ 3. Субъективные авторские права

Российский законодатель придерживается концепции интеллектуальных прав как совокупности различных по своей природе субъективных прав на результат интеллектуальной деятельности. В науке категория «интеллектуальные права» была возрождена В.А. Дозорцевым, который и обосновал 1) наличие ставшего традиционным исключительного имущественного права; 2) существование личных неимущественных прав автора, которые относятся к числу общегражданских личных прав; 3) появление «иных» прав, которые сугубо по формальным признакам не позволяют принять концепцию «двойственности» авторских прав[3].

[1] См.: *Канторович Я.А.* Указ. соч. С. 217; *Липцик Д.* Указ. соч. С. 26.
[2] См.: *Дозорцев В.А.* Указ. соч. С. 140.
[3] См. там же. С. 137–138.

Особенностью правового регулирования является то, что объект интеллектуальных прав является необоротоспособным. В обороте участвуют права на эти результаты (п. 4 ст. 129 ГК РФ), а именно – исключительное право и иногда иные права. Таким образом, некоторые субъективные интеллектуальные права сами являются объектами гражданских прав.

В составе авторских прав присутствуют все три разновидности интеллектуальных прав. Согласно ст. 1255 ГК РФ к авторским правам отнесено исключительное право на произведение, право авторства, право автора на имя, право на неприкосновенность произведения, право на обнародование произведения; в случаях, предусмотренных ГК РФ, автору могут принадлежать наряду с этими и другие права (право на вознаграждение за использование служебного произведения, право на отзыв, право следования, право доступа к произведениям изобразительного искусства и т.д.). Сам вопрос о разграничении личных неимущественных и иных прав автора не может считаться разрешенным окончательно. Показательно, что В.А. Дозорцев писал о данном перечне авторских прав (еще на примере Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»): «Первые два права отвечают требованиям, установленным ГК РФ. Вторые два вызывают с этой точки зрения серьезные сомнения. Они не только влекут прямые имущественные последствия, но и безусловно не соответствуют критерию непередаваемости – по авторскому договору автор может передавать пользователю свое первоначальное право на обнародование (или, другими словами, опубликование) своего произведения, равно как и право на его переделку путем перевода, аранжировки, переработки повествовательного произведения в сценарий и т.п.»[1]. Исходя из этой критики, законодатель ввел в ГК РФ категорию «иных прав», но в ст. 1255 ГК РФ отказался от разграничения неимущественных и иных прав автора.

Важной тенденцией является то, что перечень конкретных правомочий, входящих в состав исключительного права, стремится к расширению. И дело даже не столько в том, что появляются новые технические средства использования произведения, такие как Интернет. Часто вопрос об отдельных способах использования произведения рассматривается с точки зрения балансов интересов правообладателя и общества. Показательным является пример с таким правомочием автора, как право на перевод своего произведения на другие языки. В XIX в. закрепление этого правомочия за автором оригинального

[1] *Дозорцев В.А.* Указ. соч. С. 137–138.

произведения происходило под воздействием проприетарной концепции литературной собственности на международных конгрессах и в зарубежных европейских законодательствах[1]. Это правомочие получило признание и было закреплено в Бернской конвенции 1886 г. (где право на перевод вошло изначально с оговорками, а без каких-либо ограничений с 1908 г. присутствует в ст. 3). Тем самым удовлетворялись интересы автора. Однако до всеобщего признания было далеко. В советском праве, например, более полувека господствовал принцип «свободы перевода», ориентирующийся на потребности общества.

Дискуссионным является иногда вопрос о конкретном правомочии, входящем в состав личных неимущественных и иных авторских прав. Так, например, в законодательстве советского периода присутствовало традиционное право на неприкосновенность произведения, в Законе «Об авторском праве» 1993 г. появилось «право на защиту репутации автора», которое в 2008 г. вновь было заменено правом на неприкосновенность. Дело не только в терминологии: французы, например, сделали выбор в пользу «права на уважение имени и авторства, которое шире права на неприкосновенность»[2].

Исключительное авторское право – это субъективное право правообладателя использовать произведение по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом, а также право разрешать или запрещать другим лицам такое использование. Способы использования произведения перечисляются законодателем (ст. 1270 ГК РФ) – эти способы являются правомочиями, входящими в состав исключительного права. Характеристикой исключительного права является то, что это «абсолютное право на нематериальный объект при отсутствии права владения»[3]. Особенностями исключительного авторского права является его *срочность* и *территориальность*. С прекращением исключительного права использование результата интеллектуальной деятельности становится свободным.

Личные неимущественные авторские права – это права автора произведения, т.е. гражданина, творческим трудом которого создано произведение. Личные неимущественные авторские права по своей характеристике и своему содержанию полностью совпадают с общегражданскими личными неимущественными правами: это абсолютные, непередаваемые (неотчуждаемые) и бессрочно охраняемые

[1] См.: *Победоносцев К.П.* Указ. соч. С. 715.

[2] См.: *Дюма Р.* Литературная и художественная собственность. Авторское право Франции. 2-е изд.: Пер. с фр. М.: Международные отношения, 1993. С. 11–12.

[3] *Дозорцев В.А.* Указ. соч. С. 48.

права. Особенностью авторских прав является только сфера действия (творческие отношения) и момент возникновения (момент появления охраноспособного произведения). Как и всякое личное неимущественное право, личное неимущественное авторское право – это право автора на свободу определения своего поведения в индивидуальной жизнедеятельности по своему усмотрению, исключающую какое-либо вмешательство со стороны других лиц, кроме случаев, прямо предусмотренных законом[1].

Иные авторские права – это права автора или иного лица, направленные на обеспечение исключительного права или личных неимущественных прав. Это либо имущественное по своему содержанию право, которое, однако, неразрывно связано с личностью (например, право следования), либо неимущественное по своему характеру право, которое тем не менее может переходить к другим лицам (например, право на обнародование произведения). Сроки действия, оборотоспособность и способы защиты иных прав определяются законодателем в каждом конкретном случае.

§ 4. Права, смежные с авторскими

Термин «смежные права» еще более условен, чем «авторские права». В русском языке «смежный» – это соседний, примыкающий, взаимосвязанный, близкий. Соответственно, «права, смежные с авторскими» – это права, близкие к авторским, связанные с авторскими; но в узко юридическом значении «права, смежные с авторскими» – это еще и права вторичные (зависимые, производные) от авторских прав.

Смежные права неоднородны по своей юридической природе и состоят из двух групп.

1. Права автора-гражданина на творческий результат деятельности. Это права исполнителей. Права исполнителей, таким образом, возникли за счет расширения требующих охраны результатов творческой деятельности. Субъективными правами исполнителей названы исключительное право и личные неимущественные права (ст. 1315 ГК РФ). Смежные права исполнителей, действительно, близки авторским по своей правовой природе (результат творчества), субъектам (только граждане) и составу (по сравнению с авторскими отсутствуют

[1] *Красавчикова Л.О.* Понятие и система личных неимущественных прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации. Екатеринбург: Изд-во Уральской гос. юрид. академии, 1994. С. 43.

только «иные» права). Есть, конечно, отличия охраны исполнительской деятельности от авторско-правовой охраны[1]. Но в принципе все равно можно представить решение, по которому права исполнителей могли бы войти в состав авторских прав[2].

2. Права граждан и юридических лиц на результаты организационной деятельности. Это, по российскому законодательству, права изготовителя фонограммы, права организаций эфирного и кабельного вещания, права изготовителя базы данных, права публикатора[3]. Эти права «являются результатом технических или организационных усилий, а не индивидуального творчества, так что и права на них закрепляются не за человеком – творцом созданного им произведения, а за юридическим или физическим лицом, взявшим на себя финансовую или организационную ответственность за производство культурного продукта»[4]. В число субъективных прав этой группы субъектов, конечно же, входит исключительное право, но это еще не все. Поскольку «культурные продукты» разбираемой группы не являются результатом творческого труда, у них отсутствует автор и, как следствие, на эти продукты не могут быть закреплены личные неимущественные права. В то же время *некие* права неимущественного характера имеются, причем текстуально они почти совпадают с обозначением личных неимущественных прав автора. Для изготовителя фонограммы – это право на указание своего имени или наименования; право на защиту фонограммы от искажения; право на обнародование фонограммы (ст. 1323 ГК РФ). Для изготовителя базы данных – право на указание своего имени или наименования и право на обнародование базы (п. 2 ст. 1333 ГК РФ). Для публикатора – право на указание своего имени (ст. 1338 ГК РФ). Очевидно, что подобные права неимущественного характера подлежат защите по тем же правилам, что и личные неимущественные права автора.

Смежные права публикатора, изготовителей фонограмм и баз данных, организаций эфирного и кабельного вещания смежны с авторски-

[1] «Для авторского права характерна охрана независимо от доступности неопределенному кругу лиц и способа фиксации. Охрана прав исполнителей производится с учетом этих обстоятельств» (*Дозорцев В.А.* Указ. соч. С. 17).

[2] В литературе советского периода приводились «блестящие аналогии», уподобляющие творчество музыканта-исполнителя творчеству переводчика (см.: *Ионас В.Я.* Критерий творчества в авторском праве и судебной практике. М.: Юрид. лит., 1963. С. 51).

[3] В других правовых системах к смежным правам могут относиться, например, права на типографское оформление опубликованных изданий, права на фотографии, не являющиеся самостоятельными произведениями (см.: *Липцик Д.* Указ. соч. С. 302–303).

[4] См.: *Бентли Л., Шерман Б.* Указ. соч. С. 63–64.

ми правами только тем, что производны от прав авторов и исполнителей. В рамках концепции авторских прав как исключительного права в ее англосаксонском варианте копирайта нет никаких препятствий к защите объектов смежных прав от несанкционированного копирования и распространения средствами авторского права. В континентальной системе признание прав на результаты организационной деятельности правами, родственными с авторскими, произошло, возможно, только потому, что возникновение новых прав всегда вызывает сопротивление, что «побуждает идти по пути их уподобления уже существующим правам исходя из реального сходства»[1].

§ 5. История развития законодательства об авторском праве

Общие тенденции развития законодательства об авторском праве

История развития законодательства об авторском праве – это история отражения в позитивном праве тех теорий, которые на разных этапах пытались объяснить сущность авторских прав. С научной точки зрения интерес представляют именно тенденции формирования юридических конструкций авторского права.

Собственно всемирная история законодательства об авторском праве начинается с «французского закона революционной эпохи (1793 г.), который послужил затем базисом для дальнейшего развития в XIX столетии во всей Европе»[2]. В литературе принято вспоминать английский закон королевы Анны 1710 г., но его значение преувеличено даже для локальной английской истории авторского права. В действительности в Великобритании «несмотря на то, что отдельные фрагменты авторского права имеют сравнительно долгую историю, свое нынешнее качество цельного юридического явления, обеспечивающего охрану интересов создателей и пользователей произведений литературы и искусства, оно обрело не раньше середины XIX в. Более того, лишь в 1911 г. появился первый акт законодательства, обладающего необходимой степенью концептуальной проработки и адекватным понятийным аппаратом»[3]. Любопытны здесь параллели с российской

[1] *Липцик Д.* Указ. соч. С. 303.
[2] *Покровский И.А.* Указ. соч. С. 133–134.
[3] *Бентли Л., Шерман Б.* Указ. соч. С. 65.

историей, где достаточно концептуальные акты появились в конце 1820-х гг., а закон с высоким уровнем юридической техники вышел, как и в Англии, в 1911 г.

В течение всего XX в. законодательство различных стран Европы об авторском праве многократно изменялось, расширялось и совершенствовалось.

К общим тенденциям развития законодательства об авторском праве относится постоянно расширяющийся круг охраняемых объектов и перечень правомочий, входящих в состав авторских прав.

Важнейшей чертой законодательства об авторском праве является его унифицированность на уровне международных договоров. Главные конвенции в сфере авторского права – Бернская 1886 г. и Женевская 1952 г. – являются действующими международными договорами, в которых участвует Российская Федерация. Большой интерес представляет региональная унификация законодательства на уровне Европейского Союза. Важнейшим актом в этой сфере является Директива № 2001/29/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза от 22 мая 2001 г. о гармонизации некоторых аспектов авторских и смежных прав в информационном обществе. В п. 7 преамбулы данной Директивы раскрываются цели и пределы международной унификации: «Правовые нормы Сообщества в сфере защиты авторских и смежных прав должны быть адаптированы и дополнены в той мере, в которой это необходимо для беспрепятственного функционирования внутреннего рынка. В связи с этим национальные правовые нормы, регулирующие правовой режим авторских и смежных прав и существенно отличающиеся в одних государствах – членах ЕС от других либо же обуславливающие правовую неопределенность, препятствующие нормальному функционированию внутреннего рынка и надлежащему развитию информационного общества в Европе, должны быть упорядочены. Кроме того, необходимо избегать применения несогласованных национальных мер по урегулированию научно-технического прогресса. В то же время отсутствует необходимость устранения и предотвращения правовых различий, не препятствующих нормальному функционированию внутреннего рынка».

Дореволюционное законодательство Российской империи об авторском праве

Предпосылки: вакуум нормативный, но не правовой. Считается, что вплоть до 1828 г. в России отсутствовала нормативно-правовая база,

относящаяся к авторскому праву. Это объяснялось задним числом медленным развитием книгоиздательства и книготорговли, а также тем, что «обычные на западе привилегии, дававшие там авторам или издателям гарантии от произвольных перепечаток, хотя изредка и практиковались в России, все-таки как-то в ней не привились»[1].

В то же время понятие об авторском праве, конечно, присутствовало. Практику авторского права мы можем себе представить благодаря фактам из жизни А.С. Пушкина, сведения о которых со всей скрупулезностью были собраны и сохранены кастой пушкинистов. Итак, в начале 1820-х гг. исключительное авторское право понималось как право на издание произведений литературы, т.е. изготовление экземпляров, и последующую продажу этих экземпляров; осознавалась имущественная ценность такого исключительного права; интуитивно угадывалось содержание договора о предоставлении этого права. Соглашением сторон можно было ограничить передачу авторских прав одним изданием и (или) определенным сроком (как это начал практиковать А.С. Пушкин), но в целом, по-видимому, не существовало резкой границы между отчуждением исключительного права и лицензионным договором о предоставлении издателю права на ограниченный срок: «в тех случаях, когда авторы вступали в сделки с книгопродавцами, никакие сроки, на какие покупщик приобретал свое право, не обуславливались»[2]. Как видим, использовалась терминология, присущая вещному праву, т.е. авторское право воспринималось как литературная собственность – весьма прогрессивное для тех времен воззрение даже для просвещенной Европы. Различие между нематериальным результатом творческой деятельности и объектом оборота самим А.С. Пушкиным, как известно, тоже описывалось в терминах вещного права: «не продается вдохновенье, но можно рукопись продать»[3].

---

[1] *Переселенков С.* Пушкин в истории законоположений об авторском праве в России // Пушкин и его современники: Материалы и исследования / Комис. для изд. соч. Пушкина при Отд-нии рус. яз. и словесности Имп. акад. наук. СПб., 1909. Вып. 11 // Фундаментальная электронная библиотека «Русская литература и фольклор» (ФЭБ). С. 52 // http://feb-web.ru/feb/pushkin/serial/psb/psb2052-.htm. См. также о зарождении некоторых элементов авторского права в последнюю четверть XVIII в.: *Чунова М.Д.* Указ. соч. С. 14.

[2] См.: *Гессен С.* Книгоиздатель Александр Пушкин. Л.: Academia, 1930. С. 30–32, 42.

[3] Это юридически неточное выражение в силу своей общеизвестности до сих пор затемняет в создании наших граждан на бытовом уровне сущность оборота исключительного права. Но ведь и на профессиональном уровне спустя 200 лет в ГК РФ корректная конструкция «отчуждение исключительного права на изобретение» (ст. 1365) соседствует с таким выражением, как «договор об отчуждении патента на изобретение» (ст. 1366).

Существовало понятие контрафакции, т.е. выпуск в свет произведения без «позволения самого автора». У потерпевших присутствовало и вполне современное понимание способов защиты нарушенных авторских прав: надо не только останавливать продажу контрафактных экземпляров, но и передать автору уже вырученные деньги за проданные экземпляры[1]. Но, очевидно, что такая защита должна была быть осуществляема в суде, а в действительности все ограничивалось жалобами административного характера. По факту административную защиту авторских прав А.С. Пушкина по конкретному делу осуществило цензурное ведомство: несмотря на то, что «нет законоположения, которое обязывало бы Цензурный Комитет входить в рассмотрение прав издателей и переводчиков», этот Комитет все же рассмотрел по существу жалобу сочинителя и известил правонарушителя о запрете печатать впредь сочинения заявителя[2]. С позиций сегодняшнего дня удивительно, насколько свободно государственный орган вышел за пределы своих полномочий с благой целью заполнить вакуум в способах защиты нарушенных прав.

Первые нормативные акты: проблема отраслевой принадлежности. Первые нормы об авторском праве на произведения литературы появились в 1828 г. в составе Цензурного устава в количестве пяти статей. Почти сразу же эти несколько статей были развернуты в особое «Высочайше утвержденное положение о правах Сочинителей»[3]. В 1830 г. вышло более объемное «Высочайше утвержденное мнение Государственного Совета о правах Сочинителей, Переводчиков и Издателей»[4]. Из-за внутриаппаратных интриг правила об авторских правах художников и музыкантов появились гораздо позднее: в результате тормозилась выработка единого понятия интеллектуальной собственности (говорили о литературной, художественной, музыкальной собственности).

Особое Положение о правах сочинителей, переводчиков и издателей (1830 г.) при систематизации законодательства оказалось отнесенным к Уставу о предупреждении и пресечении преступлений в т. XIV Свода законов. Затем нормы об авторском праве вновь оказались инкорпорированы в Цензурный устав (с 1842 г.). И только в 1887 г. положения об авторском праве попали в Свод законов гражданских

[1] См.: *Гессен С.* Указ. соч. С. 43, 46.

[2] См. там же. С. 43–44.

[3] Полное собрание законов Российской империи. Т. 3. С. 475–476 (№ 1980), 22 апреля 1828 г.

[4] Там же. Т. 5. Отд. I. С. 17–21 (№ 3411), 8 января 1830 г.

(ч. 1 т. X), где в количестве 50 статей сформировали обширное второе примечание к ст. 420, в которой раскрывалось содержание права собственности. «Таким образом, с 1887 года правила нашего закона об авторском праве выделены из законов полицейского характера и заняли, как постановление о праве собственности, подобающее им место в гражданских законах»[1].

Система источников в то время строгостью не отличалась, смешение нормативных актов и ненормативных предписаний еще долго давало о себе знать, а рассмотрение конкретного обращения вдруг заканчивалось внесением изменений в закон. Так, в 1856 г. вдова А.С. Пушкина обратилась к императору с ходатайством о персональной привилегии – о продолжении исключительного права на печатание сочинений А.С. Пушкина для ее двух сыновей до конца их жизни (вместо общего установленного срока в 25–35 лет после смерти автора). Персональная привилегия сыновьям А.С. Пушкина выдана не была, но результатом рассмотрения ходатайства вдовы стало появление общей нормы о введении 50-летнего срока исключительного права для наследников и правопреемников автора (а равно для прав ученых обществ на издаваемые ими труды). Оформлена эта норма была Высочайше утвержденным от 15 апреля 1857 г. мнением Государственного Совета[2].

Положение о правах сочинителей, переводчиков и издателей 1830 г. оставалось действующим актом вплоть до принятия Закона (Положения) об авторском праве в 1911 г. В России, несмотря на часто крайне критичное отношение к архаичному законодательству, Положение 1830 г. по своему содержанию признавалось соответствующим даже более поздним образцам континентального законодательства.

Авторское право по Положению о правах сочинителей, переводчиков и издателей (1830 г.)

Концепция. Положение 1830 г. основывалось на концепции интеллектуальной собственности: «В этом акте право сочинителей признается правом собственности, и в нем заключаются более подробные постановления о литературной собственности» (по сравнению с кратким Положением 1828 г.)[3]. Терминологически «право собственности» везде

[1] Гражданское уложение. Проект. Т. 1. С. 1120.
[2] Там же. С. 1129. См. также: *Переселенков С.* Указ. соч. С. 57–59.
[3] Гражданское уложение. Проект. Т. 1. С. 1120.

уживалось с «исключительным правом» и даже, складывается такое впечатление, что одно понятие намеренно приравнивается к другому. Так, разд. I Положения имеет заглавие «О правах *собственности* Сочинителей, Переводчиков и Издателей» и открывается словами: «Каждый Сочинитель или Переводчик книги имеет *исключительное право пользоваться*...». Раздел II Положения, напротив, не упоминает о собственности в своем заглавии «О правах академий, университетов, училищ, ученых и других обществ на издаваемые ими книги или произведения наук и словесности», но первыми словами раздела являются: «Общества, издающие книги или иные произведения наук и словесности, *пользуются исключительным правом собственности*...»[1].

Объекты литературной собственности. Основным объектом признавалась книга (§ 1, 3, 6, 8, 14, 15, 16 и т.д.) – очевидно, это указывает на сохранившееся представление об издателе как об основном правообладателе. Но упоминаются, иногда с проблесками системы, и такие наименования объектов: произведения (§ 9, 14, 15, 27, 30, 31, 33, 36, 39, 40); сочинения и переводы, мелкие сочинения и статьи (§ 5, 10, 11, 16, 17, 29); труды (§ 28); публичная речь (§ 16). Этот перечень представляется весьма современным.

Показательно, что отдельного упоминания в качестве охраняемого объекта заслужили словари, а также «географические карты, исторические таблицы, логарифмы, указатели и другие сего рода книги, составленные из чисел или собственных имен» (§ 20). Уже тогда законодатель знал о нашей сегодняшней проблеме «произведений с пониженным уровнем творчества».

Если говорить о правоприменительной практике периода действия Положения 1830 г., то интерес представляет дискуссия о том, что «от авторского права следует, кажется, отличать права на существующее под известным названием периодическое издание – журнал, газету или т.п. сборник»[2]. Не странно ли, что эти же вопросы разграничения первыми были подняты в новейшей российской судебной практике при толковании обновленного законодательства об авторском праве[3].

[1] На это обратил внимание В.А. Дозорцев: «Терминологически этот механизм обозначался чаще всего как «интеллектуальная собственность», однако при обозначении содержания правомочий правообладателя неизменно указывалось, что он имеет «исключительное право» использования объекта экономического оборота, на который закреплялось право» (*Дозорцев В.А.* Указ. соч. С. 113).

[2] *Победоносцев К.П.* Указ. соч. С. 713.

[3] См.: п. 2 Обзора практики рассмотрения споров, связанных с применением Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», утв. Информационным письмом Президиума ВАС РФ от 28 сентября 1999 г. № 47.

Субъекты. Уже исходя из названия, субъектами права литературной собственности признавались сочинители (включая переводчиков) и издатели. Теория тех времен выводила из законодательства, что издатели имеются в виду не всякие, а только первые, и что отличают «издателя по первоначальному приобретению права (каков, например, издатель песен, сказок и т.п., издатель сборников, хрестоматий, журналов и т.п.) от издателя по производному или преимущественному приобретению, которого наш закон именует в иных случаях книгопродавцем»[1]. Под первой группой издателей подразумевались те субъекты, которые сейчас именуются составителями («первые издатели народных песен, половиц, сказок, повестей, сохранившихся одним изустным преданием» – § 4), публикаторами («первые издатели древних рукописей» – § 4) и собственно издателями («издатели журналов и других периодических сочинений, а равно альманахов и вообще книг, составляющихся из разных мелких сочинений или статей» – § 10). Особо выделялись юридические лица – «ученые и другие общества» (§ 27). Под второй группой издателей имелись в виду лица, к которым исключительное право перешло по договору. Признавались, конечно, субъектами и лица, которым произведения достались по наследству (§ 14, 15).

Собственно авторское право терминологически увязывалось из числа субъектов непосредственно с одним лишь автором: «Авторское право принадлежит известному лицу, с которым неразрывно связано: это лицо есть автор произведения, производитель»[2].

Понятие и содержание авторских прав. Положение 1830 г. определения субъективных авторских прав не давало (родовая принадлежность, как уже указывалось, определялась более чем противоречиво как «исключительное право собственности»). Содержание авторских прав раскрывалось через позитивную и негативную составляющие.

Позитивное содержание авторских прав – это «исключительное право пользоваться во всю жизнь свою *изданием и продажей* книги» (§ 1), «пользование исключительным правом *печатания и продажи* своих или доставшихся по наследству или же по какому акту произведений» (§ 14).

Негативное содержание авторских прав: запрет третьим лицам *перепечатывать* произведения или книги (§ 15); запрет *печатать* устное произведение автора – «произнесенную или читанную им публичную

[1] *Победоносцев К.П.* Указ. соч. С. 704.
[2] Там же. С. 708.

речь или иное сочинение» (п. «c» § 16); «*продажа* в России книги, перепечатанной за границей с издания, сделанного в России»[1] (п. «b» § 16)[2].

Эти правомочия субъекта авторских прав (как позитивные, так и негативные) являются правомочиями имущественного характера и кратко характеризовались современниками как запрет на самовольное издание литературных произведений[3]. Но Положение 1830 г. предусматривало, вероятно, и нарушение личного неимущественного права (тем самым признавая наличие этого неимущественного права) – это запрет «постоянного переписывания статей из чужих изданий под видом рецензии или же под другим предлогом»; при этом прямо назывался нарушитель – им мог быть только журналист (п. «a» § 16). Теория же неимущественные неотчуждаемые права автора признавала. К.П. Победоносцев характеризовал их так: даже «продажа права на издание не есть продажа полного права собственности. Автор, и уступив материальную выгоду от своего произведения, сохраняет еще при себе духовную связь творца с творением, честь и ответственность»[4].

Отношение к дискуссионным правомочиям автора в Положении 1830 г. Первые попытки определить право автора разрешать перевод собственного произведения выглядели следующим образом. Исключительное право на издание своих произведений на других языках имели только «сочинители таких книг, для которых были необходимы особенные ученые изыскания» и только при условии, что они объявили при издании оригинальной книги «о намерении своем воспользоваться сим правом»; срок действия права на перевод – всего два года «со времени получения позволительного из цензуры билета на выпуск в свет подлинника» (§ 21). В чем-то похожая конструкция предусмотрена сегодня международным правом для развивающихся стран[5].

При определении правомочий автора российское дореволюционное законодательство с трудом воспринимало идею об исключительном праве автора на публичное исполнение своего произведения. Это тем

[1] *Победоносцев К.П.* Указ. соч. С. 714.

[2] Полная конструкция была достаточно сложной: запрет *продажи на территории России* экземпляров, отпечатанных за рубежом (соответственно *ввезенных на территорию России*), если зарубежное издание является *перепечаткой или переводом* книги, ранее изданной в России (или за границей, но с позволения российской цензуры).

[3] См.: *Победоносцев К.П.* Указ. соч. С. 714.

[4] Там же. С. 709.

[5] См.: ст. II Дополнительного раздела (Специальные положения, относящиеся к развивающимся странам) к Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений от 9 сентября 1886 г.

более странно, что в зарубежном законодательстве данное право признавалось чуть ли не изначально[1]. Был установлен запрет на публичное исполнение музыкальных произведений, что, конечно же, объяснялось существом этих объектов авторского права (с некоторыми оговорками в зависимости от жанровых особенностей), причем теория уже понимала разницу между публичным и непубличным исполнением[2]. Но иная ситуация была с литературными произведениями. Как писал К.П. Победоносцев, используя своеобразные проприетарные конструкции, «право драматического писателя ограждено у нас законом только в одной своей части, как право писателя на воспроизведение сочинения в печати, но нисколько не ограждено в другой, существенной части – в воспроизведении сочинения на сцене. В этом смысле можно сказать, что наш закон не установил еще понятия о драматической собственности»[3]. Позднее в прогрессивном Законе (Положении) об авторских правах 1911 г. понятие о «драматургической собственности» было установлено, т.е. право на публичное исполнение произведения вошло в состав исключительного права, но только авторов драматургических произведений – в результате, как отмечал Г.Ф. Шершеневич, «так называемые миниатюры Чехова могут быть исполняемы в театре без согласия автора»[4].

С теоретической точки зрения право на публичное исполнение произведения трактовалось как своеобразное личное неимущественное право: «Право музыкальной и драматической собственности автора на свое произведение, как право на вещь, или издательское право, надлежит отличать от личного, принадлежащего автору права разрешать или запрещать публичное исполнение своего произведения, или получать за исполнение плату от Имп. театров по установленной таксе. На сем основании, в деле Стелловского с Даргомыжским... признано, что уступка последним первому права музыкальной собственности на оперу «Русалка» не заключала в себе... лично принадлежавшего автору права на получение поспектакльной платы за исполнение этой оперы»[5]. Не в подобных ли казусах надо искать корни современного

[1] Ср.: «Во Франции в декрете от 13 и 19 января 1791 г. за авторами признавалось исключительное право давать разрешение на публичное исполнение своих произведений в течение всей их жизни, право, передаваемое еще на пять лет после их смерти их наследникам и правопреемникам» (*Липцик Д.* Указ. соч. С. 217–218).

[2] См.: *Победоносцев К.П.* Указ. соч. С. 717–718.

[3] *Победоносцев К.П.* Указ. соч. С. 707.

[4] *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 439.

[5] *Победоносцев К.П.* Указ. соч. С. 706.

права композитора на вознаграждение при каждом показе фильма, где звучит его музыка (п. 3 ст. 1263 ГК РФ)?

Случаи свободного использования произведения. Мотивы введения ограничений исключительного авторского права в Положении 1830 г. современному юристу понятны. Интерес представляет забавная в своей изощренности техника описания этих ограничений. Итак, не считались нарушением авторского права[1]:

1. Умеренное воспроизведение чужого сочинения: случайное (т.е. не постоянное, без намерения воспользоваться чужим трудом) и с указанием источника перепечатание в каком-либо издании мелкой статьи, не занимающей более одного печатного листа, или без ограничений объема перепечатание известий политических или относящейся к словесности, наукам и художествам (п. «d» § 16).

2. Случайный перевод мелкой статьи (п. «d» § 16). Это можно истолковать только как «исключение из исключения». Общий принцип – свобода перевода. Исключение – у автора имеется при определенных условиях исключительное право на перевод собственной книги, для которой необходимы особые ученые изыскания. Исключение из исключения – свобода перевода любых сочинений размером до одного печатного листа, если это не носит систематического характера для издания.

3. Умеренное заимствование чужого произведения: помещение в хрестоматиях и других учебных книгах каких-либо статей или отрывков из других сочинений хотя бы и более одного листа (§ 17).

4. Умеренное цитирование чужого произведения: ссылки не должны превышать в общей сложности третьей части книги, заключающей в себе более одного печатного листа, а текст сочинителя вдвое превышает каждую из цитированных книг (§ 18).

Переход и передача авторских прав. Положение 1830 г. безусловно признавало, что «в случае смерти Сочинителя или Переводчика, исключительное право сие переходит к их наследникам по закону, или по завещанию» (§ 2). Что касается уступки имущественных авторских прав, законодатель предоставлял сторонам полную свободу договора: «Передача автором своего права стороннему лицу может быть более или менее полная, срочная или условная. Это зависит от договора. Автор, художник может вполне уступить свое произведение, на полном праве собственности... Автор может продать право на одно только издание своей книги, или на несколько изданий, или на все издания

[1] См.: *Победоносцев К.П.* Указ. соч. С. 714–715.

безусловно»[1]. Исходя из буквального текста Положения 1830 г., присутствовала все же презумпция, что договор об уступке авторского права – это издательский договор, что он является лицензионным со сроком действия всего в пять лет «со дня выдачи из Цензуры позволительного на выпуск книги билета» (§ 6).

Сроки действия исключительного права. Правила исчисления. Авторские права (а это имущественные права, как их понимало Положение 1830 г.) действовали в течение всей жизни автора, а затем в течение 25 лет после смерти автора у субъектов, к которым право перешло в порядке наследования или было уступлено автором при жизни по договору (§ 2). Однако если правообладатель «сделает новое издание книги за пять лет до истечения срока исключительному ему праву, право сие остается в его пользу еще на десять лет, сверх двадцатипятилетнего срока» (§ 3)[2]. В 1857 г., как уже отмечалось, срок действия посмертного исключительного права был продлен до 50 лет. Таким образом, уже в середине XIX в. Россия оказалась в этом отношении в числе продвинутых стран: в Европе массовое введение 50-летнего срока началось только с началом XX в. («нидерландский закон 1912 г., норвежский 1920 г., венгерский 1922 г., великобританский 1911 г., датский 1911 г.»)[3].

Научные общества, имевшие авторские права на изданные ими произведения, пользовались «исключительным правом собственности на оные в течение двадцати пяти лет» (§ 27). Срок в этом случае, понятно, исчислялся с момента, привязанного к изданию произведения. Такая конструкция еще долго была свойственна российскому праву, покуда оно признавало юридическое лицо автором.

Защита авторских прав. При нарушении имущественных прав с нарушителя взыскивался убыток, «который исчислится по соображению действительной платы за все изготовление экземпляров самовольного издания с продажною ценою, от законного издателя прежде (т.е. при собственном издании того же произведения) объявленною». Контрафактные экземпляры передавались в собственность «законного издателя» (§ 23). Нарушение личного неимущественного права авторства («если кто-либо издаст чужое сочинение под своим именем») квалифицировалось как подлог (§ 24).

[1] *Победоносцев К.П.* Указ. соч. С. 710–711.

[2] Законодателем была допущена занятная оговорка: в числе правообладателей названы Сочинитель и Переводчик. Однако понятно, что они не могли «сделать издание» после своей смерти. Вероятно, в этом месте дают о себе знать недавние представления о начале течения срока действия исключительного права с момента издания.

[3] См.: *Раевич С.Н.* Указ. соч. С. 301.

Подведомственность, подсудность, обеспечение иска. Споры по исполнению заключенных лицензионных договоров и договоров по отчуждению исключительного права рассматривались «обыкновенным порядком с низших инстанций» (§ 34). Все остальные споры в сфере авторского права (т.е. о нарушении авторских прав) предлагалось решать третейским судом. При несогласии «на оное спорящих» — государственными судами, «начиная с Гражданской палаты» (т.е. с третьей инстанции губернского уровня); «палаты в случаях сомнительных требуют заключения университетов» (§ 33). Обеспечительные меры по делам о нарушении авторских прав: «Доколе дело не решено окончательно, продажа книги или вообще произведения наук и словесности, составляющего предмет спора, воспрещается» (§ 39).

Примета времени. Не без оснований считается, что толчком к разработке первого законодательства об авторских правах послужило разбирательство по жалобе о нарушении прав сочинителя А.С. Пушкина, выразившимся в том, что в 1827 г. некто Ольдекоп напечатал свой перевод на немецкий язык «Кавказского пленника» с параллельным текстом оригинала на русском языке. С правовой точки зрения нарушение авторских прав представлялось не столь очевидным. Такой тонкий компаративист, как генерал А.Х. Бенкендорф указал А.С. Пушкину в переписке: «Перепечатание ваших стихов, вместе с немецким переводом, вероятно, последовало с позволения цензуры, которая на то имеет свои правила. Впрочем, даже и там, где находятся положительные законы насчет перепечатания книг, не возбраняется издавать переводы вместе с подлинниками. Однако общественному мнению представлялось очевидным, что «роль перевода сводилась к грубой контрафакции»[1].

Поэтому не случайно, наверное, что в появившемся на следующий год законодательстве пробел в праве был решительно устранен: «*Никто не смеет нарушать прав Сочинителя* и без воли его и его наследников, или тех лиц, коим переданы сии права законным образом, издавать его сочинения, *хотя бы то было с переводом на другой язык, или с присовокуплением иного заглавия, предисловия, замечаний и т.п.*»[2]. Если бы развитие нашего права не было бы столь прерывистым, эта норма вполне могла бы сохраниться в современном законе, придавая ему лоск респектабельности как напоминание о давнем прецеденте

[1] См.: *Гессен С.* Указ. соч. С. 42–49.

[2] См.: § 138 Цензурного Устава 1828 г. (§ 8 Положения о правах сочинителей 1828 г.). В § 15 Положения 1830 г. эта норма была усилена: «Нарушитель сего признается самовольным издателем (контрафактором)».

с исторической личностью. По крайней мере справедливость этой нормы безусловно подтверждается современной наукой и практикой.

Авторское право по Положению об авторском праве (1911 г.)

Концепция. В российской истории противостояние теории литературной собственности и теории исключительного права было достаточно драматичным. На рубеже XIX–XX вв. в России неспешными темпами шла реформа гражданского законодательства, был подготовлен проект Гражданского уложения. Комиссия по начертанию этого Проекта большинством голосов пришла к мнению, что авторское право следует излагать с точки зрения литературной, художественной, музыкальной собственности (ст. 1264 Проекта). Параллельно развернулась работа над законом, который строился бы на более, как тогда казалось, прогрессивной концепции исключительных прав. Проект Гражданского уложения, как известно законом не стал, а вот Положение об авторском праве от 20 марта 1911 г. было принято, вступило в силу и оказалось инкорпорированным в Свод законов гражданских в виде отдельной главы (ст. 695.1– 695.75). Впрочем, реальное содержание норм проекта Гражданского уложения и Положения 1911 г. в целом совпадало, различались внутренняя структура актов и терминология. Для примера, вот как трактовались полномочия субъекта авторского права:

– «Каждый автор литературного произведения, изданного в России или находящегося еще в рукописи, имеет в продолжение всей своей жизни *исключительное право печатать и вообще размножать его всеми возможными способами*» (ст. 1265 Проекта);

– «Автору принадлежит *исключительное право всеми возможными способами воспроизводить, опубликовывать и распространять* свое произведение» (ст. 2 Положения 1911 г.).

Положение 1911 г. заслужило высокую оценку со стороны разработчиков части четвертой действующего ГК РФ. Так, характерными чертами Положения 1911 г. являлись следующие: квалификация исключительного права автора как права абсолютного; исключительное право – это право на нематериальный объект; исключительное право может быть предметом гражданского оборота и, следовательно, является имущественным правом; распространяется оно лишь на произведения, достаточно точно определенные в этом Положении (ст. 1), и предоставляется (не в порядке последующего приобретения) лицам, в этом Положении названным. А.Л. Маковский, перечислив

эти отличительные черты, указывает: «Из сказанного видно, что Положение 1911 г. было не только подробным, но и весьма совершенным законом. В основе многих его норм лежали положения Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений 1886 г. Но оно выгодно отличается от Бернской конвенции тем, что ее разрозненные, носящие следы компромиссов и редакционно плохо согласованные правила об исключительных правах заменены в Положении логически стройной конструкцией единого исключительного права автора»[1].

Особенности субъектного состава. Г.Ф. Шершеневич показывал новый подход Положения 1911 г. в определении лиц, которые признаются авторами произведения: «Наше старое законодательство устанавливало, что ученые общества или учреждения издавали от своего имени научные труды. Новый закон обходит этот вопрос, как бы давая понять, что юридические лица могут быть субъектами только производного авторского права»[2]. Эта проблема долго сопутствовала российскому авторскому праву – подход, предложенный Положением 1911 г., продержался лишь несколько лет. Потом законодательство в течение всего советского периода признавало юридических лиц авторами и отказалось от этой точки зрения только на постсоветском этапе развития.

Особенности определения правомочий автора. Г.Ф. Шершеневич выделял следующие авторские права по Положению 1911 г.:

1. Право опубликовывать свое произведение (ст. 2). «Защита этого правомочия в гражданском порядке едва ли возможна, она всецело будет поддерживаться угрозою ареста или штрафа».

2. Право на воспроизведение произведения – размножение тем или иным способом тиснения (типография, литография и др.) значительного числа экземпляров (ст. 2). «Воспроизведение в единственном числе, например, списывание стихотворения, не противоречит авторскому праву».

3. Право распространять свое произведение (ст. 2).

4. Право на переделку произведения. «Новый закон предусматривает главным образом переделку повествовательного произведения в драматическую форму или драматического в повествовательную форму, что и запрещается без согласия автора» (ст. 31).

5. Право перевода (ст. 33).

[1] *Маковский А.Л.* Исключительные права и концепция части четвертой Гражданского кодекса. С. 600–601.

[2] *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 435–436.

6. Авторское право на драматические произведения заключает в себе также исключительное право на публичное исполнение сих произведений (ст. 47)[1].

В современной литературе отмечается, что в Положении об авторском праве 1911 г. только косвенным образом признается право на авторское имя, на неприкосновенность произведения, на обнародование литературного произведения; соответствующие права автора и его правопреемников не названы ни авторскими, ни исключительными[2]. Как видим, Г.Ф. Шершеневич права на опубликовывание и на переделку произведения включает в состав имущественных правомочий, а личным неимущественным правам вообще не уделяет внимания, поскольку личные права, по его мнению, авторское право не охраняет[3]. Г.Ф. Шершеневич был последователен в своем понимании предмета авторского права: по его мнению, «плагиат, под которым понимается заимствование из чужого произведения» – это явление допустимое юридически, но недопустимое с точки зрения литературной этики[4]. Однако В.И. Синайский все же счел возможным вычленить личные неимущественные правомочия автора: право на авторство; запрет на приписывание авторства лицу на произведение, ему не принадлежащее; право автора на то, чтобы без его согласия не опубликовывали его произведения и не раскрывали его анонима или псевдонима; право на переделку своего произведения, изменения в нем и т.д.[5].

Особенности оборота исключительного права. В Положении 1911 г. появилось регулирование договорных отношений в сфере авторского права. Основное внимание было уделено издательскому договору (т.е. лицензионному): за издателем признавалось авторское право, но одновременно закреплялась обязанность издать произведение в определенный срок под угрозой прекращения договора (ст. 68); уступка прав на издание произведения не заключает в себе уступки права на перевод его на другие языки и на переделку повествовательной формы в драматическую и наоборот (ст. 75); уступка прав на произведение не заключает в себе уступки прав на публичное его исполнение (ст. 74)[6]. Впервые ясно была выражена конструкция отчуждения ис-

[1] См.: *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 438–439.

[2] См.: *Маковский А.Л.* Исключительные права и концепция части четвертой Гражданского кодекса. С. 599–600.

[3] См.: *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 432.

[4] См. там же. С. 442.

[5] См.: *Синайский В.И.* Указ. соч. С. 285.

[6] См. там же. С. 283.

ключительного права: «В отличие от издательского договора, в силу которого автор предоставляет издателю право на одно или несколько изданий, отчуждение авторского права имеет своею целью перенесение на другое лицо всего содержания того права, субъектом которого был автор (ст. 8)»[1].

Издательский договор. В Положении 1911 г. очень подробно (ст. 65–75) рассматривались вопросы издательского договора как особого договора, по которому (в отличие от договора подряда) издатель обязуется не только отпечатать экземпляры произведения, но и принять меры к распространению издания[2]. Это особенно поучительно, учитывая, что в действующем российском законодательстве и сама фигура издателя, и его права отражены крайне невнятно[3], сущность издательского договора также во многом утрачена[4].

Примета времени. В 1904 г. умер А.П. Чехов. Общественность горячо обсуждала договор, заключенный писателем за несколько лет до смерти, по которому А.П. Чехов передал издателю А.Ф. Марксу права на свои произведения, не только существующие, но и те, которые будут созданы в будущем в течение 20 лет[5].

Многие считали подобный договор возмутительным. Законодатель отразил этот настрой. Согласно ст. 9 Положения 1911 г. условие договора об отчуждении авторского права на будущие произведения сохраняет силу на срок не свыше пяти лет, хотя бы в договоре была условлена большая его продолжительность или бессрочность. Г.Ф. Шер-

---

[1] *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 440.

[2] Это понимание сохранилось в зарубежном праве: издательский договор включает в себя не только обязанности издателя изготовить определенное число экземпляров произведения, но и обеспечить «их рекламу, распространение и продажу широкой публике за свой счет и на свой страх и риск» (см.: *Липцик Д.* Указ. соч. С. 249–250).

[3] См.: п. 7 ст. 1260 ГК РФ.

[4] См.: ст. 1287 ГК РФ; п. 11 Обзора практики рассмотрения споров, связанных с применением Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», утв. Информационным письмом Президиума ВАС РФ от 28 сентября 1999 г. № 47.

[5] Сохранился текст договора, условия которого сформулированы в соответствии с проприетарной концепцией авторского права: «Антон Павлович Чехов продает Адольфу Федоровичу Марксу в полную литературную собственность все свои сочинения, как уже напечатанные под его, Чехова, фамилиею или под его многочисленными псевдонимами до сего 26 января 1899 года, так равно и те, которые будут обнародованы в течение первых двадцати лет после подписания сего договора, безразлично – имеются ли они уже теперь в рукописи или еще будут им написаны впоследствии... При продаже своих сочинений, могущих появиться в свет после 26 января 1919 года, Чехов, при одинаковости прочих условий, обязан предоставлять Марксу преимущественное право на приобретение их» (см.: *Чехов. А.П.* Полное собрание сочинений. В 30 т. Письма. В 12 т. М.: Наука, 1980. Т. 8. С. 340–342).

шеневич истолковал это положение следующим образом: «В настоящее время невозможно отчуждение со стороны автора всех своих будущих произведений»[1].

Любопытно, что этот запрет возродился в 1993 г. в п. 5 ст. 31 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» («предметом авторского договора не могут быть права на использование произведений, которые автор может создать в будущем»), но отсутствует в действующем ГК РФ.

Законодательство СССР и РСФСР об авторском праве советского периода

Первые послереволюционные годы (1917–1925)

Советское законодательство об авторском праве начинается с Декрета Совета народных комиссаров (Совнарком, СНК) РСФСР от 26 ноября 1918 г. «О научных, литературных, музыкальных и художественных произведениях»[2]. Декрет в ст. 7 ограничивал срок действия авторского права жизнью автора («после смерти автора всякий причитающийся ему авторский гонорар становится государственным достоянием»). Тем самым Декрет от 26 ноября 1918 г. запрещал переход исключительного авторского права по наследству, в чем был согласован с Декретом ВЦИК от 27 апреля 1918 г. «Об отмене наследования» – с первым актом советской власти в сфере собственно гражданского права. При этом нуждающиеся и нетрудоспособные родственники автора имели право на получение содержания из этих гонораров, остальные родственники – нет (ст. 7, 9). Авторское право вовсе не отменялось, как можно было бы подумать – напротив, устанавливалась монополия автора на размножение и распространение произведений не иначе, как по соглашению с ним (ст. 3). Можно даже вычислить в тексте Декрета правомочия, входящие в состав исключительного права: право на издание произведения (ст. 11); право на размножение и распространение произведения (ст. 2, 11); право на публичное исполнение «драматических, музыкальных и т. п. произведений» (ст. 2, 11); право

[1] *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 440.

[2] Собрание Узаконений (СУ) РСФСР. 1918. № 86. Ст. 900. В советской литературе этот Декрет принято было рассматривать под названием (позднейшим редакторским, как тогда допускалось при опубликовании нормативных актов в сборниках) «О признании научных, литературных, музыкальных и художественных произведений государственным достоянием» – действительно, такое название лучше отражало цель издания Декрета.

на гонорар (ст. 5, 7, 10); право перевода «на русский язык литературных произведений, появившихся на иностранных языках» (ст. 10). В позднейшей советской литературе содержание Декрета от 26 ноября 1918 г. характеризовалось так: «Декрет устанавливает новые права авторов на вознаграждение от государства и национализирует лишь права, ранее принадлежащие отдельным частным издательствам»[1].

Вторым важнейшим актом эпохи военного коммунизма в сфере авторского права был Декрет СНК РСФСР от 10 октября 1919 г. «О прекращении силы договоров на приобретение в полную собственность произведений литературы и искусства»[2]. В соответствии со ст. 1 Декрета «договоры издательств с авторами, в силу которых литературные, музыкальные или художественные работы авторов перешли в полную собственность издателей, объявляются недействительными». Статья 2 Декрета от 10 октября 1919 г. устанавливала обязательность договора «на всякую принимаемую к изданию работу» и минимальные нормы тарифа «полистной оплаты». Тем самым фактически запрещалось отчуждение исключительного права, легитимировались только издательские (лицензионные) договоры.

Примета времени. Надо различать историю законодательства и историю права. Показательна следующая история, произошедшая в Ленинграде в период действия Декрета. В августе 1924 г. в саду у Народного дома с большим успехом (несмотря на платный вход) состоялись «впервые в С.С.С.Р. публичные показательные радио-концерты». После гуляний Союз музыкальных и драматических писателей потребовал у организатора – Общества друзей радио – выплаты гонорара за произведения, исполненные в транслировавшемся концерте. Суд иск удовлетворил: признав, что «за все произведения, исполненные по радио, автор имеет право на получение гонорара», взыскал сумму в размере 1,5% от общих сборов, что составило 3 руб. 13 коп.[3] Даже сегодняшний законодатель считает необходимым разъяснить, что публичное исполнение произведения – это «представление произведения в живом исполнении или с помощью технических средств (радио, телевидения и иных технических средств)» (подп. 6 п. 2 ст. 1270 ГК РФ). Но каково было советским судьям, которые впервые столкнулись с технической новинкой в авторском праве, а перед глазами имели Декрет от 26 но-

[1] *Гордон М.В.* Указ. соч. С. 23.

[2] СУ РСФСР. 1919. № 51. Ст. 492.

[3] Красная газета (вечерний выпуск). 1924. 28 авг.; 29 авг.; 16 фев. Цит. по: *Шерих Д.Ю.* 1924. Из Петрограда – в Ленинград. М.: ЗАО «Центрполиграф»; ООО «МиМ-Дельта», 2004. С. 113–114.

ября 1918 г.[1]? Наверное, блистательное разрешение ими проблемы и является примером «суда скорого и справедливого»[2].

Эпоха первой советской кодификации гражданского права (1922–1961)

Источники. Век радикально-романтических конструкций оказался не долог – они начали уходить уже через несколько лет вместе с эпохой военного коммунизма. «В декрете ВЦИК РСФСР от 22 мая 1922 г. «Об основных частных имущественных правах» среди прочих прав граждан, признаваемых советской республикой и защищаемых ее судами, упомянуто и авторское право. Однако конкретных норм в систематизированном виде по новому авторскому праву в 1922 году издано не было. Не вошли такие нормы и в гражданские кодексы РСФСР и УССР»[3]. С небольшим запозданием были изданы основные акты в сфере авторского права. Актом союзного уровня были Основы авторского права, утвержденные Постановлением ЦИК и СНК Союза ССР от 30 января 1925 г.[4] В России действовал «изданный на основе» союзного акта Декрет ВЦИК и СНК РСФСР «Об авторском праве» от 11 октября 1926 г.[5] В 1928 г. законодательство было обновлено: появились Основы авторского права, утвержденные Постановлением ЦИК и СНК СССР от 16 мая 1928 г.[6] (далее – Основы авторского права 1928 г.), и Постановление ВЦИК и СНК РСФСР «Об авторском праве» от 8 октября 1928 г.[7] (далее – Постановление об авторском праве 1928 г.[8]). Это законодательство и действовало вплоть до эпохи второй кодификации.

---

[1] На момент вынесения решения суда уже действовали Основы авторского права от 30 января 1925 г.

[2] И в дальнейшем судебная практика смело расширяла границы авторского права: «Так, в тридцатых годах возник важный вопрос о праве авторов музыкального произведения на авторское вознаграждение при записи произведения на граммофонную пластинку. Вопрос этот разрешен постановлением Пленума Верховного суда СССР от 20 октября 1933 г. Пленум истолковал правила Основ 1928 года в том смысле, что право на воспроизведение путем записи на граммофонные пластинки входит в состав прав автора, поэтому организации, которые реализуют эти права, должны вступать в договорные отношения с автором произведения, предназначенного для записи» (*Гордон М.В.* Указ. соч. С. 26).

[3] *Гордон М.В.* Указ. соч. С. 25.

[4] Свод законов (СЗ) СССР. 1925. № 7. Ст. 67.

[5] СУ РСФСР. 1926. № 72. Ст. 567.

[6] СЗ СССР. 1928. № 27. Ст. 246.

[7] СУ РСФСР. 1928. № 132. Ст. 861.

[8] В советской литературе часто именовалось Законом об авторском праве РСФСР.

Разрабатывалось и специальное законодательство: Инструкция Наркомпроса РСФСР, опубликованная 2 февраля 1924 г., о размере авторского гонорара за публичные исполнения; Постановление СНК РСФСР от 20 ноября 1928 г. о минимальных ставках гонорара за литературные произведения и о нормах тиража; Типовой издательский договор, утвержденный Наркомпросом и Наркомторгом РСФСР, опубликованный 19 апреля 1929 г.; и др.[1]

Концепция. Акты об авторском праве 1920-х гг. были созданы исходя из концепции исключительного права. Время настоятельно требовало признания двойственной концепции авторского права, но революция в законодательстве уже не приветствовалась: «В первоначальном проекте декрета об авторском праве двойственный (личный и имущественный) характер авторского права был выражен в ст. 1, которая гласила: «авторское право признается в виде права личного и права имущественного». По-видимому, оно признано излишним, так как оно само собою вытекает из конкретного содержания постановлений закона, для практического применения которых нет надобности в установлении теоретических определений»[2].

Объекты авторского права. Уже в ст. 4 Основ авторского права 1928 г. (а ранее в ст. 3 Основ авторского права 1925 г.) были заложены те критерии правовой охраны произведения, которыми российский законодатель пользуется до сих пор: «Авторское право распространяется на всякое произведение литературы, науки и искусства, каковы бы ни были способы и форма его воспроизведения, а равно его достоинство и назначение». Оттуда же идет традиция давать открытый перечень объектов авторских прав, отказываясь от легальной дефиниции произведения. В Основах авторского права 1928 г. этот открытый перечень выглядел так (ст. 4):

– устные произведения (речи, лекции, доклады и т.п.);
– письменные произведения (книги, статьи, сборники и др.);
– произведения драматические и музыкально-драматические;
– переводы;
– произведения хореографические и пантомимы;
– кинематографические сценарии;
– музыкальные произведения с текстом или без текста;
– рисунки, произведения живописи, скульптуры, архитектуры и графических искусств, иллюстрации;

[1] См.: Действующее законодательство о печати: Систематический сб. / Сост. Фогелевич Л.Г. 2-е изд. М.: Изд-во Наркомторгов СССР и РСФСР, 1929.

[2] *Канторович Я.А.* Указ. соч. С. 223.

– географические карты;

– планы, эскизы и пластические произведения, относящиеся к наукам, технике или к постановке на сцене драматического или музыкально-драматического произведения;

– киноленты;

– фотографические произведения или произведения, полученные способами, аналогичными с фотографией.

Субъекты авторского права. Субъектами *первоначального* авторского права (помимо собственно традиционных авторов произведений) являлись: составители сборников произведений, не являющихся предметом чьего-либо авторского права, и редакторы таких произведений, а также составители сборников произведений, являющихся предметом чьего-либо авторского права (ст. 6 Основ авторского права 1928 г.); издатели журналов и других повременных изданий, а также энциклопедических словарей (ст. 13 тех же Основ); кино-производственные предприятия, выпустившие в свет киноленты (ст. 3 Постановления об авторском праве 1928 г.). Таким образом, в 1920-х гг. законодатель признавал первоначальное авторство юридических лиц за некоторыми произведениями. Такой подход сохранился в течение всего советского периода.

Условия правовой охраны произведения. В отношении двух объектов авторского права выдвигались условия, соблюдение которых было необходимо для наступления их правовой охраны: произведения хореографические и пантомимы – если в отношении их постановки имеются указания, изложенные на письме или иным способом (ст. 4 Основ авторского права 1928 г.); фотографии – если на каждом экземпляре означены фирма или имя, фамилия и место жительства фотографа, а также год выпуска в свет фотографического произведения (ст. 12 тех же Основ). Остальные объекты авторского права по умолчанию охранялись без соблюдения каких-либо формальностей. Впрочем, была предусмотрена добровольная процедура регистрации «времени издания произведения, либо первого публичного его исполнения, либо первого выставления произведения на публичной выставке» (ст. 9 Постановления об авторском праве 1928 г.).

Правомочия автора (состав авторского права). В ст. 7 Основ авторского права 1928 г. давалось прекрасное определение исключительного права автора путем перечисления правомочий как неимущественного, так и имущественного характера: «Автор имеет исключительное право под своим именем или под условным именем (псевдонимом) или без обозначения имени (анонимно) выпустить в свет свое произведение и в течение установленного в законе срока всеми дозволенными

законом способами воспроизводить и распространять его, а равно извлекать всеми законными способами имущественные выгоды из названного исключительного права». Кроме того, отдельно описывалось право на неприкосновенность произведения при жизни автора (ст. 18 Основ авторского права 1928 г.) и после смерти автора (ст. 28 Постановления об авторском праве 1928 г.).

Случаи свободного использования произведения. В ст. 9 Основ авторского права 1928 г. приводился перечень из 15 случаев использования произведения, которые «не считаются нарушением авторского права». В этот перечень, с позиций сегодняшнего дня, входили ограничения исключительного права автора: и традиционные[1], и экзотические[2], и дискуссионные[3]. Принципиальным является объявление свободы перевода («не считается нарушением авторского права... перевод чужого произведения на другой язык») и, по общему правилу, свобода переработки в целом («не считается нарушением авторского права... пользование чужим произведением для создания нового произведения, существенно от него отличающегося»[4]).

Право на публичное исполнение. Продолжилась борьба за включение в состав исключительного права автора права на публичное исполнение произведения. В Основах авторского права как 1925 г. (ст. 5), так и 1928 г. (ст. 8) это право рассматривалось отдельно. Оно принципиально устанавливалось лишь для авторов неизданного драматического, музыкального, музыкально-драматического, пантомимного, хореографического и кинематографического произведения. Основы

[1] Помещение небольших отдельных отрывков и даже полная перепечатка незначительных по размеру литературных и иных произведений, а также незначительных по количеству снимков, рентгенограмм и т.д. в научных, политико-просветительных, учебных сборниках и других научных произведениях, с обязательным указанием автора и источника заимствования (п. «в» ст. 9 Основ авторского права 1928 г.).

[2] Использование композитором для своего музыкального произведения текста, заимствованного из чужого литературного произведения, при отсутствии на это запрещения, объявленного автором последнего на каждом экземпляре своего произведения (п. «з» ст. 9 Основ авторского права 1928 г.).

[3] Изображение произведений живописи средствами ваяния и наоборот, произведений ваяния средствами живописи (п. «к» ст. 9 Основ авторского права 1928 г.). Ср.: В действующем законодательстве в состав исключительного права под именем «воспроизведение произведения» входит «изготовление в трех измерениях одного и более экземпляра двухмерного произведения и в двух измерениях одного и более экземпляра трехмерного произведения» (подп. 1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ).

[4] Исключение из исключения: «Переделка повествовательных произведений в драматические и киносценарии и наоборот, а равно драматических произведений в киносценарии и наоборот, допускается лишь с согласия автора или его правопреемников» (п. «б» ст. 9 Основ авторского права 1928 г.).

1928 г. это право расширило: «В отношении неизданных, но хотя бы однажды публично исполненных произведений перечисленных категорий народным комиссариатам просвещения соответствующих республик принадлежит право разрешать публичное их исполнение и без согласия автора, с уплатой авторского гонорара в порядке, установленном законодательством союзных республик». Были сняты ограничения с музыкальных произведений[1]. При этом публичное исполнение перечисленных произведений «в красноармейских и рабочих клубах» и вообще в учреждениях культурно-просветительного характера, при условии невзимания платы с посетителей, допускалось без согласия автора и, естественно, без выплаты ему вознаграждения[2].

С большим опозданием законодатель взялся за регулирование вопроса, уже разрешенного судебной практикой: было издано Постановление ЦИК и СНК СССР от 10 апреля 1929 г. «О праве передачи по радио и проводам публичного исполнения музыкальных, драматических и других произведений, а равно лекций и докладов». Законодательство рассматриваемого периода так и не включило в число субъектов права на публичное исполнение автора литературного произведения – этим озаботилась теория. В авторитетной литературе указывалось, что «публичное исполнение литературного произведения должно рассматриваться как его распространение»[3].

Оборот исключительного права. Основы авторского права 1928 г. содержали общие положения о том, что «авторское право в части или в целом может быть отчуждаемо по издательскому договору, завещанию или иным законным способом. Договор об уступке авторского права должен быть совершен в письменной форме и содержать точное указание характера и условий использования авторского права» (ст. 16). Более чем подробно регулирование договоров, по которым передавалось авторское право, предусматривалось в Постановлении об авторском праве 1928 г. Подробнейшее регулирование авторских

[1] В соответствии со ст. 5 Основ авторского права 1925 г., «право композитора на получение гонорара за публичное исполнение музыкального произведения охраняется лишь в том случае, если им на каждом экземпляре музыкального произведения указано, что композитор оставил за собой это право».

[2] В.И. Серебровский указывал: «Эта льгота распространяется на случаи публичного исполнения в этих учреждениях изданных произведений. Неизданные же произведения могут быть публично исполняемы в культурно-просветительных учреждениях лишь при наличии постановочного договора (ст. 43 Закона об авторском праве РСФСР), с уплатой автору гонорара» (*Серебровский В.И.* Вопросы советского авторского права. М.: Изд-во Академии Наук СССР, 1956. С. 219).

[3] *Гордон М.В.* Указ. соч. С. 80.

договоров является отличительной чертой права советского периода: возможно, это объясняется тем, что сфера творческих отношений с лицами «свободных профессий» была чуть не единственной сферой, подлежащей исключительно гражданско-договорному регулированию. В Постановлении об авторском праве 1928 г. выделялись издательский договор (ст. 17–27) и постановочный договор (ст. 30–44). Законодатель использовал термин «отчуждение» применительно к авторскому праву, но понимал под этим лицензионный договор. Собственно договора об отчуждении исключительного права навсегда законодательство РСФСР не предусматривало. Так, в ст. 17 Постановления об авторском праве 1928 г. мирно соседствовали два абзаца: «*Отчуждение* издательствам *правомочий, вытекающих из авторского права*, допускается не иначе как по издательскому договору. Издательским договором признается договор, в силу которого автор *уступает на определенный срок исключительно право на издание* произведения, облеченного в объективную форму, а издатель обязывается издать и принять все зависящие от него меры к распространению этого произведения». В ст. 30 того же Постановления: «*Отчуждение авторского права на постановку и публичное исполнение* неизданного драматического, музыкально-драматического, музыкального, пантомимного, хореографического или кинематографического произведения допускается не иначе как по постановочному договору. Постановочным договором признается договор, в силу которого автор *уступает право на публичное исполнение своего произведения*, а постановщик (зрелищное предприятие) обязуется осуществить постановку (публичное исполнение его) в определенный срок».

Защита авторских прав. Постановление об авторском праве 1928 г. различало защиту личных неимущественных и имущественных прав автора (вот где пригодилось бы практике их легальное разграничение). Общими способами защиты являлись возмещение убытков и требование «совершения таких действий, которые необходимы для удовлетворения нарушенных законных интересов автора» (ст. 10, 11 Постановления об авторском праве 1928 г.). Специальная мера защиты была разработана в отношении имущественных прав: автор вправе взамен возмещения понесенных убытков, требовать уплаты ему гонорара по установленным ставкам (ст. 10 того же Постановления).

Особенности исчисления срока действия авторского права. В Основах авторского права 1925 г. отразились две противоположные тенденции: с одной стороны, законодатель решил позволить переход авторского права по наследству, а с другой стороны, устранить пожизненное авторское право. Согласно ст. 6, 11 Основ авторского права 1925 г., по об-

щему правилу, авторское право принадлежит автору в течение 25 лет *со времени появления его произведения в свет*; если этот срок не истечет к 1 января того года, в котором умер автор, авторское право переходит к наследникам автора в оставшейся части, но не более, чем на 15 лет. Таким образом, правила определения срока действия авторского права моделировались по образцу привилегии, – наверное, это следует засчитать как откат к никем не поддерживаемой концепции.

В Основах авторского права 1928 г. были восстановлены общепринятые принципы исчисления срока исключительного авторского права. В соответствии со ст. 10, 15 Основ авторского права 1928 г., по общему правилу, авторское право принадлежит автору *пожизненно*, а наследникам его – в течение 15 лет, считая с 1 января года смерти автора. В соответствии со ст. 12 Постановления об авторском праве 1928 г. «после смерти автора авторское право, в случае отсутствия наследников по закону или завещанию, прекращается».

В ст. 11–13 Основ авторского права 1928 г. устанавливались исключения из общего правила. Срок «пользования авторским правом» на произведения хореографические, пантомимы, кинематографические сценарии и киноленты – 10 лет; на отдельные фотографические и аналогичные снимки – 5 лет, на собрание снимков – 10 лет; на журналы, другие повременные издания и энциклопедические словари – 10 лет. К наследникам авторское право в этих случаях переходило «на не истекший ко дню смерти автора остаток установленного в законе срока». В связи с подобными правилами требовалось точное определение начала течения специального срока авторского права. Поэтому большое значение имела норма ст. 14 Основ авторского права 1928 г. о том, что «всякое произведение считается появившимся в свет 1 января того года, в течение которого оно было впервые правомерно издано соответствующим техническим способом». При этом в целях исчисления сроков к «изданию» приравнивались: для драматического и музыкально-драматического произведения – публичное представление; для музыкального произведения – публичное исполнение; для фотографий – публичное выставление и др. (ст. 14 Основ авторского права 1928 г.); для киносценария и киноленты – публичная демонстрация изготовленной киноленты; для энциклопедических словарей – появление в свет последнего тома, если промежуток между изданием отдельных томов не превышает шести месяцев и др. (ст. 7–8 Постановления об авторском праве 1928 г.).

Объекты двойной охраны. В Постановлении об авторском праве 1928 г. была обозначена актуальная и для современного права проблема соотношения произведения и промышленного образца. Законодатель предо-

ставил альтернативу: те авторы, которые не приобрели исключительного права на промышленный образец (т.е. не зарегистрировали произведение в качестве объекта патентных прав) пользуются защитой авторского права и имеют исключительное право «на вознаграждение за исполнение художественных, а равно фотографических и им подобных произведений в изделиях фабрично-заводской, кустарной и ремесленной промышленности» (ст. 6 Постановления об авторском праве 1928 г.).

Примета времени. В советский период в законодательстве возобладал принцип свободы перевода – он мог осуществляться без согласия автора оригинального произведения. Неизвестно, чем больше диктовалось первоначальное закрепление свободы перевода в советский период в основах авторского права, декретах и постановлениях 1920-х гг. Общее мнение первых послереволюционных лет было таково: «Издатели – граждане государств с более отсталой и менее влиятельной культурой – заинтересованы скорее в отсутствии международных литературных конвенций. Им приходится больше страдать от недопустимости перепечатки (или перевода без разрешения автора) иностранных книг, чем выгадывать от предоставленной им международной монополии на произведения своей литературы»[1]. Послевоенная отечественная литература, оправдывая принцип свободы перевода, упирала на внутренние мотивы, связанные с многонациональностью государства[2]. Думается все же, что с началом индустриализации главенствующими для сохранения свободы перевода стали мотивы, связанные с внешними факторами: необходимостью преодоления технического отставания и смягчением информационной блокады в условиях осознанного изоляционизма. И результат превзошел ожидания. Так, знаменитый фантаст поляк Станислав Лем пояснял, почему он выучил русский язык в послевоенное время: «Я заметил, что самые интересные книжки из области физической и технической литературы очень скоро переводились на русский. Так что я должен был как-то его выучить, потому что я хотел их прочесть»[3].

Эпоха второй советской кодификации гражданского права (1961–1991)

Источники. Авторское право вошло в кодифицированные акты гражданского права: Основы гражданского законодательства Союза

[1] *Раевич С.Н.* Указ. соч. С. 305–306.
[2] См.: *Серебровский В. И.* Указ. соч. С. 46, 155, 158; *Гордон М.В.* Указ. соч. С. 92.
[3] Так говорил... Лем (Беседы со Станиславом Лемом). М.: АСТ, 2006. С. 724.

ССР и союзных республик, утвержденные Законом СССР от 8 декабря 1961 г.[1] (далее – Основы гражданского законодательства 1961 г.) и в Гражданский кодекс РСФСР, утвержденный Верховным Советом РСФСР 11 июня 1964 г.[2] (далее – ГК РСФСР 1964 г.). Существовали и подзаконные акты, в основном регулирующие вопросы авторских договоров и ставок авторского вознаграждения.

Концепция. Законодательство рассматриваемой эпохи отказалось от использования конструкции «исключительного права» автора на его произведение. Критика понятия исключительного права в доктрине нарастала с конца 1940-х гг. – объяснение этому видится в том, что «с начала 30-х годов значение этого субъективного гражданского права как инструмента, с помощью которого автор мог осуществлять использование созданного им интеллектуального продукта, постепенно уменьшалось»[3]. В литературе во время, предшествовавшее кодификации, со всей бескомпромиссностью указывалось: «Термин «исключительное право» в советском авторском праве по характеру своему не имеет ничего общего с понятием «исключительности» права в законодательстве капиталистических стран. Там исключительное право создавалось для обозначения того, что это право предоставляет его обладателю монополию использования произведения». В советском праве «обозначение «исключительное» вытекает из того, что это право связано в значительной мере с личностью создателя новых произведений»[4].

Таким образом, из законодательства термин «исключительное право» был устранен. Но зато структурное положение норм об авторском праве в кодифицированных актах гражданского права красноречиво свидетельствовало: авторское право – институт гражданского законодательства, авторские права – субъективные гражданские права, отличные от права собственности (категория «вещные права» тоже была устранена) и обязательственных прав.

Естественно, не произошло возврата к концепции «интеллектуальной собственности». Воспринял ли советский законодатель дуалистическую концепцию авторского права? Вполне вероятно. Деление авторских правомочий на личные неимущественные и имущественные заметно в нормативных актах (хотя и не задекларировано в начальных статьях). Теория подобное разделение уже давно признавала и отказы-

[1] Ведомости ВС СССР. 1961. № 50. Ст. 525.

[2] Ведомости ВС РСФСР. 1964. № 24. Ст. 407.

[3] *Маковский А.Л.* Исключительные права и концепция части четвертой Гражданского кодекса. С. 609–610.

[4] *Гордон М.В.* Указ. соч. С. 76.

валась установить чье-либо первенство: «Оба вида таких правомочий занимают по существу одинаковое место в системе авторского права»[1].

Общие категории. Законодательство рассматриваемого периода сохранило некоторые общие подходы к структуре норм и формулировкам советского законодательства предыдущего периода. Это относится к определению объектов и субъектов авторского права, а также к описанию авторских прав. Так, уклоняясь от дефиниций, законодатель констатировал (ст. 98 Основ гражданского законодательства 1961 г., ст. 479 ГК РСФСР 1964 г.), что автору принадлежит право:

– на опубликование, воспроизведение и распространение своего произведения всеми дозволенными законом способами под своим именем, под условным именем (псевдоним) или без обозначения имени (анонимно);

– на неприкосновенность произведения;

– на получение вознаграждения за использование произведения другими лицами, кроме случаев, указанных в законе.

В другом месте мимоходом брошено, что «не переходит по наследству право автора на имя и право на неприкосновенность произведения» (ч. 2 ст. 496 ГК РСФСР 1964 г.), откуда нам и становится понятно: какие правомочия отнесены к личным неимущественным; как именуется право использовать произведение «под своим именем, под условным именем (псевдоним) или без обозначения имени (анонимно)»; что составило по умолчанию содержание имущественного права (опубликование, воспроизведение и распространение произведения, получение вознаграждения за использование произведения другими лицами).

Так же, как и в предшествующем законодательстве установлены детально проработанные перечни случаев свободного использования произведения без согласия автора (ст. 103–104 Основ гражданского законодательства 1961 г., ст. 493, 495 ГК РСФСР 1964 г.). В этих перечнях скрывается, например, исключительное право автора на переработку произведения (п. 1 ст. 492 ГК РСФСР 1964 г.) или на публичное исполнение произведения (п. 1 ст. 495 ГК РСФСР 1964 г.).

К новеллам следует отнести общую норму, устанавливающую ограничение имущественных прав автора: использование произведения для удовлетворения личных потребностей (ст. 493 ГК РСФСР 1964 г.).

Авторские договоры. Система авторских договоров продолжала развиваться и под конец (после изменений, внесенных в ГК РСФСР в 1974 г. и в 1987 г.) приобрела уже несколько пугающие размеры.

[1] См.: *Гордон М.В.* Указ. соч. С. 10.

Различались: 1) авторский лицензионный договор (включая договор о предоставлении права использовать произведение путем перевода на другой язык или переделки) и 2) авторские договоры о передаче произведения для использования; последние, в свою очередь, подразделялись на: а) издательский договор; б) постановочный договор; в) сценарный договор; г) договор художественного заказа; д) договор об использовании в промышленности неопубликованного произведения декоративно-прикладного искусства; е) договор о депонировании рукописи; ж) другие договоры о передаче произведений литературы, науки или искусства для использования каким-либо иным способом (ст. 503, 504, 516 ГК РСФСР 1964 г.)

Защита авторских прав. Существенный прогресс был достигнут в определении способов защиты авторских прав. Конструирование норм получилось весьма своеобразным.

В качестве основных способов защиты законодатель предложил защиту личных неимущественных прав автора (ст. 499 ГК РСФСР 1964 г.):

1) восстановление нарушенного права (внесение соответствующих исправлений, публикация в печати или иным способом о допущенном нарушении),

либо 2) запрещение выпуска произведения в свет,

либо 3) прекращение его распространения.

Защита имущественных прав автора – это все способы защиты личных неимущественных прав плюс возмещение убытков при их наличии (ст. 500 ГК РСФСР 1964 г.).

Присоединение к Всемирной (Женевской) конвенции об авторском праве 1952 г. С 27 мая 1973 г. Женевская конвенция вступила в силу для СССР. В связи с этим изменения в законодательство об авторском праве были внесены указом Президиума Верховного Совета СССР от 21 февраля 1973 г. (в Основы гражданского законодательства) и указом Президиума Верховного Совета РСФСР от 1 марта 1974 г. (в ГК РСФСР). Самым серьезным последствием стал отказ советского права от принципа свободы перевода. Новое правило гласило: «Перевод произведения на другой язык в целях выпуска в свет допускается не иначе как с согласия автора или его правопреемников» (ст. 102 Основ гражданского законодательства 1961 г., ст. 489 ГК РСФСР 1964 г.). Изменились правила о посмертном сроке действия авторского права: он стал исчисляться с 1 января года, следующего за годом смерти автора, и стал равен 25 годам (ст. 496 ГК РСФСР 1964 г.). Из менее значительных изменений: появилось понятие лицензионного договора,

был введен термин «правопреемник» и т.п. Из числа организационных последствий присоединения СССР к Женевской конвенции следует выделить создание Всесоюзного агентства по авторским правам (ВААП)[1] – предшественника Российского авторского общества (РАО) и прочих организаций по коллективному управлению правами.

Сам факт присоединения СССР к международной конвенции был, кончено, знаменательным, особенно если вспомнить, что в 1920-е гг. господствовало убеждение о том, что отказавшись от присоединения к действовавшей тогда Бернской конвенции Россия «не попала на удочку международного капитала и его идеологов»[2]. В 1970-е годы полного отрицания, конечно, не было, но стояла проблема выбора: к какой из двух авторитетных конвенций – Бернской 1886 г. или Женевской 1952 г. – следует присоединяться. В советской литературе указывалось, что Бернская конвенция идет по пути широкой унификации норм материального права, а Женевская конвенция меньше затрагивает внутреннее законодательство. Кроме того, Женевская конвенция «предусмотрела сравнительно невысокий уровень охраны авторского права и упростила саму охрану», что и обусловило ее привлекательность «для стран с различным социально-экономическим строем, с различными системами авторского права»[3]. Таким образом, выбор был сделан в пользу Женевской конвенции – и, действительно, коренной перестройки советского законодательства об авторском праве в связи с присоединением к этой конвенции не потребовалось.

Примета времени. Во многих книгах иностранных авторов, изданных в советское время в переводе на русский язык, имелись пометы типа: «Произведения, отмеченные звездочкой, изданы на языке оригинала до 27 мая 1973 г.». Для чего нужна была такая помета? Присоединение СССР к Женевской конвенции произошло с оговоркой: к охраняемым по Конвенции произведениям для СССР относились те, которые впервые опубликованы после 27 мая 1973 г.[4], т.е. свобода перевода отменялась только на будущее время[5]. Тем самым на произве-

[1] См.: *Матвеев Ю.Г.* Международные конвенции по авторскому праву. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Междунар. отношения, 1978. С. 159.

[2] См.: *Раевич С.Н.* Указ. соч. С. 305–306.

[3] См.: *Лунц Л.А.* Курс международного частного права. М.: Спарк, 2002. С. 668–669; *Богуславский М.М.* Указ. соч. С. 6; *Матвеев Ю.Г.* Указ. соч. С. 163.

[4] См.: *Лунц Л.А.* Указ. соч. С. 668.

[5] «Положения Указа Президиума Верховного Совета СССР от 21 февраля 1973 г., а также соответствующие республиканские нормы не имеют обратной силы и затрагивают лишь те правоотношения, права и обязанности, которые возникли после 1 июня 1973 г.» (*Матвеев Ю.Г.* Указ. соч. С. 159).

дения, увидевшие свет до 27 мая 1973 г., обновленное законодательство не распространялось: такие произведения, в частности, можно было переводить на русский язык и издавать в СССР по-прежнему без согласия автора и без выплаты ему вознаграждения.

Постсоветское законодательство России об авторском праве

Законодательство эпохи перемен – кладезь для историков и психологов последующих поколений. «Еще 24 декабря 1990 г. был принят «революционный» и не очень грамотный Закон «О собственности в РСФСР», который в соседних нормах одного пункта определял круг «объектов права собственности» и «объектов интеллектуальной собственности»»[1]. В Конституции РФ 1993 г. также был употреблен термин «интеллектуальная собственность» (ст. 44). Но в специальном законодательстве возврата к проприетарной концепции не произошло.

Формально новое законодательство об авторском праве появилось с принятием 31 мая 1991 г. новых Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик[2] (введены в действие с 1 января 1992 г.). Данный акт восстановил традицию регулирования авторского права на основе признания *исключительных прав* на произведения науки, литературы и искусства[3]. На территории России эти Основы применялись с 3 августа 1992 г.[4], но в части авторского права фактически прекратили свое действие уже через год – 3 августа 1993 г. – с момента вступления в силу Закона РФ от 9 июля 1993 г. № 5351-I «Об авторском праве и смежных правах»[5] (далее – Закон об авторском праве). С 1 января 2008 г. этот закон прекратил свое действие в связи с вступлением в силу части четвертой ГК РФ[6].

---

[1] *Маковский А.Л.* Исключительные права и концепция части четвертой Гражданского кодекса. С. 612.

[2] Ведомости Съезда народных депутатов (СНД) и ВС СССР. 1991. № 26. Ст. 733.

[3] См.: *Маковский А.Л.* Исключительные права и концепция части четвертой Гражданского кодекса. С. 611.

[4] Пункт 1 Постановления ВС РФ от 3 марта 1993 г. № 4604-I «О некоторых вопросах применения законодательства Союза ССР на территории Российской Федерации».

[5] Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 32. Ст. 1242. О вступлении в силу – см. Постановление ВС РФ от 9 июля 1993 г. № 5352-I «О порядке введения в действие Закона Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах»».

[6] СЗ РФ. 2006. № 52. Ст. 5496. О вступлении в силу – см. Федеральный закон от 18 декабря 2006 г. № 231-ФЗ «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

Споры об уровне кодификации авторского права (как и прочих интеллектуальных прав) в рамках единого частноправового акта в современной России велись с большой резкостью[1].

С точки зрения юридической техники и структурного строения норм между Законом об авторском праве и ГК РФ лежит пропасть. Концептуально Закон об авторском праве бескомпромиссно воспроизводил концепцию исключительных прав, а ГК РФ построен на основе теории интеллектуальных прав. ГК РФ гораздо полнее Закона об авторском праве (так, в Законе содержалась регламентация только лицензионного договора, договор об уступке авторского права в нем не упоминался).

Но есть у Закона об авторском праве и ГК РФ множество общих черт, главная из которых – решительный отказ от традиции советского права. Исключительное право объявлено стержнем авторских прав в обоих нормативных актах, само определение исключительного права и его содержание через перечисление казуистичных способов использования произведения также является абсолютной новеллой. В целом, ГК РФ выглядит больше продолжением Закона об авторском праве, чем всех предшествующих периодов российской истории.

За недолгое время своего действия Закон об авторском праве подвергся серьезной модернизации в 2004 г., желая сблизиться еще больше с зарубежным законодательством, в особенности с правом Европейского Союза: так, соответствующий мировой практике 50-летний срок посмертного авторского права был удлинен до 70 лет, а иностранные произведения, опубликованные до 27 мая 1973 г., стали охраняемыми на территории России[2].

Положения ГК РФ об интеллектуальных правах также успели дважды подвергнуться концептуальному усовершенствованию: в 2010 г., когда остро стоял вопрос о приеме России в ВТО[3], и в 2014 г. в связи с общей реформой гражданского законодательства[4]. Положений об авторском праве эти изменения коснулись в минимальной степени[5].

---

[1] См.: *Маковский А.Л.* «Американская история» // *Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права. М.: Статут, 2010. С. 625–658.

[2] См.: п. 1242 Доклада Рабочей группы по присоединению Российской Федерации к Всемирной торговой организации (Принят 16.11.2011–17.11.2011).

[3] См.: Федеральный закон от 4 октября 2010 г. № 259-ФЗ «О внесении изменений в часть четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации».

[4] См.: Федеральный закон от 12 марта 2014 г. № 35-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации».

[5] См.: п. 1234 Доклада Рабочей группы по присоединению Российской Федерации к Всемирной торговой организации (Принят 16.11.2011–17.11.2011).

Примета времени. В один клубок сплелись резкое неоднократное увеличение сроков правовой охраны произведения, придание обратной силы действию этих сроков и лихорадочное законотворчество.

Закон об авторском праве ввел 50-летний посмертный срок действия исключительного авторского права (ст. 27), этот срок решено было применять «во всех случаях, когда 50-летний срок действия авторского права не истек к 1 января 1993 года»[1], в том числе и для произведений, на которые истек 25-летний срок охраны. Практика довольно скоро определилась, что 50-летний срок применяется с обратной силой в отношении авторов, которые умерли начиная с 1 января 1943 г. В 2004 г. в Законе был установлен 70-летний срок правовой охраны, но придать ему обратную силу забыли. Поэтому, «если ранее установленный 50-летний срок охраны авторского права истек до 26 июля 2004 г., то 70-летний срок охраны к этим произведениям не применяется»[2]. ГК РФ сохранил 70-летний срок правовой охраны и не забыл распространить его на прошедшее время[3] (на дату 1 января 1943 г.): «Поэтому, если пятидесятилетний срок действия авторского права на произведение истек после 31.12.1992 (но до вступления в силу закона, установившего семидесятилетний срок действия авторского права) и произведение перешло в общественное достояние, с 01.01.2008 действие исключительного права на это произведение возобновляется и его срок исчисляется по правилам, предусмотренным статьей 1281 ГК РФ»[4].

К чему это привело, можно посмотреть на примере охраны произведений А.Н. Толстого, автора персонажа по имени Буратино. А.Н. Толстой умер 23 февраля 1945 г. Посмертный срок действия авторского права истек 31 декабря 1959 г. (ст. 15 Основ авторского права 1928 г.). Произведения автора перешли в общественное достояние. В 1993 г. внезапно стало известно, что срок охраны возобновился (начиная с 1 января 1946 г.) и составляет 50 лет + 4 года за то, что автор работал во время Великой Отечественной войны (ст. 27 Закона об авторском праве). Это срок истек 31 декабря 2000 г., произведения автора вновь

[1] Пункт 3 Постановления ВС РФ от 9 июля 1993 г. № 5352-I «О порядке введения в действие Закона Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах»».

[2] См.: п. 34 Постановления Пленума ВС РФ от 19 июня 2006 г. № 15 «О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах».

[3] Статья 1281 ГК РФ, ст. 6 Федерального закона от 18 декабря 2006 г. № 231-ФЗ «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

[4] Пункт 3 Постановления Пленума ВС РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

перешли в общественное достояние. С 1 января 2008 г. срок правовой охраны возобновился – теперь уже на 70 лет + 4 года (ст. 1281 ГК РФ).

Итак, Буратино был неохраняемым персонажем с 1 января 1960 г. до 3 августа 1993 г. и с 1 января 2001 г. до 1 января 2008 г. Но он не зря обещал вернуться...

§ 6. Система источников авторского права

Международный аспект

Авторское право достаточно успешно унифицировано благодаря множеству международных конвенций (договоров). Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются в соответствии с Конституцией РФ составной частью правовой системы Российской Федерации и, по общему правилу, применяются к отношениям, регулируемым гражданским законодательством, непосредственно (ст. 7 ГК РФ).

В настоящее время существует следующая система источников международного авторского права, прямо или косвенно имеющих отношение к Российской Федерации.

1. Основные всемирные конвенции. Мы уже касались выше вопроса о двух основных международных конвенциях в сфере авторского права: Всемирной конвенции об авторском праве (Женева, 6 сентября 1952 г.) и Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений от 9 сентября 1886 г. Россия как правопреемница СССР является участницей Всемирной Женевской конвенции об авторском праве с 1973 г. Присоединение к Бернской конвенции произошло гораздо позднее: Россия данную Конвенцию ратифицировала 13 марта 1995 г. При этом первоначально на территории Российской Федерации не получали правовую охрану произведения иностранных авторов, которые были опубликованы до 13 марта 1995 г. (п. 2 Постановления Правительства РФ от 3 ноября 1994 г. № 1224). В настоящее время это ограничение снято в соответствии с Постановлением Правительства РФ от 11 декабря 2012 г. № 1281. Считается, что именно Бернская конвенция является определяющей в системе международной охраны авторских прав.

В сфере прав, смежных с авторскими, существуют свои международные соглашения.

Наиболее важной является Международная Конвенция об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных органи-

заций (Рим, 26 октября 1961 г.). В СССР к данной Конвенции было более прохладное отношение, чем к Женевской конвенции об авторском праве. С содержательной точки зрения в советской литературе принято было считать, что эта Конвенция представляет собой попытку сбалансировать охрану интересов сразу трех категорий носителей прав, между которыми существует антагонизм[1]. Но и современная Россия присоединялась к Римской конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций 1961 г. в последнюю очередь[2]. Римская конвенция вступила в силу для России 26 февраля 2003 г.

Существуют также международные соглашения, регулирующие деятельность строго определенных субъектов смежных прав. Это Конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм (Женева, 29 октября 1971 г.). Российская Федерация считается присоединившейся к данной Конвенции с 9 декабря 1994 г.[3] Это Конвенция о распространении несущих программы сигналов, передаваемых через спутники (Брюссель, 21 мая 1974 г.). К данной Конвенции присоединился еще Советский Союз с 20 октября 1988 г.[4] Россия считается участником этой Конвенции с той же даты как правопреемник СССР.

2. Договоры Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС). Всемирная организация интеллектуальной собственности является специализированным учреждением ООН. ВОИС создана в соответствии с Конвенцией об учреждении Всемирной организации интеллектуальной собственности (Стокгольм, 14 июля 1967 г.). СССР был в числе государств-учредителей и ратифицировал эту Конвенцию 19 сентября 1968 г.[5] (официально считается членом ВОИС с 26 апреля 1970 г.). Российская Федерация сохранила членство как государство-правопреемник.

---

[1] См.: *Матвеев Ю.Г.* Указ. соч. С. 139–140.

[2] См.: Постановление Правительства РФ от 20 декабря 2002 г. № 908 «О присоединении Российской Федерации к Международной конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций».

[3] Решение о присоединении Российской Федерации было принято постановлением Правительства РФ от 3 ноября 1994 г. № 1224.

[4] См.: Указ Президиума ВС СССР от 12 августа 1988 г. № 9388-XI «О присоединении СССР к Конвенции о распространении несущих программы сигналов, передаваемых через спутники».

[5] См.: Указ Президиума ВС СССР от 19 сентября 1968 г. № 3104-VII «О ратификации Стокгольмского акта Парижской конвенции по охране промышленной собственности и Конвенции, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности».

Существует Договор ВОИС по авторскому праву (Женева, 20 декабря 1996 г.). Данный Договор опирается на Бернскую конвенцию и отражает реалии современности (появление компьютерных программ, баз данных и т.п.). Имеются и обобщения научной мысли: так, ст. 2 Договора утверждает, что «авторско-правовая охрана распространяется на форму выражения». Россия официально считается участником Договора с 5 февраля 2009 г.[1]

Существует также Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам (Женева, 20 декабря 1996 г.). Данный Договор учитывает новейшие тенденции и накопленную практику регулирования отношений в сфере смежных прав. Большим подспорьем для национального законодателя является четкость, с которой сформулированы личные неимущественные и имущественные права субъектов смежных прав. Россия официально считается участником Договора с 5 февраля 2009 г.[2]

Важной сферой деятельности ВОИС является установление механизма разрешения споров между невластными субъектами по типу третейского суда[3].

3. Соглашение ТРИПС. В 2012 г. Россия вступила во всемирную торговую организацию (ВТО). В связи с этим к международным договорам, в которых участвует Россия, стало относиться Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС/TRIPS) (заключено в г. Марракеше 15 апреля 1994 г.). В новейшей отечественной литературе давалась следующая оценка этому договору: «В Соглашении регламентирован комплекс прав на разные виды интеллектуального продукта. Но регламентация проведена очень фрагментарно и недостаточно систематично. Таким образом, общая задача заключается в том, чтобы для нужд современного рынка построить новую систему законодательства»[4].

---

[1] Присоединение к Договору произошло в соответствии с Распоряжением Правительства РФ от 21 июля 2008 г. № 1052-р «О присоединении Российской Федерации к Договору Всемирной организации интеллектуальной собственности по авторскому праву, принятому Дипломатической конференцией по некоторым вопросам авторского права и смежных прав в г. Женеве 20 декабря 1996 г.».

[2] Присоединение к Договору произошло в соответствии с Распоряжением Правительства РФ от 14 июля 2008 г. № 998-р «О присоединении к Договору Всемирной организации интеллектуальной собственности по исполнениям и фонограммам, принятому Дипломатической конференцией по некоторым вопросам авторского права и смежных прав в г. Женеве 20 декабря 1996 г.».

[3] См. Правила и положения ВОИС по арбитражу, медиации и вынесению экспертного заключения.

[4] *Дозорцев В.А.* Указ. соч. С. 70.

4. Договоры в рамках Содружества Независимых Государств и законодательство Евразийского экономического союза.

В рамках СНГ существует рамочное Соглашение стран СНГ «О сотрудничестве в области охраны авторского права и смежных прав» от 24 сентября 1993 г. В рамках Евразийского экономического союза действует Протокол об охране и защите прав на объекты интеллектуальной собственности (Приложение № 26 к Договору о Евразийском экономическом союзе).

5. Законодательство Европейского Союза. Данное законодательство, понятно, не имеет для России обязательной силы. Однако существуют некие соглашения, в соответствии с которыми Россия обязуется обеспечить тот же уровень защиты авторских прав, который существует в ЕС. Считается, что увеличение срока охраны авторских прав до 70 лет является результатом добровольной имплементации Директивы Совета ЕС № 93/98 от 29 октября 1993 г. о гармонизации срока охраны авторских и смежных прав[1].

Кроме того, во многих случаях законодательство ЕС служит ориентиром для национального нормотворчества. Показателен, например, следующий случай. При переговорах о вступлении в ВТО от России требовали «ясно определять, что право на воспроизведение включает «прямую или непрямую» подготовку «временных или постоянных» копий». Данное требование было парировано представителем России ссылкой на то, что подп. 1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ отражает директиву Европейского Союза[2]. Вероятно, имелась в виду Директива № 2001/29/ЕС[3]: «Эксклюзивные права на воспроизведение должны предусматривать исключения, связанные с разрешением некоторых действий по временному воспроизведению. Совершение таких действий ограничено во времени либо носит разовый характер. Подобные правоотношения являются неотъемлемой и важной частью технологического процесса и складываются исключительно с целью создания посредниками эффективных условий передачи продукции по сети третьим лицам либо в целях формирования легальных способов использования произведений и иных объектов. Деятельность, касающаяся воспроизведения

[1] См.: *Хохлов В.А.* Авторское право: законодательство, теория, практика. М.: Городец, 2008. С. 33–34.

[2] См.: п. 1246, 1247 Доклада Рабочей группы по присоединению Российской Федерации к Всемирной торговой организации (Принят 16.11.2011–17.11.2011).

[3] Директива № 2001/29/ЕС Европейского Парламента и Совета Европейского Союза от 22 мая 2001 г. о гармонизации некоторых аспектов авторских и смежных прав в информационном обществе.

продукции, не должна представлять самостоятельной экономической ценности» (п. 33 Преамбулы). Интересно, что в 2014 г., уже после вступления в ВТО, подп. 1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ был изложен в новой редакции, текстуально гораздо более близкой к смыслу Директивы ЕС.

Национальный аспект

Отраслевая принадлежность. В соответствии с Конституцией РФ каждому гарантируется свобода литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества. Интеллектуальная собственность охраняется законом (ст. 44). Правовое регулирование интеллектуальной собственности находится в ведении Российской Федерации (п. «о» ст. 71).

Основным источником авторского права в России является Гражданский кодекс РФ (часть четвертая, состоящая из разд. VII под названием «Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации»). Часть четвертая ГК РФ, посвященная правам на результаты интеллектуальной деятельности, построена по пандектной системе: каждому институту уделено по отдельной главе (для авторского права – это гл. 70 ГК РФ, для прав, смежных с авторским, – гл. 71 ГК РФ), а общие положения выделены в отдельную начальную гл. 69 ГК РФ. В «общих положениях» сосредоточены нормы, часто имеющие отношение не ко всем одновременно, а только к нескольким институтам подотрасли. Иногда это требует хорошего знакомства со структурой ГК РФ – например, право на вознаграждение за свободное воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений исключительно в личных целях рассматривается в ст. 1245 ГК РФ среди общих положений, поскольку принадлежит не только авторам, но и субъектам иных прав – исполнителям, изготовителям фонограмм и аудиовизуальных произведений.

Включение положений об авторском праве в ГК РФ означает, что в этих положениях не будут дублироваться нормы, общие для всех гражданско-правовых отношений (об обязательствах, о договорах и т.п.).

Иерархия законодательства об авторском праве выстраивается в соответствии с общими правилами ст. 3 ГК РФ.

На основании и во исполнение ГК РФ принимаются акты Правительства. Так, в сфере авторского права действуют постановления Правительства РФ от 29 декабря 2007 г. № 992 «Об утверждении Положения о государственной аккредитации организаций, осуществляющих коллективное управление авторскими и смежными правами», от 14 октября 2010 г. № 829 «О вознаграждении за свободное воспроизведе-

ние фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях», от 19 апреля 2008 г. № 285 «Об утверждении Правил выплаты автору вознаграждения при публичной перепродаже оригиналов произведений изобразительного искусства, авторских рукописей (автографов) литературных и музыкальных произведений», от 29 декабря 2007 г. № 988 «Об утверждении Правил сбора, распределения и выплаты вознаграждения исполнителям и изготовителям фонограмм за использование фонограмм, опубликованных в коммерческих целях».

Акты федеральных органов исполнительной власти в авторском праве имеют ограниченную сферу действия и касаются государственной аккредитации организаций по управлению правами на коллективной основе (ст. 1244 ГК РФ). В данной сфере действуют акты уполномоченного федерального органа исполнительной власти – Министерства культуры РФ: например, приказ Минкультуры России от 19 февраля 2008 г. № 30 «О Типовом уставе аккредитованной организации по управлению правами на коллективной основе».

Межотраслевые связи. Отраслевая принадлежность ГК РФ накладывает естественные ограничения в сфере защиты авторских прав, поэтому возникает проблема установления межотраслевых связей законодательства по вопросам авторского права.

Традиционно большое значение в сфере охраны авторских прав имеет уголовное законодательство: что уж говорить, если известный термин «плагиат» используется именно в уголовном, а не в гражданском праве. Статья 146 Уголовного кодекса РФ «Нарушение авторских и смежных прав» помещена законодателем в главе «Преступления против конституционных прав и свобод человека и гражданина». При приведении российского законодательства в соответствие с требованиями ВТО «мерам уголовного характера» придавалось большое значение[1]. Существует и законодательство, вводящее административную ответственность за нарушение авторских и смежных прав (ст. 7.12 Кодекса РФ об административных правонарушениях).

В целях регулирования вопросов использования результатов интеллектуальной деятельности в Интернете и иных информационно-телекоммуникационных сетях был принят Федеральный закон от 2 июля 2013 г. № 187-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам защиты интеллектуальных прав в информационно-телекоммуникационных сетях» (вступил в силу

[1] См.: п. 1332, 1341 Доклада Рабочей группы по присоединению Российской Федерации к Всемирной торговой организации (Принят 16.11.2011–17.11.2011).

с 1 августа 2013 г.). В данном нормативном акте продемонстрирован комплексный подход: установлены процессуальные меры (например, введена ст. 144.1 ГПК РФ «Предварительные обеспечительные меры защиты исключительных прав на фильмы, в том числе кинофильмы, телефильмы, в информационно-телекоммуникационных сетях, в том числе в сети «Интернет»») и процедурные правила (например, в Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» введена ст. 15.2 «Порядок ограничения доступа к информации, распространяемой с нарушением исключительных прав на фильмы, в том числе кинофильмы, телефильмы»).

В современном мире большое значение придается вопросам импорта материальных носителей, в которых воплощены результаты интеллектуальной деятельности. Выделяется область так называемых «пограничных мер»: таможенное законодательство предусматривает защиту правообладателей на объекты интеллектуальной собственности, как включенные, так и не включенные в таможенный реестр, с предоставлением таможенным органам права принимать срочные меры по пресечению нарушений прав интеллектуальной собственности (гл. 46 Таможенного кодекса Таможенного союза)[1].

Судебная практика. Формально в континентальной правовой системе судебная практика не относится к источникам права. Однако ее значение трудно переоценить, поскольку именно судебная практика формирует одну из составляющих права (наряду со справедливостью и целесообразностью): правовую стабильность (она же – «безопасность», «нерушимость права», «преемственность права»)[2].

Вопросы по теме

1. Какие признаки определяют авторское право как субъективное право?
2. Почему природу авторских прав характеризуют как двойственную?
3. По каким основаниям выделяются группы прав в составе смежных прав?
4. Какие основные этапы можно выделить в истории развития авторского права в России?
5. Как строится система источников авторского права?

[1] См.: п. 1313, 1327 Доклада Рабочей группы по присоединению Российской Федерации к Всемирной торговой организации (Принят 16.11.2011–17.11.2011).

[2] См.: *Радбрух Г.* Философия права. М.: Междунар. отношения, 2004. С. 43–44.

Рекомендуемая литература

Бентли Л., Шерман Б. Право интеллектуальной собственности: Авторское право / Пер. с англ. В.Л. Вольфсона. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004.

Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: Сб. статей. М.: Статут, 2003.

Липцик Д. Авторское право и смежные права / Пер. с фр. М. Федотова. М.: Ладомир; Изд-во ЮНЕСКО, 2002.

Маковский А.Л. Исключительные права и концепция части четвертой Гражданского кодекса // *Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010.

Матвеев Ю.Г. Международные конвенции по авторскому праву. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Международные отношения, 1978.

Обзор судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 23 сентября 2015 г.) // СПС «КонсультантПлюс».

Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности (утв. Информационным письмом Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 13 декабря 2007 г. № 122) // СПС «КонсультантПлюс».

Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» (утв. Информационным письмом Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 28 сентября 1999 г. № 47) // СПС «КонсультантПлюс».

Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2006 г. № 15 «О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах» // СПС «КонсультантПлюс».

Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26 апреля 2007 г. № 14 «О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также о незаконном использовании товарного знака» // СПС «КонсультантПлюс».

Хохлов В.А. Авторское право: законодательство, теория, практика. М.: Городец, 2008.

Глава 2. Объекты авторских прав

§ 1. Общие положения
§ 2. Литературные произведения
§ 3. Отдельные разновидности произведений искусства
§ 4. Произведения науки, географические, геологические и другие карты, планы, эскизы
§ 5. Часть произведения, его название и персонаж
§ 6. Аудиовизуальные произведения и иные сложные объекты
§ 7. База данных
§ 8. Программы для ЭВМ
§ 9. Производные и составные произведения

§ 1. Общие положения

Объектами авторских прав являются произведения науки, литературы и искусства независимо от достоинств и назначения произведения, а также от способа его выражения (ст. 1259 ГК РФ). Перечень объектов авторских прав является открытым.

Объекты авторских прав обладают общими признаками с иными результатами интеллектуальной деятельности и средствами индивидуализации. Особенностью рассматриваемых объектов (в отличие от объектов вещных прав) является то, что они нематериальны. Поэтому исключительное право, которое в силу ст. 1227 ГК РФ признается на объекты авторских прав, не включает в себя правомочие владения, а содержит только правомочия использования и распоряжения. Данные объекты не подвержены физической амортизации. Результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации являются необоротоспособными, т.е. не могут отчуждаться или иными способами переходить от одного лица к другому, а объектом распоряжения выступают исключительные права на них (п. 4 ст. 129 ГК РФ). Кроме того, признаком рассматриваемых объектов является их неограниченность в пространстве и, как следствие, возможность одновременного использования неограниченным кругом лиц[1].

[1] См.: *Дозорцев В.А.* Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: Сб. статей. М., 2005. С. 113, 121.

Нормами авторского права устанавливается режим правовой охраны внешнего выражения произведения, что предполагает его охрану именно в том виде, в котором данный результат творческого труда был объективирован. Поэтому традиционно считается, что авторское право охраняет форму произведения, но не его содержание (оригинальную идею, авторскую концепцию, сюжетную линию и т.п.).

Для признания результата интеллектуальной деятельности объектом авторских прав необходимо, чтобы он отвечал двум основным ***критериям охраноспособности*** (специальные признаки объектов авторских прав).

Согласно ст. 1257 ГК РФ автором произведения литературы, науки или искусства признается гражданин, творческим трудом которого оно создано. Следовательно, основным требованием для признания результата интеллектуальной деятельности объектом авторских прав является *творческий характер труда его создателя*. В отечественной цивилистической доктрине были выработаны два основных подхода к определению творчества: субъективный и объективный[1].

Отечественное законодательство основывается на субъективном подходе: требование творчества предъявляется к ***труду*** автора. Господством субъективного подхода в отечественном правопорядке объясняется следующая правовая позиция высших судебных инстанций: само по себе отсутствие новизны, уникальности и (или) оригинальности результата интеллектуальной деятельности не может свидетельствовать о том, что он создан не творческим трудом и, следовательно, не является объектом авторских прав[2].

Судебная практика исходит из презумпции, что результат интеллектуальной деятельности создан творческим трудом, пока не доказано иное[3].

---

[1] **Субъективный подход** предполагает, что охраноспособное произведение должно отражать в себе личность и индивидуальность автора, его уникальный авторский стиль и т.п. (О.С. Иоффе, В.И. Серебровский, В.А. Дозорцев и др.). См.: *Иоффе О.С.* Советское гражданское право. В 3 т. Т. 3. Л., 1965. С. 5; *Серебровский В.И.* Вопросы советского авторского права. М., 1956. С. 34; *Дозорцев В.А.* Указ. соч. С. 280. **Объективный подход** основывается на положении о том, что условием предоставления произведению правовой охраны является не субъективно-творческий характер деятельности автора, а творческий характер результата, его новизна (М.В. Гордон, В.Я. Ионас и др.). *См.: Гордон М.В.* Советское авторское право. М., 1955. С. 63; *Ионас В.Я.* Критерий творчества в авторском праве и судебной практике. М., 1963. С. 23; *Кашанин А.В.* Творческий характер как условие охраноспособности произведения в российском и иностранном авторском праве // Вестник гражданского права. 2007. № 2. С. 97.

[2] См.: п. 28 Постановления Пленума ВС РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

[3] См. там же.

Авторские права распространяются как на обнародованные, так и на необнародованные произведения, выраженные в какой-либо объективной форме. Поэтому вторым критерием является выражение произведения в ***объективной форме*** (п. 3 ст. 1259 ГК РФ)[1].

В качестве примеров формы выражения произведения в ГК РФ законодатель приводит письменную, устную форму (в виде публичного произнесения, публичного исполнения и т.п.), форму изображения, звуко- или видеозаписи, объемно-пространственную форму (п. 3 ст. 1259 ГК РФ). Перечень является открытым, что означает возможность существования произведения в иных формах (например, мультимедийные продукты имеют электронную форму выражения).

Для возникновения, осуществления и защиты авторских прав ***не требуется регистрация*** произведения или соблюдение каких-либо иных формальностей. Вместе с тем в отношении программы для ЭВМ и баз данных законодатель допускает возможность регистрации, которая осуществляется по желанию правообладателя в соответствии с правилами ст. 1262 ГК РФ (п. 4 ст. 1259 ГК РФ).

Объектами авторских прав прежде всего являются ***произведения*** (п. 1 ст. 1259 ГК РФ). В качестве особых видов произведений выделяются *производные произведения*, которые представляют собой переработку другого произведения (переводы, обработки, экранизации, аранжировки, инсценировки или другие подобные произведения – п. 2 ст. 1259, п. 1 ст. 1260 ГК РФ), и *составные произведения*, которые представляют собой по подбору или расположению материалов результат творческого труда (антологии, энциклопедии, базы данных, интернет-сайты, атласы или др. – п. 2 ст. 1259, п. 2 ст. 1260 ГК РФ).

[1] В доктрине авторского права существовали две позиции относительно соотношения объективной формы выражения произведения и возможности его воспроизведения. Представители первой точки зрения полагали, что объективная форма произведения и его воспроизводимость представляют единый признак охраноспособного произведения и именно воспроизводимость произведения определяется формой, в которой оно выражено. См. об этом: *Шершеневич Г.Ф.* Авторское право на литературные произведения. Казань, 1891. С. 159; *Серебровский В.И.* Указ. соч. С. 32, 38–39, 41; *Антимонов Б.С., Флейшиц Е.А.* Авторское право М., 1957. С. 80–81. Другие ученые считали, что воспроизводимость является самостоятельным признаком произведения. В.И. Серебровский писал, что «если результат труда автора по тем или иным причинам *не может быть воспроизведен*, то этот результат не может быть признан объектом авторского права». См.: *Серебровский В.И.* Указ. соч. С. 41. Многолетний спор был разрешен с вступлением в силу Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», где указывалось, что авторское право распространяется на произведения, существующие в какой-либо форме. Такой же подход отражен в действующем законодательстве.

Отдельно определяется правовой режим таких объектов, как *аудиовизуальное произведение* (ст. 1263 ГК РФ) и *база данных* (абз. 2 п. 2 ст. 1259 ГК РФ), которые относятся в соответствии со ст. 1240 ГК РФ к сложным объектам интеллектуальных прав.

Подлежит охране не только произведение в целом, но и *часть произведения*, его *название* или *персонаж*, если указанные элементы произведения отвечают рассмотренным выше критериям охраноспособности (п. 7 ст. 1259 ГК РФ).

Кроме того, к числу объектов авторских прав законодатель относит *программы для ЭВМ*, которые охраняются как литературные произведения (ст. 1261–1262 ГК РФ).

Исключительное право на произведения науки, литературы и искусства распространяется на произведения:

– обнародованные на территории Российской Федерации или необнародованные, но находящиеся в какой-либо объективной форме на территории Российской Федерации, и признается за авторами (их правопреемниками) независимо от их гражданства;

– обнародованные за пределами территории Российской Федерации или необнародованные, но находящиеся в какой-либо объективной форме за пределами территории Российской Федерации, и признается за авторами, являющимися гражданами Российской Федерации (их правопреемниками).

Так, исключительное право на произведение может быть признано за иностранными гражданами (их правопреемниками) в случаях, если произведение обнародовано на территории Российской Федерации; если произведение не обнародовано, но находится в какой-либо объективной форме на территории Российской Федерации; если произведение обнародовано за пределами территории Российской Федерации или не обнародовано, но находится в какой-либо объективной форме за пределами территории Российской Федерации, но в соответствии с международными договорами Российской Федерации подлежит правовой охране, данное правило распространяется также на лиц без гражданства (ст. 1256 ГК РФ). Например, соглашение «О Единых принципах регулирования в сфере охраны и защиты прав интеллектуальной собственности» (заключено в г. Москве 9 декабря 2010 г., участницы – страны ЕврАзЭС)[1]; «О сотрудничестве в области

[1] См.: Соглашение «О Единых принципах регулирования в сфере охраны и защиты прав интеллектуальной собственности» (заключено в г. Москве 9 декабря 2010 г.) // Бюллетень международных договоров. 2013. № 6.

охраны авторского права и смежных прав» (соглашение стран СНГ от 24 сентября 1993 г.)[1] и др.

Правообладатель для оповещения о принадлежащем ему исключительном праве на произведение вправе использовать знак охраны авторского права, который помещается на каждом экземпляре произведения и состоит из следующих элементов (латинской буквы «С» в окружности, имени или наименования правообладателя; года первого опубликования произведения) (ст. 1271 ГК РФ).

§ 2. Литературные произведения

В законе не содержится дефиниции произведения. Определения данного понятия предлагаются в юридической литературе. Так, В.И. Серебровский под произведением 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].

Законодатель к числу объектов авторских прав относит произведения науки, литературы и искусства и закрепляет их неисчерпывающий перечень (п. 1 ст. 1259 ГК РФ).

В законе не представлено легального определения литературных произведений. Согласно Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений 1886 г. (далее – Бернская конвенция) к ***литературным произведениям*** относятся книги, брошюры и другие письменные произведения; лекции, обращения, проповеди и другие подобного рода произведения вне зависимости от способа и формы их выражения (ст. 2).

Г.Ф. Шершеневич определял литературное произведение как продукт духовного творчества, облаченный в письменную или словесную форму и предназначенный к обращению в обществе[3].

Как известно, литературные произведения подразделяются на различные литературные жанры (например, повесть «Бедная Лиза» Н.М. Карамзина; рассказы, например, «Человек в футляре» А.П. Чехова,

[1] См.: Соглашение «О сотрудничестве в области охраны авторского права и смежных прав» (соглашение стран СНГ от 24 сентября 1993 г.) // Бюллетень международных договоров. 2008. № 3.

[2] *Серебровский В.И.* Указ. соч. С. 32.

[3] См.: *Шершеневич Г.Ф.* Авторское право на литературные произведения. Казань, 1891. С. 154.

«Темные аллеи» И.А. Бунина и др., роман «Преступление и наказание» Ф.М. Достоевского и др.).

§ 3. Отдельные разновидности произведений искусства

Бóльшая часть объектов, указанных в перечне, содержащемся в п. 1 ст. 1259 ГК РФ, относится к произведениям искусства.

В философском энциклопедическом словаре искусство определяется как одна из форм человеческого сознания, специфический род практически-духовного освоения мира. К искусству относят живопись, музыку, театр, художественную литературу и т.п., поскольку они являются специфическими художественно-образными формами воспроизведения действительности[1].

В настоящее время с развитием компьютерных технологий создаются новые формы художественного творчества[2]. Появляется новое искусство, «которое не находило своих перспектив реализации в традиционных рамках изобразительного искусства, экранных видах культуры и т.д.»[3]. В литературе такое направление получило название сетевого искусства[4].

Музыкальные произведения. В. Даль определяет музыку как «искусство стройного и согласного сочетания звуков»[5]. *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 по времени звуковых последований»[6]. Музыкальное произведение понимается также как объект авторских прав, представляющий собой упорядоченную совокупность акустических образов, созданную

---

[1] См.: Философский энциклопедический словарь / Л.Ф. Ильичев, П.Н. Федосеев, С.М. Ковалев, В.Г. Панов. М.: Сов. Энциклопедия, 1983. С. 222.

[2] Там же. В настоящее время развивается так называемое компьютерное искусство. О видах компьютерного искусства см. подробнее: *Браун Р.Д.* Искусство создания танцевальной музыки на компьютере. М., 1998; и др.

[3] *Шлыкова О.В.* Указ. соч. С. 26.

[4] Сетевое искусство (Net Art) – «искусство, которое использует Интернет для реализации индивидуального творческого потенциала и продуктивного коллективного сотворчества, как первичную среду. К его видам относятся: артистические web-сайты, создание виртуальных персонажей в сети и др.» // *Шлыкова О.В.* Указ. соч. С. 41.

[5] *Даль В.И.* Толковый словарь живого великорусского языка. В 4 т. М.: Рус. яз., Медиа, 2003. Т. 4. Р. V. 688.

[6] См.: *Иванов Н.В.* Авторские и смежные права в музыке: Учебно-практич. пособие / Под ред. А.П. Сергеева. М.: Проспект, 2009 // СПС «КонсультантПлюс».

творческим трудом автора и выраженную в какой-либо объективной вариативной форме[1].

Музыкальные произведения также подразделяются на разновидности: ноктюрн (например, ноктюрн № 2 ми-бемоль, опус. 9 Ф. Шопена); соната (№ 11 ля мажор К. 331 «Турецкий марш» В.А. Моцарта); симфония (№ 1 «Зимние грезы» ор. 13 П.И. Чайковского) и т.п., а также на направления и стили[2].

Драматические произведения. Драматическое произведение – художественное произведение, предназначенное для сценического воплощения (драма, трагедия, комедия, трагикомедия). Драма (от греческого *drama*, буквально – действие) является первоосновой спектакля, специфика выражается в воспроизведении хода событий, драматической напряженности действия, непрерывности цепи высказываний персонажей, предназначена для коллективного восприятия[3].

Трагедия – произведение, изображающее напряженную и не разрешимую коллизию, личную или общественную катастрофу[4]. Комедия – произведение с веселым сюжетом. По характеру различаются комедии сатирические («Ревизор» Н.В. Гоголя), лирические («Вишневый сад» А.П. Чехова), трагикомедии[5]. Трагикомедия сочетает в себе элементы трагедии и комедии (например, трагикомедией называют «Горе от ума» А.С. Грибоедова).

Музыкально-драматическое произведение – музыкальное произведение, предназначенное для исполнения на сцене (опера, оперетта, музыкальная комедия, мюзикл и т.д.).

Опера представляет собой такое музыкально-драматическое произведение, в котором действующие лица поют в сопровождении оркестра (например, «Евгений Онегин» и «Пиковая дама» П.И. Чайковского). В оперетте (от итальянского слова *operetta*, буквально – маленькая опера), в отличие от оперы, пение чередуется с танцами и диалогом («Летучая мышь» И. Штрауса, «Сильва» И. Кальмана

[1] См.: *Мерзликина Р., Юмашев А.* Современный взгляд на определение понятия музыкального произведения как объекта авторского права // Интеллектуальная собственность: Авторское право и смежные права. 2009. № 8. С. 14.

[2] Более подробно о правовой природе музыкальных произведений см.: *Иванов И.В.* Указ. соч.

[3] См.: Большая советская энциклопедия. 2000 (http://bse.slovaronline.com (дата обращения: 01.06.2016)).

[4] См.: Толковый словарь Ожегова / С.И. Ожегов, Н.Ю. Шведова. 1949–1992. М.: ИТИ ТЕХНОЛОГИИ, 2003.

[5] См.: Современная энциклопедия. 2000 (http://slovari.bibliofond.ru (дата обращения: 01.06.2016)).

и др.)[1]. Мюзикл – музыкальное представление, сочетающее в себе элементы драматического, хореографического и оперного искусств (например, мюзиклы «Моя прекрасная леди» Ф. Лоу и А. Лернер, «Призрак оперы» Э.Л. Веббера)[2].

Произведения изобразительного искусства являются результатом художественного творчества, в рамках которого создаются зрительно воспринимаемые художественные формы. В качестве примеров произведений изобразительного искусства в ГК РФ приводятся произведения живописи, скульптуры, графики, дизайна, графические рассказы и комиксы.

К жанрам живописи относят исторический, бытовой, батальный, портрет, пейзаж, натюрморт и др. Различаются монументально-декоративная живопись (стенные росписи, плафоны, панно), станковая живопись (картина), декорационная живопись (театральные и кинодекорации), декоративная роспись предметов обихода, иконопись, миниатюра (иллюстрирование рукописей, портрет), диорама и панорама[3].

К ***хореографическим произведениям*** относятся все виды произведений танцевального искусства. В танцевальном искусстве средством создания художественного образа являются движения, жесты и положения тел танцующих. Существуют множество разновидностей и стилей танца (например, балет, народные, эстрадные, бальные танцы и т.д.).

Пантомима – вид произведения сценического искусства, в котором главным средством создания художественного образа является пластическая выразительность человеческого тела, жестов и мимики. Пантомима, в частности, бывает классической, танцевальной, акробатической, эксцентрической. Акробатические и эксцентрические пантомимы используются в цирковых номерах.

Произведения декоративно-прикладного искусства относятся к результатам творческого труда, которые выражаются в художественных изделиях, предназначенных главным образом для быта. К ним могут относиться одежда, украшения, утварь, мебель, ткани, игрушки и т.д. В рамках ***сценографического искусства*** авторами при оформлении сценического произведения посредством декораций, костюмов, освещения и постановочной техники создаются творческие художественные образы.

---

[1] См.: Толковый словарь Ожегова / С.И. Ожегов, Н.Ю. Шведова. 1949–1992. М.: ИТИ ТЕХНОЛОГИИ, 2003.

[2] См.: Современная энциклопедия. 2000 (http://slovari.bibliofond.ru (дата обращения: 01.06.2016)).

[3] См.: Большой Энциклопедический словарь. М.: Большая Рос. Энциклопедия, 2000.

Произведения архитектуры, градостроительства и садово-паркового искусства. Как объекты авторских прав охраняются *произведения архитектуры, градостроительства и садово-паркового искусства*. *Градостроительная деятельность* определяется законодателем как деятельность по развитию территорий, в том числе городов и иных поселений, осуществляемая в виде территориального планирования, градостроительного зонирования, планировки территории, архитектурно-строительного проектирования, строительства, капитального ремонта, реконструкции объектов капитального строительства, эксплуатации зданий, сооружений[1]. Под *архитектурным решением* понимается авторский замысел архитектурного объекта – его внешнего и внутреннего облика, пространственной, планировочной и функциональной организации, зафиксированный в архитектурной части документации для строительства и реализованный в построенном архитектурном объекте[2]. В рамках *садово-паркового искусства* создается планировка и разбивка садов и парков, других озеленяемых территорий, подбор растений, их размещение и группировка в сочетании со зданиями, строениями, произведениями архитектуры, скульптурами, ландшафтом и т.п.

Указанные произведения охраняются в том числе в виде проектов, чертежей, изображений и макетов.

К ***фотографическим произведениям*** относятся художественные фотографии, отражающие творческое видение фотографа как художника.

Фотографические произведения в настоящее время используются повсеместно, особенно часто их использование осуществляется в сети «Интернет». Это обусловлено тем, что любой текст, материал, объявление привлечет особое внимание, если будет сопровождаться фотографией. В связи с этим на практике возникает большое количество споров, касающихся нарушения прав авторов фотографических произведений (наиболее распространенные случаи – использование фотографических произведений в статьях, журналах, сайтах сети «Интернет» без согласия правообладателей)[3].

---

[1] См.: п. 1 ст. 1 Градостроительного кодекса РФ от 29 декабря 2004 г. № 190-ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 1 (ч. 1). Ст. 16.

[2] См.: ст. 2 Федерального закона от 17 ноября 1995 г. № 169-ФЗ «Об архитектурной деятельности в Российской Федерации» // СЗ РФ. 1995. № 47. Ст. 4473.

[3] См., например: постановления Суда по интеллектуальным правам от 7 сентября 2015 г. № С01-739/2015 А34-7266/2014; от 23 января 2014 г. № С01-401/2013 по делу № А56-293/2013; Апелляционное определение Московского городского суда от 16 ноября 2015 г. по делу № 33-42340/2015 и др. // СПС «КонсультантПлюс».

Ввиду отсутствия критерия творчества не могут считаться объектами авторских прав такие фотографии, которые производятся в автоматическом режиме специальными техническими средствами, имеющими функции фото- и киносъемки (см., например, ст. 2.6.1 КоАП РФ).

Фотографии природных катаклизмов (например, извержение вулкана), могут быть признаны объектами авторских прав, если соответствуют критериям охраноспособности. Так, Суд по интеллектуальным правам указал, что под творческой деятельностью фотографа следует понимать следующие его действия по созданию результата интеллектуальной деятельности: выбор экспозиции, размещение объекта фотоснимка в пространстве, выбор собственной позиции для совершения фотосъемки, установка света и (или) адаптация своего местонахождения и места нахождения объекта фотосъемки под имеющееся освещение, подбор световых фильтров для объектива и прочие действия. Как указал суд, доводы о том, что кадры, отснятые в экстремальных условиях, в непосредственной близости от жерла вулкана, т.е. в обстановке, исключающей нахождение иных лиц, не являются результатом творческого труда по подбору и расположению видеоматериала, не носят оригинальности, уникальности, неповторимости и, соответственно, не могут быть признаны объектом авторского права в соответствии с п. 1 ст. 1255 ГК РФ, носят декларативный и ничем не обоснованный характер[1]. Таким образом, в данном примере имел место творческий труд автора (выбор экспозиции, собственной позиции для съемки и др.), фотография была выражена в объективной форме, и поэтому она подлежала авторско-правовой охране.

В литературе отмечается, что одной из разновидностей фотографических произведений являются диафильмы, поскольку в отличие от аудиовизуальных произведений «содержащиеся в них образы и информация воспринимаются прерывисто, дискретно»[2].

§ 4. Произведения науки, географические, геологические и другие карты, планы, эскизы

Российское законодательство, не закрепляя понятия произведения науки, содержит дефиницию научного и (или) научно-технического результата как продукта научной и (или) научно-технической деятель-

[1] См.: Постановление Суда по интеллектуальным правам от 21 марта 2014 г. № С01-57/2014 по делу № А24-1669/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

[2] *Гаврилов Э.П.* Авторские договоры в СМИ // Законодательство и практика массмедиа. 1999. № 11.

ности, содержащего новые знания или решения и зафиксированного на любом информационном носителе[1].

В законе раскрывается такое понятие, как научно-техническая деятельность, под которой понимается деятельность, направленная на получение, применение новых знаний для решения технологических, инженерных, экономических, социальных, гуманитарных и иных проблем, обеспечения функционирования науки, техники и производства как единой системы.

Итогом данных видов деятельности являются научный и (или) научно-технический результат (продукт научной и (или) научно-технической деятельности, содержащий новые знания или решения и зафиксированный на любом информационном носителе), а также научная и (или) научно-техническая продукция (научный и (или) научно-технический результат, в том числе результат интеллектуальной деятельности, предназначенный для реализации).

Так, А.П. Сергеев указывает, что «произведениями науки можно считать любые произведения, основное содержание которых состоит в выработке и систематизации объективных знаний о действительности, включая произведения научной литературы»[2].

К числу произведений науки относятся географические, геологические и другие карты, планы, эскизы и пластические произведения, относящиеся к географии и к другим наукам.

Вместе с тем Верховный Суд РФ отметил, что процесс создания геодезической и картографической продукции, материалов и данных может носить как технический, производственный характер, так и быть процессом научной деятельности, т.е. носить творческий характер[3]. В первом случае такой объект не будет охраняться авторским правом.

Кроме того, к произведениям науки относятся научные статьи, монографии, диссертации и др.

§ 5. Часть произведения, его название и персонаж

Помимо произведений в целом, подлежат охране часть произведения, его название, персонаж произведения, если по своему характеру

[1] Статья 2 Федерального закона от 23 августа 1996 г. № 127-ФЗ «О науке и государственной научно-технической политике» // СЗ РФ. 1996. № 35. Ст. 4137.

[2] Гражданское право. Т. 3: Учебник / Отв. ред. А.П. Сергеев. М.: РГ-Пресс, 2012. С. 53.

[3] См.: Определение ВС РФ от 8 апреля 2015 г. № 306-ЭС14-5432 по делу № А12-18806/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

они могут быть признаны самостоятельным результатом творческого труда автора и отвечают требованиям об объективной форме выражения данного объекта (п. 7 ст. 1259 ГК РФ).

В совместном Постановлении Пленумов ВС РФ и ВАС РФ № 5/29 от 26 марта 2009 г. содержится дефиниция ***персонажа***, под которым следует понимать часть произведения, содержащую описание или изображение того или иного действующего лица в форме (формах), присущей (присущих) произведению. Поэтому только автору или иному правообладателю принадлежит исключительное право использовать персонаж любым способом[1].

Одним из важных и актуальных вопросов судебной практики стало определение правовой природы персонажа мультипликационного сериала (на примере мультфильма «Маша и Медведь»)[2]. На практике возник вопрос о юридической квалификации рассматриваемых объектов, поскольку практическое значение его решения заключалось прежде всего в определении размера компенсации за нарушение исключительного права на соответствующие объекты (п. 3 ст. 1252 ГК РФ)[3].

В итоге высшей судебной инстанцией был выработан подход, по которому персонаж может быть признан охраноспособной частью произведения. Поэтому признание отдельно действующих героев мультипликационного сериала персонажами в смысле положений п. 7 ст. 1259 ГК РФ (охраноспособными частями произведения) при их использовании может повлечь нарушение авторского права на это аудио-визуальное произведение как объект охраняемых авторских прав[4].

Для определения, является ли действующее лицо персонажем или нет, необходимо, чтобы оно соответствовало нескольким признакам в совокупности: оригинальным, узнаваемым (мимикой, движени-

[1] См.: п. 29 Постановления Пленума ВС РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

[2] Так, в п. 10 «Обзора судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав» ВС РФ отмечается, что совместное использование нескольких частей и (или) персонажей одного произведения образует один факт нарушения права (абз. 3 п. 3. ст. 1252 ГК РФ). См.: п. 9 и 10 «Обзора судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав», утв. Президиумом ВС РФ 23 сентября 2015 г. // Бюллетень ВС РФ. 2015. № 11.

[3] См.: постановления Суда по интеллектуальным правам от 28 октября 2015 г. № С01-740/2015 по делу № А68-5875/2014; от 27 июля 2015 г. № С01-836/2014 по делу № А60-42846/2013 и др.

[4] См.: постановления Суда по интеллектуальным правам от 22 марта 2016 г. № С01-177/2016 по делу № А56-8070/2015; от 7 апреля 2016 г. № С01-172/2016 по делу № А51-945/2015.

ем и иным признакам), те признаки, которые отличают его от иных действующих лиц[1].

Название произведения также может являться объектом самостоятельной охраны, если отвечает критериям охраноспособности.

В юридической литературе отмечается, что творческими являются такие названия, в которых содержатся придуманные автором слова, в том числе слова, состоящие из частей уже существующих слов. Выделяются два вида названий: оригинальные названия, созданные творческим трудом автора (например, «Гарри Поттер» Джоан Роулинг), и обычные названия, функция которых заключается в идентификации произведения (например, «Преступление и наказание» Ф.М. Достоевского). Юридическое значение данной классификации заключается в том, что оригинальные названия обладают признаками объектов авторских прав, а обычные – могут не обладать такими признаками и соответственно не являться охраноспособными[2].

Вместе с тем в литературе отмечается, что для признания названия произведения охраняемым необходимо соблюдение следующих признаков: название должно быть известным и приобрести различительный характер. Данное толкование верно для целей применения подп. 1 п. 9 ст. 1483 ГК РФ, в соответствии с которым не могут быть зарегистрированы в качестве товарных знаков обозначения, тождественные *названию известного в Российской Федерации* на дату подачи заявки на государственную регистрацию товарного знака *произведения науки, литературы или искусства*, персонажу или *цитате из такого произведения* без согласия правообладателя, однако для охраны средствами авторского права наличие этих признаков не обязательно. В некоторых случаях для того, чтобы названия произведения вызывали ассоциацию с конкретным произведением, необходима дополнительная идентификация (указание на имя автора, его узнаваемый портрет, например, «Капитал» К. Маркса, «Огонь» А. Барбюса, «Воскресенье» Л.Н. Толстого и др.)[3].

Так, по спору о регистрации товарного знака «Тихий Дон», в целях применения правил подп. 1 п. 9 ст. 1483 ГК РФ, Суд по интеллектуаль-

---

[1] Об этом см.: *Гринь Е.С.* К вопросу о правовой охране серий и персонажа мультипликационного произведения // Судья. 2016. № 2. С. 23–25.

[2] См. об этом: *Корнеев В.А.* Программы для ЭВМ, базы данных и топологии интегральных микросхем как объекты интеллектуальных прав. М.: Статут. 2010. С. 19–20.

[3] См. об этом: *Мурзин Д.В.* Ответ по результатам рассмотрения судебного запроса Суда по интеллектуальным правам от 5 августа 2014 г. Дело № СИП-296/2013 // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2015. № 7. С. 30–31.

ным правам указал, что само произведение «Тихий Дон» М.А. Шолохова является объектом авторского права, а название (которое само по себе может не отвечать условию охраноспособности) является известным в Российской Федерации (известное название охраноспособного произведения). Соответственно такое обозначение не может быть зарегистрировано в качестве товарного знака без согласия правообладателя[1].

По другому делу, суд указал, что использование в рекламных целях с размещением на сайте информации о произведении (названия произведения «Тайна империи») с указанием на издание книги и возможности ее приобретения нарушает права автора[2].

§ 6. Аудиовизуальные произведения и иные сложные объекты

Категория «сложный объект» является новеллой части четвертой ГК РФ, однако идеи о необходимости закрепления подобного понятия выдвигались задолго до ее принятия. Большинство авторов рассматривало феномен «сложности» результатов интеллектуальной деятельности применительно к кинофильмам[3].

В законе не содержится легального определения понятия сложных объектов, вместе с тем законодатель в качестве сложных перечисляет следующие объекты: аудиовизуальное произведение, театрально-зрелищное представление, мультимедийный продукт, базы данных (ст. 1240 ГК РФ)[4].

Особенностью указанных объектов в отличие от иных результатов интеллектуальной деятельности является то, что сложными могут

[1] См.: Постановление Президиума Суда по интеллектуальным правам от 9 октября 2014 г. № С01-597/2014 по делу № СИП-296/2013. Обзор мнений ученых по поводу правовой природы названия произведения см.: Рассмотрение спора о правомерности регистрации товарного знака со словесным обозначением «Тихий Дон». Отзывы экспертов // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2015. № 7. С. 22–44.

[2] См.: Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 9 декабря 2014 г. № 33-20140/2014 по делу № 2-1354/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

[3] См.: *Гордон М.В.* Советское авторское право. М., 1955. С. 194–195; *Савельева И.В.* Правовое регулирование отношений в области художественного творчества. М., 1986. С. 49; *Дозорцев В.А.* Указ. соч. С. 146–147. Идеи ученого были восприняты и разрабатываются в современных исследованиях. См.: *Гаврилов Э.П., Еременко В.И.* Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации. М., 2009. С. 113; *Басманова Е.С.* Интернет-сайт как объект имущественных прав: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. С. 81, 84.

[4] О понятии и признаках сложных объектов см.: *Гордон М.В.* Советское авторское право. М., 1955. С. 45–46, 194–195. Обзор мнений см.: *Котенко (Гринь) Е.С.* Мультимедийный продукт как объект авторских прав: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012. С. 57–60.

быть признаны только такие объекты, которые представляют собой ***единое целое*** (т. е. обладают признаком единства) и в то же время имеют ***сложный состав*** (структуру), образуемый совокупностью разнородных охраняемых результатов интеллектуальной деятельности[1]. Для сложных объектов, как правило, по-особому определяется круг авторов и устанавливаются механизмы распределения интеллектуальных прав[2], однако для баз данных круг авторов опреляется традиционно.

Аудиовизуальное произведение *— это произведение, состоящее из зафиксированной серии связанных между собой изображений (с сопровождением или без сопровождения звуком) и предназначенное для зрительного и слухового (в случае сопровождения звуком) восприятия с помощью соответствующих технических устройств* (п. 1 ст. 1263 ГК РФ).

Разновидностями аудиовизуального произведения являются кинематографическое произведение, видеоролик, мультфильм и т.д. В одном из дел суд указал, что стоп-кадр (изображение кадра) из мультипликационного сериала является статичным визуальным воплощением творческого замысла автора произведения и сам по себе, в отрыве от произведения, не обладает признаками объекта авторских прав, в связи с чем не может быть признан самостоятельным результатом творческого труда[3].

В отличие от иных объектов авторских прав, для рассматриваемого результата интеллектуальной деятельности в законодательстве определяется особый субъектный состав авторов. Авторами аудиовизуального произведения являются три лица: режиссер-постановщик; автор сценария; композитор, являющий автором музыкального произведения (с текстом или без текста), специально созданного для этого аудиовизуального произведения (п. 2 ст. 1263 ГК РФ).

Иные лица, внесшие творческий вклад в создание аудиовизуального произведения (оператор-постановщик, художник-постановщик и др.), обладают авторскими правами каждый на свое произведение, но не имеют авторских прав на аудиовизуальное произведение в целом (п. 5 ст. 1263 ГК РФ). В этом проявляется одна из важнейших особенностей правового режима аудиовизуальных произведений по российскому законодательству.

---

[1] См.: Заключение Исследовательского центра частного права по вопросам толкования и возможного применения отдельных положений части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации // Вестник гражданского права. 2007. № 3. С. 124.

[2] См. об этом: *Гринь Е.С.* Авторские права на мультимедийный продукт. М., Проспект. 2015. 128 с.

[3] См.: Постановление Суда по интеллектуальным правам от 7 апреля 2016 г. № С01-172/2016 по делу № А51-945/2015.

Применительно к сложным объектам, в том числе и к аудиовизуальным произведениям, выделяется особый субъект – продюсер как изготовитель аудиовизуального произведения и лицо, организовавшее создание сложного объекта (п. 4 ст. 1263, ст. 1240 ГК РФ).

Лицо, организовавшее создание сложного объекта, приобретает *право использования* отдельных результатов интеллектуальной деятельности на основании соответствующих договоров (абз. 1 п. 1 ст. 1240 ГК РФ). Организаторы создания сложных объектов (физические или юридические лица) не являются их авторами, поскольку не вносят творческого вклада в процесс создания данных объектов. По общему правилу *исключительное право на аудиовизуальное произведение в целом* принадлежит продюсеру, если иное не предусмотрено в договоре с триумвиратом авторов (абз. 2 п. 4 ст. 1263 ГК РФ).

В отличие от аудиовизуального произведения, каких-либо норм, посвященных мультимедийному продукту и театрально-зрелищному представлению, в ГК РФ не содержится.

Мультимедийный продукт возможно определить как *выраженный в электронной (цифровой) форме объект авторских прав, который включает в себя несколько охраняемых результатов интеллектуальной деятельности (таких как программа для ЭВМ, произведения изобразительного искусства, музыкальные произведения и др.) и с помощью компьютерных устройств функционирует в процессе взаимодействия с пользователем*[1]. В качестве признаков мультимедийного продукта выделяется: *сложность, виртуальность, интерактивность*, а также особая электронная форма выражения[2].

Авторами мультимедийного продукта, как правило, являются: сценарист, художник, программист, композитор (который создал музыкальное произведение специально для этого объекта). Применительно к отдельным разновидностям мультимедийного продукта указанный перечень лиц может уточняться.

Мультимедийными продуктами могут быть признаны компьютерные игры, виртуальные музеи, библиотеки, экскурсии, интернет-сайты и т.д.[3]

---

[1] См. об этом: *Котенко Е.С.* Мультимедийный продукт как объект авторских прав: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук / МГЮА им. О.Е. Кутафина. М., 2012. 26 с.

[2] Об этом подробнее см.: *Гринь Е.С.* Авторские права на мультимедийный продукт. М., Проспект. 2015. 128 с.

[3] О двухуровневой модели прав на сложные объекты см.: *Гринь Е.С.* Модель интеллектуальных прав на сложные объекты // Правовая защита интеллектуальной собственности: проблемы теории и практики. М.: Ун-тет им. О.Е. Кутафина (МГЮА), 2014. С. 60–64.

Легального понятия ***театрально-зрелищного представления*** также не закреплено. Вместе с тем в части четвертой ГК РФ при характеристике смежного права на исполнение приводятся следующие разновидности театрально-зрелищного представления: театральное, цирковое, кукольное и эстрадное представления (ст. 1313 ГК РФ).

Под театральной постановкой понимается произведение театрального искусства, созданное на основе драматического или музыкально-драматического произведения, имеющее общий замысел и конкретное название[1].

К театрально-зрелищным представлениям также могут быть отнесены церемонии открытия и закрытия Олимпийских игр, сложные в постановочном отношении представления театрализованных эстрадных шоу, мюзиклов и т.п.[2]

В судебной практике подчеркивается, что для признания объекта театрально-зрелищным представлением необходимо, чтобы он отвечал признакам сложного объекта: состоял из различных результатов интеллектуальной деятельности и являлся единым произведением[3].

§ 7. База данных

Базой данных является представленная в объективной форме совокупность самостоятельных материалов (статей, расчетов, нормативных актов, судебных решений и иных подобных материалов), систематизированных таким образом, чтобы эти материалы могли быть найдены и обработаны с помощью электронной вычислительной машины (ЭВМ)[4]. База данных как объект авторских прав не тождественна совокупности материалов, составляющих ее содержание[5].

К числу примеров баз данных могут быть отнесены справочные правовые системы, электронные картотеки, клиентские базы и др.

[1] См.: ст. 1 Модельного закона о театре и театральной деятельности. Принят в г. Санкт-Петербурге 24 ноября 2001 г. Постановлением 18-12 на 18-м пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ // СПС «КонсультантПлюс».

[2] См.: Заключение Исследовательского центра частного права по вопросам толкования и возможного применения отдельных положений части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации // Вестник гражданского права. 2007. № 3. С. 124.

[3] См.: Определение Свердловского областного суда от 8 ноября 2012 г. по делу № 33-13641/2012 // СПС «КонсультантПлюс».

[4] Так, базой данных может считаться система картографо-геодезических материалов, если процесс ее создания являлся результатом научной деятельности, т.е. носил творческий характер. См.: Определение ВС РФ от 8 апреля 2015 г. № 306-ЭС14-5432 по делу № А12-18806/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

[5] См.: Постановление Суда по интеллектуальным правам от 24 марта 2014 г. № С01-122/2014 по делу № А40-46227/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

Судебной практике известны случаи квалификации в качестве базы данных компьютерного контента[1].

Будучи объектом авторских прав, база данных также может являться объектом смежных прав, которые возникают у изготовителя базы данных (§ 5 гл. 71 ГК РФ). Базы данных являются *объектом смежных прав*, но лишь в части их охраны от несанкционированного извлечения и повторного использования составляющих их содержание материалов (подп. 4 п. 1 ст. 1304 ГК РФ). Важно отличать режим правовой охраны базы данных как объекта смежных прав и материалов, составляющих ее содержание, которые являются объектами авторских прав (ст. 1334 и 1260 ГК РФ).

Особенности правового режима предусмотрены для базы данных, создание которой требует существенных затрат, – только в этом случае изготовителю базы данных принадлежит исключительное право извлекать из нее материалы и осуществлять их последующее использование в любой форме и любым способом. Таковой, по общему правилу, признается база данных, содержащая не менее *10 тыс.* самостоятельных информационных элементов (материалов), составляющих содержание базы данных (ст. 1334 ГК РФ).

Базы данных в законе квалифицируются через различные родовые категории (составного произведения и сложного объекта). База данных – составное произведение, поскольку представляет собой соединение различных содержательных элементов. Авторское право распространяется на подбор данных.

На базу данных может распространяться правовой режим сложного объекта, поскольку в состав базы может, например, входить компьютерная программа, необходимая для функционирования базы. Режим сложного объекта позволяет упорядочить права на эти объекты.

Отличает эти категории то, что сложный объект, в отличие от составного произведения, является новым единым произведением. Единство сложного объекта выражается в том, что различные *разнородные* результаты интеллектуальной деятельности входят в структуру самостоятельного объекта как целостного произведения. Составное произведение состоит, как правило, из *однородных* объектов и не является самостоятельным: авторские права составителя сборника распространяются лишь на осуществленный *подбор или расположение материалов (составительство)* (абз. 1 п. 2 ст. 1260 ГК РФ) и в силу юридической фикции охраняются ***как*** права на самостоятельные объекты (п. 4 ст. 1260 ГК РФ).

[1] См.: Постановление Суда по интеллектуальным правам от 7 марта 2014 г. № С01-114/2013 по делу № А56-58781/2012 // СПС «КонсультантПлюс».

Сложный объект отличается от составного произведения и тем, что новое составное произведение может быть создано путем иного подбора или расположения тех же материалов (п. 6 ст. 1260 ГК РФ).

§ 8. Программы для ЭВМ

В условиях стремительного развития компьютерных технологий особое распространение получили такие разновидности объектов авторских, прав как программы для ЭВМ.

Под ***программой для ЭВМ*** понимается *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* (ст. 1261 ГК РФ).

Программы для ЭВМ (компьютерные программы) предназначены для функционирования компьютерной техники, что позволяет реализовывать самые различные задачи. Данные программы составляют содержание понятия *Software* (программное обеспечение), без которого невозможно функционирование соответствующих технических устройств – *Hardware* (аппаратное обеспечение).

Кроме известных компьютерных программ (текстовых и графических редакторов, утилит, драйверов и др.), в том числе повсеместно используемых приложений для планшетных компьютеров и мобильных телефонов, к разновидностям программ для ЭВМ относятся *операционные системы* (например, операционная системы Windows, Linux, Mac OS), которые представляют собой программное обеспечение, осуществляющее управление выполнением компьютерных программ, распределением памяти, организацией данных[1].

В литературе отмечается, что в охраняемые элементы программы для ЭВМ включаются литеральные компоненты программы (*исходный текст* – код, в читаемой форме понятный программисту, и *объектный код*, который «понятен машине»)[2].

---

[1] См.: *Райзберг Б.А., Лозовский Л.Ш., Стародубцева Е.Б.* Современный экономический словарь. М.: ИНФРА-М, 2006.

[2] Однако есть также противоположные мнения, что исходные коды не охраняются авторским правом, поскольку компьютерные программы не тождественны обычным авторским произведениям и их части не воспринимаемы человеком. См. об этом: *Корнеев В.А.* Программы для ЭВМ, базы данных и топологии интегральных микросхем как объекты интеллектуальных прав. М.: Статут, 2010. С. 18.

Как следует из определения программы для ЭВМ, *подготовительные материалы* и *аудиовизуальные отображения* включаются в понятие программы для ЭВМ. Аудиовизуальные отображения (интерфейс) есть у каждой компьютерной программы: речь идет об окне для взаимодействия с пользователем, используемом для ввода и вывода информации. Интерфейс может быть *простым*, без использования графики, звука (например, интерфейс программы «Блокнот», включенной в стандартный пакет Windows), и *графическим*, с использованием названных элементов (например, интерфейс программы iBooks, где имитируется книжная полка). Вместе с тем, независимо от вида интерфейса, те компоненты, которые отображаются на экране компьютера в качестве окна для взаимодействия с пользователем, являются частью программы для ЭВМ, а не осложняющим ее элементом[1].

Программы для ЭВМ могут быть выражены на любом языке программирования и в любой форме, включая исходный текст и объектный код. Именно этот факт определяет режим охраны данных объектов – авторские права на компьютерные программы ***охраняются как права на произведения литературы*** (ст. 1261 ГК РФ).

Установление такого правового режима соответствует ст. 4 Договора ВОИС по авторскому праву и п. 1 ст. 10 Соглашения ТРИПС, которые содержат указание на то, что программы для ЭВМ должны охраняться как литературные произведения, и на них должны в связи с этим распространяться положения Бернской конвенции[2].

В отличие от произведений литературы, программа для ЭВМ может быть зарегистрирована (ст. 1262 ГК РФ)[3]. Если программа для ЭВМ зарегистрирована, то и переход исключительного права на зарегистри-

[1] Представители другой точки зрения отмечают, что аудиовизуальные отображения, порождаемые компьютерной программой, могут рассматриваться как художественные произведения, произведения изобразительного искусства, т.е. как самостоятельные объекты авторских прав. См.: *Подшибихин Л.И.* Правовая охрана программы для ЭВМ. М., 2010. С. 74–75; *Корнеев В.А.* Программы для ЭВМ, базы данных и топологии интегральных микросхем как объекты интеллектуальных прав. М., 2010. С. 21.

[2] См.: Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС/TRIPS) (заключено в г. Марракеше 15 апреля 1994 г.); Договор ВОИС по авторскому праву (подписан 20 декабря 1996 г.) // СПС «КонсультантПлюс».

[3] См.: Приказ Минобрнауки России от 29 октября 2008 г. № 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» // СПС «КонсультантПлюс».

рованную программу для ЭВМ подлежит государственной регистрации в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности (п. 5 ст. 1262 ГК РФ).

§ 9. Производные и составные произведения

В отечественном законодательстве отдельно закреплены нормы, посвященные таким объектам авторских прав, как производные и составные произведения (п. 2 ст. 1259 ГК РФ). Объединяет эти два вида произведений то, что они имеют вторичный характер, поскольку создаются на основе других произведений.

Под ***производным произведением*** понимается такое произведение, которое представляет собой переработку другого произведения (п. 2 ст. 1259 ГК РФ).

К производным произведениям относятся перевод, обработка, экранизация, аранжировка, инсценировка и др. (п. 1 ст. 1260 ГК РФ). У автора такого произведения возникают новые субъективные авторские права на созданный им объект.

Так, у переводчика возникают авторские права на осуществленный им *перевод произведения*. Вместе с тем права переводчика распространяются исключительно на сам перевод, который им был осуществлен, и не распространяются на имена персонажей произведения. Так судом было установлено, что согласие переводчика на регистрацию товарного знака «Винни-Пух» (в данном случае, согласие переводчика произведения А.А. Милна «WINNIE-THE-POOH») не требуется, поскольку права переводчика распространяются на сам перевод произведения, а не на название персонажа «Винни-Пух». Для регистрации товарного знака необходимо было согласие правообладателя произведения «Винни-Пух и все все все», которое не было получено[1]. Переводы создаются на основе литературных, музыкальных, аудиовизуальных и иных произведений.

Экранизация предполагает создание аудиовизуального произведения в результате переработки другого оригинального произведения, а *инсценировка* – создание в результате такой переработки театрально-зрелищного представления (например, экранизация произведения литературы, театрально-зрелищного представления или инсценировка

[1] См.: Постановление ФАС МО от 24 мая 2013 г. по делу № А40-116644/12-15-337; Определение Конституционного Суда РФ от 29 мая 2014 г. № 1079-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Вольнова Александра Львовича на нарушение его конституционных прав пунктом 1 статьи 1260 Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

кинофильма). *Обработка* означает переработку произведения для определенных целей при сохранении формы его выражения (например, обработка произведения литературы для детей), *аранжировка* является творческой переработкой музыкального произведения и др.

Составными признаются произведения, которые представляют собой по подбору или расположению материалов результат творческого труда (п. 2 ст. 1259 ГК РФ).

К составным произведениям законодатель относит сборники, антологии, энциклопедии, базы данных, интернет-сайт, атласы и т.п. В этих случаях *не возникает новых оригинальных произведений*. Смысл выделения составных произведений состоит в том, что собственно *подбор или расположение материалов* могут иметь *творческий характер*. Поэтому авторские права распространяются не на само составное произведение в целом, а на осуществленные авторами таких произведений подбор или расположение материалов (*составительство*) (п. 2 ст. 1260 ГК РФ).

Указанный признак отличает составные произведения от *сложных объектов* (ст. 1240 ГК РФ), которые включают в себя несколько охраняемых результатов интеллектуальной деятельности, но признаются и охраняются как единое произведение. Вместе с тем в действующем законодательстве содержится положение об одновременной квалификации одного из результатов интеллектуальной деятельности как составного произведения и как сложного объекта – речь идет о базе данных.

Наряду с базой данных к составным произведениям законодатель относит интернет-сайт.

Сайт в сети «Интернет» определяется как совокупность программ для ЭВМ и иной информации, содержащейся в информационной системе, доступ к которой обеспечивается посредством информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» по доменным именам и (или) по сетевым адресам, позволяющим идентифицировать сайты в сети «Интернет» (п. 2 ст. 13 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»)[1].

---

[1] См.: Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» // СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3448.

В законопроекте о внесении изменений в ГК РФ интернет-сайт определялся как **представленная в объективной форме совокупность самостоятельных материалов, систематизированных таким образом, чтобы эти материалы могли быть размещены в сети «Интернет»**. Вместе с тем такая дефиниция в часть четвертую ГК РФ не вошла. См.: Проект Федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (в ред., принятой в первом чтении 27 апреля 2012 г.) // СПС «КонсультантПлюс».

В литературе под интернет-сайтом понимается «совокупность гипертекстовых документов (в виде html-страниц или хранящихся в базе данных), электронных произведений и программного обеспечения, необходимого для функционирования названных компонентов»[1].

Проблема защиты интеллектуальных прав на интернет-сайты нашла отражение в судебной практике. Рассматривая одно из дел по ранее действовавшему Закону «Об авторском праве и смежных правах», суд определил, что содержимое сайта составляют специально подобранные и расположенные определенным образом материалы (тексты, рисунки, фотографии, чертежи, аудиовизуальные произведения и т.д.), которые могут быть использованы с помощью компьютерной программы (компьютерного кода), являющейся элементом сайта[2].

В Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» предлагается ввести такую категорию, как ***производный сайт*** в сети «Интернет», который понимается как имеющий сходное наименование и (или) отображение сайт в сети «Интернет», созданный в результате перемещения, полного или частичного копирования информации исходного сайта в сети «Интернет», их автоматической синхронизации, перевода такой информации с одного языка на другой язык и (или) предоставляющий пользователям возможности доступа к услугам и информации, предоставляемым на исходном сайте, посредством автоматического перенаправления пользователя на исходный сайт и (или) другой производный сайт, и (или) полного либо частичного включения содержимого исходного сайта в состав отображаемой на производном сайте информации. Такая необходимость поясняется невозможностью применения оперативных мер реагирования, в отношении автоматически создаваемых «зеркал» сайтов в сети «Интернет», на которых неоднократно и неправомерно размещалась информация, содержащая объекты авторских и (или) смежных прав, или информация, необходимая для их получения с использованием информационно-телекоммуникационных сетей, доступ к которым был ограничен[3].

---

[1] *Серго А.Г.* Интернет и право. М., 2003. С. 93.

[2] См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 22 апреля 2008 г. № 255/08 по делу № А63-14046/2006-С1 // СПС «КонсультантПлюс».

[3] См.: Пояснительную записку и проект Федерального закона «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» // Сайт Федерального портала проектов нормативных правовых актов: http://regulation.gov.ru/projects#npa=48370 (дата обращения: 01.06.2016).

Авторские права на производные и составные произведения охраняются как права на самостоятельные объекты авторских прав независимо от охраны прав авторов оригинальных произведений, и их создание не препятствует иным лицам переводить или перерабатывать то же оригинальное произведение, а также создавать свои составные произведения путем иного подбора или расположения тех же материалов (п. 4, 6 ст. 1260 ГК РФ).

Вместе с тем при создании производного или составного произведения должны соблюдаться права авторов оригинальных произведений, используемых в этом процессе (п. 3 ст. 1260 ГК РФ). Так, в частности, правомочие на переработку произведения входит в содержание исключительного права на такое произведение (подп. 9 п. 2 ст. 1270 ГК РФ), что означает необходимость волеизъявления правообладателя на использование объекта указанным способом.

Авторы произведений, которые вошли в составное произведение (например, научная статья в сборнике и т.п.) могут использовать свое произведение независимо от составного произведения, иное может быть предусмотрено договором (п. 5 ст. 1260 ГК РФ). Отдельно законодатель определяет авторские права издателей энциклопедий, словарей и т.п. (в том числе закрепляет право издателя указывать свое наименование или требовать его указания) и авторов тех произведений, которые вошли в их состав (п. 7 ст. 1260 ГК РФ).

Вопросы по теме

1. Назовите основные признаки и критерии охраноспособности объектов авторских прав.
2. В чем отличие объектов авторских прав от иных результатов интеллектуальной деятельности?
3. Приведите классификацию объектов авторских прав.
4. Какие особенности можно выделить в отношении правовой охраны части произведения, его названия и персонажа?
5. В чем заключается особенность правового регулирования отношений, возникающих по поводу сложных объектов? Назовите понятие, признаки и виды сложных объектов.
6. В чем заключаются особенности правового регулирования отношений, возникающих по поводу программы для ЭВМ?
7. Какие общие и отличительные признаки можно выделить в производных и составных произведениях?

Рекомендуемая литература

Антимонов Б.С., Флейшиц Е.А. Авторское право. М.: Юрид. лит., 1957. 280 с.

Войниканис Е.А., Калятин В.О. База данных как объект правового регулирования. М.: Статут, 2011. 176 с.

Гордон М.В. Советское авторское право. М.: Госюриздат, 1955. 232 с.

Гринь Е.С. Авторские права на мультимедийный продукт. М., Проспект, 2015. 128 с.

Гринь Е.С. Модель интеллектуальных прав на сложные объекты // Правовая защита интеллектуальной собственности: проблемы теории и практики. М.: Ун-тет им. О.Е. Кутафина (МГЮА), 2014. С. 60–64.

Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: Сб. статей / Исслед. центр частного права. М.: Статут, 2005. 416 с.

Иванов Н.В. Авторские и смежные права в музыке: Учебно-практич. пособие / Под ред. А.П. Сергеева. М.: Проспект, 2009.

Ионас В.Я. Критерий творчества в авторском праве и судебной практике. М.: Юрид. лит., 1963. 138 с.

Иоффе О.С. Основы авторского права. М.: Знание, 1969. 127 с.

Корнеев В.А. Программы для ЭВМ, базы данных и топологии интегральных микросхем как объекты интеллектуальных прав. М.: Статут, 2010. 165 с.

Котенко Е.С. Мультимедийный продукт как объект авторских прав: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук / МГЮА им. О.Е. Кутафина. М., 2012. 26 с.

Мерзликина Р., Юмашев А. Современный взгляд на определение понятия музыкального произведения как объекта авторского права // Интеллектуальная собственность: Авторское право и смежные права. 2009. № 8.

Новоселова Л.А., Рожкова М.А. Интеллектуальная собственность: некоторые аспекты правового регулирования: Монография. М.: Норма. 2014. 127 с.

Подшибихин Л.И. Правовая охрана программ для ЭВМ. М.: ИНИЦ Патент, 2010. 152 с.

Право интеллектуальной собственности / Под ред. Л.А. Новоселовой. М.: Юрайт, 2016. 302 с.

Серго А.Г. Интернет и право. М.: Бестселлер, 2003. 272 с.

Серебровский В.И. Вопросы советского авторского права. М.: Изд-во Академии Наук СССР, 1956. 284 с.

Шершеневич Г.Ф. Авторское право на литературные произведения. Казань, 1891. 313 с.

Глава 3. Объекты смежных прав

§ 1. Общие положения
§ 2. Характеристика отдельных объектов смежных прав. Исполнение
§ 3. Фонограммы
§ 4. Сообщения передач в эфир и по кабелю
§ 5. Базы данных
§ 6. Права публикатора произведения, обнародованного после перехода в общественное достояние

§ 1. Общие положения

Смежные права как правовой институт (в объективном смысле) представляют собой совокупность правовых норм, регулирующих общественные отношения, связанные с созданием и использованием объектов смежных прав, осуществлением данных прав и их защитой.

Смежными правами в субъективном смысле признаются интеллектуальные права на результаты исполнительской деятельности (исполнения), на фонограммы, на сообщение в эфир или по кабелю радио- и телепередач (вещание организаций эфирного и кабельного вещания), на содержание баз данных, а также на произведения науки, литературы и искусства, впервые обнародованные после их перехода в общественное достояние (п. 1 ст. 1303 ГК РФ)[1].

Несмотря на то, что гл. 71 ГК РФ называется «Права, смежные с авторскими», смежные права признаются и действуют независимо от наличия и действия авторских прав на произведения, использованные при создании объектов смежных прав (п. 3 ст. 1303 ГК РФ). Вместе с тем законодатель в этом же пункте указывает, что смежные права осуществляются с соблюдением авторских прав на такие произведения.

Многие положения, которые применяются к объектам авторских прав, применимы к объектам смежных прав. Так, например, переход

[1] О смежных правах см.: *Зенин И.А.* Смежные права в России: становление и развитие // Проблемы современной цивилистики: Сб. статей, посвященных памяти профессора С.М. Корнеева / Отв. ред. Е.А. Суханов, М.В. Телюкина. М.: Статут, 2013. 348 с.

исключительных прав на объекты смежных прав по наследству осуществляется на основании норм о переходе исключительных прав на произведение (ст. 1283, ст. 1308.1 ГК РФ).

Объектами смежных прав являются исполнения; фонограммы; сообщения передач организаций эфирного или кабельного вещания; базы данных (в части их охраны от несанкционированного извлечения и повторного использования составляющих их содержание материалов); произведения науки, литературы и искусства, обнародованные после их перехода в общественное достояние (ст. 1304 ГК РФ).

Исторически первыми объектами смежных прав на международном уровне были признаны исполнения, фонограммы и передачи в эфир (Международная конвенция об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм, вещательных организаций (заключена в г. Риме 26 октября 1961 г.). В большинстве случаев исполняются, записываются в звуковой форме и передаются в эфир произведения, созданные творческим трудом. Это обусловливает основную специфику объектов смежных прав – как правило, они создаются с использованием объектов авторских прав. Поэтому смежные права должны осуществляться с соблюдением авторских прав на указанные произведения (п. 3 ст. 1303 ГК РФ). В связи с этим можно констатировать, что объекты авторских прав являются первичными по отношению к объектам смежных прав. Например, композитор создает музыкальное произведение – объект авторских прав. Затем музыкант исполняет это произведение на музыкальном инструменте. В этот момент возникает исполнение как объект смежных прав.

Вместе с тем смежные права возникают при использовании объектов, не охраняемых авторским правом. Например, авторское право не охраняет произведения народного творчества (фольклор), не имеющих конкретных авторов, но исполнения таких произведений являются объектами смежных прав. Поэтому признак использования объектов авторских прав при создании объектов смежных прав не может считаться универсальным.

В отличие от объектов авторских прав, которые определяются как произведения науки, литературы и искусства, общего определения понятия объектов смежных прав в законе не содержится.

Объекты смежных прав охраняются по принципу *numerus clausus*: перечень объектов смежных прав является закрытым (исчерпывающим) (п. 1 ст. 1304 ГК РФ). Таким образом, подчеркивается специфика их правового режима: охраняются лишь те разновидности результатов интеллектуальной деятельности, которые непосредственно поименованы законодателем как объекты смежных прав. Данное положение

также отличает их от объектов авторских прав, перечень которых является открытым (неисчерпывающим) (п. 1 ст. 1259 ГК РФ).

Помимо этого в отличие от объектов авторских прав не каждый объект смежных прав может быть в полной мере признан результатом творческого труда. Так, исполнения артистов-исполнителей и дирижеров, постановки режиссеров – постановщиков спектаклей в большинстве случаев являются результатами творческой деятельности. В то же время деятельность изготовителей фонограммы, организаций эфирного и кабельного вещания, в значительной части имеет техническую составляющую[1].

Как и для объектов авторских прав, для возникновения, осуществления и защиты смежных прав не требуется регистрация их объектов или соблюдение каких-либо иных формальностей (п. 2 ст. 1304 ГК РФ).

В литературе отмечается, что смежные права возникают в силу факта создания либо воплощения в действительности соответствующего объекта, однако в качестве исключения приводится право публикатора, которое возникает на уже созданное произведение (но еще не обнародованное)[2].

Смежные права включают в себя прежде всего *исключительное право*, однако в случаях, предусмотренных ГК РФ, к смежным правам могут быть отнесены и *личные неимущественные права* (п. 2 ст. 1303 ГК РФ). Применительно к рассматриваемым объектам законом предусмотрены случаи *ограничения исключительного права* при использовании соответствующих объектов без согласия правообладателя и без выплаты вознаграждения (ст. 1306 ГК РФ).

Использование объектов смежных прав без согласия правообладателя и без выплаты вознаграждения допускается в случаях свободного использования (более подробно об этом см. гл. 8 настоящего тома).

Схожим с авторскими правами образом определены договорные механизмы распоряжения исключительными правами (более подробно см. об этом гл. 7 настоящего тома).

Особое значение применительно к смежным правам имеет принцип их *территориального действия*, который конкретизируется в отношении отдельных объектов смежных прав (более подробно об этом см. далее).

---

[1] См.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Авторское право. Права, смежные с авторскими. Постатейный комментарий к главам 69–71 / Б.М. Гонгало, В.О. Калятин, М.Я. Кириллова и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2014. 510 с. (комментарий к ст. 1303 ГК РФ, автор – О.А. Рузакова).

[2] См. об этом: Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (поглавный) / Под. ред. А.Л. Маковского. М.: Статут, 2008 // СПС «КонсультантПлюс».

Предоставление на территории Российской Федерации охраны объектам смежных прав в соответствии с международными договорами Российской Федерации осуществляется в отношении исполнений, фонограмм, сообщений передач организаций эфирного или кабельного вещания, не перешедших в общественное достояние в стране их происхождения вследствие истечения установленного в такой стране срока действия исключительного права на эти объекты и не перешедших в общественное достояние в Российской Федерации вследствие истечения предусмотренного настоящим Кодексом срока действия исключительного права[1].

Субъекты смежных прав вправе для оповещения о принадлежащем им исключительном праве использовать знак охраны смежных прав (латинской буквы «Р» в окружности, имени или наименования обладателя исключительного права, года первого опубликования фонограммы – ст. 1305 ГК РФ), а также вправе использовать технические средства защиты смежных прав (ст. 1309 ГК РФ).

§ 2. Характеристика отдельных объектов смежных прав. Исполнение

Исполнения артистов-исполнителей и дирижеров, постановки режиссеров-постановщиков спектаклей (исполнения), если эти исполнения выражаются в форме, допускающей их воспроизведение и распространение с помощью технических средств, являются объектами смежных прав (подп. 1 п. 1 ст. 1304 ГК РФ).

Субъектами смежных прав на исполнение являются *исполнители* (*авторы исполнения*) – лица, творческим трудом которых создано исполнение (например, это артист-исполнитель – актер, певец, музыкант, танцор или другое лицо, которое играет роль, читает, декламирует, поет, играет на музыкальном инструменте или иным образом участвует в исполнении произведения литературы, искусства или народного творчества, в том числе эстрадного, циркового или кукольного номера)[2].

[1] См.: Конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм (заключена в г. Женеве 29 октября 1971 г.) (вместе со Статусом Конвенции об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм (Женева, 29 октября 1971 г.) // Бюллетень международных договоров. 1999. № 8.

[2] Аналогичное определение исполнителей представлено в ст. 2 «Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам» // Распоряжение Правительства РФ от 14 июля 2008 г. № 998-р.

К исполнителям также относятся режиссер-постановщик спектакля (лицо, осуществившее постановку театрального, циркового, кукольного, эстрадного или иного театрально-зрелищного представления) и дирижер (ст. 1313 ГК РФ).

В настоящее время в Государственной Думе рассматривается законопроект, в рамках которого планируется пересмотреть нормы, определяющие правовое положение режиссеров-постановщиков и иначе определить права данных лиц на исполнение[1].

Согласно данному законопроекту режиссеров-постановщиков предлагается наделить комплексом личных неимущественных прав, исключительным правом на постановку спектакля.

Следующим субъектом, у которого возникают смежные права на исполнение, является дирижер. Дирижер (от франц. *diriger* – направлять, управлять; нем. *dirigent*, англ. *conductor*, франц. *chef d'orchestre*) – музыкант-исполнитель, руководитель оркестра, хора, ансамбля, оперной труппы и т.п.[2]

Дирижером признается человек, управляющий оркестром или хором, оперным или балетным представлением, показывающий время вступления солиста, хора или группы инструменталистов, руководящий исполнением музыкального произведения[3].

В случае, если субъекты смежных прав на исполнение принимали совместное участие в создании исполнения, то такие лица, как и в традиционном соавторстве (независимо от того, образует такое исполнение неразрывное целое или состоит из элементов, каждый из которых имеет самостоятельное значение, по аналогии с раздельным и нераздельным соавторством), становятся обладателями смежных прав на исполнение совместно (п. 1 ст. 1314 ГК РФ).

Отличительная особенность такого совместного исполнения от традиционного соавторства состоит в том, что по общему правилу соответствующие смежные права осуществляются руководителем коллектива исполнителей, а при его отсутствии – членами коллектива исполнителей совместно, если соглашением между ними не предусмотрено иное (п. 2 ст. 1314 ГК РФ).

---

[1] См. проект федерального закона № 1052531-6 «О внесении изменений в главу 71 части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // http://asozd.duma.gov.ru (дата обращения: 01.06.2016).

[2] См.: Музыкальная энциклопедия. М.: Сов. энциклопедия, Сов. Композитор / Под ред. Ю.В. Келдыша. 1973–1982.

[3] См.: Большой толковый словарь русских существительных. М.: АСТ-Пресс Книга, 2009 (http://slovaronline.com (дата обращения: 14.09.2016)).

Исполнителю принадлежат исключительное право на исполнения, а также некоторые личные неимущественные права (п. 1 ст. 1315 ГК РФ).

Содержание *исключительного права* на исполнение раскрывается через способы его использования, такие как: сообщение в эфир; сообщение по кабелю; доведение исполнения до всеобщего сведения; запись исполнения; воспроизведение записи исполнения; распространение записи исполнения; действие, осуществляемое в отношении записи исполнения; публичное исполнение записи исполнения; прокат оригинала или экземпляров записи исполнения (п. 2 ст. 1317 ГК РФ).

Исключительное право на исполнение по общему правилу действует в течение всей жизни исполнителя, но не менее *50 лет*, считая с 1 января года, следующего за годом, в котором осуществлены исполнение, либо запись исполнения, либо сообщение исполнения в эфир или по кабелю (п. 1 ст. 1318 ГК РФ). Срок действия исключительных прав может рассчитываться иначе с учетом особенностей:

– если исполнитель был репрессирован и посмертно реабилитирован, срок действия исключительного права считается продленным, и 50 лет исчисляются с 1 января года, следующего за годом реабилитации исполнителя;

– если исполнитель работал во время Великой Отечественной войны или участвовал в ней, срок действия исключительного права, установленный п. 1 настоящей статьи, продлевается на четыре года (п. 2–3 ст. 1318 ГК РФ).

Условия действия исключительного права на исполнение на территории Российской Федерации установлены в следующих случаях:

– исполнитель является гражданином Российской Федерации;

– исполнение впервые имело место на территории Российской Федерации;

– исполнение зафиксировано в фонограмме (ст. 1328 ГК РФ);

– исполнение, не зафиксированное в фонограмме, включено в сообщение в эфир или по кабелю (ст. 1322 ГК РФ);

– в иных случаях, предусмотренных международными договорами Российской Федерации (ст. 1321 ГК РФ).

Исполнитель может распоряжаться исключительным правом на исполнение любыми не противоречащими закону способами. В случае, если исполнение было создано в пределах, установленных для работника (исполнителя) трудовых обязанностей, к таким отношениям применяются правила о служебных произведениях (ст. 1295, 1320 ГК РФ).

У исполнителя помимо исключительных прав также возникают и *личные неимущественные права*: право авторства, право на имя и право на неприкосновенность исполнения (подп. 2–4 п. 1 ст. 1315 ГК РФ). Авторство, имя исполнителя и неприкосновенность исполнения охраняются бессрочно (п. 1 ст. 1316 ГК РФ).

§ 3. Фонограммы

К объектам смежных прав относятся ***фонограммы***, т.е. любые исключительно звуковые записи исполнений или иных звуков либо их отображений, за исключением звуковой записи, включенной в аудиовизуальное произведение (подп. 2 п. 1 ст. 1304 ГК РФ). Определения понятия фонограммы в отечественном законодательстве приближено к дефиниции, используемой за рубежом[1]. Важно отменить, что под фонограммой понимается не только запись звуков, но и их отображений. Отображение определяется как представление звуков в цифровой форме, для преобразования которой в форму, воспринимаемую слухом, требуется использование соответствующих технических средств (ст. 1305 ГК РФ).

Субъектом смежных прав на фонограмму признается *изготовитель фонограммы*, т.е. лицо, которое взяло на себя инициативу и ответственность за первую запись звуков исполнения или других звуков либо отображений этих звуков (ст. 1322 ГК РФ). Под «первой записью» в литературе понимаются такие случае, когда лицо первым осуществило запись исполнения или иных звуков и получает юридическую монополию на такую фонограмму[2]. Инициативность и ответственность также являются важными признаками для признания за изготовителем смежных прав на фонограмму, что подчеркивает тот факт, что данное лицо не является исполнителем и в то же время выполняет не просто технические функции.

Изготовителем фонограммы признается лицо, имя или наименование которого указано обычным образом на экземпляре фонограм-

[1] См.: Конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм (заключена в Женеве 29 октября 1971 г.). Вступила в силу для России с 13 марта 1995 г.; Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам (вместе с «Согласованными заявлениями в отношении Договора...») (принят 20 декабря 1996 г. Дипломатической конференцией) (Женева, 1996 г.). // СПС «КонсультантПлюс».

[2] См.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Авторское право. Права, смежные с авторскими. Постатейный комментарий к главам 69–71 / Б.М. Гонгало, В.О. Калятин, М.Я. Кириллова и др.; под ред. В.П. Крашенинникова. М.: Статут, 2014 // СПС «КонсультантПлюс».

мы и (или) его упаковке либо иным образом, каким возможно идентифицировать правообладателя смежных прав по правилам ст. 1310 ГК РФ. В некоторых случаях в литературе правообладателем смежных прав на фонограмму предлагают считать звукорежиссера или саунд-продюсера[1].

Изготовителю фонограммы принадлежит *исключительное право* на фонограмму (подп. 1 п. 1 ст. 1323 ГК РФ). Содержание исключительного права на фонограмму раскрывается через следующее способы ее использования: публичное исполнение; сообщение в эфир; сообщение по кабелю; доведение фонограммы до всеобщего сведения; воспроизведение; распространение фонограммы путем продажи или иного отчуждения оригинала или экземпляров, представляющих собой копию фонограммы на любом материальном носителе; импорт оригинала или экземпляров фонограммы; прокат оригинала и экземпляров фонограммы; переработка фонограммы (п. 2 ст. 1324 ГК РФ).

По общему правилу исключительное право на фонограмму действует в течение *50 лет*, считая с 1 января года, следующего за годом, в котором была осуществлена запись. В законе предусмотрены специальные случаи определения течения срока исключительного права на фонограмму (ст. 1327 ГК РФ). Условия действия исключительного права на фонограмму на территории Российской Федерации установлены в ст. 1328 ГК РФ.

Изготовитель фонограммы обладает правом на указание на экземплярах фонограммы и (или) их упаковке своего имени или наименования; правом на защиту фонограммы от искажения при ее использовании; правом на обнародование фонограммы (подп. 2–4 п. 1 ст. 1323 ГК РФ).

Самостоятельно регламентирован порядок использования фонограммы, при котором согласия правообладателя не требуется. Речь идет о случае публичного исполнения фонограммы, опубликованной в коммерческих целях. Обладателю исключительного права на фонограмму и исключительного права на зафиксированное в этой фонограмме исполнение выплачивается вознаграждение. Сбор вознаграждения с пользователей, его распределение осуществляется организациями по коллективному управлению правами (п. 2 ст. 1326 ГК РФ). Такое вознаграждение распределяется в процентном соотношении: 50% – исполнителям, 50% – изготовителям фонограмм (п. 3 ст. 1326 ГК РФ).

[1] Об этом см.: *Иванов И.В.* Авторские и смежные права в музыке: Учеб.-практич. пособие / Под ред. А.П. Сергеева. М.: Проспект, 2009. 176 с.

Порядок указанного распределения, сбора и выплат осуществляется в соответствии с Постановлением Правительства РФ от 29 декабря 2007 г. № 988 «Об утверждении Правил сбора, распределения и выплаты вознаграждения исполнителям и изготовителям фонограмм за использование фонограмм, опубликованных в коммерческих целях» (далее – Правила)[1].

Плательщиками вознаграждения за публичное исполнение фонограмм, согласно Правилам, являются юридические лица или физические лица – индивидуальные предприниматели, осуществляющие и организующие публичное исполнение фонограмм с помощью технических средств в месте, открытом для свободного посещения (парки, кафе и пр.), или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи, независимо от того, воспринимается фонограмма в месте ее исполнения или в другом месте одновременно с ее исполнением. При этом не имеет значения, является ли использование фонограммы основным видом деятельности для плательщика[2].

Плательщиками вознаграждения за сообщение фонограмм в эфир или по кабелю являются организации эфирного или кабельного вещания (телеканалы, радио станции и т.д.), осуществляющие передачу фонограмм по радио или по телевидению либо их ретрансляцию (п. 2 Правил).

Получателями вознаграждения являются исполнители и изготовители фонограмм, исключительные права на объекты которых действуют на территории Российской Федерации в соответствии с требованиями закона (ст. 1321 и 1328 ГК РФ). Так, исключительное право на фонограмму действует на территории Российской Федерации в случаях, когда:

– изготовитель фонограммы является гражданином Российской Федерации или российским юридическим лицом;

– фонограмма обнародована или ее экземпляры впервые публично распространялись на территории Российской Федерации;

– в иных случаях, предусмотренных международными договорами Российской Федерации (ст. 1328 ГК РФ).

---

[1] См.: Постановление Правительства РФ от 29 декабря 2007 г. № 988 «Об утверждении Правил сбора, распределения и выплаты вознаграждения исполнителям и изготовителям фонограмм за использование фонограмм, опубликованных в коммерческих целях» // СЗ РФ. 2008. № 2. Ст. 112.

[2] См.: Постановление Суда по интеллектуальным правам от 26 ноября 2013 г. № С01-222/2013 по делу № А40-19003/2013; Постановление ФАС МО от 16 июля 2013 г. по делу № А40-140168/12-19-1183; Постановление ФАС СКО от 25 апреля 2013 г. по делу № А63-12095/2012 // СПС «КонсультантПлюс».

§ 4. Сообщения передач в эфир и по кабелю

Сообщения передач организаций эфирного или кабельного вещания, в том числе передач, созданных самой организацией эфирного или кабельного вещания либо по ее заказу за счет ее средств другой организацией, также являются объектами смежных прав (подп. 3 п. 1 ст. 1304 ГК РФ).

Субъектами права на рассматриваемый объект являются ***организации эфирного или кабельного вещания*** – юридические лица, самостоятельно определяющие содержание радио- и телепередач (совокупности звуков и (или) изображений или их отображений) и осуществляющие их сообщение в эфир или по кабелю своими силами или с помощью третьих лиц (п. 1 ст. 1329 ГК РФ).

В Законе «О средствах массовой информации» под вещателем понимается российское юридическое лицо, осуществляющее формирование телеканала или радиоканала и его распространение в установленном порядке на основании лицензии на телевизионное вещание, радиовещание[1]. Под телеканалом или радиоканалом понимается сформированная в соответствии с сеткой вещания (программой передач) и выходящая в свет (эфир) под постоянным наименованием (названием) и с установленной периодичностью совокупность теле-, радиопрограмм и (или) соответственно иных аудиовизуальных, звуковых сообщений и материалов (ст. 2 Закона «О средствах массовой информации»).

В законе предусмотрены ограничения, связанные с учреждением организации, осуществляющей вещание; они относятся к регулированию иностранного участия в создании и деятельности такой организации (ст. 19.1 и 19.2 Закона «О средствах массовой информации»).

Телевизионное вещание и радиовещание осуществляется на основании лицензии на вещание; подробные требования указаны в ст. 31 Закона «О средствах массовой информации». В законодательстве выделяются обязательные общедоступные телеканалы или радиоканалы, перечень которых утвержден Указом Президента РФ «Об общероссийских обязательных общедоступных телеканалах и радиоканалах»: телеканал «Первый канал», телеканал «Россия» (Россия-1), телеканал «Матч ТВ», «Телекомпания НТВ», Петербург-5 канал, телеканал «Россия-Культура» (Россия-К), российский информационный канал «Россия-24», детско-юношеский телеканал «Карусель», телеканал

[1] См.: Закон РФ от 27 декабря 1991 г. № 2124/1 «О средствах массовой информации» // Российская газета. 1992. № 32.

«Общественное телевидение России» и ТВ ЦЕНТР-Москва, а также радиоканалы – Вести ФМ, Маяк, Радио России[1]. Данные телеканалы и радиоканалы являются обязательными общедоступными для распространения на всей территории Российской Федерации и бесплатными для потребителей.

Помимо этого, к обязательным общедоступным телеканалам относятся такие, которые получили право на осуществление эфирного цифрового наземного вещания с использованием позиций в мультиплексах на всей территории Российской Федерации (ст. 32.1 Закона «О средствах массовой информации»). Таким организациям предоставляется универсальная лицензия на телевизионное вещание и радиовещание и им предоставляется право эфирного вещания с использованием радиочастот без проведения торгов (конкурса, аукциона).

Организациям эфирного или кабельного вещания принадлежит *исключительное право* на рассматриваемый объект. В содержание данного права входят следующие способы использования: запись сообщения радио- или телепередачи; воспроизведение записи сообщения радио- или телепередачи; распространение сообщения радио- или телепередачи путем продажи либо иного отчуждения оригинала или экземпляров записи сообщения радио- или телепередачи; ретрансляция; доведение сообщения радио- или телепередачи до всеобщего сведения; публичное исполнение; прокат оригинала и экземпляров записи сообщения радио- или телепередачи (п. 2 ст. 1330 ГК РФ).

В судебной практике отмечается, что организация эфирного и кабельного вещания в делах по защите ее смежных прав, должна доказать, что публичное исполнение телепередачи осуществлялось ответчиком вместе с платным входом (подп. 6 п. 2 ст. 1330 ГК РФ). Так, например, в случае если телепередачи путем публичного исполнения были доступны в номерах в гостинице, необходимо доказать, что гостиница взимает плату непосредственно за вход в гостиницу либо включает в стоимость гостиничного номера услуги спутникового телевидения и тем самым извлекает прибыль[2].

Следовательно, публичное исполнение в местах с бесплатным входом, т.е. свободных для посещения, не нарушает исключительного права

[1] См.: Указ Президента РФ от 24 июня 2009 г. № 715 «Об общероссийских обязательных общедоступных телеканалах и радиоканалах» // СЗ РФ. 2009. № 26. Ст. 3169; Постановление Суда по интеллектуальным правам от 29 февраля 2016 г. по делу № А32-4200/2015.

[2] См.: п. 5 «Обзора судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав» (утв. Президиумом ВС РФ 23 июля 2015 г.) // Бюллетень ВС РФ. 2015. № 11.

организации эфирного и кабельного вещания (например, публичное исполнение телепередачи в кафе, так как вход в помещение осуществляется свободно, без взимания платы). Таким образом, Суд по интеллектуальным правам отметил, само по себе нахождение телеприемника, транслирующего эфирное и кабельное вещание, в помещении, где ответчиком осуществляется предпринимательская деятельность, не может являться нарушением исключительных смежных прав организаций эфирного и кабельного вещания на сообщение радио- и телепередач[1].

Исключительное право на сообщение радио- или телепередачи действует в течение *50 лет*, считая с 1 января года, следующего за годом, в котором имело место сообщение радио- или телепередачи в эфир или по кабелю. В ст. 1331 ГК РФ предусмотрены отдельные случаи исчисления сроков действия данного исключительного права.

Условия действия исключительного права на сообщения радио- или телепередачи на территории Российской Федерации предусмотрены в законе.

Исключительное право на сообщение радио- или телепередачи действует на территории Российской Федерации, если организация эфирного или кабельного вещания имеет место нахождения на территории Российской Федерации и осуществляет сообщение с помощью передатчиков, расположенных на территории Российской Федерации, а также в иных случаях, предусмотренных международными договорами Российской Федерации (ст. 1332 ГК РФ).

§ 5. Базы данных

Базой данных в качества объекта авторских прав признается представленная в объективной форме совокупность самостоятельных материалов (статей, расчетов, нормативных актов, судебных решений и иных подобных материалов), систематизированных таким образом, чтобы эти материалы могли быть найдены и обработаны с помощью электронной вычислительной машины (ЭВМ) (подп. 2 п. 2 ст. 1260 ГК РФ).

В то же время следует отметить, что ***базы данных являются объектом смежных прав,*** но лишь в части их охраны от несанкционированного извлечения и повторного использования составляющих их содержание материалов (подп. 4 п. 1 ст. 1304 ГК РФ). Важно отличать режим пра-

[1] См.: Постановление Суда по интеллектуальным правам от 26 января 2015 г. № С01-1149/2015 по делу № А32-3863/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

вовой охраны базы данных как объекта смежных прав и материалов, составляющих ее содержание, которые являются объектами авторских прав (ст. 1334 и 1260 ГК РФ)[1].

В судебной практике было отмечено, что геодезические и картографические продукция, материалы и данные (картографо-геодезический фонд как базы данных) признаются результатами интеллектуальной деятельности, если процесс их создания носит не только технический, производственный характер, но и творческий характер (например, быть процессом научной деятельности)[2]. В зарубежных источниках права на базу данных рассматриваются в качестве права особого рода (*sui generis*)[3].

Субъектом данных смежных прав является *изготовитель базы данных* – лицо, организовавшее создание данного объекта и работу по сбору, обработке и расположению составляющих ее материалов (ст. 1333 ГК РФ). Изготовителем базы данных признается гражданин или юридическое лицо, имя или наименование которых указано обычным образом на экземпляре базы данных и (или) его упаковке (п. 1 ст. 1333 ГК РФ).

Изготовителю базы данных принадлежит *исключительное право* в соответствии с п. 1 ст. 1334 ГК РФ.

Изготовителю базы данных также принадлежит право на указание на экземплярах базы данных и (или) их упаковках своего имени или наименования; право на обнародование базы данных (опубликованием (выпуском в свет) является выпуск в обращение экземпляров базы данных с согласия изготовителя в количестве, достаточном для удовлетворения разумных потребностей публики) (п. 2 ст. 1333 ГК РФ).

Исключительное право изготовителя базы данных включает в себя извлечение из базы данных материалов и осуществление их последующего использования в любой форме и любым способом. Такое право предоставляется изготовителю, в тех случаях, когда создание базы данных (включая обработку или представление соответствующих материалов) требует существенных финансовых, материальных, организационных или иных затрат (п. 1 ст. 1334 ГК РФ). Таким образом, данный признак («существенные затраты») имеет определяющее

[1] См.: Постановление Суда по интеллектуальным правам от 24 марта 2014 г. № С01-122/2014 по делу № А40-46227/2013.

[2] См.: п. 60 «Обзора судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав» (утв. Президиумом ВС РФ 23 июля 2015 г.) // Бюллетень ВС РФ. 2015. № 11.

[3] См.: Директива № 96/9/ЕС Европейского Парламента и Совета Европейского Союза «О правовой охране баз данных» (Принята в г. Страсбурге 11 марта 1996 г.).

значение для возникновения исключительного права. В судебной практике подчеркивается, что смежное право на базу данных возникает только в том случае, когда для ***подбора*** (не для создания) данных потребовались значительные инвестиции, которые могут быть как финансовые, технические, так и людские[1]. Базой данных, создание которой требует существенных затрат, по общему правилу, признается такая база данных, которая объединяет не менее 10 тыс. самостоятельных информационных элементов (материалов), составляющих ее содержание (п. 1 ст. 1334 ГК РФ).

Законодателем предусмотрен запрет на извлечение из базы данных материалов и осуществление их последующего использования без разрешения правообладателя, кроме случаев, предусмотренных в законе (под извлечением материалов понимается перенос всего содержания базы данных или существенной части составляющих ее материалов на другой информационный носитель с использованием любых технических средств и в любой форме) (абз. 2 п. 1 ст. 1334 ГК РФ). Так, в случае несанкционированного администрирования лицом в своих интересах группы в социальной сети, содержащей базу данных, созданную другим лицом, происходит нарушение указанной выше нормы[2].

Правообладатель может зарегистрировать базу данных (в течение срока действия исключительного права на базу данных) по правилам ст. 1262 ГК РФ (п. 3 ст. 1334 ГК РФ).

Помимо рассмотренных выше прав, изготовителю базы данных принадлежит право на указание на экземплярах базы данных и (или) их упаковках своего имени или наименования и право на обнародование базы данных (п. 2 ст. 1333 ГК РФ).

Исключительное право изготовителя базы данных возникает в момент завершения ее создания и действует в течение *15 лет*, считая с 1 января года, следующего за годом ее *создания*. В случае обнародования базы данных в указанный период исключительное право ее изготовителя действует в течение *15 лет*, считая с 1 января года, следующего за годом ее *обнародования*. Указанные сроки возобновляются при каждом обновлении базы данных (ст. 1335 ГК РФ).

Законодателем предусматривается перечень действий, которые не являются нарушением исключительного права изготовителя базы данных (ст. 1335.1 ГК РФ). Так, допускается извлекать из обнародо-

[1] См.: Постановление Суда по интеллектуальным правам от 6 апреля 2015 г. № С01-138/2015 по делу № А45-595/2014.

[2] См.: Постановление Суда по интеллектуальным правам от 7 марта 2014 г. № С01-114/2013 по делу № А56-58781/20127.

ванной базы данных материалы и осуществлять их использование без разрешения изготовителя базы данных в том объеме, чтобы такие действие не нарушали его авторские права и других лиц; в личных, научных, образовательных целях в объеме, оправданном указанными целями (так, например, использование материалов справочных правовых систем «КонсультантПлюс» или «Гарант» (размещенных в режиме общего доступа), возможно осуществлять в образовательных и научных целях – студентами и преподавателями); в целях, для которых база данных предоставлена пользователю; в иных целях в объеме, составляющем несущественную часть базы данных.

Условия действия исключительного права изготовителя базы данных на территории Российской Федерации установлены в ст. 1336 ГК РФ. Так, исключительное право изготовителя базы данных действует на территории Российской Федерации, когда изготовитель базы данных является гражданином Российской Федерации либо юридическим лицом. Если изготовитель является иностранным гражданином или юридическим лицом, то исключительное право данных лиц действует на территории России в том случае, если законодательство соответствующего иностранного государства предоставляет правовую охрану российским изготовителям баз данных на территории такого иностранного государства, а также в иных случаях, предусмотренных в международных договорах (п. 1 ст. 1336 ГК РФ).

§ 6. Права публикатора произведения, обнародованного после перехода в общественное достояние

К объектам смежных прав относятся ***произведения науки, литературы и искусства***, обнародованные после их перехода в общественное достояние, в части охраны прав публикаторов таких произведений (подп. 5 п. 1 ст. 1304 ГК РФ).

В судебной практике было отмечено, что для признания произведения, перешедшего в общественное достояние таковым, основным признаком является прекращение действия исключительного права на него. Так, в избирательных агитационных материалах были использованы фотографические произведения, срок охраны на которые не истек, вместе с тем избирательное объединение политической партии, используя данные фотографии на рекламных баннерах и иных агитационных материалах, полагало, что образы, изображенные на данных произведениях (кубинского государственного деятеля Эрнесто Че Гевары), являются общепризнанными символами свободы, независимости

и борьбы за справедливость, а фотографии с ним или рисунки стали общественным достоянием вследствие большого тиражирования и использования производителями кружек, футболок и т.д.

Верховный Суд РФ указал, что популярность произведения не указывает на то, что результат творческого труда автора является общественным достоянием и может свободно использоваться любым лицом, поскольку произведение переходит в общественное достояние только после прекращения действия исключительного права на него, вне зависимости было ли оно обнародовано или нет (ст. 1282 ГК РФ)[1]. Такой вывод подтверждается и ст. 7 и 18 Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений[2].

Субъектом рассматриваемых смежных прав является *публикатор* – гражданин, который правомерно обнародовал или организовал обнародование произведения науки, литературы или искусства, ранее не обнародованного и перешедшего в общественное достояние либо находящегося в общественном достоянии в силу того, что оно не охранялось авторским правом (п. 1 ст. 1337 ГК РФ).

Права публикатора распространяются на произведения, которые независимо от времени их создания могли быть признаны объектами авторского права по правилам ст. 1259 ГК РФ (исключение составляют произведения, находящиеся в государственных и муниципальных архивах) (п. 2 ст. 1337 ГК РФ). Обнародование произведения не должно противоречить воле автора произведения, если она определенно выражена им в письменной форме – в завещании, письмах, дневниках и т.п. (п. 3 ст. 1268 ГК РФ).

Публикатору принадлежит *исключительное право* на обнародованное им произведение. Публикатор может использовать произведение способами, составляющими содержание исключительного авторского

[1] См.: п. 63 «Обзора судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав» (утв. Президиумом ВС РФ 23 июля 2015 г.) // Бюллетень ВС РФ. 2015. № 11.

[2] Согласно содержанию данных статей конвенции, произведение может стать общественным достоянием вследствие истечения срока охраны или вследствие истечения ранее предоставленного произведению срока охраны. При этом срок охраны фотографических произведений не может быть короче 25 лет со времени создания такого произведения. Срок охраны, предоставляемой после смерти автора, и сроки, предусмотренные п. 2–4 ст. 7 данной конвенции, начинают течь со дня смерти автора или со дня наступления события, указанного в этих пунктах, но продолжительность этих сроков исчисляется только с 1 января года, следующего за годом смерти или годом наступления такого события. В рассматриваемом деле срок охраны авторского права на фотографию не истек. См.: Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений от 9 июля 1886 г. // Бюллетень международных договоров. 2003. № 9.

права (п. 2 ст. 1270 ГК РФ), за исключением некоторых из данных способов в соответствии с п. 1 ст. 1339 ГК РФ. Публикатору помимо исключительного права принадлежит право на указание своего имени на экземплярах обнародованного им произведения и в иных случаях его использования (подп. 2 п. 1 ст. 1338 ГК РФ).

Кроме того, исключительное право публикатора на произведение признается и в том случае, когда произведение было обнародовано публикатором в переводе или в виде иной переработки (п. 2 ст. 1339 ГК РФ).

В законе также предусматриваются случаи перехода исключительного права публикатора к приобретателю оригинала произведения. По общему правилу в случае отчуждения оригинала произведения исключительное право переходит к приобретателю, иное может быть установлено в договоре (п. 1 ст. 1343 ГК РФ). В тех случаях, когда исключительное право не перешло к приобретателю оригинала, последний может демонстрировать приобретенный в собственность оригинал произведения и воспроизводить его в каталогах выставок и в изданиях, посвященных его коллекции, а также передавать оригинал произведения для демонстрации на выставках, организуемых другими лицами без согласия автора или иного правообладатели и без выплаты вознаграждения (согласно п. 2 ст. 1291 ГК РФ).

Если оригинал или экземпляры произведения правомерно введены в гражданский оборот путем продажи или отчуждения, то их дальнейшее распространение допускается без согласия публикатора и без выплаты ему вознаграждения (исчерпание права, ст. 1344 ГК РФ). Для применения указанной нормы необходимо соблюдение двух правил: 1) *произведение (оригинал или экземпляр)* должно быть *обнародовано* согласно правилам § 6 гл. 71 ГК РФ (обнародование произведения может быть осуществлено в оригинальной форме, в виде перевода, или в виде иной переработки, п. 2 ст. 1339 ГК РФ)[1]; 2) соответствующий *оригинал или экземпляр произведения должен быть правомерно введен в гражданский оборот* (т.е. самим публикатором или с его согласия на возмездной или безвозмездной основах)[2]. В отличие

[1] Право на обнародование произведения определяется как право осуществить действие или дать согласие на осуществление действия, которое впервые делает произведение доступным для всеобщего сведения путем его опубликования, публичного показа, публичного исполнения, сообщения в эфир или по кабелю либо любым другим способом (п. 1 ст. 1268 ГК РФ).

[2] Обнародование произведения (не при жизни автора) может быть обнародовано после его смерти лицом, обладающим исключительным правом на произведение, если обнародование не противоречит воле автора произведения, определенно выраженной им в письменной форме (в завещании, письмах, дневниках и т.п.). (п. 2 ст. 1268

от общих правил, предусмотренных для произведений, исчерпание прав которых ограничивается территорией Российской Федерации (ст. 1272 ГК РФ), для рассматриваемых объектов *территория введения в гражданский оборот не ограничена* (в литературе данный правовой механизм называют мировым исчерпанием права, когда экземпляр произведения может свободно распространяться, если он введен в оборот в любой стране[1]).

Публикатору помимо исключительного права принадлежит право на указание своего имени на экземплярах обнародованного им произведения и в иных случаях его использования (подп. 2 п. 1 ст. 1338 ГК РФ).

В законе также установлены условия действия исключительного права публикатора на территории Российской Федерации. Так, исключительное право публикатора распространяется на произведение:

– обнародованное на территории Российской Федерации, независимо от гражданства публикатора;

– обнародованное за пределами территории Российской Федерации гражданином Российской Федерации;

– обнародованное за пределами территории Российской Федерации иностранным гражданином или лицом без гражданства, при условии, что законодательством иностранного государства, в котором обнародовано произведение, предоставляется на его территории охрана исключительному праву публикатора, являющегося гражданином Российской Федерации;

– в иных случаях, предусмотренных международными договорами Российской Федерации (ст. 1341 ГК РФ).

Исключительное право публикатора возникает в момент обнародования этого произведения и действует в течение *25 лет*, считая с 1 января года, следующего за годом его обнародования. Когда исключительное право публикатора прекращается, произведение может быть свободно использовано любым лицом (п. 2 ст. 1340 ГК РФ).

Возможно досрочное прекращение исключительного права публикатора при нарушении норм об охране авторства, имени автора или неприкосновенности произведения (ст. 1342 ГК РФ).

ГК РФ). См. об этом: Гражданский кодекс Российской Федерации. Авторское право. Права, смежные с авторскими. Постатейный комментарий к главам 69–71 / Под. ред. В.П. Крашенинникова. М., Статут, 2014 // СПС «КонсультантПлюс».

[1] См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части четвертой (постатейный) / В.О. Калятин, О.М. Козырь, А.Д. Корчагин и др.: отв. ред. Л.А. Трахтенгерц. М.: КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2009.

Вопросы по теме

1. Назовите отличие объектов авторских прав от объектов смежных прав.
2. В чем проявляется особенность принципа территориального действия смежных прав?
3. Какова особенность правовой природы базы данных как объекта авторских прав и как объекта смежных прав? Назовите отличия.
4. Раскройте особенности правового статуса режиссера-постановщика.
5. В чем заключается принцип исчерпания прав публикатора?
6. Какие особенности можно выделить при характеристике правового статуса организаций, осуществляющих организацию эфирного или кабельного вещания?

Рекомендуемая литература

Гражданский кодекс Российской Федерации. Авторское право. Права, смежные с авторскими. Постатейный комментарий к главам 69—71 / Б.М. Гонгало, В.О. Калятин, М.Я. Кириллова и др.; под ред. В.П. Крашенинникова. М.: Статут, 2014.

Зенин И.А. Смежные права в России: становление и развитие // Проблемы современной цивилистики: Сб. статей, посвященных памяти профессора С.М. Корнеева / Отв. ред. Е.А. Суханов, М.В. Телюкина. М.: Статут, 2013. 348 с.

Иванов Н.В. Авторские и смежные права в музыке: Учеб.-практич. пособие / Под ред. А.П. Сергеева. М.: Проспект, 2009. 176 с.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части четвертой (постатейный) / В.О. Калятин, О.М. Козырь, А.Д. Корчагин и др.: отв. ред. Л.А. Трахтенгерц. М.: КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2009.

Музыкальная энциклопедия. М.: Сов. Энциклопедия, Сов. Композитор / Под ред. Ю.В. Келдыша, 1973—1982.

Глава 4. Субъекты авторского права

§ 1. Общие положения
§ 2. Авторство. Соавторство
§ 3. Правообладатели
§ 4. Система коллективной защиты прав авторов и правообладателей. Организации по коллективному управлению правами

§ 1. Общие положения

В процесс общественного использования произведения вовлечено большое количество лиц. Всю совокупность субъектов авторского права следует разделить на четыре категории: авторы, правообладатели, пользователи и потребители. Данное деление проведено по функциональному признаку, поэтому на практике субъект может объединять несколько из указанных категорий даже в отношении одного и того же произведения: автор может быть одновременно правообладателем, пользователь – потребителем и т.д. Важно заметить, что в отличие от других результатов интеллектуальной деятельности объекты авторского права не сосредоточены в определенной профессиональной сфере: практически каждый человек в разных ситуациях и в отношении разных объектов является и автором, и правообладателем, и пользователем, и потребителем. Каждой из указанных категорий соответствует определенный набор прав и обязанностей.

В самом широком плане автором является лицо, создавшее соответствующее произведение. В российском праве ***автором*** *произведения признается гражданин, творческим трудом которого создано данное произведение*. Статус автора указывает на наличие связи «создатель – созданный объект» между произведением и лицом; для того, чтобы лицо стало автором, не требуется его признания – достаточно самого факта создания произведения. Приобретение такого статуса приводит к возникновению у автора комплекса прав, однако их утрата по любой причине не изменит этого статуса.

Так, после смерти автора личные неимущественные права автора прекращаются[1], а исключительное право переходит по наследству (если оно ранее не было передано другому лицу), но лицо продолжает оставаться автором, несмотря на отсутствие у него каких-либо прав. Общество в этом случае, согласно ст. 1267 ГК РФ, охраняет авторство, имя автора и неприкосновенность произведения, т.е. не права, а определенные социальные блага, так как оно заинтересовано в правильной идентификации произведения и его создателя. Таким образом, статус автора не может быть утрачен (кроме случая установления, что данное лицо в действительности автором произведения не является), от него нельзя отказаться.

В отличие от этого статус ***правообладателя*** *указывает лишь на наличие у лица в текущий момент исключительного права на произведение*, этот статус приобретается одновременно с приобретением этого права и утрачивается вместе с ним. Правообладатель может самостоятельно контролировать всю сферу использования произведения, любое использование (кроме случаев, прямо предусмотренных законом) требует его согласия. Смысл выделения этого статуса как раз и заключается в установлении лица, в конечном итоге определяющего возможность или невозможность соответствующего использования произведения, поэтому правообладателем в ГК РФ является только обладатель исключительного права, но не права на использование произведения по лицензии (пусть даже и исключительной).

Законодательство Российской Федерации не устанавливает каких-либо ограничений по кругу лиц, которые могут являться правообладателями, ими могут быть физические и юридические лица, как российские, так и иностранные, государство, а также лицо без гражданства.

Пользователь *– это лицо, использующее произведение литературы, науки и искусства*. В авторском праве пользование, как правило, означает действия, направленные на доведение произведения до сведения других лиц; использовать произведение можно только путем создания условия для восприятия произведения другими людьми. В этой связи получение самостоятельного доступа к произведению не является его использованием в смысле авторского права. Иными словами, в авторском праве пользование, как правило, носит общественный характер.

[1] Как отмечал В.А. Дозорцев, если нет субъекта, которому могло бы принадлежать субъективное право, прекращаются и соответствующие права (см.: *Дозорцев В.А.* Опубликование материалов, не охраняемых авторским правом // Юридический мир. 2000. № 12. С. 16).

Вместе с тем владелец экземпляра программы для ЭВМ также назван в законе (ст.1280 ГК РФ) пользователем, и в контексте этой нормы пользование рассматривается как часть правомочий собственника (вещного права владельца экземпляра) и полезные свойства извлекаются таким пользователем преимущественно для себя, а не третьих лиц.

Пользование будет являться правомерным в случае, если лицо осуществляет указанные действия на основании договора или закона (ст. 1272–1280 ГК РФ). После перехода произведения в общественное достояние любое использование будет правомерным при условии соблюдения авторства, имени автора и неприкосновенности произведения.

Пользователем может быть любое лицо кроме случаев, когда закон прямо указывает на определенные характеристики лица, которому разрешается использование произведения, например, использовать произведение в соответствии со ст. 1275 ГК РФ могут только библиотеки, архивы и образовательные учреждения.

Потребителем *произведения является воспринимающее его лицо – читатель книги, зритель фильма и т.д. или владелец носителя этого произведения.* В литературе предлагалось и иное определение потребителя – лицо, осуществляющее потребление продукции, произведенной пользователем[1]. Однако такое определение представляется не вполне точным, так как, делая акцент на «продукции», оно исключает случаи «нематериального потребления», например, просмотр фильма или прослушивание музыки через интернет, эфир и т.д.

До недавнего времени законодательство об авторском праве (в том числе и в России) практически не обращало внимания на эту фигуру, ограничиваясь констатацией возможности определенных случаев свободного использования произведения. Это было связано с тем, что действия в личной сфере, «в кругу семьи» и т.п. традиционно рассматривались как находящиеся за пределами исключительного права. «Потребление» произведения было свободным и потому не требовало специального регулирования в законодательстве. Однако в последнее десятилетие ситуация начинает меняться. В законодательстве ряда стран появились нормы, позволяющие привлекать к ответственности лицо за получение произведения из «пиратских» источников. Примером может быть французский закон Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet 2009 г., предусматривающий

[1] *Дозорцев В.А.* Комментарий к схеме «Система исключительных прав» // *Дозорцев В.А.* Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации: Сб. статей. М.: Статут, 2003. С. 49.

возможность ограничения доступа в интернет пользователя пиратских ресурсов в интернете.

Схожий, и даже еще более жесткий, подход наблюдается в сфере товарных знаков, где законодательство ряда стран (в том числе Италии и Франции) предусматривает возможность привлечения к административной и даже уголовной ответственности приобретателя контрафактной продукции. Все это говорит о том, что постепенно формируется общественное мнение о необходимости потребителю как лица, от которого зависит спрос на соответствующую продукцию, сознательно относиться к своему выбору и не поощрять нарушителей исключительных прав. В связи с этим можно ожидать появления в законодательстве об авторском праве новых норм, относящихся к потребителю произведения.

Внутри приведенной системы субъектов авторских прав дополнительно могут выделяться особые субъекты в связи со спецификой существующего в отношении них правового регулирования. Так, среди правообладателей можно по разным основаниям выделять наследников, государство, работодателя (подробнее о них см. § 3 настоящей главы), особое положение занимают организации по управлению авторскими и смежными правами на коллективной основе (см. § 4 настоящей главы) и т.д.

Отдельно необходимо остановиться на использовании при создании произведений компьютерных устройств. Компьютер может использоваться как инструмент, облегчающий работу с произведением (например, для набора и редактирования текста, обработки фотографий и видеоизображения и т.д.), в этом случае ситуация ясна с правовой точки зрения. Но не так просто положение в случае использования систем автоматизированной обработки информации, когда программа выполняет достаточно сложные действия с произведением. Если процесс изменения объекта находится под полным контролем пользователя, то в данном случае мы имеем дело со сложным, но инструментом, находящимся в руках автора. Однако если обработка объекта скрыта от пользователя компьютера, неочевидна для него (например, при запуске фотографом-любителем функции автоматического улучшения фотографии), то нельзя ли в этом случае считать автором произведения компьютер?

Для ответа на данный вопрос нужно понимать цель предоставления комплекса авторских прав создателю произведения. Главная причина этого – стремление стимулировать лиц, занятых творческой деятельностью, к продолжению их труда. Очевидно, что компьютер в таком

«поощрении» не нуждается, зато это может быть актуально для лиц, организовавших соответствующий процесс создания произведения. Из этого следует, что пока не появится искусственный интеллект, сопоставимый с человеческим, говорить о признании электронного устройства автором бессмысленно, зато возможно выделение особого субъекта авторского права, организующего процесс создания произведения. Примером реализации этой идеи может быть принятый в 1988 г. в Великобритании Copyright, Designs and Patents Act. Согласно этому закону произведения, созданные компьютером, могут получать авторско-правовую охрану даже в обстоятельствах, где отсутствует автор – человек, а произведение будет считаться созданным лицом, которое осуществило необходимые приготовления к созданию произведения[1]. Английские исследователи Л. Бентли и Б. Шерман указывали, что данная норма может охватывать лицо, которое управляет компьютером, а также того, кто предоставил или запрограммировал компьютер[2]. В то же время логичнее выделять такую фигуру не в рамках авторского права, а смежных прав[3].

§ 2. Авторство. Соавторство

Среди субъектов авторского права автор занимает первое место. Категория авторства введена с целью идентификации лица в качестве создателя определенного произведения. Социальные последствия подобной идентификации для такого лица могут быть весьма значительны: оно приобретает известность, популярность, возможно, славу; в глазах общества автор может восприниматься как неординарная личность, знающая и умеющая то, что недоступно обычному человеку. Идентификация лица как автора определенного труда позволяет ему рассчитывать и на рост профессионального авторитета, а это означает и возможность получить привлекательные предложения о сотрудничестве.

Но не менее важна идентификация лица как автора и для самого общества. Это необходимо не только с целью установления личности создателя популярной работы, но и для обеспечения, на следующем этапе, корректной идентификации созданного продукта. Произведения вовлечены в сферу коммерческого оборота, а это означает, что обеспечение подлинности продукта становится вопросом и защиты

[1] Пункт 3 ст. 9, 178 Copyright, Designs and Patents Act.

[2] *Bently L., Sherman B.* Intellectual Property Law. Oxford University Press, 2004. P. 117.

[3] См.: *Калятин В.О.* Объекты авторского права, созданные с использованием компьютера // Патенты и лицензии. 2011. № 5. С. 22–25.

имущественных интересов участников оборота. Коммерческая ценность произведения в значительной мере зависит от того, кто является его автором, поэтому в правильной идентификации автора заинтересованы и читатели, и добросовестные коммерческие пользователи.

Наконец, необходимо помнить, что исключительное право всегда возникает первоначально у автора (п. 3 ст. 1228 ГК РФ), а все остальные лица получают уже это право от него. Если выяснится, что лицо, ранее признававшееся автором определенного произведения, в действительности таковым не является, то это приведет и к утрате исключительного права его обладателями. Таким образом, на правильной идентификации лица в качестве автора основано и все общественное существование произведения, и оборот исключительных прав на него.

Согласно ст. 1257 ГК РФ *автором произведения науки, литературы или искусства признается гражданин, творческим трудом которого создано данное произведение*.

Исходя из приведенного определения, автором может быть только человек. Это связано с тем, что только человек способен к творческой деятельности. Однако такой вывод будет верен лишь в рамках континентальной системы, задающей высокий уровень критерия творчества. В английском праве традиционно используется значительно более низкий уровень требований к творчеству и, в определенной мере, уравниваются разнотипные вклады в создание произведения. По классическому определению лорда Аткинсона, автор должен затратить на создание произведения «труд, умение и капитал»[1]. По этой причине в английском праве автором может признаваться не только непосредственный создатель произведения, но и организатор работы — продюсер, главный режиссер[2] и т.д.

Несмотря на то, что право США отошло от такого подхода, выдвинув на первый план оригинальность произведения[3], в целом в англосаксонском праве творчество имеет меньшее значение для определения автора, чем в континентальном праве. Свои особенности существуют и в некоторых иных странах.

Учитывая это обстоятельство, ГК РФ предусматривает, что при предоставлении на территории Российской Федерации охраны произведению на основании международных договоров, автор произведения

[1] *Macmillan v. Cooper* (1923) 93 L.J.P. C. 113 at 117.

[2] Пункт 2 ст. 9 Copyright, Designs and Patents Act.

[3] В деле *Feist Publcations, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (U.S. 1991) Верховный Суд США отказался применять прежнюю доктрину «в поте лица», позволяющую охранять произведение, создание которого не требует творческих усилий.

определяется по закону государства, на территории которого имел место юридический факт, послуживший основанием для приобретения авторских прав. В этой связи если возникает вопрос охраны иностранного произведения на основании международного соглашения, автор будет определяться по закону страны, где было создано произведение, то появляется возможность для признания автором юридического лица, если оно признается автором в стране создания произведения.

Как отметил Верховный Суд РФ, автор произведения определяется на основе законодательства, действовавшего на момент создания данного произведения[1], поэтому если в последующем законодательство (в том числе иностранное) изменилось настолько, что подобные лица уже не считаются авторами, на статус данного лица как автора это уже не повлияет.

Положения ГК РСФСР 1964 г., действовавшие до вступления в действие Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» (3 августа 1993 г.) предусматривали в ряде случаев возникновение авторского права сразу у юридических лиц, минуя работников (права на научные сборники, энциклопедические словари, журналы, другие периодические издания, кинофильмы, телевизионные фильмы, радио- и телевизионные передачи). Федеральный закон «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»[2] в ст. 6 установил, что для целей применения части четвертой ГК РФ к соответствующим правоотношениям такие юридические лица считаются авторами произведений. Это, однако, не влечет признания подобных юридических лиц полноценными авторами: Верховный Суд РФ и Высший Арбитражный Суд РФ разъяснили, что данная норма не означает признания соответствующих юридических лиц авторами, обладающими всем комплексом интеллектуальных прав на произведение, которые могут принадлежать авторам – физическим лицам, – а именно личными неимущественными правами[3].

Гражданин в смысле, употребляемом в ГК РФ (п. 2 ст. 1), означает любое физическое лицо, независимо от его гражданства, а также лицо без гражданства. В силу п. 1 ст. 2 ГК РФ правила, установленные

[1] Пункт 16 Обзора судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав, утв. Президиумом ВС РФ 23 сентября 2015 г.

[2] Федерльный закон «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» от 18 декабря 2006 г. № 231-ФЗ.

[3] Пункт 4 Постановления Пленума ВС РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

ГК РФ, будут применяться и к отношениям с участием иностранных граждан и лиц без гражданства, если иное не предусмотрено федеральным законом. Таким образом, охрана предоставляется и гражданам тех государств, которые не являются участниками Бернской или Всемирной конвенций. В то же время есть и определенная разница: произведения российских граждан получают охрану независимо от места нахождения произведения.

Возможность иметь права авторов произведений науки, литературы и искусства входит в состав правоспособности граждан; автором можно стать независимо от возраста, так как творчество можно проявлять и в раннем детстве. Однако самостоятельное распоряжение правами автора становится доступным только в 14 лет, до этого соответствующие сделки осуществляются родителями, усыновителями или опекунами малолетних.

Творческий процесс по своей природе индивидуален, однако это не исключает возможности ведения совместной творческой деятельности. Более того, многие современные произведения создаются, как правило, большими коллективами – программы для ЭВМ и базы данных, аудиовизуальные произведения, театрально-зрелищные представления, произведения монументального искусства, архитектурные произведения и т.д. Иногда соавторство очевидно всем (например, в случае с художниками-карикатуристами Кукрыниксами[1]), иногда об этом знают только специалисты – так, на картине И. Шишкина «Утро в сосновом лесу» медведей нарисовал художник К. Савицкий.

По своему характеру соавторство может быть раздельным или нераздельным. И в том, и в другом случае необходим совместный творческий труд, но при раздельном соавторстве создаются части, имеющие самостоятельное значение, а при нераздельном соавторстве произведение образует неразрывное целое. Если часть имеет самостоятельное значение, то ее автор вправе использовать ее по своему усмотрению (если иное не будет установлено договором между соавторами), а при нераздельном соавторстве использование произведения должно осуществляться всеми соавторами совместно (если только они не договорятся об ином). При этом ни один из соавторов не вправе без достаточных оснований запретить использование такого произведения. На практике может складываться ситуация, когда в отношении отдельных частей произведения будет существовать нераздельное соавторство, а в от-

[1] Творческий коллектив, объединявший Михаила Куприянова (1903–1991), Порфирия Крылова (1902–1990) и Николая Соколова (1903–2000).

ношении других – раздельное, поэтому к таким частям произведения будут применяться разные правовые режимы.

Авторы могут заключить соглашение между собой, в котором возможно определить, например, порядок принятия решений об использовании произведения, распределения вознаграждения, распределения исключительного права на произведение и т.д. Такое соглашение удобно и для лица, осуществляющего использование произведения, так как упрощается взаимоотношение с соавторами, решение спорных вопросов и т.д.

Соавторов не следует путать с авторами составного произведения. В первом случае существует общая творческая работа над произведением (которая необязательно выражается в постоянном обсуждении всех создаваемых каждым автором частей, но общее согласование идей, реализуемых в этих частях должно осуществляться). В составном же произведении собраны самостоятельные произведения, они объединены лишь какой-то общей чертой – темой, авторством, хронологическим периодом и т.д. Включение работы в состав составного произведения никак не влияет на объем автора включенного произведения, конечно, такие действия с его произведением должны быть согласованы с ним, но он не приобретает никаких прав на составное произведение в целом. И наоборот, составитель составного произведения получит исключительное право на созданный им объект, но не на входящие в него произведения (если, конечно, их авторы не передадут ему каких-либо прав), и составитель не станет соавтором лиц, создавших такие произведения.

§ 3. Правообладатели

Правообладателем в соответствии с ГК РФ признается *гражданин или юридическое лицо, обладающее исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации* (ст. 1229). Таким образом, к правообладателям не относятся лица, обладающие правом использования произведения на основании лицензионного договора, а также лица, обладающие только личными неимущественными правами.

В литературе известно деление прав на первоначальные и производные в зависимости от того, возникло ли оно у лица в силу самого создания произведения или получено в порядке правопреемства[1].

[1] См., например: *Гордон М.В.* Советское авторское право. М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1955. С. 33.

Развивая эту идею, профессор В.А. Дозорцев предложил использовать для данного деления критерий зависимости права лица от прав предшественника[1], что является не отрицанием предыдущего подхода, а лишь его уточнением, указанием на связи двух произведений более глубокого уровня.

Основываясь на указанной модели, можно выделять фигуру первоначального правообладателя. Такой правообладатель (или группа правообладателей, при соавторстве) не связан правами иных лиц на *тот же самый объект*; это обусловлено тем, что соответствующее произведение было создано именно им. В то же время это не означает, что он полностью независим от прав иных лиц, ведь в его произведении могут использоваться чужие произведения, например, путем цитирования, в качестве иллюстраций и т.д. (и он обязан соблюдать права таких лиц), но на принадлежность прав на само произведение это не повлияет.

В силу п. 3 ст. 1228 ГК РФ первоначальным правообладателем по российскому праву всегда будет являться автор произведения[2]. Права на произведение всех остальных лиц, в том числе и правопреемников, являются производными от его прав, что создает зависимость таких прав от прав автора, в том числе и в отношении их действительности.

Так, например, п. 1 ст. 1296 ГК РФ устанавливает, что исключительное право на программу для ЭВМ, базу данных или иное произведение, созданные по договору, предметом которого было создание такого произведения (по заказу), принадлежит заказчику, если договором между подрядчиком (исполнителем) и заказчиком не предусмотрено иное. Заказчик в этом случае не будет первоначальным правообладателем, и данная норма закона означает не возникновение у него исключительного права на произведение (что невозможно в силу п. 3 ст. 1229 ГК РФ), а лишь автоматический переход исключительного права к нему (непосредственно от автора или от работодателя автора и т.д.).

В этой связи если выяснится, что лицо, считавшееся автором данного произведения, в действительности таковым не является, то заказчик также потеряет принадлежащее ему исключительное право.

[1] См.: *Дозорцев В.А.* Творческий результат: система правообладателей // *Дозорцев В.А.* Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации. М.: Статут, 2005. С. 286.

[2] С двумя исключениями, о которых говорилось выше: предоставление на территории Российской Федерации охраны произведению на основании международных договоров и признание действия прав юридических лиц, возникших до 3 августа 1993 г.

Особое положение среди правообладателей занимают работодатели. Пункт 2 ст. 1295 ГК РФ устанавливает, что исключительное право на служебное произведение принадлежит работодателю, если трудовым или гражданско-правовым договором между работодателем и автором не предусмотрено иное. Но и в этом случае работодатель не является первоначальным правообладателем (в отличие, например, от Великобритании, где право на произведение возникает изначально у работодателя[1]), он получает право от автора, поэтому является очень важным правильное оформление отношений с работниками (об этом подробнее см. § 3 гл. 10).

В случае перехода исключительного права по наследству правообладателем будет *наследник*. В целом, его правовое положение равноценно положению обычного правообладателя, но некоторые особенности возникают в случае наследования исключительного права при наличии нескольких соавторов. В случае смерти автора, не имеющего наследников (если они отсутствуют как по закону, так и по завещанию, либо никто из наследников не имеет права наследовать или все наследники отстранены от наследования, либо никто из наследников не принял наследства, либо все наследники отказались от наследства и при этом никто не указал, что отказывается в пользу другого наследника), доля этого лица не переходит к государству (как это происходит с другим имуществом), а прекращается (если часть в произведении, созданная умершим соавтором, имеет самостоятельное значение) или переходит к другим пережившим соавторам в равных долях (если произведение образует неразрывное целое). Однако такого приращения доли не получит наследник другого умершего соавтора, т.е. пережившие соавторы оказываются в привилегированном положении по сравнению с другими наследниками.

Российское законодательство не предусматривает предоставление каких-либо специальных прав супругу умершего автора.

Правообладателем может быть и государство. В силу ст. 124 ГК РФ оно выступает в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных началах с иными субъектами этих отношений — гражданами и юридическими лицами. В то же время есть особенности, связанные с правовым положением государства, в частности, оно не может приобрести исключительное право «по закону» (как выморочное имущество).

Нередко исключительное право на произведение принадлежит нескольким правообладателям. В этом случае каждый из правообладателей может использовать произведение по своему усмотрению,

[1] Пункт 2 ст. 11 Copyright, Designs and Patents Act.

если соглашением между ними не будет предусмотрено иное. Такое соглашение может не только описать порядок использования произведения, но и решить иные важные вопросы, например, определить доли в праве, порядок распределения доходов от совместного использования произведения или совместного распоряжения правом на него и т.д. В отсутствие такого соглашения указанные доходы будут распределяться между всеми правообладателями в равных долях.

Очень важно заключение соглашения между правообладателями с целью определения порядка распоряжения правом на него. Если стороны не договорятся об ином, то распоряжение исключительным правом будет осуществляться совместно в силу прямого указания в п. 3 ст. 1229 ГК РФ, но это не всегда удобно, особенно если правообладатели не поддерживают тесных связей между собой. В соглашении можно, например, уполномочить одного или несколько правообладателей осуществлять распоряжение правом от имени всех правообладателей или установить разный порядок принятия решений для разных видов договоров и т.д.

§ 4. Система коллективной защиты прав авторов и правообладателей. Организации по коллективному управлению правами

В условиях современного информационного общества использование произведения приобретает глобальный характер. Очевидно, что как отдельному автору или иному правообладателю затруднительно отслеживать использование его произведения по всему миру, заключать соглашения и выявлять нарушителей, так и для коммерческого пользователя (особенно такого, как, например, теле- или радиокомпания) постоянный поиск авторов произведений и согласование с ними условий использования может стать большой проблемой.

Одним из основных инструментов, призванных решить эту проблему, является коллективное управление авторскими и смежными правами. Он основан на аккумулировании специальными лицами (которыми, согласно п. 1 ст. 1242 ГК РФ могут быть только основанные на членстве некоммерческие организации) прав на произведения и объекты смежных прав с последующим предоставлением лицензий на использование этих объектов заинтересованным лицам. Таким образом, пользователь избегает необходимости отдельно искать каждого правообладателя и вести с ним отдельно переговоры, вместо этого он получает разрешение на использование объектов авторских или смежных прав «пакетом» – сразу на все интересующие его объекты. Удобна

эта система и авторам – ведь для обычного человека самостоятельный поиск как потенциальных пользователей, так и нарушителей – чрезвычайно сложная задача.

Вполне понятно, что такая модель будет эффективно работать лишь в случае концентрации прав на большое количество объектов в руках одной организации. Именно поэтому в мире наиболее распространенным вариантом является наличие в каждой стране лишь одной организации, управляющей одним видом прав. В частности, в литературе отмечалось, что в мире существует очень немного примеров сосуществования конкурирующих организаций в области коллективного управления правом на публичное исполнение музыкальных произведений: США, Канада и Бразилия[1].

Особенностью модели управления правами на коллективной основе, реализованной в Российской Федерации, является выделение специальной категории организаций, выполняющих эти функции – аккредитованных организаций.

В указанных в ГК РФ сферах организации могут получить государственную аккредитацию, которая дает им право управлять правами не только лиц, заключивших с нею договоры, но и любых иных правообладателей. Это позволяет им выдавать лицензию на использование всех произведений, существующих в определенной сфере. Согласно ст. 1244 ГК РФ такими сферами являются:

1) управление исключительными правами на обнародованные музыкальные произведения (с текстом или без текста) и отрывки музыкально-драматических произведений в отношении их публичного исполнения, сообщения в эфир или по кабелю, в том числе путем ретрансляции;

2) осуществление прав авторов музыкальных произведений (с текстом или без текста), использованных в аудиовизуальном произведении, на получение вознаграждения за публичное исполнение либо сообщение в эфир или по кабелю, в том числе путем ретрансляции, такого аудиовизуального произведения;

3) управление правом следования в отношении произведения изобразительного искусства, а также авторских рукописей (автографов) литературных и музыкальных произведений;

4) осуществление прав авторов, исполнителей, изготовителей фонограмм и аудиовизуальных произведений на получение вознаграждения за воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях;

[1] См.: *Липцик Д.* Авторское право и смежные права. М.: Ладомир, 2002. С. 370.

5) осуществление прав исполнителей на получение вознаграждения за публичное исполнение, а также за сообщение в эфир или по кабелю фонограмм, опубликованных в коммерческих целях;

6) осуществление прав изготовителей фонограмм на получение вознаграждения за публичное исполнение, а также за сообщение в эфир или по кабелю фонограмм, опубликованных в коммерческих целях.

Во всех иных сферах управление правами возможно лишь при условии заключения с правообладателем договора, уполномочивающего организацию на осуществление такого управления.

Существование аккредитованных организаций не препятствует созданию и деятельности обычных организаций по управлению правами на коллективной основе, но, очевидно, что им будет трудно конкурировать с аккредитованными организациями.

Модель, в которой некоторые организации по управлению правами на коллективной основе могут заключать лицензионные договоры и от имени правообладателей, не заключивших с нею договоры (ее иногда называют «расширенной лицензией»), существует в целом ряде стран (Австрии, Венгрии, Дании, Исландии, Испании, Норвегии, Словении, Финляндии, Чехии, Швейцарии и др.). Таким образом, российский вариант, хотя и имея определенные специфические черты, в целом реализует достаточно известные подходы.

Сфера действия аккредитованных организаций по управлению авторскими и смежными правами на коллективной основе прямо ограничена законом. Кроме этого, правообладатель не обязан пользоваться услугами такого лица и в любой момент может потребовать прекратить управление его правами, направив этой организации письменное уведомление с перечислением конкретных произведений или общим указанием на исключение всех его произведений. Аккредитованная организация не может отказать ему в этом, по истечении трех месяцев со дня получения уведомления она должна исключить из управления указанные в уведомлении работы.

Широкие полномочия аккредитованной организации по управлению правами на коллективной основе заставляют государство более внимательно относиться к деятельности этого лица. В частности, порядок утверждения ее устава установлен Правительством РФ[1], а ее деятельность находится под контролем уполномоченного федераль-

[1] См.: Постановление Правительства РФ от 29 декабря 2007 г. № 992 «Об утверждении Положения о государственной аккредитации организаций, осуществляющих коллективное управление авторскими и смежными правами».

ного органа исполнительной власти[1]. В то же время закон выводит деятельность аккредитованной организации из-под действия антимонопольного законодательства.

В отношении деятельности организации по управлению правами на коллективной основе, как аккредитованной, так и неаккредитованной, законом установлены и другие требования.

Так, подобная организация, выбрав определенную сферу управления правами, не вправе уже отказать какому-либо правообладателю в принятии на себя управления его правами в этой сфере без достаточных на то оснований. Конечно, она может сослаться, например, на техническую затруднительность обслуживания клиентов свыше определенного числа, но такое утверждение придется доказывать. Отсутствие у правообладателя членства в данной организации не является основанием для отказа в принятии управления, такая организация должна принимать в управление права независимо от того, является ли правообладатель ее членом.

Для аккредитованной организации это правило сформулировано еще более жестко: она не может отказать в приеме в члены этой организации правообладателю, имеющему право на получение вознаграждения в соответствии с заключенными этой организацией лицензионными договорами и договорами о выплате вознаграждения, если иное не будет установлено законом (п. 5 ст. 1244 ГК РФ).

Организация по управлению правами на коллективной основе приобретает свои полномочия на основании договора с автором. Это не лицензионный договор, а особый договор на управление исключительными правами на соответствующий объект. Он дает организации право заключать лицензионные договоры с пользователями, совершать юридические действия, необходимые для защиты прав, переданных в управление (включая предъявление требований в суде) и т.д., но не предоставляет ей право на использование объектов этих прав. Более того, такой организации вообще запрещено использовать объекты авторских и смежных прав, исключительные права на которые переданы ей в управление.

Предоставляя права на использование соответствующих объектов авторских и смежных прав, организация по управлению правами на коллективной основе заключает с пользователями обычные лицензионные договоры, особенностью которых является лишь то, что право предоставляется не данной организацией (так было бы, если она сама была лицензиатом и заключала сублицензионный договор),

[1] В настоящее время таким органом является Росохранкультура.

а правообладателем. Таким образом, организация по коллективному управлению является лишь посредником между правообладателем и пользователем, непосредственно же право на использование произведения пользователь получает от правообладателя, что повышает безопасность пользователя. При этом на организацию по коллективному управлению возлагаются важные функции по контролю за осуществлением использования произведения или объекта смежных прав пользователем, сбору и распределению вознаграждения за использования соответствующих объектов. В то же время правообладатель вправе сам заключить договор с пользователем, тогда сбор вознаграждения данная организация сможет осуществлять лишь при наличии в лицензионном договоре прямого указания на такую возможность.

Вознаграждение за осуществление всех этих функций организация по управлению правами на коллективной основе берет из собираемого с пользователей вознаграждения, а не получает его с правообладателя, поэтому при отсутствии поступлений от пользователей не получит вознаграждения и данная организация.

Удерживаемые суммы предназначены для покрытия *необходимых* расходов по сбору, распределению и выплате вознаграждения за использование, поэтому вознаграждение организации по коллективному управлению правами должно быть обоснованным. Кроме него также возможно удержание сумм, направляемых в специальные фонды, создаваемые этой организацией с согласия и в интересах представляемых ею правообладателей, причем размер и порядок удержания фиксируется в уставе организации. Уставом (а не договором с пользователем) определяются и сроки выплаты распределенных сумм правообладателю.

В целях обеспечения контроля за деятельностью организаций по управлению правами на коллективной основе они должны не только отчитываться перед правообладателями, но и вести открытый для всех заинтересованных лиц реестр, включающий сведения о правообладателях, о правах, переданных ей в управление, и соответствующих объектах авторских и смежных прав.

Защищая интересы правообладателя, организация по управлению правами на коллективной основе может предъявлять требования в суде как от имени правообладателей, так и от своего имени (но в интересах представляемых ею правообладателей). Аккредитованная организация, кроме того, может предъявлять в суд требования от имени неопределенного круга правообладателей. Во всех этих случаях представительство возникает на основании прямого указания закона и не требует выдачи доверенности.

В качестве специальной формы деятельности этих организаций можно рассматривать сбор и распределение вознаграждения, если объекты авторских или смежных прав используются в силу закона без согласия правообладателя, но с выплатой ему вознаграждения. Такой случай предусмотрен ст. 1245 ГК РФ (вознаграждение за свободное воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях); в 2015 г. предлагалось введение специального сбора за размещение объектов авторских и смежных прав в сети «Интернет» (так называемая глобальная лицензия). Строго говоря, в подобных случаях отсутствует лицензионный договор, т.е. пользователь не получает права на использование произведения или объекта смежных прав, о котором говорит п. 1 ст. 1235 ГК РФ. Вместо этого закон устанавливает специальное изъятие из действия исключительного права, а собираемые суммы носят компенсационный характер и не являются нормальным лицензионным вознаграждением. Следует заметить, что распределение вознаграждения при такой модели не отражает реального использования соответствующего объекта, а строится на некоторых более или менее условных моделях. В таких обстоятельствах организация по управлению правами на коллективной основе фактически выступает в качестве специально уполномоченного лица по сбору и распределению вознаграждения и не должна влиять ни на его размер, ни на условия уплаты.

Целесообразность существования аккредитованных организаций по коллективному управлению правами, предоставляющих права на использование результатов интеллектуальной деятельности без согласия правообладателей, является предметом активных дискуссий. В частности, разрабатываются законопроекты, предусматривающие отказ от существования подобных организаций или сокращение их числа и т.д. В качестве одного из альтернативных вариантов этого механизма предлагается формирование специального реестра охраняемых объектов авторского и смежных прав. Однако следует заметить, что работоспособность подобных вариантов остается под вопросом. В то же время модели, основанные на «расширенной лицензии», хорошо известны в других странах, и ряд исследователей рассматривают их как наиболее удачный вариант коллективного управления[1]. Представляется, что необходимость смены модели, реализованной на данный момент в Российской Федерации, не является очевидной.

[1] См., например: *Gervais D.* Application of an Extended Collective Licensing Regime in Canada: Principles and Issues Related to Implementation. Study Prepared for the Department of Canadian Heritage. University of Ottawa, 2003.

Вопросы по теме

1. Кто может быть признан автором произведения науки, литературы или искусства?
2. Может ли автором произведения быть юридическое лицо?
3. В чем различие между соавторами и авторами составного произведения?
4. Кто является по российскому праву первоначальным правообладателем в отношении произведения?
5. Какие права на произведение имеет работодатель автора?
6. В чем особенности правового статуса государства как обладателя исключительного права на произведение?
7. Чем аккредитованная организация отличается от иных организаций по управлению правами на коллективной основе?

Рекомендуемая литература

Дозорцев В.А. Творческий результат: система правообладателей // *Дозорцев В.А.* Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации. М.: Статут, 2005.

Ионас В.Я. Произведения творчества в гражданском праве. М.: Юрид. лит., 1972.

Калятин В.О. Объекты авторского права, созданные с использованием компьютера // Патенты и лицензии. 2011. № 5. С. 22–25.

Право интеллектуальной собственности / Под ред. И.А. Близнеца. М., 2016.

Серебровский В.И. Вопросы советского авторского права. М., 1956.

Глава 5. Критерии охраноспособности объектов авторского права

§ 1. Общие положения
§ 2. Творческий характер деятельности по созданию произведения (концепция творческого труда)
§ 3. Форма выражения произведения
§ 4. Смежные права: проблема подражаний
§ 5. Наличие связи исключительного авторского права с территорией Российской Федерации
§ 6. Объекты, не охраняемые авторским правом
§ 7. Знаки правовой охраны авторских прав

§ 1. Общие положения

Существует множество концепций, объясняющих правовую природу охраны объектов авторского права[1]. Российская наука гражданского права традиционно рассматривает авторское право как сферу творческих отношений[2]. На уровне легальной дефиниции понятия «творчество», равно как и «творческий труд», дано быть не может[3]. Однако отечественный законодатель косвенно, а судебная практика прямо указывают на критерий творчества как основание для признания

---

[1] Например, теория естественных прав, теория вознаграждения, мотивационная теория (см.: *Бентли Л., Шерман Б.* Право интеллектуальной собственности: Авторское право / Пер. с англ. В.Л. Вольфсона. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. С. 69–71), а также теория права собственности и др. (см.: *Липцик Д.* Авторское право и смежные права / Пер. с фр. М. Федотова. М.: Ладомир; Изд-во ЮНЕСКО, 2002. С. 20–27).

[2] См.: *Кашанин А.В.* Творческий характер как условие охраноспособности произведения в российском и иностранном авторском праве // Вестник гражданского права. 2007. № 2.

[3] См.: *Калятин В.О., Павлова Е.А.* Комментарий к Постановлению Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Научно-практический комментарий судебной практики в сфере защиты интеллектуальных прав / Под общ. ред. Л.А. Новоселовой. М.: Норма, 2014 // СПС «КонсультантПлюс» (комментарий к п. 28).

охраноспособности за результатом интеллектуальной деятельности: «При анализе вопроса о том, является ли конкретный результат объектом авторского права, судам следует учитывать, что по смыслу статей 1228, 1257 и 1259 ГК РФ в их взаимосвязи таковым является только тот результат, который создан творческим трудом... Пока не доказано иное, результаты интеллектуальной деятельности предполагаются созданными творческим трудом»[1].

Итогом творчества, помимо объектов авторского права, являются многие результаты интеллектуальной деятельности. В связи с этим возникает необходимость выделения специфических черт авторско-правовой охраны произведения в целях отграничения его в первую очередь от объектов патентного права, которые тоже являются результатом творческой деятельности. Следующие положения получили всеобщее признание российской доктрины в качестве общего правила для традиционных объектов авторского права.

1. Критерием охраны авторским правом произведения является его **оригинальность**. Долгое время в отечественной науке господствовал подход, в соответствии с которым критерий творчества в произведении находит свое выражение в новизне (объективной, существенной и т.п.) произведения[2]. А.В. Кашанин обращает внимание на то, что этот подход не преодолен до сих пор: ни в современной российской науке, ни в судебной практике общей позиции о предпочтительности критерия новизны или оригинальности до сих пор не выработано, часто они смешиваются, что приводит к одновременному применению несовместимых критериев[3].

В защиту концепции новизны можно было бы сказать, что она в России еще с дореволюционных времен позволяет решать проблему охраноспособности производных произведений[4]. Но в современных

[1] См.: абз. 2 п. 28 Постановления Пленума ВС РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

[2] При этом следует иметь в виду, что часто расхождения в выборе той или иной теории творческого характера произведения носят только терминологический характер, т.е. новизна рассматривается как синоним оригинальности (см.: *Сергеев А.П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. С. 110–111).

[3] См.: *Кашанин А.В.* Указ. соч. С. 103–104.

[4] «Не считается нарушением авторского права пользование чужим произведением для создания *нового* произведения, *существенно* от него *отличающегося*» (ст. 3 Положения об авторском праве 1911 г.). См. также: *Синайский В.И.* Русское гражданское право. М.: Статут, 2002. (Серия «Классика российской цивилистики».) С. 283, 285–286.

условиях ситуация усложняется тем, что действующее российское законодательство прямо указывает на то, что новизна является условием охраноспособности объектов патентного, но не авторского права (ст. 1350–1352 ГК РФ). В отечественной литературе наиболее последовательно отстаивает несовместимость требований оригинальности и новизны произведения Э.П. Гаврилов: ««Оригинальность» – тесно связанное с творческим характером, но, тем не менее, самостоятельное требование, которое предъявляется к объекту, охраняемому авторским правом»[1]. В зарубежной литературе также можно встретить противопоставление оригинальности и новизны: оригинальный (индивидуальный) характер произведения является необходимым условием охраны, при этом «в отличие от правила, действующего в отношении изобретений, произведение не должно быть обязательно новым»[2].

В российской судебной практике одно время наблюдалась тенденция применять к объектам авторского права только критерий оригинальности без упоминания новизны. Так, в п. 21 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2006 г. № 15 «О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах» указывалось: «К объектам авторского права могут относиться названия произведений, фразы, словосочетания и иные части произведения, которые могут использоваться самостоятельно, *являются творческими и оригинальными*». Казалось, что в Обзоре практики рассмотрения споров, связанных с применением Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», утвержденном информационным письмом Президиума ВАС РФ от 28 сентября 1999 г. № 47, сделан концептуальный выбор в пользу критерия оригинальности произведения, отграниченного от критерия новизны[3]. В конкретных делах современная российская судебная практика продолжает уточнять черты оригинальности произведения. Так, на примере анимационных персонажей Верховный Суд РФ указывает: «Персонажем аудиовизуального

[1] *Гаврилов Э.П.* Комментарий к Постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2006 г. о вопросах применения законодательства об авторском праве и смежных правах (постатейный). П. 68. (СПС «КонсультантПлюс»).

[2] См.: *Липцик Д.* Указ. соч. С. 57–58.

[3] См.: *Мурзин Д.В.* Комментарий к Обзору практики рассмотрения споров, связанных с применением Закона Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах» (приложение к информационному письму ВАС РФ от 28 сентября 1999 г. № 47) // Практика рассмотрения коммерческих споров: Анализ и комментарии постановлений Пленума и обзоров Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ. Вып. 17. М.: Статут, 2011. С. 177.

произведения как самостоятельным результатом автора могут являться созданные и зафиксированные в аудиовизуальном ряде мультфильмов динамические рисованные (кукольные) образы главных героев, в отличие от других действующих лиц, *обладающие такой совокупностью признаков, которые делают их оригинальными, узнаваемыми и отличительными от других героев* в силу их внешнего вида, движений, голоса, мимики и иных других признаков, предназначенных для зрительного и слухового (в случае сопровождения звуком) восприятия»[1].

Однако полного отказа от использования критерия новизны в российской судебной практике не произошло, более того – для неординарных случаев и требование к непременному наличию оригинальности произведения было поставлено под сомнение (подробнее см. об этом ниже, § 2 настоящей главы).

2. Охраняемые объекты авторского права являются **неповторимыми**. Идея о принципиальной неповторимости, строгой индивидуальности и «даже уникальности» объекта авторского права традиционно высказывалась отечественными учеными, несмотря на то, что они придерживались концепции новизны произведения[2].

Критерий неповторимости тесно связан с конструкцией независимого параллельного творчества. Как бескомпромиссно заявляет Э.П. Гаврилов: «...«оригинальность» – это уникальность произведения, невозможность создания разными авторами, работающими параллельно, независимо друг от друга, двух одинаковых произведений. Если два «автора» создали два одинаковых произведения, то ни одно из них не является оригинальным и не может получать охраны – это краеугольный камень всей системы авторского права»[3]. В этом смысле уникальность объектов авторского права противопоставляется повторимости объектов патентного права. В российской судебной практике данные положения нашли отражение в акте Конституционного Суда РФ: «*Авторское право, обеспечивая охрану оригинального творческого результата, не охраняет*

[1] Определение ВС РФ от 11 июня 2015 № 309-ЭС14-7875 по делу № А50-21004/2013.

[2] См.: *Иоффе О.С.* Советское гражданское право. Курс лекций. Ч. III. Правоотношения, связанные с продуктами творческой деятельности. Семейное право. Наследственное право. Л.: Изд-во Ленинградского ун-та, 1965. С. 8–10; *Красавчиков О.А.* Творчество и гражданское право (понятие, предмет и состав подотрасли) // *Красавчиков О.А.* Категории науки гражданского права. Избранные труды. В 2 т. Т. 2. М.: Статут, 2005. (Серия «Классика российской цивилистики».) С. 467; Советское гражданское право: Учебник. В 2 т. / Под ред. О.А. Красавчикова. 3-е изд., испр. и доп. М.: Высшая школа, 1985. Т. 2. С. 447 (автор главы – М.Я. Кириллова).

[3] *Гаврилов Э.П.* Комментарий к Постановлению Пленума ВС РФ от 19 июня 2006 г. П. 68.

результаты, которые могут быть достигнуты параллельно, т.е. лицами, работающими независимо друг от друга. Защита же прав лица, первым достигшего определенных результатов интеллектуальной деятельности, требует соблюдения особого порядка установления этого первенства, что обеспечивается средствами патент-ного, а не авторского права»[1].

Понимание оригинальности произведения как его уникальности делает категорию «оригинальности» весьма определенной, способной быть использованной в судебной практике. В этом отношении отечественная доктрина выгодно отличается от западной. Так, в 1957 г. термин «оригинальность» проник во французское законодательство об авторском праве: «Закон 1957 года обеспечивает охрану названия, если оно «имеет оригинальный характер»». Комментарий в исконно французском стиле не заставил себя ждать: «Однако что может быть более относительным, чем понятие оригинальности?»[2]. Законодательство Великобритании об авторском праве придерживалось критерия оригинальности, начиная еще с 1911 г. Но все равно в английской литературе твердо, хотя и сдержанно, отмечается: «Говорить с той или иной степенью приближения о том, какова была действительная воля законодателя в вопросе о содержании критерия оригинальности, чрезвычайно сложно, если вообще возможно»[3].

3. Признание неповторимости (уникальности) произведения является обоснованием постулата о том, что «авторское право охраняет произведения, выраженные в объективной форме, а не идеи»[4], т.е. охраняет **форму, но не содержание**.

Данный критерий, как и предыдущие, направлен на разграничение с творческой деятельностью в сфере патентного права, где охраняется содержание решения, т.е. идея (а идея-то как раз может осенить нескольких исследователей параллельно и независимо друг от друга)[5].

4. Поскольку объект авторского права является неповторимым, для возникновения правовой охраны не требуется чьего-либо подтверждения (п. 4 ст. 1259 ГК РФ). Требуется только наличие объектив-

---

[1] См.: Определение Конституционного Суда РФ от 20 декабря 2005 г. № 537-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Хавкина Александра Яковлевича на нарушение его конституционных прав положениями статей 6 и 7 Закона Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах»».

[2] *Дюма Р.* Литературная и художественная собственность. Авторское право Франции. 2-е изд.: Пер. с фр. М.: Междунар. отношения, 1993. С. 40.

[3] *Бентли Л., Шерман Б.* Указ. соч. С. 152.

[4] *Липцик Д.* Указ. соч. С. 55.

[5] См.: *Гаврилов Э.П.* В патентном праве – новизна, в авторском – оригинальность // Патенты и лицензии. 2007. № 12 (СПС «КонсультантПлюс»).

ной формы произведения. Следовательно, произведение **охраняется с момента его появления (создания) в какой-либо объективной форме**.

Этот критерий также позволяет отграничить объекты авторского права от объектов патентного права, которые признаются охраняемыми только в случае государственной регистрации.

§ 2. Творческий характер деятельности по созданию произведения (концепция творческого труда)

Понятие творческой и интеллектуальной деятельности не тождественны. В.Л. Вольфсон отмечает, что используемое в зарубежном праве выражение «*intellectual creation*» означает «интеллектуальный», но ни в коем случае не «творческий» труд: «...зарубежное, в том числе континентальное, право никогда не связывало охраноспособность с предикатом «творчества»... Не является носителем подобных коннотаций и употребленное в данной формуле слово creation – оно лишь указывает... на то, что обсуждаемый объект является плодом интеллектуального усилия личности»[1].

В отечественной науке О.А. Красавчиков давал в 1984 г. незабываемую характеристику творческого труда: «Основное свойство творческого труда то, что он является умственным (интеллектуальным) и связан со значительным расходом нервной энергии...»[2]. В таком толковании творческого труда можно обнаружить аналогии с концепцией англосаксонского права, где категория «оригинальности» понимается как «некая мера *труда*, *умения* или *усилия*, в каждом конкретном случае необходимая для создания автором произведения»[3].

Новейшая российская судебная практика выработала следующую правовую позицию: «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»[4].

---

[1] См.: *Бентли Л., Шерман Б.* Указ. соч. С. 87 (примечание переводчика).

[2] *Красавчиков О.А.* Указ. соч. С. 466.

[3] См.: *Бентли Л., Шерман Б.* Указ. соч. С. 153, 157–158.

[4] Абзац 3 п. 28 Постановления Пленума ВС РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации». Е.И. Каминская отметила, что такая квалификация «оригинальности как необязательного, факультативного свойства охраняемого авторским правом произведения свидетельствует о движении в дальнейшем судебно-арбитражной практики в совершенно ином направлении. Формально текст части четвертой Гражданского кодекса оснований к такой перемене подхода

Тем самым, во-первых, не поддержана идея жесткого разграничения критериев новизны и оригинальности (уникальности) произведения, а во-вторых, и само значение этих критериев нивелировано (может не быть ни новизны, ни оригинальности-уникальности). Эта позиция соответствует общим тенденциям зарубежного права, которые описываются В.Л. Вольфсоном следующим образом: «На протяжении последних пятидесяти лет все без исключения крупнейшие правовые системы стараются максимально редуцировать предикат так называемой «оригинальности», каковым в российской цивилистике нередко атрибутируется понятие «результата творческой деятельности»»[1]. Новая доктрина «результата интеллектуального труда автора» приходит в европейском праве на смену доктрине оригинальности[2]. Э.П. Гаврилов считает, что «предлагаемая замена критерия «оригинальный результат» на критерий «результат, созданный творческим трудом» таит в себе большую опасность: «оригинальность» относится к конечному продукту, к результату, а «творческий труд» – к самому процессу труда, а не к результату. А ведь подлежит оценке не труд, а результат!»[3]. Но понятие оригинальности вполне успешно эксплуатируется и в рамках концепции творческого труда в таком, например, контексте: «Судья Хофман не усмотрел признаков охраноспособности объекта в названии «Дневник юриста», поскольку создание такого названия *не требует существенных усилий и литературного мастерства*. Иными словами, оно *не может быть признано оригинальным*. Ср. это дело с делом Exxon (вариант фирменного наименования компании Esso Petroleum): изобретение этого одного слова потребовало от заявителя приложения немалых усилий и литературного мастерства»[4].

Как представляется, концепция творческого труда не столько противостоит концепции оригинальности (уникальности) произведения, сколько замещает ее в тех редких случаях, когда критерий оригиналь-

при толковании его норм не дает» (см.: *Павлова Е.А., Каминская Е.И., Трахтенгерц Л.А.* Комментарий к Постановлению Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 26 марта 2009 г. № 5/29 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Комментарий судебной практики / Под ред. К.Б. Ярошенко. М.: Юрид. лит., 2012. Вып. 17 (комментарий к п. 28, автор комментария – Е.И. Каминская (СПС «КонсультантПлюс»)).

[1] *Бентли Л., Шерман Б.* Указ. соч. С. 87 (примечание переводчика).

[2] См.: *Бентли Л., Шерман Б.* Указ. соч. С. 152.

[3] *Гаврилов Э.* Комментарий к Постановлению Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 26 марта 2009 г. № 5/29 (СПС «КонсультантПлюс»).

[4] См.: *Бентли Л., Шерман Б.* Указ. соч. С. 108, 109.

ности как основание авторско-правовой охраны произведения оказывается неприменимым.

Во-первых, концепция творческого труда пригодна для защиты произведений с «незначительным (пониженным) уровнем творчества» типа телевизионных программ (см. подробнее § 6 настоящей главы). В России уже в первом законе об авторском праве устанавливались критерии охраны «логарифмов, указателей и других сего рода книг, составленных из чисел или собственных имен»[1].

Во-вторых, существуют очень странные для современников проявления искусства, в связи с которыми и возникает неудовлетворенность термином «оригинальность». Как с точки зрения оригинальности (неповторимости, уникальности) оценить «Черный квадрат» К. Малевича (помня, что юридическому анализу подлежит только форма, но не идея произведения)? Поневоле придется задуматься о том, не является ли в данном случае новизна критерием охраноспособности эпохального культурного явления: никто до Малевича не додумался представить простейшую геометрическую фигуру как произведение искусства. Другой пример странных объектов авторского права – из сферы «концептуального искусства». Вагрич Бахчанян издал в эмиграции под своим именем книгу «Стихи разных лет». Проект очень понравился прогрессивным критикам: в книге «собраны самые известные стихотворения русской поэзии – от крыловской басни до Маяковского. Все это издано под фамилией Бахчанян. Смысл концептуальной акции в том, чтобы читатель составил в своем воображении автора, который смог – в одиночку – сочинить всю русскую поэзию»[2]. Что это с точки зрения авторского права? К этой эпатажной выходке применить критерии оригинальности или даже новизны более чем проблематично. Тем не менее концепция творческого труда (в ее англосаксонской вариации), возможно, смогла бы найти здесь объект авторского права. В свое время Палата лордов рассмотрела дело, связанное с адаптацией для школьников «Жизни Александра» Плутарха, когда из 40 тыс. слов было отобрано 20 тыс. слов

[1] «Самовольным изданием почитается также издание словаря, в коем большая часть определений, толкований и примеров взята без перемены из другого подобного, когда исключительное право на собственность оного обеспечено за кем-либо правилами сего Положения или особенными привилегиями; равным образом и издание географических карт, исторических таблиц, логарифмов, указателей и других сего рода книг, составленных из чисел или собственных имен, когда откроется, что они списаны с прежних изданий слово в слово или с весьма незначительными переменами» (§ 20 Положения о правах сочинителей, переводчиков и издателей (1830 г.)).

[2] *Генис А.* Музей Бахчаняна. Предисловие // *Бахчанян В.* Мух уйма (Художества). Не хлебом единым (Меню-коллаж). Екатеринбург: У-Фактория, 2006. С. 10.

путем простого сокращения. Переработчику было отказано в признании за ним авторских прав, поскольку такая обработка не требовала «ни глубоких познаний, ни остроумных решений, ни литературного мастерства, ни даже вкуса при обращении с текстом»[1]. Отталкиваясь от обратного, допустимо было бы признать, что в «Стихах разных лет» мы имеем дело по крайне мере с «остроумным решением». Можно даже предположить, что труд по созданию «Стихов разных лет» был творческим, исходя из допущения, что сам процесс создания был «связан со значительным расходом нервной энергии» В. Бахчаняна.

Вероятно, именно для таких крайних проявлений современного творчества – «отсутствие новизны, уникальности и (или) оригинальности результата интеллектуальной деятельности» – и должна применяться рекомендация российским судам презюмировать создание результата творческим трудом. Критерии творчества в принципе отличаются подвижностью, в связи с чем сохраняют актуальность слова М.В. Гордона, который еще в 1955 г. писал: «Вопрос о значительности творческих элементов в данном произведении и о том, насколько таких элементов достаточно для признания авторского права, не может быть изложен в какой-либо единой формуле. Несомненно, что этот признак является подвижным и зависит от общественных явлений. Размеры творческой самостоятельности, которые считались достаточными для возникновения авторского права в один период развития литературы, не могут удовлетворить специалистов в какой-либо иной период»[2].

§ 3. Форма выражения произведения

Вводные замечания

Положения о форме выражения результата творческой деятельности в авторском праве имеют два аспекта.

Первый аспект: наличие формы как *условие* охраноспособности произведения авторским правом;

Второй аспект: охрана формы, но не содержания произведения, как *предмет* авторско-правовой охраны.

В нормативных актах международного уровня эти аспекты тесно связаны. Например, в ст. 2 Договора ВОИС об авторском праве сказано: «Авторско-правовая охрана распространяется на форму выражения,

[1] *Бентли Л., Шерман Б.* Указ. соч. С. 166–167.

[2] *Гордон М.В.* Советское авторское право. М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1955. С. 63.

а не на идеи, процессы, методы функционирования или математические концепции как таковые». В ч. 3 ст. 24 Модельного кодекса интеллектуальной собственности для государств – участников СНГ[1] разграничение проведено чуть явственнее: «Авторско-правовая охрана распространяется только на форму выражения произведения и не распространяется на какие-либо идеи, теории, принципы, методы, процедуры, процессы, системы, способы, концепции, открытия, даже если они выражены, описаны, разъяснены, проиллюстрированы в произведении».

Подобная близость, точнее даже сталкивание двух аспектов, позволяет вывести, что перечисленные в норме идеи, теории, принципы, методы и т.д. квалифицируются как содержание произведения, раз они противопоставляются форме произведения.

В российском законодательстве указанные аспекты формально разделяются:

1) авторские права распространяются на произведения, выраженные в какой-либо объективной форме (п. 3 ст. 1259 ГК РФ);

2) авторские права не распространяются на идеи, концепции, принципы, методы, процессы, системы, способы, решения технических, организационных или иных задач, открытия, факты, языки программирования, геологическую информацию о недрах (п. 5 ст. 1259 ГК РФ).

При подобном разделении вопрос о содержании произведения разрешен не так отчетливо, как в международно-правовых актах.

Выражение «авторские права распространяются» синонимично выражениям «авторско-правовая охрана распространяется» и «охраняется авторским правом»; соответственно, выражение «авторские права не распространяются» синонимично выражениям «авторско-правовая охрана не распространяется» и «не охраняется авторским правом»[2].

Наличие формы выражения произведения как условие охраноспособности

В теории традиционным является пояснение, что в связи с нематериальным характером произведения (как и всякого результата интел-

[1] Принят в г. Санкт-Петербурге 7 апреля 2010 г. Постановлением 34-6 на 34-м пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ.

[2] Ср. выражение п. 4 ст. 6 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» (*«авторское право не распространяется...»*) и толкование этого выражения в п. 21 Постановления Пленума ВС РФ от 19 июня 2006 г. № 15 «О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах» (*«не охраняются авторским правом...»*).

лектуальной деятельности), без выражения в объективной форме оно не может быть признано объективно существующим[1]. В отечественном законодательстве это положение также было традиционным – оно содержалось в ч. 2 ст. 475 ГК РСФСР 1964 г. и ч. 1 п. 1 ст. 134 Основ гражданского законодательства 1991 г., его можно было без труда вывести из подп. 1–3 п. 1 ст. 5, абз. 1 п. 2 ст. 6 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», а ныне оно прямо зафиксировано в п. 3 ст. 1259 ГК РФ[2].

В современной российской судебной практике интерес представляет подход, согласно которому не признается чье-либо исключительное право на произведение, которое должно быть создано в будущем, но пока не существует в объективной форме[3]. Тем самым подтверждается вывод А.П. Сергеева: «До тех пор, пока мысли и образы не проявились вовне, а существуют лишь в виде творческого замысла... не существует и практической надобности в их правовой охране»[4]. Таким образом, и охрана произведения начинается с момента его проявления в какой-либо объективной форме: «Необходимо, чтобы мысль получила внешнюю форму, которая и подлежит защите»[5].

Исторически в российском законодательстве присутствовала норма, согласно которой форма выражения произведения должна быть такой, которая позволяла бы «воспроизводить результат творческой деятельности автора (рукопись, чертеж, изображение, публичное произнесение или исполнение, пленка, механическая или магнитная запись и т.п.)» (ч. 2 ст. 475 ГК РСФСР 1964 г.). В современном законодательстве это требование отсутствует, что в литературе признается оправданным[6]. Э.П. Гаврилов считает, что «это означает, что охраной пользуются такие уникальные объекты, которые вообще невоспроизводимы или

[1] См.: Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / Под ред. С.Н. Братуся, О.Н. Садикова. Изд. 3, испр. и доп. М.: Юрид. лит., 1982. С. 559 (автор – В.А. Дозорцев).

[2] Уже в Положении о правах сочинителей, переводчиков и издателей (1830 г.) прослеживалась связь формы произведения с его самостоятельной авторско-правовой охраной: «Сочинитель имеет право, несмотря ни на какие условия, напечатать книгу свою вторым изданием, если в ней *прибавлены или переменены* по крайней мере две трети, или когда книге сей дана совершенно *другая форма*, так что она может быть почитаема за *новое сочинение*» (§ 8).

[3] См.: п. 5 Обзора практики рассмотрения споров, связанных с применением Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», утв. информационным письмом Президиума ВАС РФ от 28 сентября 1999 г. № 47.

[4] *Сергеев А.П.* Указ. соч. С. 111–112.

[5] *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.). М.: Спарк, 1995. С. 256.

[6] См.: *Сергеев А.П.* Указ. соч. С. 112–113.

невоспроизводимы в настоящее время в связи с отсутствием необходимых технических средств»[1].

Воспроизведение объективной формы произведения само по себе является важнейшим компонентом исключительного права. Как отмечается в литературе, *«воспроизведение произведения* – это любое *повторное придание произведению объективной формы*, которое может заключаться в изготовлении одного или более экземпляра произведения или его части в любой материальной форме»[2].

Когда-то законодатель мог выдвигать особые требования к форме произведения в целях признания его объектом авторско-правовой охраны. Вплоть до 1911 г. по российскому законодательству для «художественной собственности» требовалось, чтобы художник «предъявил и записал (словами!) свое произведение у маклера или у нотариуса, с подробным описанием сюжета»[3]. До недавнего времени хореографические произведения и пантомимы признавались «предметом авторского права» только в том случае, если в отношении их постановки имелись «указания, изложенные письменно или иным способом» (ч. 3 ст. 475 ГК РСФСР 1964 г.).

С развитием механических средств фиксации действительности эти требования к форме отпали. В действующем законодательстве указывается только открытый перечень объективных форм, в которых может быть выражено произведение: «...в письменной, устной форме (в виде публичного произнесения, публичного исполнения и иной подобной форме), в форме изображения, в форме звуко- или видеозаписи, в объемно-пространственной форме» (п. 3 ст. 1259 ГК РФ).

Единственное требование, которое на сегодняшний день предъявляется к форме выражения произведения: эта форма должна быть доступна для восприятия третьих лиц (поэтому законодатель и подчеркивает, что устная форма – это публичное произнесение, исполнение и т.д., т.е. выражение произведения вовне, прежде всего вслух).

В п. 1 ст. 1259 ГК РФ приведен примерный перечень видов охраняемых авторским правом произведений. В основе деления произведений на виды лежит их распределение по жанрам. Но с юридической точки зрения перечень, приведенный в п. 1 ст. 1259 ГК РФ, представляет

[1] *Гаврилов Э.П.* Комментарий к Закону об авторском праве и смежных правах. М.: Фонд «Правовая культура», 1996. С. 35.

[2] Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л.Маковского. М.: Статут, 2008. С. 403 (автор – Е.А. Павлова).

[3] *Победоносцев К.П.* Курс гражданского права. В 3 ч. М.: Статут (Серия «Классика российской цивилистики».), 2002. Ч. 1. Вотчинные права. С. 708.

интерес с точки зрения деления произведений по формам выражения. Естественно, что определенным объектам авторского права может быть свойственна определенная форма: «...как ни рассказывай о Рафаэлевой Мадонне, не заменишь рассказом наглядного впечатления»[1]. Рассказ о картине художника, приобретя иную форму выражения, становится иным видом произведениям (литературным, а не произведением живописи по п. 1 ст. 1259 ГК РФ) – и тем самым самостоятельным объектом авторского права.

Предмет авторско-правовой охраны: форма, но не содержание

Авторское право не может дать защиты против воспроизведения и распространения идеи со стороны других лиц[2] – это задача прежде всего патентного права. Поэтому законодатель традиционно указывает перечень «материалов, не рассматриваемых как произведения, охраняемые авторским правом, поскольку они относятся не к форме такого результата, а к существу»[3]. В п. 5 ст. 1259 ГК РФ в перечень таких материалов, ценность которых заключается в их содержании, входят как объекты, не охраняемые авторским правом, но способные быть объектами других интеллектуальных прав (идеи в форме решения технических задач как объекты патентного права; решения организационных задач или геологическая информация как объекты ноу-хау и т.п.), так и объекты, вообще не признаваемые охраняемыми результатами интеллектуальной деятельности (открытия; методы, если они математические; концепции, если они научные теории; факты и т.п.). На пределы авторско-правовой охраны указывает и п. 3 ст. 1270 ГК РФ: «Практическое применение положений, составляющих *содержание* произведения, в том числе положений, представляющих собой техническое, экономическое, организационное или иное решение, не является использованием произведения».

Охрана одной только формы произведения вкупе с признанием его неповторимости (уникальности) означает, что условием нарушения авторских прав (на примере литературного произведения) является полное совпадение формы охраняемого объекта и противопоставленного материала, т.е. **дословное (буквальное) заимствование** из охраняемого произведения. При этом при отсутствии буквального совпадения факт

[1] См.: *Победоносцев К.П.* Указ. соч. С. 705–706.

[2] *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. В 2 т. М.: Статут (Серия «Классика российской цивилистики».), 2005. Т. I. С. 426.

[3] *Дозорцев В.А.* Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: Сб. статей. М.: Статут, 2003. С. 190.

нарушения авторских прав все равно может быть признан, если различие с охраняемым произведением было достигнуто не творческим, а механическим путем (перестановка слов, замена слов синонимами и т.п.).

На практике критерий охраны формы означает, что правоприменитель должен отключать всякие ассоциативные связи (ассоциации с известным названием или персонажем – это как раз выход на содержание произведения). Эта способность отключения была продемонстрирована в широко известном деле по жалобе Э.Н. Успенского, касающейся товарного знака «Дядя Федор» (каковое обозначение, конечно же, сразу вызывает милые воспоминания о деревне Простоквашино, тянет за собой образы незабвенного кота Матроскина и т.д.). В решении от 10 июля 2001 г. Апелляционная палата Роспатента «указала со ссылкой на п. 1 и 3 ст. 6 Закона об авторском праве, что «объектом авторского права может быть только оригинальный творческий результат. При этом под оригинальными понимаются те творческие результаты, которые не повторяются при параллельном творчестве лиц, работающих независимо друг от друга». Между тем «как следует из материалов, представленных владельцем знака, персонаж (как часть произведения) по имени «Дядя Федор» присутствует, как минимум, в четырех разных произведениях литературы. В связи с вышеизложенным, Апелляционная палата пришла к выводу, что «наименование персонажа «Дядя Федор» представляет собой повторяющийся в творчестве независимых друг от друга авторов результат, что не позволяет отнести его к объектам авторского права»»[1].

В то же время в сходных случаях западная практика обнаруживает иные тенденции. Ярким примером тому служит дело «Гарри Поттер против Тани Гроттер». В 2003 г. нидерландский суд признал книгу Д. Емеца «Таня Гроттер и магический контрабас» несанкционированной адаптацией серии книг Дж. Роулинг о Гарри Поттере в связи с тем, что сюжетные линии произведений Дмитрия Емца и Джоан Роулинг слишком близки (оба персонажа – сироты, имеют странные отметины на лицах, обладают магической силой и т.п.)[2]. Таким образом, фактически обсуждалось *содержание* литературного произведения. Без сомнения, такой результат, неприемлемый для российской связки «оригинальность – форма», явился следствием применения подхода к оригинальности как мере «труда, умения или усилия», когда ориги-

[1] *Гаврилов Э.П.* Комментарий к Закону об авторском праве и смежных правах. С. 37.

[2] См.: *Воронцов К., Лаврецкая А.* Вот и пародии – конец // Коммерсантъ. 2003. 4 апр. (http://www.kommersant.ru/doc/375027).

нальность «может проверяться и действиями, предпринятыми автором до того, как непосредственно приступить к работе над произведением»[1]. С юридической точки зрения заслуживает внимания тот факт, что вопрос об отсутствии оригинальности произведения о Тане Гроттер решался в рамках авторского права. В современной литературе обращается внимание на то, что охрана только формы произведения уже не является аксиомой авторского права[2]. Но все же не покидает ощущение, что в действительности голландским судом в споре «Г. Поттер *vs* Т. Гроттер» были применены механизмы недобросовестной конкуренции, свойственные защите прав на товарный знак.

Удобная для правоприменителя концепция охраны только формы (но не содержания) произведения с теоретической точки зрения не всегда может оправдать положения законодательства, уже ставшие традиционными. Так, сторонники этой концепция испытывают затруднения в обосновании права автора на перевод, входящее в состав исключительного авторского права (подп. 9 п. 1 ст. 1270 ГК РФ). Совершенно очевидно, что право на перевод своего произведения – это претензия на содержание произведения (форма – словесное выражение – при переводе с одного языка на другой неизбежно становится иной).

В одном случае законодателю пришлось прямо признать случай охраны авторским правом содержания произведений архитектуры, градостроительства и садово-паркового искусства (п. 1 ст. 1259, подп. 10 п. 2 ст. 1270 ГК РФ). На примере произведений архитектуры можно увидеть, что специфика этих произведений заключается в том, что «основную ценность имеет содержание архитектурно-планировочных идей, а не внешняя форма их выражений»[3]. Обычные чертежи, макеты и т.п., конечно признаются объектами авторского права при их творческом характере, однако они существуют именно как автономные объекты: так, в соответствии с п. 3 ст. 1270 ГК РФ практическое применение положений, составляющих содержание произведения, не является использованием произведения. В литературе подчеркивается, что эта норма хорошо сочетается с положением об охране формы, но не содержания произведения[4]. Так, например, производство верто-

[1] *Бентли Л., Шерман Б.* Указ. соч. С. 153.

[2] См.: *Кашанин А.В.* Указ. соч. С. 88, 90, 93–94; *Хохлов В.А.* Авторское право: законодательство, теория, практика. М.: Городец, 2008. С. 43.

[3] См.: *Сергеев А.П.* Указ. соч. С. 150–151.

[4] См.: *Гаврилов Э.П., Еременко В.И.* Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный). М.: Экзамен, 2009. С. 234 (п. 21 комментария к ст. 1270 ГК РФ; автор – Э.П. Гаврилов).

лета по правомерно обнародованным чертежам по нормам авторского права не относится к числу нарушений исключительного права (для охраны интеллектуальных прав в данном случае требуется, чтобы решение, содержащееся в чертежах, было запатентовано или отнесено к секретам производства). А вот для проектов, чертежей, изображений и макетов, относящихся к произведениям архитектуры, в п. 3 ст. 1270 ГК РФ сделано прямое исключение: их практическое воплощение в форме архитектурного объекта без согласия правообладателя не допускается. Таким образом, в российском авторском праве устанавливается охрана *решений,* т.е. содержания произведения, – этот случай справедливо называют уникальным[1].

§ 4. Смежные права: проблема подражаний

К объектам смежных прав критерий оригинальности неприменим. Это положение само собою разумеется в отношении результатов организационной деятельности (фонограмма, база данных, сообщение в эфир или по кабелю передач, объект прав публикатора). Однако и исполнение, будучи результатом творческой деятельности артиста и др. субъектов, охраняется независимо от оригинальности или индивидуальности выступления[2]. Российский законодатель называет исполнителя автором исполнения (ст. 1313 ГК РФ), но полной идентификации произведения как объекта авторского права и исполнения как объекта смежных прав не происходит. А.Л. Маковский указывает в этой связи: «Если признание авторства произведения обусловлено творческим характером такового, то творческий труд исполнителя обусловлен признанием авторства исполнения»[3].

Наличие или отсутствие требований к оригинальности поднимает проблему «повторного творчества», подражаний, имитаций в творческой деятельности.

В авторском праве, где требование оригинальности является общепринятым (пусть и с разной степенью бескомпромиссности), существует как общее правило неприятие «повторного творчества». В тех правопорядках, которые признали охраноспособность «повторных произведений», имеются существенные оговорки: в Испании «охра-

[1] См.: Комментарий к части четвертой ГК РФ / Под ред. А.Л. Маковского. С. 407–408 (автор комментария – Е.А. Павлова).

[2] См.: *Липцик Д.* Указ. соч. С. 323.

[3] Комментарий к части четвертой ГК РФ / Под ред. А.Л. Маковского. С. 281 (автор комментария – А.Л. Маковский). С. 444.

носпособное повторное произведение отличается от неправомерного заимствования по признаку отсутствия сознательного копирования либо подражания», в Германии «нарушением авторских прав считается не только сознательное копирование, но и бессознательное подражание уже имеющемуся произведению. Основанием для возникновения авторского права являются только такие случаи независимого повторения произведения, когда может быть установлено, что повторный создатель не мог познакомиться с произведением-оригиналом до момента создания своего произведения»[1].

В смежных правах, где требование оригинальности творческого результата отсутствует, подражание одного исполнителя другому (и даже намеренная имитация исполнения) допустимо и не является нарушением интеллектуальных прав автора первичного исполнения. Понятно, что данное положение не распространяется на случаи, когда один исполнитель выдает себя за другого: это может быть квалифицировано как недобросовестная конкуренция (введение потребителей в заблуждение) или нарушение личных прав автора первичного исполнения (необязательно интеллектуальных прав).

§ 5. Наличие связи исключительного авторского права с территорией Российской Федерации

Как и все исключительные права, авторское имущественное право ограничено по своему действию территорией определенного государства (по общему правилу, территорией государства, где произведение вышло в свет). Таким образом (и в этом еще одно отличие от права собственности), исключительное авторское право лишено экстерриториального действия: «чтобы субъективное авторское право, возникшее по законам одной страны, получило действие в другом государстве, необходимо, чтобы между этими двумя государствами было заключено соглашение о взаимном признании и охране соответствующих прав»[2]. Позднее некоторые зарубежные страны стали в одностороннем порядке давать защиту всем авторским правам, возникшим за границей, независимо от наличия соответствующего международного соглашения (например, французский закон в 1957 г.)[3]. Надо признать, что сегодня в мире установлена фактическая экстерриториальность авторских прав,

[1] *Кашанин А.В.* Указ. соч. С. 100 (примеч.).
[2] *Лунц Л.А.* Курс международного частного права. М.: Спарк, 2002. С. 665.
[3] См. там же.

но достигнуто это за счет глобального охвата практически всех стран всемирными конвенциями об авторском праве. Таким образом, территориальность авторского права побеждена все же международными соглашениями (пусть и не двух-, а многосторонними).

Современное российское законодательство проводит различие между территорией действия исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и интеллектуальных прав, не являющиеся исключительными. Личные неимущественные права и иные права автора признаются и охраняются на территории России в силу одного факта их возникновения, независимо от гражданства автора и территории их возникновения (абз. 2 п. 1 ст. 1231, абз. 4 п. 1 ст. 2 ГК РФ). Исключительное авторское право действует с учетом территории и гражданства автора. В п. 1 ст. 1256 ГК РФ установлена следующая система признания в России действия исключительного права.

1. По территории происхождения произведения. На произведение, обнародованное на территории Российской Федерации, исключительное право признается за авторами (их правопреемниками) независимо от личного закона правопреемников. То же самое относится к произведению, не обнародованному (в том числе и за границей), но просто находящемуся на территории Российской Федерации в какой-либо объективной форме (рукопись, эскиз и т.п.).

2. По гражданству автора. На произведения, обнародованные за границей или находящиеся там в необнародованном виде, исключительное право признается, если автор является гражданином Российской Федерации; право признается и за автором, и за его правопреемниками (независимо от их гражданства для наследников или страны регистрации для правопреемников – юридических лиц).

3. По международному договору. В силу международного договора признается исключительное право на произведение, если отсутствуют вышеперечисленные основания его признания.

Эта достаточно громоздкая система является в большей степени данью традиции, поскольку воспроизводит принципы ст. 3 Бернской конвенции. Удивительно, но система п. 1 ст. 1256 ГК РФ полностью воспроизводит систему, установленную в ст. 1–3 Основ авторского права 1928 г. (там, правда, на заграничные произведения авторское право признавалось за авторами – советскими гражданами и их наследниками, но не всякими правопреемниками), ст. 97 Основ гражданского законодательства 1961 г., ст. 477–478 ГК РСФСР 1964 г., ст. 136 Основ гражданского законодательства 1991 г.

Практический интерес представляют коллизионные нормы охраны авторского права. Эти коллизионные нормы возникают только в случае признания исключительного права по международному договору. В целом в отношении произведения, созданного иностранцем за границей, содержание исключительного права, его действие, ограничения, порядок его осуществления и защиты определяются по российскому праву (п. 2 ст. 1231 ГК РФ). Однако по иностранному праву – законодательству страны происхождения произведения – определяется автор произведения или иной первоначальный правообладатель (п. 3 ст. 1256 ГК РФ). Срок действия исключительного авторского права на территории Российской Федерации не может превышать срок действия исключительного права, установленного в стране происхождения произведения, т.е. фактически применяется законодательство страны происхождения произведения (п. 4 ст. 1256 ГК РФ).

§ 6. Объекты, не охраняемые авторским правом

Вводные замечания

Традиционно существует перечень «материалов», в отношении которых русскоязычный законодатель в разные периоды истории использует разные термины: «*произведения, не являющиеся предметом чьего-либо авторского права*» (ст. 6 Основ авторского права 1928 г.); «произведения, не являющиеся предметом чьего-либо авторского права, а также иные *произведения, не охраняемые авторским правом*» (ст. 487 ГК РСФСР 1964 г.); «*авторское право не распространяется* на...» (п. 5 ст. 134 Основ гражданского законодательства 1991 г.); «*произведения, не являющиеся объектами авторского права*» (ст. 8 Закона «Об авторском праве и смежных правах»); «*не являются объектами авторского права...*» (ст. 8 Закона «Об авторском праве и смежных правах», п. 6 ст. 1259 ГК РФ); «*объекты, которые не охраняются авторским правом*» (ст. 26 Модельного кодекса интеллектуальной собственности для государств – участников СНГ).

Таким образом, в этих нормах проскальзывает смущение относительно родового обозначения «материалов» (то «произведения», то «объекты», то нечто безымянное), прослеживаются колебания в их правовом статусе (или это то, что не является предметом авторских прав или объектом авторского права; или то, на что не распространяется авторское право; или то, что не охраняется авторским правом).

Сам перечень «материалов» всегда был открытым, но количество примеров неуклонно увеличивалось. По Основам авторского права 1928 г. это официальные документы (законы, судебные решения и т.п.) и произведения народного творчества; в ГК РСФСР 1964 г. в перечне примеров вспомнили о «древних актах и памятниках»[1]; в Основах гражданского законодательства 1991 г. «древние акты и памятники» выпали, но добавились «официальные символы и знаки (включая денежные знаки)»; в Законе «Об авторском праве и смежных правах» перечень пополнился «сообщениями о событиях и фактах, имеющими информационный характер»; в ГК РФ к сообщениям о фактах приравняли «программы телепередач, расписания движения транспортных средств и тому подобное», а в Модельном кодексе интеллектуальной собственности для государств – участников СНГ эти программы, расписания и т.п. назвали базами данных и выделили в отдельную категорию.

В результате сложился крайне пестрый круг «материалов», неохраняемость которых авторским правом действительно имеет разные причины и основания.

Предварительно можно заметить, что с терминологической точки зрения в действующем законодательстве (п. 6 ст. 1259 ГК РФ) речь все же обобщенно идет об объектах, которые по разным причинам **не охраняются авторским правом**:

- материалы, которые не охраняются авторским правом в связи с отсутствием объекта правовой охраны, т.е. материалы не являются произведением (сообщения о событиях и фактах, имеющие информационный характер – подп. 4 п. 6 ст. 1259 ГК РФ);
- произведения, которые не охраняются авторским правом в связи с отсутствием субъекта права, т.е. автора (фольклор – подп. 3 п. 6 ст. 1259 ГК РФ);
- результаты интеллектуальной деятельности, которые не охраняются авторским правом, исходя из общественных интересов, т.е. объекты, на которые авторские права не признаются (официальные документы, символы и знаки – подп. 1–2 п. 6 ст. 1259 ГК РФ).

В отношении всех перечисленных объектов «не действуют никакие авторские права вообще, в том числе и личные неимущественные права», т.е. сознательно устраняются все препоны для свободного воспроизведения, размножения, распространения этих объектов[2].

[1] В Положении о правах сочинителей, переводчиков и издателей (1830 г.) говорилось о «первых Издателях древних рукописей» (§ 4).

[2] См.: *Дозорцев В.А.* Указ. соч. С. 189, 194.

Материалы, не охраняемые авторским правом в связи с отсутствием объекта правовой охраны

В подп. 4 п. 6 ст. 1259 ГК РФ законодатель указал, что не являются объектами авторских прав «сообщения о событиях и фактах, имеющие исключительно информационный характер (сообщения о новостях дня, программы телепередач, расписания движения транспортных средств и тому подобное)». На самом-то деле в подп. 4 п. 6 ст. 1259 ГК РФ в одну категорию объединены два разных вида материалов. Более точным было бы их разделение на простую пресс-информацию и материалы, которые не отвечают принципу оригинальности (как это сделано, например, в ст. 25 Модельного кодекса интеллектуальной собственности для государств – участников СНГ).

Простая пресс-информация: сообщения о событиях и фактах, имеющие исключительно информационный характер

Исследователи объясняют причины, по которым сообщения о событиях и фактах, имеющие исключительно информационный характер, не являются охраняемыми произведениями, тем, что эти сообщения «неоригинальны, представляют собой простое, механическое, нетворческое переложение событий и фактов»[1], т.е. не являются результатами творчества[2].

В отечественной литературе указывается, что норма подп. 4 п. 6 ст. 1259 ГК РФ «основывается на положениях Бернской конвенции, где установлено, что «охрана, предоставляемая настоящей Конвенцией, не распространяется на сообщения о новостях дня или на сообщения о различных событиях, имеющие характер простой пресс-информации» (п. 8 ст. 2 Бернской конвенции), и потому должна толковаться в свете положений Конвенции»[3]. В этой связи следует обратить внимание на то, что п. 8 ст. 2 Бернской конвенции появился в ней только в 1971 г. в результате очередного пересмотра Конвенции (Парижский акт 1971 г.)[4], и интерпретация этой нормы зарубежными исследова-

[1] *Гаврилов Э.П.* Комментарий к Закону об авторском праве и смежных правах. С. 49. См. также: Комментарий к части четвертой ГК РФ / Под ред. А.Л.Маковского. С. 390 (автор комментария – Е.А. Павлова); *Липцик Д.* Указ. соч. С. 63–64.

[2] См.: *Дозорцев В.А.* Указ. соч. С. 192.

[3] *Гаврилов Э.П., Еременко В.И.* Указ. соч. С. 190 (п. 22 комментария к ст. 1259 ГК РФ; автор – Э.П. Гаврилов).

[4] См.: *Липцик Д.* Указ. соч. С. 64.

телями крайне узкая и касается только журналистской деятельности: «...согласно Бернской конвенции, новости дня, а также хроника, являющиеся простыми информационными сообщениями прессы, специально выведены из сферы охраны»[1]. Следовательно, речь идет не столько об авторском праве, сколько о новомодном естественном праве человека, имеющим публично-правовую природу: свободное распространение новостей «обусловлено предпочтением, которое отдается праву доступа общественности к информации»[2].

С точки зрения собственно авторского права именно специфика репортерской деятельности («основная задача журналистов – как можно быстрее сообщить новые факты»[3]) чаще всего препятствует приданию сообщениям репортеров оригинальной формы. Давно подмечено, что «главнейшей характеристикой газетного языка является его механичность, штампованность», причем положительное значение штампованности и шаблонности проявляется как раз в том случае, когда требуется передавать информацию («шаблоны возникают и являются уместными там, где ставится практическая цель удобной и верной – в смысле нейтральности – передачи данного факта»)[4].

В литературе единодушно высказывается мнение, что сообщения о событиях и фактах, имеющие информационный характер, должны относиться к объектам авторского права, если будет доказано, что форма выражения этих сообщений является оригинальной (если в сообщениях имеются признаки творчества)[5]. На это обращает внимание и законодатель, специально подчеркивая, что не являются объектами

[1] См.: *Липцик Д.* Указ. соч. С. 64. Совершенно недвусмысленно эта интерпретация выражена в более ранней Межамериканской конвенции по правам авторов литературных, научных и художественных произведений, подписанной в Вашингтоне в 1946 г., в ст. 6.3 которой указано: «Охрана, предоставляемая данной Конвенцией, не распространяется на информацию, содержащуюся в новостях дня, опубликованных в прессе» (см.: *Липцик Д.* Указ. соч. С. 64).

[2] *Липцик Д.* Указ. соч. С. 63. В дореволюционном Положении об авторском праве 1911 г. в ч. 2 ст. 40 было указано: «Постоянные из одного и того же издания перепечатки воспрещаются. Иногородние сообщения по телеграфу и телефону, снабженные запретительной оговоркой, не дозволяется воспроизводить в местных газетах в течение восемнадцати часов со времени их опубликования». В современном авторском праве монопольные отношения на информацию, добываемую собственным трудом, не регулируются. Считается, что это должно входить в предмет охраны добросовестной конкуренции.

[3] *Липцик Д.* Указ. соч. С. 63.

[4] См.: *Винокур Г.О.* Язык прессы // *Винокур Г.О.* Культура языка. М.: Лабиринт, 2006. С. 146.

[5] См.: *Гаврилов Э.П.* Комментарий к Закону об авторском праве. С. 49; *Сергеев А.П.* Указ. соч. С. 124; *Дозорцев В.А.* Указ. соч. С. 192–193; *Хохлов В.А.* Указ. соч. С. 73.

авторского права только те сообщения, которые имеют исключительно информационный характер. С большей определенностью эта мысль выражена в Модельном кодексе интеллектуальной собственности для государств – участников СНГ: не охраняются авторским правом «*сообщения о новостях дня или текущих событиях, имеющие характер простой пресс-информации*» (п. «д» ч. 1 ст. 25).

Таким образом, в отношении простой пресс-информации устанавливается специальная презумпция. Если в отношении обычных произведений действует правило, что, пока не доказано иное, они считаются созданными творческим трудом[1], то в отношении материалов, которые отнесены к сообщениям о событиях и фактах, имеющим исключительно информационный характер, устанавливается иная презумпция. Опровержение этой презумпции, конечно, возможно. В зарубежной правоприменительной практике сообщения о фактах рассматриваются в ряду произведений с незначительным уровнем творчества, в отношении которых требуется доказать, что их создание «потребовало и индивидуальных творческих решений, превышающих по своему уровню то, что для среднего автора представляет собой механическую работу. Необходимо специально показать, в чем проявляется индивидуальность такого произведения. И в этом смысле к уровню творчества таких произведений предъявляются специальные требования»[2].

Материалы, которые не отвечают признаку оригинальности: программы телепередач, расписания движения транспортных средств и другие аналогичные базы данных (материалы с пониженным уровнем творчества)

В России спор об охране авторским правом материалов, которые не отвечают признаку оригинальности, имеет собственную драматическую историю на примере программы телепередач.

В 1994 г. Судебная палата по информационным спорам при Президенте РФ[3] приняла рекомендацию «О правовой природе программ

[1] Абзац 2 п. 28 Постановления Пленума ВС РФ № 5 и Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г.

[2] *Кашанин А.В.* Указ. соч. С. 108.

[3] Создана Указом Президента РФ от 31 января 1994 г. № 228, ликвидирована Указом Президента РФ от 3 июня 2000 г. № 1013. В соответствии с Положением, Судебная палата являлась государственным органом, который «разрешает споры и иные дела, возникающие в сфере деятельности средств массовой информации, кроме тех, которые отнесены законом к юрисдикции судов».

теле- и радиопередач, публикуемых в периодических печатных изданиях» в пользу признания программы передач объектом авторского права и, соответственно, наличия исключительного права на эти программы у соответствующих телерадиокомпаний. Эта рекомендация вызвала оживленную полемику в прессе[1]. В практике арбитражных судов мнение Палаты по информационным спорам поддержано не было. Так, в Постановлении Президиума ВАС РФ от 24 марта 1998 г. № 6961/97 отмечалось: «То, в какой последовательности и в какое время идут в эфир передачи различных видов и жанров, какой категории слушателей и зрителей они интересны, — все это в целом может являться результатом творческой деятельности. В указанном смысле программа передач схожа со сборниками и другими составными произведениями, которые признаются объектами авторского права в силу того, что включенный в них материал расположен по оригинальной схеме. Однако авторское право охраняет лишь форму, а не содержание произведения», информация же «о том, что и когда будет передано в эфир... при отсутствии оригинальной формы ее подачи не образует самостоятельного произведения, а подпадает под понятие «сообщение о событиях и фактах, имеющее информационный характер»». Вывод о неохраняемости авторским правом неоригинальных программ передач означает, что «информация о программах передач может использоваться любыми заинтересованными лицами, в том числе газетами, свободно, т.е. без разрешения телерадиокомпаний и без выплаты какого-либо вознаграждения»[2].

Позднее эта позиция была обобщена в п. 1 Обзора практики рассмотрения споров, связанных с применением Закона «Об авторском праве и смежных правах», утвержденного информационным письмом Президиума ВАС РФ от 28 сентября 1999 г. № 47: программа теле- и радиопередач как информация о времени их выхода в эфир не является объектом авторского права. В п. 1 Обзора приведена целая система доводов в пользу того, что программа теле- и радиопередач не является объектом авторского права: во-первых, программа передач не является произведением, поскольку форма ее изложения неоригинальна; во-вторых, программа передач, опубликованная ранее, становится общедоступной; и только в-третьих, указывается, что программа передач является сообщением о событиях и фактах, имеющим информационный характер, и поэтому не является объектом авторского права.

[1] См.: *Сергеев А.П.* Указ. соч. С. 122–123.
[2] См. там же. С. 124.

Тем самым в свое время квалификация программы телепередач и других аналогичных материалов была дана судебной практикой путем расширительного толкования нормы абз. 5 ст. 8 Закона «Об авторском праве и смежных правах» («не являются объектами авторского права... сообщения о событиях и фактах, имеющие информационный характер»). Действующий ГК РФ просто закрепил это положение, носящее характер аналогии, хотя необходимости в этой аналогии уже не было: главное все же заключается в том, что программа передач не является объектом авторского права в связи с несоответствием критерию творчества (оригинальности). Более продуктивным представляется подход Модельного кодекса интеллектуальной собственности для государств – участников СНГ, где «расписание движения транспортных средств, расписание теле- и радиопередач, телефонные справочники» квалифицируются не как сообщения о фактах, а как «базы данных», которые не охраняются авторским правом если они не отвечают принципу оригинальности и если на них не распространяется право *sui generis* (п. «е» ч. 1 ст. 25).

Установление в российском законодательстве презумпции того, что программа телепередач не является объектом авторского права, вовсе не является единственно мыслимым вариантом. Дело в том, что «программы телепередач, расписания движения транспортных средств и тому подобное» можно квалифицировать как «произведения с незначительным (пониженным) уровнем творчества», которые в современном зарубежном праве все же признаются по общему правилу объектами авторского права[1]. Наиболее полное обоснование этого положения дано в английском праве, где, напомним, категория «оригинальности» понимается как некая мера труда, умения или усилия. Соответственно, английские суды признают оригинальными творениями расписание движений поездов, если они не составлены по материалам официального расписания[2], а также и телевизионные программы, если «составитель тратит достаточные трудовые усилия на расстановку телевизионных программ в определенной временной последовательности»[3].

При этом в зарубежном праве к произведениям с незначительным уровнем творчества, наряду с программами телепередач, расписанием движения транспортных средств, телефонными справочниками и т.п.

[1] См.: *Кашанин А.В.* Указ. соч. С. 105.
[2] *Бентли Л., Шерман Б.* Указ. соч. С. 155, 172.
[3] Там же. С. 171.

относятся и картографические произведения, и произведения декоративно-прикладного искусства, и многие компьютерные программы[1]. Все эти произведения в п. 1 ст. 1259 ГК РФ прямо названы в качестве объектов авторского права, соответственно, в отношении них действует презумпция творческого характера.

Российский законодатель, отказав программе передач в праве считаться объектом авторского права, ничего не говорит о том, существуют ли какие-либо права у разработчика программы и, если существуют, то каков способ их защиты. Представляется очевидным, что право на первоочередную публикацию сообщений о событиях и фактах, имеющих исключительно информационный характер, имеет определенную имущественную ценность. Как представляется, охрана интересов лиц, имеющих право на первоочередное получение сообщений о событиях и фактах, должна осуществляться в рамках антимонопольного законодательства. Так, А.В. Кашанин на примере зарубежной практики указывает, что даже в отношении «повторимых произведений с незначительным уровнем творчества» (т.е. тех, которые все же признаются объектами авторского права) оптимальным было бы установление «характерного для конкурентного права механизма охраны инвестиций. Данный механизм заключается в установлении запрета использовать продукт (в том числе нематериальный), создание которого требует вложения трудовых, финансовых, временных и иных затрат, адресованного всем третьим лицам, помимо лица, осуществившего соответствующие инвестиции. Использование данного продукта без соответствующих затрат квалифицируется как нарушение принципов добросовестной конкуренции»[2].

Произведения, не охраняемые авторским правом в связи с отсутствием субъекта права

Существуют произведения, автор которых неизвестен – чаще всего речь идет о том, что конкретное лицо, творческим трудом которого создано произведение, все же существовало, но нам его установить не удалось. Такая ситуация еще не означает, что произведение вообще не охраняется авторским правом – правильнее предположить, что речь идет об анонимном произведении, которое все же является полноценным объектом авторского права.

[1] См.: *Кашанин А.В.* Указ. соч. С. 105, 108.
[2] Там же. С. 118–119.

Отсутствие субъекта авторского права – это случаи, когда считается, что авторство на результат не может возникнуть в принципе, хотя сам результат является полноценным произведением с высоким уровнем творчества. Количество таких случаев очень ограничено. Российский законодатель всегда был уверен, что авторство отсутствует у «народных песен, половиц, сказок, повестей, сохранившихся одним изустным преданием»[1], т.е. у произведений народного творчества. Впоследствии законодатель уточнил, что неохраняемыми произведениями народного творчества являются только произведения, «авторы которых неизвестны» (ст. 487 ГК РСФСР 1964 г.). Тем самым границы неохраняемых произведений еще более сузились. В действующем ГК РФ эта тенденция продолжена: не являются охраняемыми «произведения народного творчества (фольклор), не имеющие конкретных авторов» (подп. 3 п. 6 ст. 1259 ГК РФ).

Строго говоря, российский законодатель изъял из-под действия авторско-правовой охраны фольклор, созданный коллективным творчеством, «притом последовательным, нескольких поколений». Тем самым в законодательстве вырабатывается постулат, согласно которому «автором никогда не может быть коллектив, организация, когда установить персональный, личный состав создателей произведения невозможно... Коллективного авторства не бывает»[2].

Полный отказ от авторско-правовой защиты коллективного народного творчества поддерживается не всеми. Интересными выглядят предложения о выделении из массы фольклора как классического безымянного творчества народа тех объектов, авторство на которые может быть закреплено за «школами мастеров определенного промысла» (Гжель, Жостов, Палех и т.п.), когда «элементы художественной системы промысла применяются всеми мастерами, работающими в рамках его стиля»[3]. Но, как представляется, данные предложения выступают скорее дополнением права на наименование места происхождения товара.

Другой вариант был предложен в Рекомендации ЮНЕСКО «О сохранении фольклора» (принята в г. Париже 15 ноября 1989 г. на 25-й сессии Генеральной конференции ЮНЕСКО)[4]. В этой Реко-

[1] См.: § 4 Положения о правах сочинителей, переводчиков и издателей (1830 г.).

[2] См.: *Дозорцев В.А.* Указ. соч. С. 190, 192.

[3] См.: *Валеева Н.Г.* Авторско-правовая «судьба» результатов коллективного народного творчества // Частное право: Преодолевая испытания: К 60-летию Б.М. Гонгало. М.: Статут, 2016. С. 178–184.

[4] В разд. «А» этой Рекомендации приведено культурологическое определение фольклора: «Фольклор (или традиционная и народная культура) есть совокупность основанных на традициях культурного сообщества творений, выраженных группой или индивидуумами и признанных в качестве отражения чаяний сообщества, его культурной

мендации высказано мнение, что «фольклор, являясь проявлением индивидуального или коллективного интеллектуального творчества, заслуживает правовой охраны, сходной с охраной, предоставляемой произведениям интеллектуального творчества» (разд. «F»). Конкретные предложения содержатся в Типовых положениях ЮНЕСКО/ВОИС для использования в национальном законодательстве, посвященном защите фольклорных форм от их незаконного использования и других действий, наносящих ущерб (1982 г.). Там нарушением признается незаконное использование фольклорных форм вне традиционного или привычного контекста *без разрешения членов сообщества*, где эти формы сложились[1].

На региональном уровне африканские и латиноамериканские страны принимают свое законодательство, где запрещают использование фольклорных форм без согласия определенного *государства:* «развивающиеся страны начали выдвигать требования законодательного признания своих прав на фольклорные произведения культуры местных жителей с целью воспрепятствования их искажению и использованию без разрешения этих стран, а также без получения последними вознаграждения за такое использование»[2].

Подобные тенденции, очевидно, надо толковать как призывы создать для фольклора защиту *sui generis*, и тем самым не столько распространить на него авторско-правовую охрану, сколько окончательно отграничить фольклор от объектов авторского права.

Результаты интеллектуальной деятельности, не охраняемые авторским правом исходя из общественных интересов

Российский законодатель выделяет два вида специфических результатов интеллектуальной деятельности:

1) официальные документы государственных органов и органов местного самоуправления, международных организаций (нормативные акты, судебные решения и т.п.), а также их официальные переводы (подп. 1 п. 6 ст. 1259 ГК РФ);

и социальной самобытности; фольклорные образцы и ценности передаются устно, путем имитации или другими способами. Его формы включают, в частности, язык, литературу, музыку, танцы, игры, мифологию, обряды, обычаи, ремесла, архитектуру и другие виды художественного творчества».

[1] Цит. по: *Липцик Д.* Указ. соч. С. 84–85.

[2] См.: *Липцик Д.* Указ. соч. С. 81–82.

2) государственные и муниципальные символы и знаки: флаги, гербы, ордена, денежные знаки[1] и т.п. (подп. 2 п. 6 ст. 1259 ГК РФ).

Отказ в охране авторским правом этих результатов столь же традиционен, как и отказ в охране коллективного народного творчества. Общей чертой является то, что официальные документы, символы и знаки, являются, как правило, полноценными творческими произведениями (так же как фольклор). Тексты и изображения, которые потом становятся официальными документами, символами и знаками, часто имеют авторов, но свой официальный статус они приобретают в ходе принятия их уполномоченными органами. Тогда допустимым будет предположение, что часто это результат коллективного авторства; поэтому на официальные документы, символы и знаки, так же как и на фольклор, не существует авторства.

Но все же основной мотив отказа от охраны авторским правом официальных документов, символов и знаков заключается в том, что установление авторско-правовой монополии препятствовало бы их предназначению к использованию на иных, чем авторское право, принципах.

В соответствии с ч. 4 ст. 2 Бернской конвенции (в редакции Парижского акта 1971 г.) законодательством стран Союза может определяться охрана, предоставляемая официальным текстам законодательного, административного и юридического характера и официальным переводам таких текстов. Это положение трактуется следующим образом: национальные законодательства могут полностью или частично исключать из сферы авторско-правовой охраны официальные тексты; отказ от охраны этих текстов рассматривается как *ограничение авторского права,* которое может вводиться национальными законодательствами[2]. Если бы в российском законодательстве не было оговорок относительно упомянутых в ч. 4 ст. 2 Бернской конвенции текстов, они презюмировались бы в качестве полноценных объектов авторского права.

Поскольку российский законодатель воспользовался правом, предоставленным в ч. 4 ст. 2 Бернской конвенции, таким образом, что полностью лишил официальные документы, символы и знаки авторско-правовой охраны, никакие авторские права на эти объекты не признаются: «...это относится как к имущественным авторским правам (необходимости получения согласия автора для использования,

[1] Понятно, что денежные знаки – это символ только суверенного государства, но не региона и не муниципалитета. Возможно, исходя из этого уточнения в Модельном кодексе интеллектуальной собственности для государств – участников СНГ «денежные знаки» выделены в отдельный вид неохраняемых объектов (п. «в» ч. 1 ст. 25).

[2] См.: *Липцик Д.* Указ. соч. С. 63.

выплаты вознаграждения при использовании), так и к неимущественным правам (обязательности указания автора в каждом случае, невозможности изменения без согласия автора и т.п.)»[1]. Авторские права на официальные документы, символы и знаки отсутствуют даже в том случае, когда законодатель сам указывает на авторство определенных лиц, как это, принято, например, в отношении государственного гимна[2].

В соответствии со ст. 1264 ГК РФ устанавливается право авторства на проекты официальных документов, символов и знаков. Дело здесь, конечно, не в тщеславии потенциальных разработчиков законопроектов, как это предполагали некоторые исследователи в пылу полемики. Право разработчика обнародовать проект под своим именем (п. 1 ст. 1264 ГК РФ) далеко не исчерпывает регулирование отношений, связанных с использованием авторских проектов. Существуют дискуссионные вопросы, связанные с процедурой перехода проектов официальных документов, символов и знаков как объектов авторского права в статус неохраняемых объектов. Э.П. Гаврилов считает, например, что объекты авторского права могут стать официальными документами, символами и знаками «только после получения от автора или иного правообладателя согласия на отказ от своих авторских прав... Указанное согласие представляет собой договор (или, возможно, одностороннюю сделку) о выкупе или безвозмездном отчуждении всех имущественных авторских прав с одновременным погашением всех личных неимущественных прав»[3].

Нормы ст. 1264 ГК РФ вносят определенную упорядоченность в этот вопрос. Прежде всего устанавливается право использования проекта органом публичной власти или международной организацией, если проект обнародован разработчиком для использования этими органом или организацией либо направлен разработчиком в соответствующий орган или организацию (п. 2 ст. 1264 ГК РФ). Видимо, принятие (утверждение) официальных документов, символов и знаков с использованием проектов без согласия разработчика будет правонарушением. Можно предположить, что подобное правонарушение не опорочит официальный статус документов, символов и знаков (не сделает незаконными акты по их утверждению) – следует констатировать нарушение личных

[1] *Дозорцев В.А.* Указ. соч. С. 193.

[2] См.: Приложения 1 и 2 к Федеральному конституционному закону от 25 декабря 2000 г. № 3-ФКЗ «О Государственном гимне Российской Федерации».

[3] См.: *Гаврилов Э.П., Еременко В.И.* Указ. соч. С. 188, 209 (п. 20 комментария к ст. 1259, п. 2 комментария к ст. 1264; автор – Э.П. Гаврилов).

неимущественных прав разработчика проекта с применением соответствующих мер защиты. Авторско-правовым способам защиты в этом случае места не будет: во-первых, закон устанавливает только право авторства на проект, но не исключительное авторское право; во-вторых, не установлено исключений по утрате официальными документами, символами и знаками авторско-правовой охраны для случаев, когда они приобрели официальный статус помимо воли разработчика проекта.

Следует отметить, что в Модельном кодексе интеллектуальной собственности для государств – участников СНГ признается полная авторско-правовая охрана в качестве произведений проектов государст-венных символов и знаков и денежных знаков до их официального утверждения (ч. 2 ст. 25). Это правило не распространяется на проекты «официальных документов, изданных органами государственной власти, политического, законодательного, административного характера». Означает ли это, что проекты «законов, указов, постановлений, судебных решений, государственных стандартов и т. д.» в Модельном кодексе квалифицируются как произведения с пониженным уровнем творчества?

§ 7. Знаки правовой охраны авторских прав

Вопрос о знаках правовой охраны теснейшим образом связан с вопросом о необходимости и значении регистрации произведения как объекта авторских прав (исполнения, фонограммы как объекта смежных прав).

В континентальном европейском праве уже давно получила широкое распространение позиция, согласно которой авторское право возникает в силу одного лишь факта создания произведения. На международном уровне эта идея была закреплена в ст. 5 Бернской конвенции (с 1908 г.): пользование авторскими правами и их осуществление «не связаны с выполнением каких бы то ни было формальностей; такое пользование и осуществление не зависят от существования охраны в стране происхождения произведения». Поэтому и российское законодательство традиционно устанавливает, что «для возникновения, осуществления и защиты авторских прав не требуется регистрация произведения или соблюдение каких-либо иных формальностей» (п. 4 ст. 1259 ГК РФ).

Но в США и многих других странах западного полушария исторически была закреплена в законодательстве позиция, в соответствии с которой возникновение авторского права обусловлено рядом формальностей (регистрация произведения, проставление правообразую-

щей записи). С точки зрения континентального юриста, это, конечно, являлось признаком отсталости, «пережитком эпохи привилегий в тех странах, где авторское право ошибочно приравнивается к праву промышленной собственности, в частности к патентному праву и праву на товарный знак»[1]. Но одного презрения было недостаточно – норма ст. 5 Бернской конвенции долгое время делала эту конвенцию неприемлемой для стран, придерживавшихся системы регистрации[2]. Успех Всемирной Женевской конвенции во многом был вызван и тем, что эта конвенция в ст. 3 заняла компромиссную позицию по вопросу охраны авторских прав: если по внутреннему законодательству требуется соблюдение формальностей, то все формальности следует считать выполненными, если экземпляры произведения будут носить знак охраны авторских прав. Элементы этого знака – гриф, т.е. латинская буква «С» в окружности (от англ. *copyright*), имя или наименование правообладателя, год первого выпуска произведения в свет. Таким образом, знак охраны авторских прав был нужен для произведений стран, в которых формальности не требовались, на случай, если они попадали в страны, где наличие формальностей, подчас тяжелых (депонирование экземпляров, регистрация, оговорка об оставлении за собой прав, нотариальные удостоверения, уплата сборов), было необходимо.

Когда СССР присоединился к Всемирной Женевской конвенции в 1973 г., были приняты специальные ведомственные акты о порядке применения знака охраны, которые излишне сурово трактовали положения Всемирной конвенции как обязанность обозначения знаком охраны авторского права всех охраняемых на территории СССР произведений («наличие знака охраны авторского права (символа авторского права) означает, что авторские права на произведение охраняются; по этому знаку определяется, кому принадлежат авторские права на данное произведение»)[3]. В действующем ГК РФ содержится более адекватная положениям Всемирной конвенции норма, согласно которой правообладатель вправе использовать знак охраны авторского права (все его элементы) для оповещения о принадлежащем ему исключительном праве на произведение (ст. 1271).

Значение знака охраны авторского права как средства признания произведения охраняемым на территории чужого государства посте-

[1] *Липцик Д.* Указ. соч. С. 60.

[2] См.: *Лунц Л.А.* Курс международного частного права. М.: Спарк, 2002. С. 670–671.

[3] См. последний действующий акт: п. 1 Инструкции о порядке проставления знака охраны авторского права на произведениях науки, литературы и искусства, издаваемых в СССР, утв. приказом Госкомиздата СССР от 3 июля 1989 г. № 212.

пенно уменьшается в связи с расширением сферы действия Бернской конвенции. Так, в США еще в 1976 г. законом было подтверждено требование обязательного проставления знака охраны, но в связи с присоединением к Бернской конвенции в соответствии с Законом 1988 г. соблюдение каких бы то ни было формальностей в целях охраны авторских прав перестало быть обязательным условием[1].

Все вышеизложенное относится и к знаку правовой охраны смежных прав изготовителя фонограммы и исполнителя – грифа, т.е. латинской буквы «Р» в окружности (сокращение от англ. *phonorecord* – «звукозапись»), имени или наименования обладателя исключительного права, года первого опубликования фонограммы (ст. 1305 ГК РФ). Данный знак был введен Римской конвенцией 1961 г.

Таким образом, знаки правовой охраны авторских прав в современном мире все больше теряют значение правоустанавливающего факта. На территории России эти знаки всегда имели только информативное значение. Следует признать, что сплошь и рядом отечественные издательства используют знак охраны неправильно как раз с точки зрения правдивости информации: в составе знака охраны помещается имя автора, умершего или уступившего свое исключительное право; проставляется год выпуска книги, а не год первого опубликования произведения и т.д.

Нельзя, однако, утверждать, что знак правовой охраны не имеет вообще никакого смысла даже на территории стран, традиционно признающих возникновение авторского права без соблюдения формальностей. В соответствии со ст. 1300 ГК РФ за информацией об авторском праве, в том числе той, которая идентифицирует произведение, автора или иного правообладателя, признается правовое значение; вводится запрет на удаление такой информации и запрет на некоторые способы использования произведения с удаленной информацией; за нарушение запретов установлена ответственность. В праве Евросоюза также уделяется большое внимание «способам информирования субъектов о наличии соответствующих прав», считается, что следует поощрять использование правообладателями специальной дополнительной маркировки произведений, распространяемых в интернете[2].

Помимо правоустанавливающей обязательной регистрации объектов авторского права, отношение к которой неоднозначное в разных

[1] См.: *Липцик Д.* Указ. соч. С. 47.

[2] См.: п. 13 и п. 55 Преамбулы Директивы № 2001/29/ЕС Европейского Парламента и Совета Европейского Союза от 22 мая 2001 г. о гармонизации некоторых аспектов авторских и смежных прав в информационном обществе.

правовых системах, всегда существовала процедура необязательной регистрации произведения с целью получить доказательства первенства автора. Когда-то в России подобная регистрация осуществлялась государственными органами путем регистрации в специальных реестрах по заявке автора и его наследников «времени издания произведения, либо первого публичного его исполнения, либо первого выставления произведения на публичной выставке» (ст. 9 Постановления об авторском праве 1928 г.). В настоящее время в России отсутствует законодательно урегулированная процедура необязательной регистрации произведения – этими вопросами занимаются негосударственные организации. Так, Российское авторское общество (РАО) оказывает платные услуги по выдаче свидетельств о регистрации и депонировании результата интеллектуальной деятельности. Такая регистрация подтверждает факт существования неопубликованного произведения на дату регистрации, но сама по себе не подтверждает авторства и других обстоятельств[1].

Вопросы по теме

1. Назовите критерии охраноспособности объектов авторского и смежных прав.
2. Какие произведения не охраняются авторским правом?
3. Раскройте понятие признака оригинальности произведения.
4. В какой форме должно быть выражено произведение, чтобы оно могло быть признано охраноспособным?
5. В каких случаях правовая охрана произведениям не предоставляется исходя из общественных интересов?

Рекомендуемая литература

Бентли Л., Шерман Б. Право интеллектуальной собственности. Авторское право / Пер. с англ. В.Л. Вольфсона. СПб., 2004.

Гаврилов Э.П. В патентном праве – новизна, в авторском – оригинальность // Патенты и лицензии. 2007. № 12 (СПС «Консультант Плюс»).

Липцик Д. Авторское право и смежные права / Пер. с фр. М. Федотова. М.: Ладомир, Изд-во ЮНЕСКО, 2002.

[1] См.: *Гаврилов Э.П., Еременко В.И.* Указ. соч. С. 185 (п. 14 комментария к ст. 1259; автор – Э.П. Гаврилов).

Кашанин А.В. Творческий характер как условие охраноспособности произведения в российском и иностранном авторском праве // Вестник гражданского права. 2007. № 2.

Калятин В.О., Павлова Е.А. Комментарий к Постановлению Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Научно-практический комментарий судебной практики в сфере защиты интеллектуальных прав / Под общ. ред. Л.А. Новоселовой. М.: Норма, 2014.

Мурзин Д.В. Комментарий к Обзору практики рассмотрения споров, связанных с применением Закона Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах» (приложение к информационному письму ВАС РФ от 28 сентября 1999 г. № 47) // Практика рассмотрения коммерческих споров: Анализ и комментарии постановлений Пленума и обзоров Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ. Вып. 17. М.: Статут, 2011.

Красавчиков О.А. Творчество и гражданское право (понятие, предмет и состав подотрасли) // Категории науки гражданского права. Избранные труды. В 2 т. Т. 2. М.: Статут, 2005. (Серия «Классика российской цивилистики».)

Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», утв. информационным письмом Президиума ВАС РФ от 28 сентября 1999 г. № 47 // СПС «КонсультантПлюс».

Обзор практики рассмотрения споров, связанных с защитой интеллектуальных прав, утв. Постановлением Президиума ВС РФ от 23 сентября 2015 г. // СПС «КонсультантПлюс».

Постановление Пленума ВС РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

Глава 6. Содержание авторских прав

§ 1. Общие положения об авторских правах. Исключительное право на объекты авторских прав: понятие, общая характеристика
§ 2. Способы использования произведения
§ 3. Личные неимущественные права автора. Общие положения
§ 4. Иные права автора

§ 1. Общие положения об авторских правах. Исключительное право на объекты авторских прав: понятие, общая характеристика

Под авторскими правами в субъективном смысле (субъективными авторскими правами) понимаются признаваемые в соответствии с законом интеллектуальные права на произведения науки, литературы и искусства.

На объекты авторских прав признаются интеллектуальные права, которые включают в себя исключительное право, личные неимущественные права и иные права (ст. 1226, п. 1 ст. 1255 ГК РФ).

С точки зрения классификации субъективных гражданских прав, авторские права относятся к категории ***абсолютных*** прав (наряду с вещными правами и личными неимущественными правами на нематериальные блага, указанные в ст. 150 ГК РФ).

Авторские права могут принадлежать не только авторам, но и иным правообладателям, в юридической литературе их классифицируют на ***первоначальные*** и ***производные***[1]. ***К*** *первоначальным*, по словам Г.Ф. Шершеневича, относятся такие, которые впервые возникают у лица в отношении объекта, к *производным* – те, которые переходят от одного лица к другому в отношении того же объекта на законных основаниях[2].

---

[1] См.: *Шершеневич Г.Ф.* Авторское право на литературные произведения. Казань, 1891. С. 209; *Серебровский В.И.* Вопросы советского авторского права. М., 1956. С. 88–92; *Гаврилов Э.П.* Советское авторское право. М., 1984. С. 114, 127–133.

[2] См.: *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 209.

В.И. Серебровский отмечал, что первоначальное авторское право «возникает в силу самого факта создания автором произведения»[1], а производное – у правопреемника «в результате перехода к нему правомочий, уже принадлежащих автору»[2].

В.А. Дозорцев писал, что подобное деление свойственно только имущественным правам. При этом ученый подчеркивал, что авторские права всегда «первоначально» принадлежат только автору[3]. Существование же такой классификации, с его точки зрения, может быть оправдано только ее практическим значением, поскольку она позволяет определить, связан правообладатель правами предшественника или нет[4].

Само понятие «производное» используется в законодательстве применительно к определению тех произведений, которые представляют собой переработку других (*производные произведения*, п. 2 ст. 1259 ГК РФ). Это может быть обработка, экранизация, аранжировка, инсценировка и др. (п. 1 ст. 1260 ГК РФ). В этом случае у лица, создавшего такое произведение, возникают новые субъективные авторские права на соответствующий объект.

Необходимо отметить, что с юридической точки зрения корректнее говорить о делении *оснований возникновения* исключительного права на первоначальные и производные[5]. В подтверждение этого можно сослаться на п. 3 ст. 1228 ГК РФ, в соответствии с которым исключительное право на результат интеллектуальной деятельности, созданный творческим трудом, *первоначально возникает* у его автора. Таким образом, создание произведения является ***первоначальным основанием*** возникновения авторского права. В то же время такое право может быть отчуждено автором другому лицу по договору, а также может перейти к другим лицам по иным основаниям, установленным законом (т. е. по ***производным основаниям***).

---

[1] *Серебровский В.И.* Указ. соч. С. 88.

[2] Там же.

[3] См.: *Дозорцев В.А.* Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: Сб. статей. М., 2005. С. 286.

[4] См. там же. В.А. Дозорцев также различал права первоначальные и первичные. Последние могут быть как первоначальными, так и производными. Например, при создании служебного произведения у работодателя производное право возникает первично, а право автора-работника является первоначальным. См. об этом: *Дозорцев В.А.* Указ. соч. С. 286–287.

[5] Такой подход отражен в работе В.О. Калятина. См.: *Калятин В.О.* Интеллектуальная собственность (исключительные права). М., 2000. С. 50.

Как указывалось выше, одним из видов интеллектуальных прав является исключительное право – имущественное по своей юридической природе (об истории развития исключительных прав см. гл. 1 настоящего тома)[1].

Отказ от дефиниции исключительного права в ГК РФ сознательно использован законодателем, поскольку в его отношении «необходимые нормативные положения содержатся в десятках статей ГК, а определения этого права, предлагаемые в литературе последних лет, далеки от совершенства»[2]. Современное исключительное право рассматривается в трех аспектах: «1) обладателю исключительного права предоставляется возможность использовать в соответствии с законом и под его защитой результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации из числа тех, которым закон предоставляет правовую охрану, определяя их с разной степенью детализации в качестве объектов исключительных прав; 2) первый обладатель исключительного права принадлежит к той категории лиц, за которыми закон только и признает возможность быть первым субъектом исключительного права соответствующего вида; 3) за изъятиями, установленными законом, никто не вправе без согласия обладателя исключительного права использовать являющийся объектом этого права результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации. Нарушение этого запрета влечет гражданско-правовую и иную ответственность»[3].

Исключительное право на охраняемый результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации предоставляет его субъекту *возможность использовать данный объект любым не противоречащим закону способом*. Так, правообладатель может как разрешать, так и запрещать другим лицам использовать результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации. По общему правилу третьи лица не могут использовать охраняемый результат без согласия правообладателя, за исключением случаев, предусмотренных ГК РФ (п. 1 ст. 1229 ГК РФ)[4].

---

[1] В.А. Дозорцев называл исключительное право «квазиабсолютным» или «ослабленным абсолютным» правом, поскольку его исключительность заключается в том, что оно закрепляется только за лицом или лицами, определенными законом и по основаниям, им установленным. Об интеллектуальных правах см. подробнее: *Дозорцев В.А.* Указ. соч. С. 120.

[2] *Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922–2006). М.: Статут, 2010. С. 130.

[3] Там же.

[4] Более подробно о развитии понятия и законодательства об исключительных правах в России см.: *Маковский А.Л.* Исключительные права и концепция части четвертой Гражданского кодекса // Гражданское право современной России / Сост. О.М. Козырь

Рассматриваемое право может принадлежать нескольким лицам ***совместно*** (п. 2–3 ст. 1229 ГК РФ).

В ГК РФ также содержатся нормы об ограничении исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и на средства индивидуализации (п. 5 ст. 1229 ГК РФ).

По общему правилу исключительные права являются ***срочными*** (за исключением случаев, предусмотренных ГК РФ), и продолжительность срока их действия, порядок его исчисления и продления, прекращения права до истечения срока устанавливаются ГК РФ применительно к отдельным результатам интеллектуальной деятельности или средствам индивидуализации (ст. 1230 ГК РФ).

Исключительное право на произведение действует в течение всей жизни автора и 70 лет, считая с 1 января года, следующего за годом смерти автора. В случае создания произведения в соавторстве, исключительное право на произведение действует в течение всей жизни автора, пережившего других соавторов, и 70 лет, считая с 1 января года, следующего за годом его смерти (п. 1 ст. 1281 ГК РФ). В Кодексе устанавливаются особенности срока действия исключительного права на произведения, обнародованные анонимно или под псевдонимом; обнародованные после смерти автора; для репрессированных и посмертно реабилитированных авторов, а также для авторов, которые работали во время Великой Отечественной войны или участвовали в ней (п. 2–5 ст. 1281 ГК РФ; подробнее о сроках действия исключительных прав см. в гл. 8 настоящего тома).

Исключительные права действуют ***на территории*** Российской Федерации в соответствии с ГК РФ и международными договорами России[1]. Иначе решается вопрос о национальном режиме в отношении личных неимущественных прав и иных интеллектуальных прав, не являющиеся имущественными. По общему правилу к отношениям с участием иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных

и А.Л. Маковский. М., 2008. 254 с.; *Калятин В.О.* Интеллектуальная собственность (исключительные права). М., 2000. С. 1–11, 14–30.

[1] Например, Соглашение о международной регистрации знаков (заключено в Мадриде 14 апреля 1891 г.) (ред. от 02.10.1979) (вместе с Инструкцией к мадридскому Соглашению... от 1 апреля 1992 г.) // Публикация ВОИС. № 260(R). 1992; Конвенция по охране промышленной собственности (заключена в Париже 20 марта 1883 г.) (ред. от 02.10.1979) // Закон. 1999. № 7; Конвенция, учреждающая Всемирную Организацию Интеллектуальной Собственности (подписана в Стокгольме 14 июля 1967 г., изменена 2 октября 1979 г.); Бернская Конвенция по охране литературных и художественных произведений от 9 сентября 1886 г. (ред. от 28 сентября 1979 г.) // Бюллетень международных договоров. 2003. № 9; и др.

юридических лиц применяются правила, установленные гражданским законодательством (т.е. к иностранным участникам применяется национальный режим) (абз. 4 п. 1 ст. 2, абз. 2 п. 1 ст. 1231 ГК РФ).

При признании исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации в соответствии с международным договором содержание права, его действие, ограничения, порядок его осуществления и защиты определяются по общему правилу ГК РФ независимо от положений законодательства страны возникновения исключительного права. Вместе с тем иной порядок охраны возможен, если он предусмотрен международным договором или ГК РФ (п. 2 ст. 1231 ГК РФ).

Объекты авторских прав обязательной государственной регистрации не подлежат (п. 4 ст. 1259 ГК РФ), поэтому исключительные авторские права возникают с момента создания произведения в объективной форме. Это правило применяется также в отношении программ для ЭВМ и баз данных, правообладатели которых могут осуществить добровольно факультативную государственную регистрацию этих объектов.

Исключительное право автора в соответствии с его общей характеристикой, содержащейся в ст. 1229 ГК РФ, является единым правом, состоящим из совокупности правомочий, содержание которых определяется *способами использования произведения*.

§ 2. Способы использования произведения

Для определения содержания принадлежащих автору (правообладателю) исключительных прав законодатель указывает на принадлежность указанным лицам исключительного права использовать произведение в любой форме и любым не противоречащим закону способом, и одновременно перечисляет определенные виды использования произведений в рамках исключительного права.

Перечень действий, признаваемых использованием произведения, сформулирован как незакрытый (п. 2 ст. 1270 ГК РФ). Приведенные в перечне действия признаются способами использования произведения независимо от того, совершаются ли такие действия в целях извлечения прибыли или без такой цели, необходимо получать разрешение у правообладателя. Законодатель указывает следующие виды способов, которые применимы ко всем либо к отдельным видам произведений[1].

[1] В англо-американской системе этот вопрос решается иначе. Например, Закон Великобритании об авторском праве не содержит общего понятия исключительного

Воспроизведение произведения – изготовление одного и более экземпляров произведения или его части в любой материальной форме.

Воспроизведением признается в том числе запись на электронном носителе, в том числе в форме звуко- или видеозаписи, изготовление в трех измерениях одного и более экземпляра двухмерного произведения и в двух измерениях одного и более экземпляра трехмерного произведения (например, изготовление детской игрушки на основе двухмерного изображения персонажа мультфильма или изображение скульптуры на двухмерном носителе (в виде фотографии или рисунка) соответственно)[1].

При этом запись произведения на электронном носителе, в том числе запись в память ЭВМ, также считается воспроизведением. Так, исходя из закона, случаи, когда создаются новые копии произведений или осуществляется передача самих произведений без отчуждения носителей (например, посредством электронной сети), следует квалифицировать как воспроизведение.

Не считается воспроизведением краткосрочная запись произведения, которая носит временный или случайный характер и составляет неотъемлемую и существенную часть технологического процесса, имеющего единственной целью правомерное использование произведения либо осуществляемую информационным посредником между третьими лицами передачу произведения в информационно-телекоммуникационной сети, при условии, что такая запись не имеет самостоятельного экономического значения (абз. 2 п. 1 ст. 1268 ГК РФ). В последнем случае речь идет о технической записи, которая имеет временный характер и обусловлена потребностями технологического процесса.

Согласно ст. 9 Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений (далее – Бернская конвенция)[2], авторы

права, устанавливая лишь перечень отдельных правомочий имущественного характера. Названный закон не содержит единого перечня таких действий, конкретные правомочия предусмотрены применительно к отдельным видам охраняемых объектов. Подробнее об этом см.: *Бентли Л., Шерман Б.* Право интеллектуальной собственности: Авторское право / Пер. с англ. В.Л. Вольфсона. СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. С. 220–253.

[1] В литературе отмечается, что двухмерная и трехмерная формы произведения носят самостоятельный характер. Однако смена одной формы другой не препятствует тому, что происходит изготовление того же произведения, а не создание нового. См. об этом: *Корнеев В.А.* Программы для ЭВМ, базы данных и топологии интегральных микросхем как объекты интеллектуальных прав. М.: Статут, 2010. С. 90.

[2] Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений (заключена в г. Берне 9 сентября 1886 г.) (с изм. от 28 сентября 1979 г.). Конвенция

литературных и художественных произведений, охраняемых этой конвенцией, пользуются исключительным правом разрешать воспроизведение этих произведений любым образом и в любой форме. Законодательством государств, участвующих в Бернской конвенции, может разрешаться воспроизведение таких произведений в определенных особых случаях при условии, что такое воспроизведение не наносит ущерба нормальному использованию произведения и не ущемляет необоснованным образом законные интересы автора. Любая звуковая или визуальная запись признается воспроизведением для целей Бернской конвенции.

Верховный Суд РФ указал, что в настоящее время можно сделать вывод о формировании современного унифицированного стандарта использования программ для ЭВМ как в форме *записи (сохранения) в память компьютера*, так и в форме *хранения в его памяти*, поскольку как сохранение, так и хранение влекут воспроизведение компьютерной программы.

Так, нарушением исключительных прав на программу для ЭВМ может быть признана не только ее запись в память компьютера, но и сам факт хранения ее там (при отсутствии доказательств правомерности этого). Таким образом, *хранение* программы для ЭВМ также считается способом ее использования.

Данный вывод был сделан судом на основе анализа нормы ст. 1 (4) Договора Всемирной организации интеллектуальной собственности по авторскому праву от 20 декабря 1996 г., согласно которой право на воспроизведение, как оно определено в ст. 9 Бернской конвенции, и допускаемые этой статьей исключения полностью применяются в цифровой среде и, в частности, в отношении использования произведений в цифровой форме. ВС РФ указал, что хранение охраняемого произведения в цифровой форме в электронном средстве является воспроизведением в смысле ст. 9 Бернской конвенции.

Аналогичное понимание хранения программы для ЭВМ в памяти компьютера как использования объекта авторских прав, влекущего ответственность, содержится в ст. 4 Директивы № 2009/24/ЕС Европейского Парламента и Совета от 23 апреля 2009 г., применяемой в Европейском Союзе, согласно которой, поскольку такие действия, как загрузка в память компьютера, отображение на экране, эксплуатация, передача хранение компьютерной программы в памяти устройства,

вступила в силу для России 13 марта 1995 г. // Бюллетень международных договоров. 2003. № 9. С. 3–34.

влекут за собой ***воспроизведение***, совершение таких действий возможно только с согласия правообладателя[1]. Аналогичный вывод содержится и в иных судебных решениях[2].

Распространение произведения возможно путем продажи или иного отчуждения (дарения, мены) оригинала или экземпляров, т.е. материальных носителей, в которых выражено произведение.

В судебной практике отмечается, что действия курьера исключительно по доставке книг от продавца к покупателю не являются использованием произведения[3].

Публичный показ возможен в отношении различных объектов: произведений изобразительного искусства, архитектуры, фотографий и т.п.

Показом является любая демонстрация оригинала или экземпляра произведения непосредственно или на экране с помощью технических средств (пленки, диапозитива, телевизионного кадра и т.п.), а также демонстрация отдельных кадров аудиовизуального произведения без соблюдения их последовательности. Публичный характер такой показ приобретает, если осуществляется в месте, открытом для свободного посещения, или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи. При этом не имеет значения, воспринимается ли произведение публикой в месте его демонстрации или в другом месте одновременно с такой демонстрацией (подп. 3 п. 2 ст. 1270 ГК РФ)[4].

Импорт оригинала или экземпляров произведения в целях распространения также рассматривается законом как самостоятельный способ использования, что требует получения у правообладателя специального разрешения на ввоз на территорию Российской Федерации произведений, изготовленных за рубежом (подп. 4 п. 2 ст. 1270 ГК РФ).

В судебной практике отмечается, что распространение оригинала или экземпляров опубликованного произведения, после их введения в гражданский оборот без согласия правообладателя и выплаты ему

---

[1] См.: Определение ВС РФ от 8 июня 2016 г. № 308-ЭС14-1400 по делу № А20-2391/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

[2] См.: Постановление Суда по интеллектуальным правам от 22 марта 2016 г. № С01-1206/2015 по делу № А65-7743/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

[3] См.: п. 6 Обзора судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав, утв. Президиумом ВС РФ 23 сентября 2015 г. // Бюллетень ВС РФ. 2015. № 11.

[4] См.: Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (поглавный) / Под ред. А.Л. Маковского (далее – Комментарий под ред. А.Л. Маковского). М.: Статут, 2008. С. 405 (автор комментария – Е.А. Павлова).

вознаграждения допускается в том случае, если такие результаты *правомерно были введены в гражданский оборот на территории Российской Федерации* (принцип исчерпания права, установленный в ст. 1272 ГК РФ). Таким образом, правило об исчерпании прав не охватывает случаи распространения в Российской Федерации оригиналов или экземпляров произведений, введенных в гражданский оборот *на территории иностранного государства*, но не вводившихся в гражданский оборот на территории Российской Федерации (например, будет являться нарушением исключительного права автора импорт экземпляров книг иностранного или российского автора без его согласия на территорию России с целью их распространения, но введенных в гражданский оборот на территории другого государства).

При этом отмечается, что ни подп. 4 п. 2 ст. 1270, ни ст. 1272 ГК РФ не препятствуют импорту оригинала или экземпляров произведения не для целей распространения (например, импорт для личного использования)[1].

Подпункт 5 п. 2 ст. 1270 ГК РФ предусматривает *прокат оригинала или экземпляра произведения* как самостоятельный способ его использования. В связи с этим приобретение любого материального носителя, в котором выражено произведение, не дает собственнику права сдавать его в прокат без согласия правообладателя и выплаты ему вознаграждения. Вместе с тем в п. 4 ст. 1270 ГК РФ устанавливается специальное правило, в соответствии с которым нормы о прокате не применяются в отношении программы для ЭВМ, за исключением случая «когда такая программа является основным объектом проката»[2]. Однако, на наш взгляд, корректнее называть объектом проката материальный носитель, на котором зафиксирована данная программа (п. 1 ст. 626 ГК РФ).

Публичным исполнением произведения является представление произведения в живом исполнении или с помощью технических средств (радио, телевидения и иных технических средств), а также показ аудиовизуального произведения (с сопровождением или без сопровождения звуком) в месте, открытом для свободного посещения (например, са-

[1] Пункт 33 Постановления Пленума ВС РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень ВС РФ. № 6. 2009.

[2] Указанное положение соответствует п. 2 ст. 7 Договора ВОИС по авторскому праву и ст. 11 Соглашения ТРИПС // Договор ВОИС по авторскому праву (вместе с Согласованными заявлениями в отношении Договора ВОИС по авторскому праву) (принят 20 декабря 1996 г. Дипломатической конференцией); Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС/TRIPS) // СПС «КонсультантПлюс».

лон красоты)[1], или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи (необходимо учитывать родственные отношения и личные связи, периоды общения, характер взаимоотношений и другие значимые обстоятельства)[2], независимо от того, воспринимается произведение в месте его представления или показа либо в другом месте одновременно с представлением или показом произведения (например, в случае прямой трансляции, организованной из места представления или показа произведения) (подп. 6 п. 2 ст. 1270 ГК РФ). Так, например, представление музыкального произведения с помощью технических средств (радиоприемника), размещенного в салоне красоты – месте, открытом для свободного посещения, является публичным исполнением произведения[3].

Сообщение в эфир представляет собой сообщение произведения для всеобщего сведения по радио или телевидению, за исключением сообщения по кабелю.

Под сообщением понимается любое действие, посредством которого произведение становится доступным для слухового и (или) зрительного восприятия независимо от его фактического восприятия публикой.

При сообщении произведений в эфир через спутник под сообщением в эфир понимается прием сигналов с наземной станции на спутник и передача сигналов со спутника, посредством которых произведение может быть доведено до всеобщего сведения независимо от его фактического приема публикой.

Сообщение кодированных сигналов признается сообщением в эфир, если средства декодирования предоставляются неограниченному кругу лиц организацией эфирного вещания или с ее согласия (подп. 7 п. 2

[1] См.: п. 4 Обзора судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав, утв. Президиумом ВС РФ от 23 сентября 2015 г. // Бюллетень ВС РФ. 2015. № 11.

[2] См. об этом: п. 32 Постановления Пленума ВС РФ от 19 июня 2006 г. № 15 «О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах» // Бюллетень ВС РФ. 2006. № 8. В судебной практике также отмечается, что место, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи, определяется судом с учетом конкретных обстоятельств рассматриваемого дела. См.: п. 32 Постановления Пленума ВС РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень ВС РФ. 2009. № 6.

[3] См.: п. 4 Постановления Пленума ВС РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень ВС РФ. 2009. № 6.

ст. 1270 ГК РФ). Например, при цифровом вещании пакет телевизионных каналов (мультиплексов) может быть как не закодированным, т.е. открытым (бесплатным), так и закодированным – закрытым (платным) с использованием системы условного доступа, т.е. с применением смарт-карт, ресивера и пр. (например, «НТВ-плюс», «Триколор ТВ» и др.). Таким образом, сообщением в эфир будут являться те случаи, если возможности декодирования закрытых (как правило, платных) телеканалов предоставляются неограниченному кругу лиц организацией эфирного вещания или с ее согласия.

Сообщение по кабелю – сообщение произведения для всеобщего сведения по радио или телевидению с помощью кабеля, провода, оптического волокна или аналогичных средств. Сообщение кодированных сигналов признается сообщением по кабелю, если средства декодирования предоставляются неограниченному кругу лиц организацией кабельного вещания или с ее согласия (подп. 8 п. 2 ст. 1270 ГК РФ). Субъектом, осуществляющим использование объектов авторских прав посредством сообщения в эфир, является организация, осуществляющая эфирное вещание. Организацией эфирного или кабельного вещания признается юридическое лицо, самостоятельно определяющее содержание радио- и телепередач (совокупности звуков и (или) изображений или их отображений) и осуществляющее их сообщение в эфир или по кабелю своими силами или с помощью третьих лиц (ст. 1329 ГК РФ).

Ретрансляцией признается прием и одновременное сообщение в эфир (в том числе через спутник) или по кабелю полной и неизменной радио- или телепередачи либо ее существенной части, сообщаемой в эфир или по кабелю организацией эфирного или кабельного вещания (подп. 8.1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ).

Перевод или другая переработка произведения. Под переработкой (подп. 9 п. 2 ст. 1270 ГК РФ) понимается создание производного произведения: обработки, экранизации, аранжировки, инсценировки и т.п. (подп. 9 п. 2 ст. 1270 ГК РФ). Под переводом понимается вид литературного творчества, в процессе которого произведение, существующее на одном языке, воссоздается на другом[1].

Частным случаем переработки произведения является переработка (модификация) программы для ЭВМ, под которой понимается *любое* ее изменение, в том числе перевод с одного языка на другой, за исключением адаптации, представляющей собой внесение изменений, осуществляемых исключительно в целях ее функционирования на кон-

[1] См.: Большая советская энциклопедия. М.: Сов. энциклопедия, 1969–1978.

кретных технических средствах пользователя или под управлением конкретных программ пользователя.

Такой подход законодателя означает, что применительно к программам для ЭВМ общее понятие переработки расширено: создания производного произведения в этом случае не требуется – любая модификация будет считаться переработкой (исключение составляет лишь адаптация). Это обусловлено особенностями правовой природы программ для ЭВМ, охраняемых авторским правом как произведения литературы в силу специального указания в законе (абз. 13 п. 1 ст. 1259 ГК РФ). В отличие от традиционных произведений литературы, применительно к которым произведение будет считаться производным лишь в той ситуации, когда результат переработки отвечает критериям охраноспособности, в отношении программ для ЭВМ степень творческого труда автора модификации подлежала бы оценке наряду с изменениями в функционировании программы. Это, в свою очередь, создало бы предпосылки для потенциальных нарушений исключительного права на программу для ЭВМ со ссылкой на то, что разработанные дополнения или изменения программы имеют лишь технический характер и не являются результатом творческого труда лица, которое разработало такое дополнение или изменение (например, изменение параметров компьютерного браузера, в результате которого у него добавляются новые функции; обновление приложений на смартфонах в результате которых устраняются ошибки в их функционировании). В целях недопущения данной ситуации применительно к программам для ЭВМ законодатель установил полный запрет на внесение в них не санкционированных правообладетелем изменений, сделав единственное исключение для случая, когда такие изменения необходимы для функционирования программы на конкретных технических средствах пользователя или под управлением его конкретных программ (адаптация)[1].

Практическая реализация архитектурного, дизайнерского, градостроительного или садово-паркового проекта. Данный случай использования произведения является практическим применением положений, составляющих содержание произведения, в том числе положений,

[1] Модификация программы для ЭВМ может проявляться также в отношении компьютерных игр, когда речь идет об их локализации. О модификации программы для ЭВМ в компьютерных играх см.: *Гринь Е.С.* Авторские права на мультимедийный продукт. М., Проспект, 2016. 128 с. В.А. Корнеев отмечает что главное отличие между модификацией и адаптацией проявляется в сути и цели внесенных в программу изменений. См.: Программы для ЭВМ, базы данных и топологии интегральных микросхем как объекты интеллектуальных прав. М.: Статут, 2010. С. 102–106.

представляющих собой техническое, экономическое, организационное или иное решение. Выделение данного способа использования произведения для рассматриваемой категории объектов сделано в том числе потому, что данные произведения включают инженерно-технические решения, от правильной реализации которых зависит использование произведения.

Под практической реализацией понимается разработка строительной документации, строительные и иные работы по созданию архитектурного, дизайнерского, градостроительного или садового-паркового объекта[1].

Данный случай является исключением, поскольку по общему правилу, установленному в п. 3 ст. 1270 ГК РФ, практическое применение положений, составляющих содержание произведения, в том числе положений, представляющих собой техническое, экономическое, организационное или иное решение, не является использованием произведения применительно к правилам гл. 70 ГК РФ.

Специально для случаев использования произведений в сети «Интернет» и иных компьютерных сетях было введен такой способ использования, как *доведение произведения до всеобщего сведения*. Отличие доведения до всеобщего сведения от передачи в эфир или сообщения по кабелю состоит в том, что лицо, разместившее произведение в компьютерной сети, само не осуществляет каких-либо действий, направленных на сообщение его публике. Напротив, в данном случае активную роль играют пользователи, осуществляющие поиск такого произведения в компьютерной сети для его использования. Этот способ определен как доведение произведения до всеобщего сведения таким образом, что любое лицо может получить доступ к произведению из любого места и в любое время по собственному выбору (подп. 11 п. 2 ст. 1270 ГК РФ)[2].

Помимо исключительных прав, интеллектуальные авторские права включают в себя *личные неимущественные права*.

§ 3. Личные неимущественные права автора. Общие положения

Первоначально, как отмечалось выше, авторское право рассматривалось в основном с точки зрения его имущественного аспекта.

[1] См. об этом: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части четвертой (постатейный) / Отв. ред. Л.А. Трахтенгерц. М.: Контракт, Инфра-М, 2009 // СПС «КонсультантПлюс».

[2] См.: Комментарий под ред. А.Л. Маковского. С. 405 (автор комментария – Е.А. Павлова).

Личные неимущественные права, относящиеся к защите личности автора, называемые за рубежом *moral rights*, возникли позднее.

Личные неимущественные права в отечественной доктрине авторского права начали признаваться лишь с конца XIX – начала XX в. под влиянием распространения идеи о том, что произведение – продолжение личности самого автора, занимая все более значимое место среди его субъективных прав.

М.Н. Малеина определяет личное неимущественное право как «субъективное право, возникающее по поводу нематериальных благ или результатов интеллектуальной деятельности, не подлежащее точной денежной оценке, тесно связанное с личностью управомоченного, направленное на выявление и развитие его индивидуальности и имеющее специфические основания возникновения и прекращения»[1]. Эти права по своей природе не преследуют прямую имущественную выгоду, ***не могут быть переданы*** по договору или перейти иным образом в порядке как сингулярного, так и универсального правопреемства[2]. Неимущественными интеллектуальными правами являются, например, право авторства, право автора на имя, право на неприкосновенность произведения, право на обнародование произведения (п. 2 ст. 1255, п. 2 ст. 1345 ГК РФ).

В зарубежной доктрине вопросы содержания авторских прав решаются неодинаково. Считается, что историческое первенство в закреплении института личных неимущественных прав автора принадлежит французскому правопорядку. В большинстве стран континентальной системы авторского права институт личных неимущественных прав автора именуется *droit moral* (фр. – личное неимущественное право), иногда во французской доктрине можно встретить термин *droits moraux*, означающий личные неимущественные права (мн. число)[3]. Так, Д. Липцик отмечает, что рассматриваемые права обладают двояким характером и включают в себя *правомочия*, которые являются самой их сутью: с одной стороны – личностного характера, которые образуют *личные неимущественные права*, позволяя сохранить личность автора в том виде,

[1] *Малеина М.Н.* Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. М., 2001. С. 18.

[2] Более подробно о личных неимущественных правах см.: *Малеин Н.С.* Охрана прав личности советским законодательством М., 1985. 166 с.; *Красавчикова Л.О.* Понятие и система личных, не связанных с имущественными правами, прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации: Дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 1994. 435 с.; *Малеина М.Н.* Указ. соч. М., 2001. С. 8–23, 200–236.

[3] См. об этом подробнее: *Кашанин А.В.* О проблеме распоряжения личными неимущественными правами автора // Вестник гражданского права. 2009. № 4. С. 47.

в каком она проявляется в произведении, а с другой стороны, правомочия имущественного характера, которые образуют *имущественное право*, позволяя автору осуществлять экономическую эксплуатацию, использование своего произведения или давать разрешение делать это третьим лицам, получая за это денежное вознаграждение.

Однако не все страны придерживаются такого подхода. Вследствие чего Д. Липцик указывает на две теории авторских прав: монистическую и дуалистическую. В странах *монистической модели* (например, Германия, Австрия) субъективное авторское право рассматривается в качестве унитарного (единого) права, которое включает правомочия как личного, так и имущественного характера. В странах *дуалистической модели* (например, Франция) четко разделяются имущественные и личные права автора, причем последние направлены на «охрану исключительно личного интереса»[1].

Вместе с тем в литературе отмечается, что указанные теории являются модификациями в рамках системы континентального авторского права и что от них следует отличать систему *copyright*[2].

Если в континентальной системе права выделение неимущественных прав или правомочий является достаточно традиционным, то в англо-американской правовой системе понятие «моральных прав» нашло свое отражение лишь с принятием Закона Великобритании об авторском праве 1988 г. Таким образом, институт личных неимущественных прав автора как таковой до последнего времени не был известен системе copyright, вместе с тем соответствующие интересы защищались на основании норм о диффамации, исками из нарушения тайны частной жизни (в США – *right of privacy*, в Великобритании – *breach of confidence*)[3]. «Моральные права» по общему правилу не подлежат отчуждению, однако в ст. 87 Закона об авторском праве Великобритании предусматривается возможность для автора отказаться от своего права путем составления соглашения в письменной форме[4].

В настоящее время российское гражданское законодательство устанавливает, что автору в отношении его произведения принадлежат

[1] См.: *Липцик Д.* Авторское право и смежные права. М.: Ладомир, Изд-во ЮНЕСКО, 2002. С. 82, 87, 131, 133.

[2] См. более подробно об истории становления института личных неимущественных прав авторов в странах континентальной системы права: *Кашанин А.В.* Указ. соч. С. 47–49, 62–91.

[3] Более подробно об истории развития института личных неимущественных прав авторов в странах общего права см.: *Кашанин А.В.* Указ. соч. С. 49–61; *Калятин В.О.* Указ. соч. С. 57–59.

[4] См. об этом подробнее: *Бентли Л., Шерман Б.* Указ. соч. С. 433–435.

следующие личные неимущественные права: право авторства, право автора на имя, право на неприкосновенность произведения, право на обнародование произведения и право на отзыв.

Право авторства, называемое в странах общего права «правом отцовства» (*the right to paternity*)[1], состоит в возможности признаваться автором произведения (ст. 1265 ГК РФ). Как отмечает А.П. Сергеев, право авторства является важнейшим правомочием автора, потому что от него производны все другие права как личного неимущественного, так и имущественного характера. Иными словами, все остальные права предоставляются автору лишь постольку, поскольку он имеет право авторства[2]. Рассматриваемое право возникает объективно в силу создания произведения, от авторов не требуется совершения каких-либо действий для того, чтобы его приобрести.

Право авторства означает право признаваться автором произведения, а *право автора на имя* – право использовать или разрешать использование произведения под своим именем, под вымышленным именем (псевдонимом) или без указания имени, т.е. анонимно. Данные права неотчуждаемы и непередаваемы, в том числе при передаче другому лицу или переходе к нему исключительного права на произведение и при предоставлении другому лицу права использования произведения. Отказ от этих прав ничтожен (п. 1 ст. 1265 ГК РФ). Указанные права могут принадлежать лишь фактическому создателю произведения (ст. 1265 ГК РФ). Они не переходят по наследству, а после смерти автора у наследников сохраняются лишь полномочия по охране соответствующего блага от нарушений со стороны третьих лиц (ст. 1267 ГК РФ).

Так, например, опубликование в рекламно-информационном издании фотографического произведения без согласия правообладателя и без указания на правообладателя и автора произведения является нарушением права автора на имя[3].

В случае, если произведение опубликовано анонимно или под псевдонимом (за исключением случая, когда псевдоним автора не оставляет сомнения в его личности) издатель (п. 1 ст. 1287 ГК РФ), имя или наименование которого указано на произведении, при отсутствии доказательств иного считается представителем автора и в этом качестве имеет право защищать права автора и обеспечивать их осуществление. Это положение

[1] *Бентли Л., Шерман Б.* Указ. соч. С. 407–418.

[2] См.: *Сергеев А.П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. М., 1999. С. 201.

[3] См.: Постановление Суда по интеллектуальным правам от 25 мая 2016 г. № С01-308/2016 по делу № А49-6556/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

действует до тех пор, пока автор такого произведения не раскроет свою личность и не заявит о своем авторстве (п. 2 ст. 1265 ГК РФ).

Данные положения соответствуют ст. 15 Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений[1].

Важным личным неимущественным правом является *право на неприкосновенность произведения* (ст. 1266 ГК РФ). Такое право позволяет обеспечить его целостность и неизменность[2]. Право на неприкосновенность произведения означает, что не допускается без согласия автора внесение в его произведение изменений, сокращений и дополнений, снабжение произведения при его использовании иллюстрациями, предисловием, послесловием, комментариями или какими бы то ни было пояснениями (п. 1 ст. 1266 ГК РФ).

Право на неприкосновенность произведения (абз. 1 п. 1 ст. 1266 ГК РФ) касается таких изменений произведения, которые не связаны с созданием нового произведения на основе имеющегося. Соответствующие изменения допускаются с согласия автора (или иного лица в случае, предусмотренном абз. 2 п. 1 ст. 1266 ГК РФ), которое должно быть определенно выражено. При отсутствии доказательств того, что согласие было определенно выражено, оно не считается полученным[3].

Наследники, обладающие исключительным правом на произведение, вправе разрешить внесение в произведение изменений, сокращений или дополнений при условии, что этим не искажается замысел автора и не нарушается целостность восприятия произведения и это не противоречит воле автора, определенно выраженной им в завещании, письмах, дневниках или иной письменной форме.

В случае извращения, искажения или иного изменения произведения, порочащих честь, достоинство или деловую репутацию автора, посягательства на такие действия, автору предоставляется право требовать защиты его чести, достоинства или деловой репутации

[1] Конвенция вступила в силу для России 13 марта 1995 г. // Бюллетень международных договоров. 2003. № 9. С. 3–34.

[2] См. более подробно о праве авторов на неприкосновенность произведения: *Малеина М.Н.* Указ. соч. С. 214–222.

[3] См.: п. 31 Постановления Пленума ВС РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень ВС РФ. 2009. № 6.

В литературе представлена точка зрения, согласно которой содержание права на неприкосновенность идентично содержанию права на переработку и «они лишь по-разному формулируют запрет переработки произведения без разрешения автора». См. об этом: *Судариков С.А.* Право интеллектуальной собственности: Учебник. М.: Проспект, 2010 // СПС «КонсультантПлюс».

в соответствии с правилами ст. 152 ГК РФ (п. 2 ст. 1266 ГК РФ). Это означает, что автор, как и любой другой гражданин, может воспользоваться указанным общим способом защиты неимущественных прав, установленном в части первой ГК РФ.

Автор может также дать согласие на внесение *в будущем* изменений, сокращений и дополнений в свое произведение, на снабжение его при использовании иллюстрациями и пояснениями, если это вызвано необходимостью (исправление ошибок, уточнение или дополнение фактических сведений и т.п.), при условии, что этим не искажается замысел автора и не нарушается целостность восприятия произведения.

Данное правило распространяется только на следующие два случая: 1) когда правообладатель сделал публично, т.е. путем сообщения неопределенному кругу лиц, заявление о предоставлении любым лицам возможности безвозмездно использовать принадлежащие ему произведение науки, литературы или искусства на определенных правообладателем условиях и в течение указанного им срока (п. 5 ст. 1233 ГК РФ); 2) предоставления права на использование произведения науки, литературы или искусства по открытой лицензии (п. 2 ст. 1286.1 ГК РФ).

Следующим личным неимущественным правом является *право на обнародование произведения* (ст. 1268 ГК РФ). Авторы сами осуществляют действия или дают согласие на осуществление действий, которые делают произведение доступным для всеобщего сведения путем его опубликования, публичного показа или другим способом.

В литературе отмечается, что право на обнародование обладает двойственной природой: помимо личного характера, данное право содержит имущественный элемент (который позволяет в случаях, прямо определенных законом, осуществить его не автору, а обладателю исключительного права на соответствующее произведение)[1].

Опубликованием (выпуском в свет) является выпуск в обращение экземпляров произведения, представляющих собой копию произведения в любой материальной форме, в количестве, достаточном для удовлетворения разумных потребностей публики исходя из характера произведения (подп. 2 п. 1 ст. 1268 ГК РФ).

Составной частью права на обнародование выступает право *на отзыв*. В соответствии с ним автор имеет право отказаться от ранее принятого решения об обнародовании произведения, возместив при этом

[1] См. об этом: *Корнеев В.А.* Указ. соч. С. 85; Комментарий под ред. А.Л. Маковского (автор – Е.А. Павлова) // СПС «КонсультантПлюс».

лицу, которому отчуждено исключительное право на произведение, причиненные таким решением убытки (п. 1 ст. 1269 ГК РФ).

В силу специального правила (п. 2 ст. 1269 ГК РФ) право на отзыв не применяется к произведениям, вошедшим в сложный объект, программам для ЭВМ и служебным произведениям. Как было отмечено ВС РФ, автор произведения, вошедшего в сложный объект, не обладает правом на его отзыв независимо от того, кому принадлежат интеллектуальные права на сам сложный объект. Правовой режим сложного объекта распространяется на единое целое завершенное произведение, в котором невозможность использования хотя бы одной составляющей его части приведет к утрате авторского замысла создателя сложного объекта и повлечет невозможность его дальнейшего применения[1]. Данная правовая позиция была сформулирована в отношении хореографических постановок и вокально-хореографических произведений, которые сами по себе сложными объектами не являются, но могут входить в состав сложного объекта.

Право авторства, право автора на имя и неприкосновенность произведения охраняются бессрочно (п. 1 ст. 1267 ГК РФ). Автор вправе в порядке, предусмотренном для назначения исполнителя завещания (ст. 1134 ГК РФ), указать лицо, на которое он возлагает охрану права авторства, права автора на имя и неприкосновенности произведения (абз. 2 п. 1 ст. 1266 ГК РФ) после своей смерти. Это лицо осуществляет свои полномочия пожизненно.

При отсутствии таких указаний или в случае отказа назначенного автором лица от исполнения соответствующих полномочий, а также после смерти этого лица охрана права авторства, права автора на имя и неприкосновенности произведения осуществляется наследниками автора, их правопреемниками и другими заинтересованными лицами (п. 2 ст. 1267 ГК РФ).

§ 4. Иные права автора

К числу ***иных интеллектуальных прав*** относятся право следования (ст. 1293 ГК РФ), право доступа (ст. 1292 ГК РФ) и другие права, например, право на вознаграждение в служебном произведении (подп. 4 п. 2 ст. 1295 ГК РФ).

[1] См.: п. 17 Обзора судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав, утв. Президиумом ВС РФ 23 сентября 2015 г. // Бюллетень ВС РФ. 2015. № 11.

В.А. Дозорцев называл исключительное право «квазиабсолютным» или «ослабленным абсолютным» правом, поскольку его исключительность заключается в том, что оно закрепляется только за лицом или лицами, определенными законом и по основаниям, им установленным[1].

А.Л. Маковский отмечает, что введение категории «иных прав» не означает появления «на свет субъективных гражданских прав, не являющихся ни имущественными, ни личными неимущественными», а причина их выделения заключается в отсутствии достаточно четкого для закона критерия деления прав на имущественные и личные неимущественные[2].

Право следования предоставляет автору изобразительного искусства возможность получения дополнительных доходов в виде процентных отчислений от цены перепродажи оригинала произведения изобразительного искусства, которые уплачиваются автору продавцом, в случае если посредником при перепродаже соответствующего оригинала выступает юридическое лицо или индивидуальный предприниматель (в частности, аукционный дом, галерея изобразительного искусства, художественный салон, магазин) (п. 1 ст. 1293 ГК РФ).

В Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений используется термин «право долевого участия» на произведения искусства и рукописи. В п. 1 ст. 14ter Бернской конвенции отмечается, что в отношении оригиналов произведений искусства и оригиналов рукописей писателей и композиторов автор, а после его смерти лица или учреждения, управомоченные национальным законодательством, пользуются *неотчуждаемым правом долевого участия* в каждой продаже произведения, следующей за первой его уступкой, совершенной автором произведения. Охрана, предусмотренная п. 1 данной статьи, может быть истребована в любой стране – участнице конвенции только в случае, если законодательство страны автора предусматривает такую охрану, и в объеме, допускаемом законодательством страны, в которой истребуется эта охрана. Порядок сбора и размеры сумм определяются национальным законодательством.

В Директиве Европейского Парламента и Совета Европейского Союза № 2001/84/ЕС от 27 сентября 2001 г. «О праве перепродажи в интересах автора оригинала произведения искусства» используется термин «право перепродажи» и отмечается, что государства (страны – члены Европейского Союза) должны обеспечить авторов оригинального произведения искусства правом *следования (перепродажи)*, которое

[1] Об интеллектуальных правах см. подробнее: *Дозорцев В.А.* Указ. соч. С. 120.

[2] См.: Комментарий под ред. А.Л. Маковского. С. 280.

являлось бы неотчуждаемым, не могло быть передано или отменено, гарантию получения автором гонорара, основанного на сумме, полученной от перепродажи произведения, следующей за первой передачей произведения автором[1].

Право следования является самостоятельным правом автора, отличным от исключительного права на произведение. Так, в отличие от исключительного права, право следования неотчуждаемо, хотя переходит к наследникам автора на срок действия исключительного права на произведение (п. 3 ст. 1293 ГК РФ)[2].

Правом следования пользуются также авторы литературных и музыкальных произведений в отношении перепродажи авторских рукописей (автографов) их произведений (п. 2 ст. 1293 ГК РФ)[3].

Размер процентных отчислений, условия и порядок их выплаты определяются в Постановлении Правительства РФ от 19 апреля 2008 г. № 285 «Об утверждении Правил выплаты автору вознаграждения при публичной перепродаже оригиналов произведений изобразительного искусства, авторских рукописей (автографов) литературных и музыкальных произведений»[4].

Право доступа подразумевает, что автор произведения изобразительного искусства вправе требовать от собственника оригинала произведения предоставления возможности осуществлять право на воспроизведение своего произведения (п. 1 ст. 1292 ГК РФ). При этом от собственника оригинала произведения нельзя требовать доставки произведения автору.

Условия такого доступа (выбор помещения и иных условий) определяются собственником оригинала произведения. Вместе с тем такие условия должны позволить автору осуществить воспроизведение.

Отдельно в законе оговаривается право доступа в отношении автора произведения архитектуры, который вправе требовать от собственника оригинала произведения предоставления возможности осуществлять фото- и видеосъемку произведения, если договором не предусмотрено иное (п. 2 ст. 1292 ГК РФ).

---

[1] См.: Директива Европейского Парламента и Совета Европейского Союза № 2001/84/ЕС от 27 сентября 2001 г. «О праве перепродажи в интересах автора оригинала произведения искусства»: http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=5937 (дата обращения: 14.07.2016).

[2] См.: п. 10.5 Постановления Пленума ВС РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Вестник ВАС РФ. 2009. № 6.

[3] Данное положение соответствует ст. 14ter Бернской конвенции // Бюллетень международных договоров. 2003. № 9.

[4] СЗ РФ. 2008. № 17. Ст. 1880.

Право на вознаграждение в служебном произведении (подп. 4 п. 2 ст. 1295 ГК РФ) также рассматривается как иное право.

Служебным произведением признается такое произведение науки, литературы или искусства, которое создается в пределах, установленных для работника (автора) трудовых обязанностей.

В таком случае авторские права принадлежат *автору* (п. 1 ст. 1295 ГК РФ). Однако исключительное право, по общему правилу, принадлежит работодателю, если трудовым или гражданско-правовым договором не предусмотрено иное. Так, если исключительное право на произведение принадлежит автору, работодатель вправе использовать это произведение на условиях *простой (неисключительной) лицензии* с выплатой правообладателю вознаграждения (п. 3 ст. 1295 ГК РФ).

За автором служебного произведения признаются личные неимущественные права, а также *право на вознаграждение* (это право неотчуждаемо и ***не переходит по наследству***, в отличие от права автора по договору и не полученных автором доходов, которые переходят к наследникам, – абз. 4 п. 2 ст. 1295 ГК РФ).

Вместе с тем *до введения данного положения* (абз. 4 п. 2 ст. 1295 ГК РФ был введен Федеральным законом от 12 марта 2014 г. № 35-ФЗ[1]) в судебной практике отмечалось, что право вознаграждение за служебные результаты интеллектуальной деятельности, причитающееся работнику – автору служебного произведения, переходили к его наследникам, поскольку договор между работодателем и работником, которым определяются размер, условия и порядок выплаты такого вознаграждения, по своему характеру является гражданско-правовым. Таким же образом следовало разрешать вопросы о наследовании названного права в случаях, когда судом установлено, что положения, которыми определяется выплата вознаграждения, включенные в содержание трудового договора, фактически устанавливают гражданско-правовые обязательства сторон[2].

Размер вознаграждения, условия и порядок его выплаты работодателем, по общему правилу, определяются договором между работодателем и работником (автором).

Как отмечается в судебной практике, условия по *вознаграждению* могут быть предусмотрены как в трудовом договоре, так и в иных до-

[1] См.: ст. 3 Федерального закона от 12 марта 2014 г. № 35-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2014. № 11. Ст. 1100.

[2] См.: подп. «в» п. 91 Постановления Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9 «О судебной практике по делам о наследовании» // Бюллетень ВС РФ. 2012. № 7.

полнительных соглашениях, заключаемых между работником и работодателем. Такое вознаграждение во всех случаях выплачивается работодателем, даже если использование произведения осуществляется третьим лицом по лицензионному договору или исключительное право на произведение перешло к новому правообладателю[1].

В литературе к иным правам относят также право лица, организовавшего создание сложного объекта, на указание *своего имени или наименования* либо требование такого указания (п. 4 ст. 1240 ГК РФ). В.А. Дозорцев писал, что новые комплексные объекты «синтетического характера» создаются посредством сочетания индивидуального творчества с организационным (координирующим) началом. По мнению автора, последнее проявляется, в частности, в деятельности руководителя коллектива, у которого в связи с этим возникает «особое неимущественное право» (право организатора на имя), которое ученый предлагал называть «продюсерским»[2].

А.Л. Маковский называет это право организатора «квазиправом» и считает, что его следует квалифицировать как «иное право» в соответствии со ст. 1226 ГК РФ[3].

Вопросы по теме

1. Назовите признаки исключительных прав.
2. Перечислите основные способы использования произведения.
3. В чем заключается особенность импорта оригинала или экземпляра произведения, введенного в оборот на территории иностранного государства?
4. Назовите и охарактеризуйте условия для публичного исполнения произведения.
5. В чем заключается отличие переработки произведения от модификации программы для ЭВМ?
6. Назовите особенность правовой природы права на обнародование произведения и его соотношение с правом на отзыв.
7. В чем особенность иных прав и отличие их от имущественных и неимущественных прав автора?

---

[1] См.: п. 39.2 Постановления Пленума ВС РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

[2] *Дозорцев В.А.* Указ. соч. С. 20, 153.

[3] См.: Комментарий под ред. А.Л. Маковского. С. 280.

Рекомендуемая литература

Гаврилов Э.П. Советское авторское право. М., 1984.

Гринь Е.С. Авторские права на мультимедийный продукт. М., Проспект, 2016. 128 с.

Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: Сб. статей. М., 2005.

Калятин В.О. Интеллектуальная собственность (исключительные права). М., 2000.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части четвертой (постатейный) / Отв. ред. Л.А. Трахтенгерц. М.: Контракт, Инфра-М, 2009 // СПС «КонсультантПлюс».

Корнеев В.А. Программы для ЭВМ, базы данных и топологии интегральных микросхем как объекты интеллектуальных прав. М.: Статут, 2010. 165 с.

Котенко Е.С. Мультимедийный продукт как объект авторских прав: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012.

Красавчикова Л.О. Понятие и система личных, не связанных с имущественными правами, прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации: Дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 1994. 435 с.

Маковский А.Л. Исключительные права и концепция части четвертой Гражданского кодекса // Гражданское право современной России / Сост. О.М. Козырь и А.Л. Маковский. М., 2008.

Малеина М.Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. М., 2001. С. 18.

Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 2001.

Право интеллектуальной собственности: Учебник для академического бакалавриата / Под ред. Л.А. Новоселовой. М.: Юрайт, 2016.

Рузакова О.А. Система договоров о создании идеальных объектов и использовании исключительных прав на них. М.: Легиста, 2006.

Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник. М.: Проспект, 1999.

Серебровский В.И. Вопросы советского авторского права. М., 1956.

Спасович В.Д. Права авторские и контрафакция. СПб., 1865.

Гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. II. Обязательственное право / Отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2010. С. 697–698.

Шершеневич Г.Ф. Авторское право на литературные произведения. Казань, 1891. С. 209.

Глава 7. Содержание прав, смежных с авторскими

§ 1. Общие положения
§ 2. Исключительные смежные права
§ 3. Личные неимущественные права

§ 1. Общие положения

Содержание смежных прав определяется особенностями деятельности их субъектов, в результате которой возникает охраняемый объект. В отличие от творческого характера труда авторов, в большинстве случаев деятельность обладателей смежных прав не носит творческого характера, а скорее является технической, организационной, в связи с чем первоначальными субъектами смежных прав выступают не только физические, но и юридические лица (а иногда и только юридические лица – организации кабельного и эфирного вещания). Исключение составляют исполнители, труд которых обладает не меньшей степенью творчества, чем авторский.

Фонограммы, сообщения передач организаций эфирного или кабельного вещания, базы данных как объекты смежных прав, произведения науки, литературы и искусства, обнародованные после их перехода в общественное достояние, в части охраны прав публикаторов таких произведений не представляют собой результата интеллектуальной деятельности и не являются при этом средствами индивидуализации. В науке обращалось внимание на то, что термин ст. 1225 ГК РФ «результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг, предприятий» не охватывает в полной мере все те объекты, которые перечислены в п. 1 ст. 1225 ГК РФ, в связи с чем предлагалось использовать термин «охраняемые результаты интеллектуальной и приравненной к ней деятельности, а также приравненные к ним средства индивидуализации», охватывая тем самым все перечисленные в п. 1 ст. 1225 ГК РФ объекты, которые создаются в результате интеллектуальной и приравненной

к ней деятельности, которая не направлена на создание материальных объектов[1].

Учитывая производный и зависимый характер большинства смежных прав от авторских (даже термины «*related*», «*neighboring*» – взаимосвязанные, соседствующие права – указывают на связь с авторскими), их осуществление ставится зачастую *в зависимость от соблюдения авторских прав* (п. 3 ст. 1303 ГК РФ). Так, для осуществления исключительного права на исполнение охраняемого произведения необходимо получение согласия обладателя исключительного права на произведение, однако, как правило, такое согласие приобретает не исполнитель, а организатор публичного исполнения, например, организатор концерта. Для сообщения передач в эфир или по кабелю исполненных охраняемых авторским правом произведений необходимо не только согласие автора, но и исполнителя, а если они записаны в виде фонограммы – то согласие изготовителя таковой (п. 5 ст. 1330 ГК РФ).

К смежным правам относится исключительное право, а в случаях, предусмотренных ГК РФ, – также личные неимущественные права (п. 2 ст. 1303 ГК РФ). *Исключительное смежное право*, как и исключительное право на произведение, является имущественным, оборотоспособным. Личные неимущественные права не обладают признаком оборотоспособности. Иные лица, нежели их правообладатели, могут защищать такие права после смерти последних. В отличие от объектов авторского права, п. 2 ст. 1303 ГК РФ не называет в числе смежных иные интеллектуальные права, которые предусмотрены в ст. 1226 ГК РФ. Тем не менее некоторые виды смежных прав могли бы быть отнесены к категории иных интеллектуальных прав, в частности, право на обнародование фонограммы, базы данных (подп. 4 п. 1 ст. 1323, п. 2 ст. 1333 ГК РФ)[2], учитывая, что характерной чертой личных неимущественных прав в литературе всегда признавалось то, что они могут принадлежать только физическому лицу (гражданину). Вместе с тем в отечественном законодательстве обычно предусматривались исключения из этого общего правила[3]. Право на отзыв, в отличие от произведений, не распространяется на объекты смежных прав.

[1] См.: *Рузакова О.А.* Система договоров о создании результатов интеллектуальной деятельности и распоряжении исключительными правами: Дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2007. С. 55.

[2] Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части четвертой / Н.Г. Валеева, К.В. Всеволожский, Б.М. Гонгало и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2011 (комментарий к ст. 1255 ГК РФ).

[3] См.: *Новоселова Л.А., Рожкова М.А.* Интеллектуальная собственность: некоторые аспекты правового регулирования: Монография. М.: Норма, Инфра-М, 2014.

Относительно правовой природы *права на указание на экземплярах материального носителя объекта смежных прав наименования правообладателя*, а также *права на защиту объекта от искажения при его использовании* необходимо учитывать, что данные правомочия могут принадлежать юридическому лицу и отличаются от личных неимущественных прав физического лица на имя, защиту неприкосновенности объекта.

В их числе:

– право производителя фонограммы на указание на экземплярах фонограммы и (или) их упаковке своего имени или наименования (п. 1 ст. 1323);

– право изготовителя базы данных на указание на экземплярах базы данных и (или) их упаковках своего имени или наименования (п. 2 ст. 1333);

– право публикатора на указание своего имени на экземплярах обнародованного им произведения и в иных случаях его использования, в том числе при переводе или другой переработке произведения (подп. 2 п. 1 ст. 1338).

Применительно к базам данных как объектам смежных прав В.О. Калятин отмечает, что «это право не должно смешиваться с правом авторства и правом на имя, принадлежащими автору базы данных как объекта авторского права. Если база данных может охраняться как объект авторского права, то указывать свое имя (наименование) в отношении ее сможет как ее изготовитель, так и автор. Такое указание не должно вводить в заблуждение пользователей базы данных, и для этого нужно всегда указывать, в каком качестве выступает данное лицо – автора базы данных или ее изготовителя»[1].

Такого рода права следует отнести к неимущественным, но не связанным с личностью, в связи с чем возникает проблема определения их в качестве личных неимущественных прав, о которых говорится в ст. 1226 ГК РФ. Учитывая отсутствие личного элемента, было бы точнее их использовать в рамках категории иные интеллектуальные права.

Зачастую в качестве иных интеллектуальных смежных прав в науке выделяют самостоятельное *право на вознаграждение*[2] *(что характерно и для некоторых случаев использовании объектов авторского права), ссылаясь в том числе на международные договоры. Так, ст. 12 Римской*

[1] Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (поглавный) / Г.Е. Авилов, К.В. Всеволожский, В.О. Калятин и др.; под ред. А.Л. Маковского. М.: Статут, 2008.

[2] См., например: *Пирогова В.* Интеллектуальные права: возможны интеллектуальные ошибки // эж-Юрист. 2009. № 39. С. 13–14.

конвенции предусматривает возможность выплаты единовременного справедливого вознаграждения исполнителям или изготовителям фонограмм либо тем и другим лицам, если опубликованные в коммерческих целях фонограммы используются непосредственно для передачи в эфир или какого-либо публичного сообщения. В соответствии с правилами ст. 15 Договора ВОИС ДИФ исполнители и производители фонограмм обладают правом на единовременное справедливое вознаграждение за прямое или косвенное использование фонограмм, опубликованных в коммерческих целях, для эфирного вещания или любого сообщения для всеобщего сведения.

Право на вознаграждение исполнителей, изготовителей фонограмм за воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений, осуществляемое в личных целях (ст. 1245 ГК РФ), носит компенсационный характер. Пункт 10.1 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» разрешил данный спор, указав, что по смыслу положений п. 5 ст. 1229 ГК РФ право на вознаграждение входит в состав исключительного права.

Разные подходы к правовой природе права на вознаграждения, в свою очередь, порождают дискуссии о последствиях нарушения данного права. В науке сложились две основные позиции. Согласно первой – неуплата вознаграждения до публичного исполнения, сообщения в эфир или по кабелю (при отсутствии договора, заключенного с организацией по управлению правами на коллективной основе) уже представляет собой нарушение исключительного права, позволяющее предъявить требование о взыскании убытков или о выплате компенсации. Согласно другой точке зрения, само по себе публичное исполнение, сообщение в эфир или по кабелю без разрешения правообладателя не является нарушением исключительного права. Нарушение имеет место, лишь если такое исполнение или сообщение не сопровождается выплатой вознаграждения[1].

Безусловно, каждая из позиций обоснована как теоретическими, так и практическими моментами. Все же представляется, что сам факт исполнения еще не свидетельствует о законченном составе нарушения, следствием чего является применение мер ответственности. Уклонение пользователя от выплаты вознаграждения является вторым квали-

[1] Протокол № 7 заседания рабочей группы Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам от 28 ноября 2014 г. // СПС «КонсультантПлюс».

фицирующим признаком данного юридического состава, отсутствие которого свидетельствует об отсутствии оснований для применения мер ответственности.

Исключительное смежное право, как и авторское право, включает в себя перечень правомочий, которые вправе осуществлять правообладатель и запрещать всем другим лицам их осуществление. Многие из определенных законодательством правомочий характерны для всех объектов смежных прав и сходны с правомочиями автора произведения, в частности, право на распространение, право на доведение до всеобщего сведения и др. (исключение составляют правомочия в отношении базы данных как объекта смежных прав).

Исключительное право на объекты смежных прав может принадлежать нескольким лицам совместно (*сообладание исключительным смежным правом*).

Статья 8 Международной конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций упоминает о режиме совместного исполнения, в котором принимали участие несколько исполнителей.

Закон предусматривает особенности смежных прав на совместное исполнение, не конкретизируя особенности совместного обладания другими объектами смежных прав, что не свидетельствует о недопустимости применения такого режима в отношении других объектов. В отличие от сообладания другими смежными правами совместное право на исполнение возникает между лицами, вклад которых в совместное обладание носит творческий характер.

Смежные права на совместное исполнение принадлежат совместно принимавшим участие в его создании членам коллектива исполнителей независимо от того, образует такое исполнение неразрывное целое или состоит из элементов, каждый из которых имеет самостоятельное значение (ст. 1314 ГК РФ). Отношения из совместного исполнения имеют много общих черт с соавторством, в частности:

1) исполнение, как и произведение, представляет собой результат творческой деятельности;

2) возникновение отношений соисполнительства независимо от того, образует ли объект неразрывное целое или состоит из элементов, имеющих самостоятельное значение;

3) недопустимость запрета на использование без достаточных на то оснований, если объект образует неразрывное целое;

4) возможность использования части (элемента) объекта;

5) порядок распределения доходов;

6) возможность самостоятельно принимать меры по защите нарушенных прав даже в тех случаях, когда объект представляет собой неразрывное целое.

Использование произведения, созданного в соавторстве, по общему правилу осуществляется авторами совместно; применительно к исполнению смежные права зачастую осуществляет *руководитель коллектива исполнителей* (например, дирижер, руководитель труппы), который может рассматриваться в качестве его законного представителя (представительство, базирующееся на указании закона, – п. 2 ст. 1314 ГК РФ). Руководитель коллектива является законным представителем соисполнителей в их отношениях по использованию совместного исполнения, распоряжению правами на это исполнение, в том числе при заключении договоров об отчуждении исключительного права на исполнение, лицензионных договоров от имени всех исполнителей независимо от их волеизъявления; отсутствие договора между руководителем коллектива и его участниками не влияет на наличие указанных прав.

При отсутствии руководителя члены коллектива исполнителей осуществляют права на созданное ими исполнение совместно. Соглашением между соисполнителями может быть предусмотрено иное, т.е. «таким соглашением может быть изменена презумпция в отношении совместного осуществления прав при отсутствии руководителя коллектива исполнителей, но не положение об осуществлении прав руководителем коллектива исполнителей, которое следует признать императивным»[1].

Необходимо отметить, что коллектив не представляет собой субъект гражданских правоотношений. Субъектами являются физические лица, чьим творческим трудом исполняется произведение. Как отмечает С.П. Гришаев, на практике иногда используются такие понятия, как «антрепренер», «импресарио», «коммерческий директор» и др., функции этих лиц могут совпадать с функциями руководителя коллектива (если последний не занимается творческими вопросами, а выполняет только организационные функции). Взаимоотношения указанных лиц с исполнителями должны регулироваться нормами агентского договора[2].

Определение отношений между соисполнителями имеет важное значение как для использования исполнения, распоряжения исключительным правом на него, так и защиты, например, распределения

[1] Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (поглавный) / Под ред. А.Л. Маковского. М.: Статут, 2008 // СПС «КонсультантПлюс».

[2] *Гришаев С.П.* Смежные права // СПС «КонсультантПлюс»

компенсации за нарушение исключительного права. В судебной практике актуальными представляются споры об определении размера компенсации при нарушении одновременно авторских и смежных прав с участием сообладателей[1]. Независимо от отношений сообладания исключительным правом *«совместное исполнение* не влечет за собой возникновения самостоятельных субъективных прав на него в целом у каждого исполнителя по отдельности, и в случае его неправомерного использования может быть нарушено одно субъективное право всего коллектива исполнителей, а не каждого из них по отдельности. Действующим законодательством предусматривается наличие единого исключительного права на объект смежных прав[2], а множественность на стороне исполнителей, изготовителей фонограмм, баз данных как объектов смежных прав и др. не означает множественности исключительных прав на исполнения и другие объекты смежных прав.

§ 2. Исключительные смежные права

Рассматривая особенности исключительного права исполнителей необходимо учитывать, что категорией исполнитель закон (§ 2 гл. 71 ГК РФ) объединил лиц, обладающих разным правовым статусом. Римская конвенция ***исполнителями называет актеров, певцов, музыкантов, танцоров или других лиц, которые играют роль, поют, читают, декламируют, исполняют или каким-либо иным образом участвуют в исполнении литературных или художественных произведений***. Подпункт «а» ст. 2 Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам называет исполнителями актеров, певцов, музыкантов, танцоров и других лиц, которые играют роль, поют, читают, декламируют, играют на музыкальном инструменте, интерпретируют или иным образом исполняют литературные или художественные произведения либо выражения фольклора, а ГК РФ наряду с артистами-исполнителями дополняет этот перечень ***режиссерами-постановщиками спектакля и дирижерами***.

Содержание исключительного права исполнителей определено в ст. 1317 ГК РФ и включает в себя такие правомочия, которые распространяются на живое исполнение, например, сообщение в эфир

[1] Постановления Суда по интеллектуальным правам от 7 февраля 2014 г. № С01-9/2014 по делу № А79-13/2013, от 28 января 2014 г. № С01-476/2013 по делу № А40-91297/2012.

[2] *Новоселова Л.А., Петрова Ю.В.* Правоприменительные аспекты определения размера компенсации как способа защиты в праве интеллектуальной собственности // Закон. 2014. № 5. С. 39—45.

и по кабелю, запись исполнения (причем независимо от качества записи и аппаратуры, с помощью которой производится запись). Не исключена возможность создания нескольких записей одного исполнения и на те исполнения, которые уже записаны, например, право воспроизводить запись исполнения (исполнитель или его правопреемник обладают правом решить, будет ли запись исполнения тиражироваться, и если да, то кем и в каком количестве), право на прокат записи исполнения, право на публичное исполнение записи исполнения. Перечень из девяти правомочий изложен не исчерпывающим образом[1].

Правомочия ***сообщения «живого» исполнения в эфир или по кабелю*** (подп. 1, 2 п. 2 ст. 1317 ГК РФ) были предусмотрены еще в Законе об авторском праве и корреспондируют ст. 6 ДИФ об имущественных правах исполнителей на незаписанные исполнения, а именно закрепленному в статье исключительному праву исполнителя разрешать эфирное вещание и сообщение для всеобщего сведения своих незаписанных исполнений, за исключением случаев, когда исполнение уже передавалось в эфир. Пункт 1 ст. 14 ТРИПС закрепляет за исполнителями возможность не допускать следующих действий, предпринимаемых без их разрешения: эфирного вещания и сообщения для всеобщего сведения их живого исполнения.

Сообщение в эфир представляет собой сообщение исполнения для всеобщего сведения посредством его передачи по радио или телевидению (в том числе путем ретрансляции), за исключением сообщения по кабелю. В том случае, если сообщение в эфир или по кабелю не предназначено для всеобщего сведения, доступ к прослушиванию, просмотру будет иметь определенный, узкий круг лиц, такое использование не будет подпадать под действие подп. 1, 2 п. 2 ст. 1317 ГК РФ. Ключевым понятием в рамках данного правомочия является ***«сообщение»***, осуществляемое разными способами. Результатом любого способа сообщения является доступность исполнения для слухового и (или) зрительного восприятия независимо от его фактического восприятия публикой. *При сообщении исполнения в эфир через спутник под сообщением в эфир* понимаются прием сигналов с наземной станции на спутник и передача сигналов со спутника, посредством которых исполнение может быть доведено до всеобщего сведения независимо от его фактического приема публикой. *Сообщение кодированных сигналов признается сообщением в эфир,* если средства декодирования предоставляются

[1] См. подробнее о каждом из правомочий: *Иванов И.В.* Авторские и смежные права в музыке: Учеб.-практич. пособие / Под ред. А.П. Сергеева. М.: Проспект, 2009.

неограниченному кругу лиц организацией эфирного вещания или с ее согласия. ***Сообщение по кабелю*** технически отличается от предыдущего способа использования тем, что сообщение осуществляется с помощью кабеля, провода, оптического волокна или аналогичных средств. ***Под ретрансляцией,*** на которую также распространяется исключительное право исполнителя при сообщении исполнения в эфир или по кабелю, понимается ***прием и одновременное сообщение в эфир (в том числе через спутник) или по кабелю полной и неизменной радио- или телепередачи либо ее существенной части, сообщаемой в эфир или по кабелю организацией эфирного или кабельного вещания.***

Сравнительно новым является ***правомочие исполнителя по доведению исполнения до всеобщего сведения***, как введенное в российское законодательство Федеральным законом от 20 июля 2004 г. № 72-ФЗ «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах»» с 1 сентября 2006 г. Данное право предусмотрено в Договоре ВОИС по исполнениям и фонограммам и связано с использованием исполнения в сети «Интернет».

Запись исполнения является одним из наиболее распространенных правомочий исполнителя, составляет основу для реализации других правомочий (воспроизведение, распространение записи исполнения) и состоит ***в фиксации звуков и (или) изображения или их отображений с помощью технических средств в какой-либо материальной форме, позволяющей осуществлять их неоднократное восприятие, воспроизведение или сообщение***.

Записи на материальный носитель весьма разнообразны. Это может быть запись на диктофон, камеру, электронный носитель, в том числе память ЭВМ, и др. Право на запись исполнения осуществляется один раз, последующая перезапись представляется собой воспроизведение записи. Это не ограничивает исполнителя предоставить право на запись одного и того же исполнения разным лицам на разные устройства. Первая звуковая запись исполнения порождает возникновение исключительного права на фонограмму (ст. 1322 ГК РФ).

Сообщение в эфир, по кабелю, доведение до всеобщего сведения записи исполнения без согласия исполнителя (подп. 7 п. 2 ст. 1317 ГК РФ), а также воспроизведение, распространение, публичное исполнение записи являются нарушением исключительного права Исключительное право на исполнение не распространяется на воспроизведение, сообщение в эфир или по кабелю и публичное исполнение записи исполнения в случаях, когда такая запись была произведена с согласия исполнителя, а ее воспроизведение, сообщение в эфир

или по кабелю либо публичное исполнение осуществляется в тех же целях, для которых было получено согласие исполнителя при записи исполнения (п. 3 ст. 1317 ГК РФ).

Нередко исполнения записываются *для целей создания аудиовизуального произведения* как объекта авторского права, в связи с чем законодатель отдельно оговаривает особенности реализации прав исполнителей. При заключении с исполнителем договора о создании аудиовизуального произведения согласие исполнителя на использование исполнения в составе аудиовизуального произведения предполагается. Согласие исполнителя на отдельное использование звука или изображения, зафиксированных в аудиовизуальном произведении, должно быть прямо выражено в договоре (п. 4 ст. 1317 ГК РФ). Пленум Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ[1] обратил внимание на то, что эта норма относится не к правилам, установленным законом для договора (ст. 422 ГК РФ), а к порядку законного использования звука или изображения. Следовательно, отдельное использование звука или изображения при отсутствии прямого указания на предоставление такого права в договоре является нарушением исключительного права использования исполнения и в том случае, если соответствующий договор был заключен до момента, когда это требование было установлено законодателем сначала в Законе об авторском праве и смежных правах, а потом и в ГК РФ. Как отмечают правоприменители, следует учитывать, что до вступления в силу Закона об авторском праве «в соответствии со ст. 486 ГК РСФСР авторское право на кинофильм или телевизионный фильм принадлежало предприятию, осуществившему его съемку (киностудии), а права исполнителей вообще не охранялись. Представляется, что толкования высших судов для решения этого вопроса недостаточно: он может быть урегулирован только путем внесения изменений в закон»[2].

Воспроизведение записи исполнения представляет собой изготовление одного и более экземпляра записи исполнения или ее части в любой материальной форме.

Подпункт «c» п. 1 ст. 7 Римской конвенции не допускает воспроизведение без согласия исполнителя записи его исполнения:

i) если сама первоначальная запись была осуществлена без их согласия;

[1] Пункт 45 Постановления Пленума ВС РФ № 5 и Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г.

[2] Научно-практический комментарий судебной практики в сфере защиты интеллектуальных прав / В.О. Калятин, Д.В. Мурзин, Л.А. Новоселова и др.; под общ. ред. Л.А. Новоселовой. М.: Норма, 2014.

ii) если воспроизведение осуществляется в иных целях, чем те, на которые исполнители дали свое согласие;

iii) если первоначальная запись осуществлена в соответствии с положениями ст. 15 (например, в личных целях), а воспроизведение осуществляется в иных целях, чем те, которые указаны в этих положениях.

Согласно ст. 7 ДИФ исполнители пользуются исключительным правом разрешать прямое или косвенное воспроизведение своих исполнений, записанных на фонограммы, любым образом и в любой форме.

При этом запись исполнения на электронном носителе, в том числе запись в память ЭВМ, также считается воспроизведением.

Не считается воспроизведением запись в память ЭВМ если она носит краткосрочный, временный либо (в новой редакции) случайный характер[1]. Целью технологического процесса, часть которого такая запись составляет, может быть передача исполнения в информационно-телекоммуникационной сети, осуществляемая информационным посредником между третьими лицами, при условии, что такая запись не имеет самостоятельного экономического значения.

Воспроизведение записи исполнения корреспондирует праву изготовителя фонограммы на изготовление одного или более экземпляра фонограммы (подп. 5 п. 2 ст. 1324 ГК РФ).

Распространение записи исполнения как правомочие в рамках исключительного права исполнителя осуществляется путем продажи либо иного отчуждения ее оригинала или экземпляров, представляющих собой копии такой записи на любом материальном носителе

Право на распространение записи исполнения отражено в ДИФ как исключительное право исполнителей разрешать доведение до всеобщего сведения оригинала и экземпляров своих исполнений, записанных на фонограммы, посредством продажи или иной передачи права собственности. С учетом принципа исчерпания права не допускается ограничение права на свободу Договаривающихся Сторон определять или не определять условия, на которых исчерпание права на распространение применяется после первой продажи или иной передачи права собственности на оригинал или экземпляр записанного исполнения с разрешения исполнителя.

Публичное исполнение записи исполнения отличается от сообщения в эфир, по кабелю, а также доведения до всеобщего сведения тем, что

[1] Федерального закон от 12 марта 2014 г. № 35-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации».

публичное исполнение представляет собой сообщение записи с помощью 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 запись в месте ее сообщения или в другом месте одновременно с ее сообщением. Перечень таких мест весьма многообразен и включает в себя дискотеки, рестораны, кафе, парки, клубы, вокзалы и т.д.

Прокат оригинала или экземпляров записи исполнения как право передачи оригинала или экземпляра записи исполнения во временное владение и пользование за плату (подп. 9 п. 2 ст. 1317 ГК РФ) конкретизировано в ст. 9 ДИФ, согласно которой исполнители пользуются исключительным правом разрешать коммерческий прокат для публики оригинала и экземпляров своих исполнений, записанных на фонограммы, как это определено в национальном законодательстве Договаривающихся Сторон, даже после их распространения, осуществленного исполнителем или по его разрешению.

Для реализации права на прокат не имеет значения, является ли фонограмма опубликованной в коммерческих целях или нет. Ранее ст. 37 Закона об авторском праве и смежных правах предусматривала, что данное право распространяется не на всякое исполнение, а лишь на то, на которое может быть сделана фонограмма, которое может быть воспринято на слух, и не распространяется на видеозапись, а также устанавливала условие осуществления данного права, а именно опубликование фонограммы в коммерческих целях. Кроме того, Закон об авторском праве закреплял право исполнителя на вознаграждение за сдачу в прокат экземпляров такой фонограммы при переходе права на прокат к производителю фонограммы (ст. 39 настоящего Закона). Статья 9 ДИФ, упоминая о системе справедливого вознаграждения исполнителей за прокат экземпляров их исполнений, записанных на фонограммы, предусматривает сохранение этой системы при условии, что коммерческий прокат фонограмм не наносит существенного ущерба исключительному праву исполнителей на воспроизведение.

Перечисленные правомочия принадлежат как артистам-исполнителям, так и режиссерам-постановщикам спектаклей, дирижерам и рассчитаны прежде всего на защиту прав тех лиц, которые непосредственно исполняют произведения, фиксацию исполнений и дальнейшее использование записи исполнений.

Однако правовое положение и участие в постановке спектакля режиссера и артистов имеет существенные различия. *Режиссер-постановщик спектакля* не участвует лично в показе спектакля. Труд режиссера-

постановщика явно не виден зрителю, в отличие от артистов. Сущность творческой деятельности режиссера-постановщика состоит в подборе всех элементов спектакля, включая взаимодействие с другими членами постановочной группы и артистами, выстраивание определенного соотношения между этими элементами. Процесс работы над спектаклем предусматривает перевод, переложение литературного текста на особый язык сцены.

Творческая деятельность режиссеров-постановщиков спектаклей обладает значительной спецификой по сравнению с деятельностью артистов-исполнителей, сходна с деятельностью кинорежиссера и требует особого регулирования. Постановкой режиссера-постановщика спектакля, концертной или цирковой программы, циркового номера или иного театрально-зрелищного представления является представленная в объективной форме композиция элементов театрально-зрелищного представления (драматургического, музыкального, сценографического, хореографического и иных подобных материалов, включая подбор актеров).

В науке неоднократно отмечалось, что труд театрального режиссера приближается к авторскому труду[1], в частности к труду режиссера-постановщика аудиовизуального произведения[2], о чем свидетельствует и история правового регулирования деятельности театральных режиссеров.

В российском законодательстве охрана прав театральных режиссеров-постановщиков была закреплена в Основах гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1991 г. в режиме смежных прав наряду с исполнительской деятельностью артистов и дирижеров, затем в 1993 г. – в Законе РФ «Об авторском праве и смежных правах».

При сходном творческом труде с кино- и телережиссерами последние признаются в отличие от режиссера-постановщика авторами аудиовизуальных произведений. Деятельность создателей хореографических произведений и пантомим (балетмейстеров, хореографов) также охраняется авторским правом, независимо от записи танца, балета и т.п. При этом театральные режиссеры обделены такой охраной[3].

---

[1] *Сергеев А.П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М.: Проспект, 2003.

[2] *Гаврилов Э.П., Еременко В.И.* Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный). М.: Экзамен, 2009 (комментарий к ст. 1313).

[3] Пояснительная записка «К проекту Федерального закона «О внесении изменений в главу 71 части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»» // СПС «КонсультантПлюс».

На практике нередки ситуации, когда сценические постановки режиссеров активно используются другими, иногда менее известными лицами или актерами в других театрах, либо вносятся существенные изменения в постановку, в том числе нарушающие целостность постановки и серьезно искажающие творческий замысел режиссера, что оказывает зачастую неблагоприятное впечатление на зрителя. Данные действия осуществляются без согласия режиссера-постановщика, без заключения с ним договора и без выплаты ему вознаграждения. Смежные права обеспечивают охрану постановки спектакля при наличии его технической фиксации. Однако каждое живое исполнение – это отдельное произведение – результат творческой деятельности режиссера, требующее охраны.

В некоторых странах режиссеры-постановщики наделены определенными элементами охраны в отношении «живой постановки» спектакля. Так, в Республике Беларусь предусмотрено поспектакльное вознаграждение режиссерам-постановщикам; в соответствии с ст. 4 и ст. 22 Закона РБ «Об авторском праве и смежных правах» 2011 г. использованием исполнения признаются публичное исполнение постановки режиссера-постановщика спектакля или ее записи. Согласно Постановлению Совета Министров Республики Беларусь 29 ноября 2011 г. № 1609 «О коллективном управлении имущественными правами» режиссерам-постановщикам выплачивается поспектакльное вознаграждение от 1,5 до 3%.

В странах Западной Европы, несмотря на продолжавшуюся долгое время дискуссию, вопрос об авторском праве режиссера так и не был решен положительно.

Необходимость обеспечения охраны прав режиссеров-постановщиков театров на постановки в живом исполнении обусловила разработку законопроекта «О внесении изменений в главу 71 части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (об охране интеллектуальных прав режиссеров-постановщиков)[1], которым предусматривается определение постановки режиссеров-постановщиков спектаклей, выраженной в какой-либо объективной форме, в качестве особого результата исполнительской деятельности, наделение режиссера-постановщика личными неимущественными правами (правом на имя, правом на неприкосно-

[1] Проект федерального закона № 1052531-6 «О внесении изменений в главу 71 части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (об охране интеллектуальных прав режиссеров-постановщиков) (внесен депутатом Государственной Думы ФС РФ П.В. Крашенинниковым). Принят в первом чтении 17 июня 2016 г. // СПС «КонсультантПлюс».

венность) при публичном исполнении постановки, не ограничиваясь их защитой лишь при использовании постановки в записи, передачи в эфир или по кабелю, доведении исполнения до всеобщего сведения; включение в число правомочий, определяющих содержание исключительного права на постановку, правомочия публичного исполнения постановки спектакля, в том числе в живом исполнении, и др.

Названный проект стал результатом серьезной работы по анализу различных *вариантов решения проблемы обеспечения защиты прав режиссеров на «живую постановку»*.

Первое предложение заключалось в распространении режима авторских прав на постановку спектакля, определение «режиссерского сценария» в качестве литературного произведения, в котором могут содержаться указания по актерской игре, установке декораций, использованию костюмов, а также замечания по освещению, шумовому оформлению, движениям, сценическому действию и др. Следует учитывать, что в п. 1 ст. 1259 ГК РФ перечень объектов авторского права не является исчерпывающим, в связи с чем театральная постановка, режиссерский спектакль могут быть отнесены к самостоятельным объектам авторского права, как представляющие собой результат творческого труда автора.

Второе предложение содержало отдельную статью в ГК РФ (ст. 1263.1), которая по аналогии с правовым положением авторов аудиовизуального произведения закрепляла в ГК РФ в качестве автора драматического, музыкального и тому подобного произведения режиссера-постановщика.

Такое предложение не учитывало тот факт, что каждый показанный зрителю спектакль представляет собой самостоятельный объект творческой деятельности, как и любое другое исполнение, в связи с чем его охрана связана с фиксацией в качестве объекта смежных прав. Каждый спектакль – это отдельное произведение, которое имеет право на отдельную, самостоятельную охрану. Аудиовизуальное произведение в отличие от театральной постановки зафиксировано на материальном носителе, а постановка спектакля требует охраны личных неимущественных и исключительного права режиссера именно в живом исполнении.

Третье предложение состояло в определении правового режима постановки спектакля как составного произведения, а труда режиссера как авторского труда по составительству.

Однако решение обозначенных проблем с помощью наделения режиссера-постановщика авторскими правами привело бы к противоречию с международными обязательствами Российской Федерации,

выраженными прежде всего в Приложении 26 к Договору о Евразийском экономическом союзе (подписан в г. Астане 29 мая 2014 г.). В абз. 2 ст. 2 Протокола об охране и защите прав на объекты интеллектуальной собственности режиссеры-постановщики указаны в качестве исполнителей, обладающих смежными правами.

Четвертое предложение не выходило за рамки смежных прав и было связано с закреплением принадлежности смежных прав на постановку театрального, циркового, кукольного, эстрадного или иного театрально-зрелищного спектакля за режиссером-постановщиком единолично, если иного не предусмотрено соглашением режиссера-постановщика и исполнителей. В этом случае не вполне обоснованно ограничивались бы права артистов-исполнителей спектакля[1].

Анализ представленных предложений, изучение российской истории, зарубежного опыта позволили выработать оптимальный механизм решения проблемы, отраженный в вышеназванном проекте, а именно – закрепление права режиссера на публичное исполнение постановки спектакля, т.е. представление постановки в живом исполнении или с помощью 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 исполнение постановки спектакля в месте ее представления или в другом месте одновременно с представлением постановки.

Другим объектом смежных прав, на которые распространяется исключительное право, является фонограмма. ***Изготовителю фонограммы принадлежит исключительное право использовать фонограмму*** в соответствии со ст. 1229 ГК РФ любым не противоречащим закону способом (исключительное право на фонограмму). Впервые в Российской Федерации отдельные правомочия, образующие исключительное право, были закреплены в Основах гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик, закреплявшие за лицом, создавшим звуко- или видеозапись, право осуществлять или разрешать ее воспроизведение. Использование звуко- или видеозаписи допускалось только с разрешения этого лица или его правопреемника (правообладателя).

Перечень правомочий, составляющих исключительное право на фонограмму, определен в п. 2 ст. 1324 ГК РФ не исчерпывающим образом. Правомочия обладателя исключительного права на фонограмму во многом совпадают с правомочиями автора произведения и исполнителя.

---

[1] См. подробнее: *Рузакова О.А., Рузаков А.Б.* Как защитить интеллектуальные права режиссеров-постановщиков? // Патенты и лицензии. 2016. № 4. С. 19–29.

Первым из правомочий названо ***право на публичное исполнение***, характерное не только для фонограмм, но и для произведений и исполнений. ***Под правом на публичное исполнение фонограммы понимается любое сообщение фонограммы с помощью 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 фонограмма в месте ее сообщения или в другом месте одновременно с ее сообщением.*** Перечень таких мест весьма многообразен (это могут быть дискотека, ресторан, музеи, учебные учреждения, вокзалы и др.); защита права изготовителя фонограммы на публичное исполнение фонограммы не связано с взиманием платы за вход в место, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи.

При этом ***публичное исполнение фонограммы, опубликованной в коммерческих целях, допускается без разрешения обладателя исключительного права на фонограмму и обладателя исключительного права на зафиксированное в этой фонограмме исполнение, но с выплатой им вознаграждения, сбор которого осуществляется организациями по управлению правами на коллективной основе, имеющими государственную аккредитацию на осуществление соответствующих видов деятельности*** (п. 1, 2 ст. 1326 ГК РФ) в соответствии с Постановлением Правительства РФ от 29 декабря 2007 г. № 988 «Об утверждении Правил сбора, распределения и выплаты вознаграждения исполнителям и изготовителям фонограмм за использование фонограмм, опубликованных в коммерческих целях»[1].

В том случае, если фонограмма опубликована не в коммерческих целях, необходимо согласие обладателя исключительного права на публичное исполнение фонограммы, за исключением случаев свободного использования фонограммы без согласия правообладателя и без выплаты вознаграждения (ст. 1306 ГК РФ).

Правомочия на сообщение в эфир или по кабелю сходны с аналогичными правомочиями автора и исполнителя. Под сообщением в эфир понимается сообщение фонограммы для всеобщего сведения посредством ее передачи по радио или телевидению (в том числе путем ретрансляции), за исключением сообщения по кабелю. При этом под сообщением понимается любое действие, посредством которого фонограмма становится доступной для слухового восприятия независимо от ее фактического восприятия публикой. *При сообщении*

[1] СЗ РФ. 2008. № 2. Ст. 112.

фонограммы в эфир через спутник под сообщением в эфир понимается прием сигналов с наземной станции на спутник и передача сигналов со спутника, посредством которых фонограмма может быть доведена до всеобщего сведения независимо от ее фактического приема публикой. *Сообщение кодированных сигналов* признается сообщением в эфир, если средства декодирования предоставляются неограниченному кругу лиц организацией эфирного вещания или с ее согласия. Сообщение по кабелю – это сообщение фонограммы для всеобщего сведения посредством ее передачи по радио или телевидению с помощью кабеля, провода, оптического волокна или аналогичных средств (в том числе путем ретрансляции).

Как и в отношении публичного исполнения сообщение фонограммы, опубликованной в коммерческих целях, в эфир и по кабелю допускается без согласия изготовителя фонограммы, но с обязательной выплатой ему вознаграждения.

Право на доведение фонограммы до всеобщего сведения (подп. 4 п. 2 ст. 1324 ГК РФ) определено в п. 14 Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам как право сделать фонограммы доступными: производители фонограмм пользуются исключительным правом разрешать доведение до всеобщего сведения своих фонограмм по проводам или средствами беспроволочной связи таким образом, что представители публики могут осуществлять доступ к ним из любого места и в любое время по их собственному выбору. Количество споров по данному нарушению с каждым годом растет и зачастую связано с определением субъекта нарушения, определением лица, ответственного за размещение фонограммы в сети «Интернет»[1].

Правоприменительная практика порождает и новые проблемы, связанные с развитием электронных форм использования информации, в частности, использование фонограмм как, впрочем, и других охраняемых объектов в так называемом облачном пространстве, в блогах, вопрос о передаче аудиофайлов посредством электронной почты[2]. Представляется, что последние действия преждевременно относить к нарушениям, учитывая отсутствие факта доведения «до всеобщего сведения». Факт воспроизведения фонограммы, в том числе при пе-

[1] См., например: Определение ВС РФ от 1 июня 2016 г. № 305-ЭС16-2268, Постановление Суда по интеллектуальным правам от 15 декабря 2015 г. № С01-491/2013 по делу № А40-118705/2013; Определение ВАС РФ от 7 ноября 2012 г. № ВАС-13900/12, Постановление ФАС СЗО от 20 августа 2012 г. по делу № А56-57884/2010.

[2] *Иванов И.В.* Авторские и смежные права в музыке: Учеб.-практич. пособие / Под ред. А.П. Сергеева. М.: Проспект, 2009.

редаче по электронной почте, в соответствии с подп. 5 п. 1 ст. 1324 ГК РФ может быть признан нарушением исключительного прав, кроме случаев воспроизведения в личных целях.

Право на воспроизведение фонограммы предусмотрено в подп. 5 п. 2 ст. 1324 ГК РФ, ст. 10 Римской конвенции, согласно которой изготовители фонограмм имеют право разрешать или запрещать прямое или косвенное воспроизведение своих фонограмм. Право на запрет непосредственного или косвенного воспроизведения фонограмм их изготовителями закреплено в Соглашении по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС/TRIPS). Аналогичное определение дается в ст. 11 Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам.

Понятие права на воспроизведение фонограммы корреспондирует праву на воспроизведение произведения и записи исполнения и включает в себя изготовление одного и более экземпляра фонограммы или ее части в любой материальной форме. При этом запись фонограммы или части фонограммы на электронном носителе, в том числе запись в память ЭВМ, также считается воспроизведением. Не считается воспроизведением краткосрочная запись фонограммы, которая носит временный или случайный характер и составляет неотъемлемую и существенную часть технологического процесса, имеющего единственной целью правомерное использование фонограммы либо ее передачу в информационно-телекоммуникационной сети, осуществляемую информационным посредником между третьими лицами, при условии, что такая запись не имеет самостоятельного экономического значения;

Так, ***право на распространение фонограммы*** (подп. 6 п. 2 ст. 1324 ГК РФ) охватывает не только правомочия по отчуждению экземпляров фонограмм, но и предложения к продаже таких экземпляров. Как указано в п. 2 Обзора практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности (информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13 декабря 2007 г. № 122)[1], с учетом положений ст. 494 ГК РФ использованием исключительных прав в форме распространения является в том числе предложение к продаже экземпляра фонограммы, совершенное лицом, осуществляющим предпринимательскую деятельность по продаже товаров в розницу[2].

[1] Определение ВАС РФ от 8 декабря 2011 г. № ВАС-15558/11 по делу № А54-5588/2010.

[2] Гражданский кодекс Российской Федерации. Авторское право. Права, смежные с авторскими. Постатейный комментарий к главам 69–71 / Под ред. П.В. Крашенинникова. М: Статут, 2014 (комментарий к ст. 1324 ГК РФ).

Право на импорт оригинала или экземпляров фонограммы в целях распространения, включая экземпляры, изготовленные с разрешения правообладателя (подп. 7 п. 2 ст. 1324 ГК РФ), касается в основном тех фонограмм и их экземпляров, которые были созданы за рубежом и импортируются в Россию с разрешения правообладателя. Под импортом понимается пересечение материальными носителями фонограмм границы Российской Федерации. В том случае если фонограмма (экземпляр) импортируется без цели распространения, разрешения правообладателя не требуется.

Право на прокат оригинала и экземпляров фонограммы (подп. 8 п. 2 ст. 1324 ГК РФ) во многом сходно с аналогичным правомочием авторов произведений и исполнителей. Пункт 2 ст. 141 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик закреплял исключительное право коммерческого проката за лицом, создавшим звуко- или видеозапись, даже если право собственности на экземпляр звуко- или видеозаписи принадлежит не ее создателю.

В Законе об авторском праве это правомочие входило в право на распространение фонограммы, в настоящее время закреплено не только в ГК РФ, но и в международных договорах, в которых участвует Российская Федерация. Согласно ст. 13 ДИФ производители фонограмм пользуются исключительным правом разрешать коммерческий прокат оригинала и экземпляров своих фонограмм для публики даже после их распространения, осуществленного производителем или по его разрешению.

В качестве самостоятельного правомочия, входящего в состав исключительного права на фонограмму, выделена ***переработка фонограммы*** (подп. 9 п. 1 ст. 1324 ГК РФ). В отличие от права на защиту фонограммы от искажения при ее использовании (подп. 3 п. 1 ст. 1323 ГК РФ) переработка влечет создание новой – производной от оригинальной фонограммы. При этом оригинальная фонограмма сохраняет свой первоначальный вид, переработка не влечет искажения оригинальной фонограммы. Право на переработку в отличие от права на защиту фонограммы от искажения является оборотоспособным[1]. Переработку фонограммы называют обеспечительным действием по отношению к праву на переработку произведения (в частности, музыкального). Логичным продолжением такого регулирования является признание

[1] См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части четвертой (постатейный) / В.О. Калятин, О.М. Козырь, А.Д. Корчагин и др.; отв. ред. Л.А. Трахтенгерц. М.: Контракт, Инфра-М, 2009.

смежного права на переработанную фонограмму за лицом, правомерно осуществившим такую переработку (п. 3 ст. 1324 ГК РФ)[1].

Исключительное ***право на сообщение радио- или телепередач*** в соответствии с п. 2 ст. 1330 ГК РФ охватывает семь правомочий, перечень которых не носит исчерпывающего характера. Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС/TRIPS) (п. 3 ст. 14) закрепляет за организациями эфирного вещания право запрещать следующие действия, предпринимаемые без их согласия: запись, воспроизведение записей и ретрансляцию через каналы эфирного вещания, а также публичное телевизионное вещание таких записей. Если участники не предоставляют такие права организациям эфирного вещания, они предоставляют владельцам авторского права на объекты передач возможность не допускать вышеупомянутые действия с учетом положений Бернской конвенции (1971 г.).

В отличие от произведений и фонограмм одним из правомочий является ***запись сообщения радио- или телепередачи*** (подп. 1 п. 2 ст. 1330 ГК РФ), т.е. сообщения, идущего в прямом эфире, учитывая, что произведение объективно может быть выражено в форме различных записей (письменной, аудио, видео), а фонограмма – это всегда запись звуков. ***Воспроизведение записи вещания*** как способ использования имеет сходства с воспроизведением произведений, исполнений и фонограмм (подп. 2 п. 2 ст. 1330 ГК РФ).

Распространение сообщения радио- или телепередачи (подп. 3 п. 2 ст. 1330 ГК РФ) осуществляется путем продажи либо иного отчуждения оригинала или экземпляров записи сообщения радио- или телепередачи исключительно на материальном носителе. От данного способа необходимо отличать ***право на ретрансляцию передач***, т.е. прием и одновременное сообщение в эфир (в том числе через спутник) или по кабелю полной и неизменной радио- или телепередачи либо ее существенной части, сообщаемой в эфир или по кабелю организацией эфирного или кабельного вещания (подп. 4 п. 2 ст. 1330 ГК РФ), которое было введено Федеральным законом от 12 марта 2014 г. № 35-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации», руководствуясь ст. 3 (g) Международной (Римской) конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей

[1] См.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Авторское право. Права, смежные с авторскими. Постатейный комментарий к главам 69–71. М: Статут, 2014 (комментарий к ст. 1324 ГК РФ).

фонограмм и вещательных организаций 1961 г., в соответствии с которой «ретрансляция» означает одновременную передачу в эфир одной вещательной организацией передачи в эфир другой вещательной организации. При этом ретранслируется передача в неизменном виде. Впервые право на ретрансляцию организаций эфирного вещания было закреплено в п. 3 ст. 141 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик.

Термин «ретрансляция» встречает критические отзывы в науке как «понятие скорее из сферы электросвязи, нежели из сферы деятельности вещательных организаций. Речь идет об одновременном вещании одной вещательной организации и приеме вещания, осуществленного другой вещательной организацией»[1].

В науке высказана позиция о необходимости разграничения ретрансляции как деятельности, основанной на разрешении на вещание, и авторских правомочий использовать произведение путем ретрансляции (подп. 8.1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ)[2]. При этом необходимо учитывать правовую природу сообщения передач как особого, не относящегося к результатам интеллектуальной деятельности объекта, представляющего собой вещание как процесс. Вещание как совокупность материалов, состоящих из звуков, изображений, передаваемых с помощью сигналов, отличает передачи как объекты авторских прав, включающие в себя, в частности, аудиовизуальные произведения и др. Это и предопределяет различия в праве автора и организации эфирного и кабельного вещания на ретрансляцию, сформулированные в ст. 1270 и 1330 ГК РФ как тождественные. Правомочие организации эфирного и кабельного вещания на ретрансляцию в составе исключительного права не зависит от вида передачи и распространяется и на те передачи, которые не включают в себя объекты авторского права, исполнения, фонограммы.

При ***доведении сообщения радио- или телепередачи до всеобщего сведения*** (подп. 5 п. 2 ст. 1330 ГК РФ) – способе использования как произведений, так и объектов смежных прав – указывается на необходимость различать две ситуации вещания в интернете. «Если речь идет о вещании, которое впервые осуществлено через интернет, то такое вещание использованием вещания как объекта исключительного права не является... Если же вещание осуществлено, например, в эфире

[1] Гражданский кодекс Российской Федерации. Авторское право. Права, смежные с авторскими. Постатейный комментарий к главам 69–71 / Под ред. П.В. Крашенинникова. М: Статут, 2014 (комментарий к ст. 1330 ГК РФ).

[2] Там же.

и затем (или одновременно) уже существующее сообщение радио- или телепередач доводится до всеобщего сведения, то речь идет об использовании вещания в соответствии с подп. 5 п. 2 ст. 1330 ГК РФ»[1].

Право на публичное исполнение (подп. 6 п. 2 ст. 1330 ГК РФ) как любое сообщение радио- или телепередачи с помощью технических средств распространяется только в отношении мест с платным входом независимо от того, воспринимается оно в месте сообщения или в другом месте одновременно с сообщением. Исполнение сообщения в местах без взимания платы не является нарушением исключительного права на сообщение радио- или телепередачи[2]. Обязанность доказать, что публичное исполнение телепередачи осуществлялось ответчиком в месте с платным входом, лежит на правообладателе – организации эфирного и кабельного вещания[3].

Такого рода споры возникают при использовании сообщений передач в гостиницах, мотелях, базах отдыха, кафе, барах и т.п. Не является нарушением исполнение сообщений радио- или телепередач в указанных организациях при недоказанности факта того, что плата взимается непосредственно за вход в гостиницу либо включена в стоимость гостиничного номера услуги спутникового телевидения и тем самым извлекается прибыль.[4] Одним из способов использования сообщения радио- или телепередачи (вещания) является ***прокат оригинала и экземпляров записи сообщения радио- или телепередачи*** (подп. 7 п. 2 ст. 1330 ГК РФ), введенный в ГК РФ с 1 октября 2014 г. и характерный для других объектов смежных прав – исполнений и фонограмм[5].

Исключительное право ***на базу данных*** как объект смежных прав принадлежит изготовителю базы данных при условии, что создание

---

[1] Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части четвертой / Под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2011.

[2] См., например: Постановление Суда по интеллектуальным правам от 26 января 2015 г. № С01-1149/2014 по делу № А32-3863/2014.

[3] Постановления Суда по интеллектуальным правам от 22 июня 2015 г. по делу № А23-4387/2014 (п. 5 Обзора судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав (утв. Президиумом ВС РФ 23 сентября 2015 г.)) // Бюллетень ВС РФ. 2015. № 11; от 29 февраля 2016 г. № С01-64/2016 по делу № А32-4200/2015; от 22 июня 2015 г. № С01-453/2015 по делу № А23-4387/2014.

[4] Определение ВС РФ от 19 октября 2015 г. № 310-ЭС15-13119 по делу № А23-4387/2014, аналогичный спор об исполнении передач в кафе – см.: Постановления Суда по интеллектуальным правам от 17 июня 2016 г. № С01-466/2016 по делу № А23-5240/2015, от 25 мая 2016 г. № С01-339/2016 по делу № А45-11682/2015.

[5] Об исключительном праве на сообщения передач эфирного и кабельного вещания см.: *Бузова Н.В.* Исключительные права организаций вещания в зарубежном, международном частном и российском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007.

базы данных (включая обработку или представление соответствующих материалов) требует существенных финансовых, материальных, организационных или иных затрат. При отсутствии доказательств иного определение критерия ***существенные*** рассматривается как не менее 10 тыс. самостоятельных информационных элементов (материалов). Так, в споре о нарушении исключительного права на базу наличие информации более чем о 100 тыс. субъектах (налогоплательщиках) и объектах (земельных участках и др.) признано охраняемым как объект смежных прав[1].

Никто не вправе извлекать из базы данных материалы и осуществлять их последующее использование без разрешения правообладателя, кроме случаев, предусмотренных настоящим Кодексом (п. 1 ст. 1334 ГК РФ). Под ***извлечением материалов понимается перенос всего содержания базы данных или существенной части составляющих ее материалов на другой информационный носитель с использованием любых технических средств и в любой форме***. Право изготовителя базы данных (§ 5 гл. 71 ГК РФ) охраняется только в отношении базы данных, созданной или обнародованной после 31 декабря 2007 г.

В соответствии с Директивой Совета ЕС от 11 марта 1996 г. № 96/9/ЕС право составителя базы данных – это право особого рода, предоставляющее составителю базы данных, который внес количественно или качественно существенный вклад в получение, проверку или представление содержания базы данных, возможность запрещать изъятие или повторное использование всего содержания базы данных или его количественно (качественно) существенной части.

Французским Гражданским кодексом охрана базы данных предоставляется лицам, берущим инициативу и риск инвестиций, которые при получении, проверке или представлении материалов, составляющих содержание базы данных, вносят существенный материальный, финансовый или трудовой вклад (ст. 341-1).

В соответствии с инструкцией об авторском праве и праве на базы данных Великобритании составителем базы данных признается лицо, внесшее существенный вклад в получение, проверку или представление материалов, составляющих содержание базы данных[2].

[1] Определение ВС РФ от 5 мая 2016 г. № 301-ЭС16-3545 (отказано в передаче дела № А79-3190/2014), Постановление Суда по интеллектуальным правам от 8 февраля 2016 г. № С01-1002/2015 по делу № А79-3190/2014.

[2] Гражданский кодекс Российской Федерации. Авторское право. Права, смежные с авторскими. Постатейный комментарий к главам 69–71 / Под ред. П.В. Крашенинникова. М: Статут, 2014 (комментарий к ст. 1333 ГК РФ).

В отличие от положений европейской Директивы интеллектуальные права на базу данных охраняются в Российской Федерации не в режиме особого права, а в режиме смежных прав наряду с правами исполнителей, изготовителей фонограмм и др. Аналогичные нормы характерны для Германии и Австрии[1].

Можно выделить и некоторые иные расхождения между европейским регулированием исключительного права на базу данных и ГК РФ. Согласно п. 5 ст. 7 Директивы ЕС извлечение и (или) систематическое и продолжающееся повторное использование не только существенных, но и не существенных частей содержания базы данных, предполагающие действия, противоречащие нормальному использованию этой базы, или причинившие неоправданный вред законным интересам изготовителя базы данных, не разрешаются.

Как отмечается в науке, при толковании (п. 1 ст. 1334 ГК РФ) «перенос на другой носитель и использование несущественной (незначительной) части базы данных в содержание исключительного права изготовителя базы данных не включается»[2].

Одним из спорных вопросов осуществления и защиты исключительного права на базу данных является определение понятия «существенная часть составляющих базу данных материалов». Пункт 1 ст. 7 Директивы Совета ЕС от 11 марта 1996 г. № 96/9/ЕС предусматривает, что существенная (*substantial*) часть содержания базы данных должна определяться количественно или качественно, что предполагает определение значимости переносимой части для охраняемой базы в целом.

Основы для определения исключительного ***права публикатора*** и срока его действия были заложены в директивах Евросоюза: от 29 октября 1993 г. № 93/98/ЕС «О гармонизации срока охраны авторских и некоторых смежных прав» и от 12 декабря 2006 г. № 2006/116/ЕС «О сроке охраны авторских и некоторых смежных прав», где закреплено правило, предусматривающее предоставление любому лицу, законно опубликовавшему ранее неопубликованное произведение или осуществившему доведение его до сведения общества, прав, аналогичных имущественным правам автора произведения, на срок в 25 лет с даты такого опубликования или доведения до сведения общества.

Учитывая обязанность имплементации положений директив странами Европейского Союза, каждая из 28 стран включила в свое законо-

[1] Раздел 6 (§ 87 «а»–«е») ч. 2 «Смежные права» Закона ФРГ «Об авторском праве», разд. II а (§ 76 «с»–«с») ч. 2 «Смежные права» Закона Австрии «Об авторском праве».

[2] *Еременко В.И.* О правовой охране смежных прав в Российской Федерации // Законодательство и экономика. 2012. № 2. С. 30–55.

дательство нормы о защите прав публикатора. Так, например, согласно § 71 Закона Германии об авторском праве и смежных правах от 9 сентября 1965 г. подлежат охране «посмертные произведения», при этом любое лицо, которое впервые опубликует или публично исполнит произведение, ранее не бывшее опубликованным, приобретает исключительное право на его использование. Данное положение действует и применительно к тем произведениям, которые ранее не были изданы и никогда не охранялись, при условии, что авторы умерли более 70 лет назад. Эти права являются смежными.

Права публикатора относятся к смежным правам и не являются авторскими, поскольку публикатор не вносит творческого вклада для возникновения у него исключительного права. В то же время исключительное право публикатора возникает на основании исключительного права автора. Исключительное право возникает в силу совершения организационных, технических или иных действий по обнародованию произведения, т.е. действий, которые впервые делают произведение доступным для всеобщего сведения путем его опубликования, публичного показа или исполнения, сообщения в эфир или по кабелю либо любым другим способом.

Возникновение исключительного права публикатора не требует какой-либо регистрации или выполнения иных формальностей. Однако при возникновении спора[1] относительно принадлежности исключительного права на произведение, обнародованное после перехода в общественное достояние, необходимо установить следующие обстоятельства:

– переход произведения в общественное достояние (истечение срока действия исключительного права автора) или отсутствия правовой охраны объекта изначально;

– факт необнародования произведения при жизни автора;

– обнародование произведения публикатором после 31 декабря 2007 г. (п. 46 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»).

[1] Определение ВАС РФ от 30 октября 2013 г. № ВАС-13218/13 по делу № А45-15246/2012, Постановление ФАС ЗСО от 3 июня 2013 г. по делу № А45-15246/2012. По спору о нарушении исключительного права публикатора, приобретенного по договору об отчуждении исключительного права, в удовлетворении иска было отказано, поскольку не доказано наличие у предпринимателя смежных прав публикатора, так как представленный им договор не содержит указаний на характер передаваемого исключительного права как смежного права публикатора.

Кроме того, таким обнародованием публикатор не должен нарушать волю автора произведения, определенно выраженную им в письменной форме (в завещании, письмах, дневниках и т.п.), которая была направлена на запрет обнародования произведения (п. 3 ст. 1268 ГК РФ).

В противном случае исключительное право у публикатора не возникает.

ГК РФ не ограничивает совместное право нескольких лиц обнародовать произведение и стать сообладателями исключительного права публикатора. Их правовое положение должно определяться нормами п. 3 ст. 1229 ГК РФ и регулироваться соглашением между ними, в которое целесообразно включить положения о порядке использования, распоряжения исключительным правом, порядке реализации права на указание имени, распределении вознаграждения от использования и распоряжения исключительным правом и т.д.

Публикатору произведения в отличие от автора и обладателей исключительным правом на иные объекты смежных прав принадлежит *исключительное право*, содержание которого определено исчерпывающим перечнем правомочий (п. 1 ст. 1339 ГК РФ), а именно:

– воспроизведение произведения;

– распространение произведения путем продажи или иного отчуждения его оригинала или экземпляров;

– публичный показ произведения;

– импорт оригинала или экземпляров произведения в целях распространения;

– прокат оригинала или экземпляра произведения;

– публичное исполнение произведения;

– сообщение в эфир;

– сообщение по кабелю;

– доведение произведения до всеобщего сведения.

Публикатору не принадлежит:

– право на перевод и другую переработку произведения;

– право на практическую реализацию архитектурного, дизайнерского, градостроительного или садово-паркового проекта. При обнародовании архитектурного проекта исключительное право охватывает правомочие на воспроизведение и распространение архитектурного проекта.

Исходя из данного положения, *право на перевод или переработку* может быть осуществлено другими лицами без согласия публикатора. В то же время публикатор в соответствии с п. 3 ст. 1338 ГК РФ обладает правом разрешать внесение в произведение изменений, сокращений или дополнений при условии, что этим не искажается замысел автора

и не нарушается целостность восприятия произведения и это не противоречит воле автора, определенно выраженной им в завещании, письмах, дневниках или иной письменной форме. Кроме того, при переводе или переработке произведения необходимо указание имени публикатора.

Публикатор вправе обнародовать произведение, как в оригинальной форме, так и в переводе, в переработке (п. 2 ст. 1339 ГК РФ). При этом в качестве переводчика (переработчика) может выступать не только сам публикатор, но и другое лицо. Возникшие авторские права публикатора как переработчика не зависят от его прав как публикатора произведения.

В науке в связи с этим высказана вполне обоснованная позиция о том, что «обнародование перевода не является обнародованием оригинала: знакомясь с переводом, невозможно точно определить ту форму, в которой выражен оригинал произведения... Поэтому публикатор перевода или иной переработки не может получать никаких прав публикатора на необнародованный им оригинал или иное первоначальное произведение»[1].

Исключительное право публикатора на произведение согласно ст. 1342 ГК РФ может быть *прекращено* досрочно в судебном порядке по иску заинтересованного лица, если при использовании произведения правообладатель нарушает требования ГК РФ в отношении охраны авторства, имени автора или неприкосновенности произведения. Понятие «заинтересованное лицо» в законе не раскрыто, поэтому в науке и «в судебной практике в принципе возможно как его ограничительное толкование (родственники автора, государственные или муниципальные органы, ведающие вопросами науки, литературы или искусства), так и расширительное (любое лицо, действующее в общественных интересах)»[2].

Представляется, что в качестве заинтересованных лиц могут выступать наследники, родственники автора, некоммерческие организации, уставная деятельность которых связана с защитой авторских прав, государственные и муниципальные органы, уполномоченные соответствующими публичными образованиями на осуществление деятельности по защите авторских прав, и др.

Действие исключительного права прекращается досрочно, т.е. до истечения 25-летнего срока на основании решения суда с момента вступления решения в силу. С этого момента произведение переходит вновь в общественное достояние.

---

[1] *Гаврилов Э.П., Еременко В.И.* Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный). М.: Экзамен, 2009.

[2] *Еременко В.И.* О правовой охране смежных прав в Российской Федерации // Законодательство и экономика. 2012. № 2. С. 30–55.

Некоторыми особенностями реализации исключительного права обладают приобретатели оригинала произведения в силу ст. 1343 ГК РФ. Отчуждение исключительного права возможно при переходе права собственности, принадлежащего публикатору, на:

– рукописи;

– оригиналы произведений живописи;

– оригиналы произведений скульптуры;

– другие подобные произведения, т.е. такие произведения, которые существуют в единичном экземпляре.

Переход права собственности на названные произведения влечет переход исключительного права при наличии следующих условий:

1) срок действия исключительного права автора на произведение истек, но действуют права публикатора;

2) исключительное право публикатора принадлежит собственнику произведения;

3) право собственности на оригинал произведения переходит к другому лицу;

4) договором не предусмотрено сохранение исключительного права за прежним собственником.

Переход исключительного права публикатора к другому лицу не влияет на лицензионные договоры, которые были заключены ранее. В случае если исключительное право на произведение не перешло к приобретателю его оригинала, приобретатель без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты ему вознаграждения вправе демонстрировать приобретенный в собственность оригинал произведения и воспроизводить его в каталогах выставок и в изданиях, посвященных его коллекции, а также передавать оригинал произведения для демонстрации на выставках, организуемых другими лицами. Приобретатель оригинала произведения изобразительного искусства или фотографического произведения, который изображен на этом произведении, вправе без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты ему вознаграждения использовать это произведение в качестве иллюстрации при издании своих литературных произведений, а также воспроизводить, публично показывать и распространять без цели извлечения прибыли копии произведения, если иное не предусмотрено договором с автором или иным правообладателем[1].

[1] См. подробнее комментарии к ст. 1343 ГК РФ в книге: Гражданский кодекс Российской Федерации. Авторское право. Права, смежные с авторскими. Постатейный комментарий к главам 69–71 / Под ред. П.В. Крашенинникова. М: Статут, 2014.

§ 3. Личные неимущественные права

Личные неимущественные права в сфере смежных прав в основном принадлежат ***исполнителю***, поскольку только исполнения представляют собой результат творческого труда физических лиц, а именно артистов, режиссеров и дирижеров.

К личным неимущественным правам исполнителя относятся: право авторства, право на имя, право на неприкосновенность исполнения.

Действовавшая до 1 января 2008 г. ст. 37 Закона об авторском праве и смежных правах закрепляла в качестве личных неимущественных прав исполнителя право на имя и право на защиту исполнения или постановки от всякого искажения или иного посягательства, способного нанести ущерб чести и достоинству исполнителя.

Право авторства исполнителя как право признаваться автором исполнения закреплено в части четвертой ГК РФ, что в определенной степени указывает на сходство творческой деятельности исполнителя с авторской при создании произведения.

Необходимость установления охраны ***права на имя*** исполнителя объяснялась прежде всего тем, что исполнитель не только делает творческий вклад в представление произведения, но и несет творческий риск, связанный с возможностью погубить или возродить произведение. В том случае, если исполнение осуществляется коллективом, его выступление происходит, как правило, под определенным названием, которое можно рассматривать в качестве псевдонима и которое может быть зарегистрировано в качестве товарного знака с учетом того, что правообладателем товарного знака может быть либо юридическое лицо, либо индивидуальный предприниматель.

Право на неприкосновенность исполнения не означает запрета исполнителя на подражание. Подпункт 4 п. 1 ст. 1315 ГК РФ предусматривает право на защиту исполнения от всякого искажения, а с 1 октября 2014 г. была уточнена сфера действия права на защиту от искажения исполнения при доведении исполнения до всеобщего сведения, в том числе в сети «Интернет».

Личные неимущественные права исполнителя не переходят по наследству. Право авторства, право на имя и неприкосновенность исполнения подлежат защите наследниками или иными заинтересованными лицами, поскольку охраняются бессрочно (п. 1 ст. 1316 ГК РФ).

Проектом Федерального закона № 1052531-6 «О внесении изменений в главу 71 части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» предлагается дополнить ст. 1315 ГК РФ отдельными лич-

ными неимущественными правами режиссера-постановщика спектакля, направленными на защиту театральной постановки в «живом исполнении».

За режиссером-постановщиком спектакля предлагается закрепить:

– право авторства – право признаваться автором постановки спектакля;

– право на имя – право на указание своего имени или псевдонима на экземплярах записи постановки и в иных случаях использования постановки, в том числе право на указание имени или псевдонима режиссера-постановщика спектакля при его публичном исполнении;

– право на неприкосновенность постановки – право на защиту постановки спектакля от всякого искажения, т.е. от внесения изменений, приводящих к извращению смысла или к нарушению целостности восприятия постановки, при ее публичном исполнении, а также от внесения таких изменений в запись постановки, в сообщение в эфир или по кабелю, а также при доведении постановки до всеобщего сведения.

К личным неимущественным правам ***изготовителя фонограмм*** относится право на указание на экземплярах фонограммы и (или) их упаковке своего имени или наименования; право на защиту фонограммы от искажения при ее использовании; право на обнародование фонограммы.

Право на обнародование фонограммы предусмотрено подп. 4 п. 1 ст. 1323 ГК РФ и имеет аналогию с правом на обнародование произведения (ст. 1268 ГК РФ). Право на обнародование фонограммы реализуется при наличии следующих условий:

– право состоит в совершении действий по опубликованию, публичному показу, публичному исполнению, сообщению в эфир или по кабелю либо иных;

– это действие впервые делает фонограмму доступной для всеобщего сведения. Если было совершено одно из указанных действий, повлекшее обнародование, то действия другого вида уже не будут считаться действием по обнародованию фонограммы.

Наиболее распространенным действием по обнародованию является *опубликование (выпуск в свет)* фонограммы. Опубликование фонограммы будет свидетельствовать об обнародовании, если выпуск в обращение экземпляров фонограммы имел место в таком количестве, которое достаточно для удовлетворения разумных потребностей публики. В том случае, если такого количества фонограмм не выпущено, то имевшее место публичный показ, публичное исполнение или иное после опубликования будет считаться действием по обнародованию фонограммы. Обнародование возможно лишь один раз. Вопрос о до-

статочном количестве фонограмм решается в каждом конкретном случае с учетом коммерческого характера фонограммы. Так, предлагается в случае с коммерческими фонограммами считать достаточным «тираж не менее 10 000 экземпляров, при условии, что данный тираж будет предложен к продаже. В то же время факт приобретения по договору купли-продажи экземпляра некоммерческой фонограммы, общее количество экземпляров которой исчисляется в единицах или десятках, не будет являться основанием для ее дальнейшего свободного распространения»[1].

В судебной практике уточняется, что выпуск в свет экземпляров фонограммы осуществляется посредством изготовления соответствующих материальных носителей с записью звуков при соблюдении условий, указанных в п. 4 ч. 1 ст. 1323 ГК РФ, а не любое распространение экземпляров фонограмм. Такое опубликование должно носить правомерный характер, т.е. осуществляться с согласия правообладателя[2].

Римская конвенция использует категорию опубликование, не упоминая иные виды обнародования. Согласно п. «d» ст. 3 Римской конвенции «публикация» означает предоставление публике экземпляров фонограммы в достаточном количестве. Если фонограмма была впервые опубликована в государстве, не являющемся участником настоящей Конвенции, но если в течение 30 дней со дня ее первой публикации она была также опубликована в Договаривающемся Государстве (одновременная публикация), она считается впервые опубликованной в Договаривающемся Государстве (ч. 2 ст. 5 Римской конвенции). При этом в судебной практике долгое время не был однозначно решен вопрос о предоставлении на территории Российской Федерации правовой охраны опубликованным до вступления для нее в силу Римской конвенции исполнениям и (или) фонограммам, исключительные права на которые принадлежат иностранным физическим или юридическим лицам.

Анализ положений Римской конвенции, ДИФ, ТРИПС, Бернской конвенции позволил Суду по интеллектуальным правам сделать вывод о том, что на территории Российской Федерации охране подлежат и те исполнения и фонограммы, которые были впервые записаны до присоединения Российской Федерации к соответствующим международным

[1] *Иванов И.В.* Авторские и смежные права в музыке: Учеб.-практич. пособие / Под ред. А.П. Сергеева. М.: Проспект, 2009.

[2] Постановления Суда по интеллектуальным правам от 31 октября 2013 г. № С01-167/2013 по делу № А40-116203/2012, от 22 апреля 2015 г. № С01-295/2015 по делу № А40-80567/2014.

договорам, при условии, что они не перешли в общественное достояние вследствие истечения срока охраны в стране их происхождения.

При этом в отношении прав исполнителей и производителей фонограмм, не являющихся гражданами и юридическими лицами государств – членов ВТО, подлежат применению те международные договоры, в которых участвуют Российская Федерация и соответствующее иностранное государство. В настоящее время в Римской конвенции участвуют следующие государства, не являющиеся членами ВТО: Алжирская Народная Демократическая Республика, Азербайджанская Республика, Республика Беларусь, Босния и Герцеговина и Республика Казахстан.

В отношении исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций указанных стран (за исключением Беларуси и Казахстана, входящих в состав Евразийского экономического союза, в рамках которого действуют специальные международные договоры в области защиты интеллектуальной собственности) будет действовать ст. 20 Римской конвенции, позволяющая договаривающимся государствам не применять ее положения к исполнениям или передачам в эфир, которые имели место, или фонограммам, которые были записаны до вступления Римской конвенции в силу в отношении этого государства. Следовательно, в отношении названных исполнений, фонограмм и передач в эфир охрана будет предоставляться лишь с 26 мая 2003 г. – момента вступления в силу данной конвенции для Российской Федерации[1].

В отличие от произведений право на обнародование прекращается с прекращением исключительного права на фонограмму и не предусматривает корреспондирующего права на отзыв.

ГК РФ не предусматривает личных неимущественных прав в отношений ***организаций эфирного и кабельного вещания***, учитывая, что в их качестве выступают юридические лица.

Изготовителю базы данных принадлежит право на *указание на экземплярах базы данных и (или) их упаковках своего имени или наименования*, которое действует и охраняется в течение срока действия исключительного права изготовителя базы данных, а также право на обнародование базы данных, введенное Федеральным законом от 12 марта 2014 г.

[1] Справка по вопросам, связанным с особенностями предоставления правовой охраны фонограммам, в соответствии с положениями Гражданского кодекса Российской Федерации и международно-правовых договоров (утв. Постановлением Президиума Суда по интеллектуальным правам от 28 сентября 2015 г. № СП-23/26) // СПС «КонсультантПлюс».

№ 35-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации».

По аналогии с правом на обнародование произведения, фонограммы, *право на обнародование базы данных* может быть осуществлено разными способами, которые впервые делают базу данных доступной для всеобщего сведения. В числе таких способов – ее опубликования, доведение до всеобщего сведения, сообщения в эфир или по кабелю либо иным способом. При этом опубликованием (выпуском в свет) является выпуск в обращение экземпляров базы данных с согласия изготовителя в количестве, достаточном для удовлетворения разумных потребностей публики.

Публикатор не является автором произведения, принадлежность ему прав на произведение возникает не в силу творческой деятельности и не в силу правопреемства, а в силу совершения действий, в результате которых произведение становится обнародованным. Публикатор не вправе обнародовать произведение под иным именем, нежели имя автора, либо раскрыть имя автора, если он публиковался исключительно под псевдонимом или анонимно. Тем не менее публикатор наделяется не только исключительным правом, но и неимущественными, в частности, *правом на неприкосновенность произведения,* а именно правом разрешить внесение в произведение изменений, сокращений или дополнений при условии, что этим не искажается замысел автора и не нарушается целостность восприятия произведения и это не противоречит воле автора, определенно выраженной им в завещании, письмах, дневниках или иной письменной форме (абз. 2 п. 1 ст. 1266 ГК РФ), а также *правом на указание своего имени на экземплярах обнародованного им произведения и в иных случаях его использования,* в том числе при переводе или другой переработке произведения (подп. 2 п. 1 ст. 1338 ГК РФ). В европейских директивах, определяющих права публикатора, личные неимущественные прав публикатора не установлены, но при этом прямо говорится о том, что положения Директивы не должны ущемлять личные неимущественные права, действующие в странах – членах ЕС (Директива ЕС от 29 октября 1993 г. № 93/98/ЕС «О гармонизации срока охраны авторских и некоторых смежных прав»).

Применительно к *праву на защиту произведения от искажения* в науке обращается внимание «на отступление от закрепленного в п. 1 ст. 1265 ГК РФ правила о том, что личные неимущественные права автора (неразрывно связанные с его личностью) неотчуждаемы и непередаваемы,

а отказ от них ничтожен»[1]. В.О. Калятин отмечает, что «публикатор не получает самостоятельного личного неимущественного права на неприкосновенность произведения; на обладателя исключительного права возлагаются лишь определенные функции по обеспечению неприкосновенности произведения»[2]. Э.П. Гаврилов данное правомочие публикатора определяет как личное, неимущественное[3].

Представляется, что публикатор наделяется правом, не имеющим отношения к его личности. Однако право на защиту произведения от искажения присуще и наследникам умершего автора произведения, которые также не являются творцами произведения. В Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 29 мая 2012 г. № 9 «О судебной практике по делам о наследовании» (п. 90) данное право определено не как личное неимущественное, а как иное интеллектуальное право, имеющие неимущественный характер. При переходе исключительного права в порядке наследования у обладателей исключительного права могут возникать и иные интеллектуальные права в объеме, определяемом ГК РФ, в частности право разрешать внесение в произведение изменений, сокращений или дополнений (абз. 2 п. 1 ст. 1266 ГК РФ). Более того, наследники автора, не реализовавшие свое право на обнародование произведения в течение срока действия исключительного права и по его истечении, при обнародовании произведения третьим лицом теряют право на неприкосновенность произведения, предусмотренное абз. 2 п. 1 ст. 1266 ГК РФ. Это право может быть реализовано публикатором. Более того, право на неприкосновенность произведения может перейти другому лицу на основании договора об отчуждении исключительного права (но не лицензионного), по наследству наследникам публикатора, а также по другим основаниям перехода исключительного права другому лицу. При этом в качестве обнародовавшего произведение публикатора может выступать только физическое лицо, отчуждение исключительного права публикатора может быть произведено в пользу как физического, так и юридического лица.

Наследники автора, выступая в качестве заинтересованного лица, вправе в соответствии с п. 2 ст. 1266 ГК РФ требовать защиты чести,

[1] *Каминская Е.И.* Авторские права как права человека // Журнал российского права. 2014. № 10. С. 66–71.

[2] Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части четвертой (постатейный) / В.О. Калятин, О.М. Козырь, А.Д. Корчагин и др.; отв. ред. Л.А. Трахтенгерц. М.: Контракт, Инфра-М, 2009.

[3] *Гаврилов Э.П., Еременко В.И.* Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный). М.: Экзамен, 2009.

достоинства или деловой репутации автора в соответствии с правилами ст. 152 ГК РФ, в том числе в отношении публикатора в случае извращения, искажения или иного изменения произведения, порочащих честь, достоинство или деловую репутацию автора, равно как и посягательств на такие действия.

Вопросы по теме

1. Каким образом осуществление исключительных смежных прав зависит от авторских прав?
2. Каково влияние международных договоров на содержание исключительных смежных прав?
3. Какие правомочия входят в содержание исключительного права на фонограмму?
4. В чем состоят проблемы правового положения режиссеров-постановщиков спектаклей как субъектов смежных прав?
5. В чем состоят различия в правовой охране баз данных как объектов смежных прав в Российской Федерации и за рубежом (например, в странах Европейского Союза)?
6. Кому из субъектов смежных прав принадлежат личные неимущественные права, в чем их особенности?

Рекомендуемая литература

Бузова Н.В. Исключительные права организаций вещания в зарубежном, международном частном и российском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007.

Гаврилов Э.П., Еременко В.И. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный). М.: Экзамен, 2009.

Гражданский кодекс Российской Федерации. Авторское право. Права, смежные с авторскими. Постатейный комментарий к главам 69–71 / Под ред. П.В. Крашенинникова. М: Статут, 2014.

Гришаев С.П. Смежные права // СПС «КонсультантПлюс».

Еременко В.И. О правовой охране смежных прав в Российской Федерации // Законодательство и экономика. 2012. № 2. С. 30–55.

Иванов Н.В. Авторские и смежные права в музыке: Учеб.-практич. пособие / Под ред. А.П. Сергеева. М.: Проспект, 2009.

Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (поглавный) / Под ред. А.Л. Маковского. М.: Статут, 2008.

Научно-практический комментарий судебной практики в сфере защиты интеллектуальных прав / Под общ. ред. Л.А. Новоселовой. М.: Норма, 2014.

Новоселова Л.А., Петрова Ю.В. Правоприменительные аспекты определения размера компенсации как способа защиты в праве интеллектуальной собственности // Закон. 2014. № 5. С. 39–45.

Новоселова Л.А., Рожкова М.А. Интеллектуальная собственность: некоторые аспекты правового регулирования: Монография. М.: Норма, Инфра-М, 2014.

Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части четвертой / Под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2011.

Право интеллектуальной собственности / Под ред. Л.А. Новоселовой. М.: Юрайт, 2016.

Рузакова О.А. Система договоров о создании результатов интеллектуальной деятельности и распоряжении исключительными правами: Дис. ...д-ра юрид. наук. М., 2007. С. 55.

Рузакова О.А., Рузаков А.Б. Как защитить интеллектуальные права режиссеров-постановщиков? // Патенты и лицензии. 2016. № 4. С. 19–29.

Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М.: Проспект, 2003.

Глава 8. Сроки действия авторских и смежных прав

§ 1. Общие положения
§ 2. Сроки действия исключительных прав в отношении объектов авторских прав
§ 3. Сроки действия исключительных прав в отношении объектов смежных прав
§ 4. Сроки действия исключительных прав на объекты авторских и смежных прав, охраняемых в соответствии с международными договорами Российской Федерации
§ 5. Действие личных неимущественных прав авторов и субъектов прав, смежных с авторскими

§ 1. Общие положения

Сроки действия авторских и смежных прав, порядок их исчисления, условия продления и прекращения находятся в непосредственной зависимости от положений гл. 11 (ст. 190–194) ГК РФ, нормы которой формулируют общее понятие срока как правовой категории и содержат перечень обстоятельств (юридических фактов), момент наступления которых влечет возникновение, изменение или прекращение субъективных прав и обязанностей. Любое право прямо или косвенно связано с конкретным временным моментом. Это может быть согласованная сторонами или определенная нормативным правовым актом календарная дата или истечение установленного периода времени, который исчисляется годами, месяцами, неделями, днями или часами. Кроме того, момент возникновения срока может определяться датой наступления неизбежного события (например, смерть).

Таким образом, сроки действия, изменения или прекращения тех или иных прав неразрывно связаны с фактором времени, которое является абсолютной объективной составляющей окружающего мира, т.е. не зависящей от воли человека и свободно от его воздействия. Вместе с тем «время» и «срок» нельзя отождествлять, поскольку с юридической точки зрения эти две правовые категории являются хотя и взаимосвязанными, но самостоятельными. Дело в том, что *срок*

представляет собой определенный нормативным правовым или иным (например, судебным) актом или договором период (момент) времени, наступление которого является основанием для возникновения, изменения или прекращения прав и (или) обязанностей. Более того, в соответствии с волей законодателя, закрепленной в конкретных нормативных правовых актах, течение сроков может быть с учетом фактических обстоятельств и сложившихся на их основе правоотношений:

– *приостановлено* на определенный период, а затем продолжено с учетом ранее истекшего периода;

– *прервано*, т.е. после наступления предусмотренного в законе юридического факта срок исчисляется заново;

– *восстановлено*, *продлено* (см., например, ст. 200–204 ГК РФ).

На основании изложенного можно сделать вывод: *срок как юридическая категория формируется под воздействием воли человека*. Вместе с тем следует признать, что содержание срока всегда предопределено временем и поэтому наступление (истечение) сроков есть объективные юридические факты, которые традиционно квалифицируются как события (абсолютные или относительные). Однако с этой точкой зрения не соглашаются некоторые известные отечественные цивилисты. Так, В.П. Грибанов полагал, что сроки являются самостоятельным элементом системы юридических фактов наряду с юридическими событиями и юридическими действиями и по своему характеру представляют нечто среднее между ними[1].

С точки зрения теории юридических фактов срок следует признать комплексной правовой категорией, в которой органично сочетаются субъективные элементы и объективная составляющая. Субъективные элементы представляют собой официально признанные законодателем моменты возникновения, приостановления, перерыва, восстановления, продления прав и обязанностей. Совокупность этих элементов образует форму (внешнюю оболочку) срока. Объективная составляющая срока – это время как реальность существующего мира, которая движется «течет» независимо от интереса, воли и результатов деятельности людей. Однако, человек, не имея возможности остановить или изменить течение времени, создал условия (наделил себя правом) учитывать конкретные периоды времени или его моменты как основания возникновения, изменения или прекращения субъективных прав и обязанностей. Таким образом, ***созданная юридической системой форма срока как института права наполнилась объективно независимым содержанием***.

[1] *Грибанов В.П.* Сроки в гражданском праве. М., 1967. С. 8–10.

Этот вывод имеет чрезвычайно важное практическое значение, которое проявляется в том, что:

а) течение времени как объективной реальности приобретает статус юридического факта лишь в рамках определенной формы срока, поскольку субъективные права и обязанности возникают, осуществляются и прекращаются в период действия срока, в том числе не ограниченного определенной датой или периодом времени;

б) в период течения срока объективная составляющая может утрачивать свою правовую значимость, т.е. прошедшее, текущее или будущее время не квалифицируется как юридический факт, с наступлением которого связывается возникновение, изменение или прекращение конкретного субъективного права или обязанности. Это происходит в случаях, когда сроки приостанавливаются (см., например, ст. 202 ГК РФ), прерываются (ст. 203 ГК РФ), установлены специальные правила исчисления сроков при защите нарушенного права в судебном порядке (в частности, ст. 204 ГК РФ).

Применительно к субъективным авторским и смежным правам частью четвертой ГК РФ предусмотрены специальные условия их возникновения, изменения или прекращения. Срок действия субъективного авторского или смежного права позволяет автору или иному уполномоченному лицу распоряжаться им в соответствии со своей волей и в своем интересе в течение определенного периода времени. Здесь уместно еще раз обратить внимание, что распоряжение субъективными авторскими или смежными правами в гражданском обороте часто сопряжено с изменением субъектного состава, т.е. когда субъективное гражданское право переходит от одного субъекта к другому. При этом сохраняется не только объем правомочий, входящих в его содержание, если иное не установлено законом или договором, но и продолжается срок действия субъективного авторского или смежного права (ст. 201, 384 ГК РФ). Это значит, что если конкретному субъекту право принадлежало в течение определенного периода времени, то для его правопреемника срок действия такого права будет равен периоду, который остался до истечения предельного (общего) срока действия субъективного права, если иное не установлено законом, договором или решением суда.

Большое практическое значение имеет деление *сроков на императивные и диспозитивные*, поскольку именно эти виды сроков определяют *пределы самостоятельности* участников гражданских правоотношений в установлении сроков. Так, руководствуясь *диспозитивной нормой* п. 3 ст. 407 «Основания прекращения обязательств» ГК РФ, стороны могут распорядиться имеющимся у них правом по взаимному согласию и прекратить

обязательство или определить последствия его прекращения, если иное не установлено законом или не вытекает из существа обязательства. Прямо противоположная ситуация предусмотрена *императивной нормой* абз. 2 п. 4 ст. 1235 «Лицензионный договор» ГК РФ: если стороны не проявили собственную волю в отношении срока действия лицензионного договора, то такой договор *считается заключенным на пять лет*, при условии, что другими специальными нормами ГК РФ не предусмотрено иное.

Классификация сроков на *определенные и неопределенные* основана на критерии установления какого-либо момента или события, с наступлением или прекращением которого связывают определенные юридические последствия, скажем, момент начала действия договора, на основании которого у сторон возникают определенные права и обязанности. К примеру, в соответствии с диспозицией ст. 191 ГК РФ течение срока, определенного периодом времени, начинается на следующий день после календарной даты или наступления события, которыми определено его начало.

Определенные сроки позволяют участникам гражданского оборота более четко формулировать моменты или периоды возникновения, изменения или прекращения прав и обязанностей, а также уточнять содержание обязательств. Именно по этой причине большинство устанавливаемых в гражданском праве сроков являются определенными.

Вместе с тем довольно часто законодатель предоставляет сторонам обязательства право согласовать условия, в которых срок исполнения не определен или определен моментом востребования (неопределенные сроки). Такие сроки удобны, когда лица не могут заранее определить свои возможности или потребности. Однако для гарантии надлежащего осуществления субъективных прав или исполнения обязанностей законы или иные нормативные правовые акты нередко предусматривают *субсидиарные сроки, которые уточняют некоторые временные моменты или периоды*. В частности, если срок исполнения обязательства не определен или определен моментом востребования, то срок исковой давности начинает течь со дня предъявления кредитором требования об исполнении обязательства (п. 2 ст. 200 ГК РФ).

Особый интерес представляют сроки, содержащие такие указания о моменте возникновения, прекращения или изменения прав и обязанностей, которые нуждаются в дополнительном разъяснении (толковании). Например, ст. 1253.1 «Особенности ответственности информационного посредника» возлагает на указанного посредника обязанность *своевременно* принять необходимые и достаточные меры для прекращения нарушения интеллектуальных прав, ст. 1359—1560

ГК РФ, регулирующие порядок и условия использования объектов промышленной собственности, предусматривают *кратчайшие* сроки.

Установление на уровне закона таких сроков обусловлено желанием законодателя, соблюдая принцип равенства сторон (ст. 1 ГК РФ), предоставить субъектам гражданского оборота возможность при осуществлении своих субъективных прав или исполнении обязанностей учесть сложившиеся на практике отношения. Использование в законах и иных нормативных правовых актах таких сроков предоставляет возможность не только сторонам, но и судам давать правовую оценку действиям (бездействию) субъектов гражданского оборота с учетом реальных ситуаций.

Важность и практическую значимость деления сроков на *общие и специальные* трудно переоценить, поскольку при наличии установленного законом специального срока – общий срок к данным правоотношениям не применим.

Вместе с тем, когда отношения между сторонами носят длящийся характер, предполагающий исполнение обязательства по частям, субъекты гражданского оборота нередко предусматривают *частные* сроки осуществления своих прав и исполнения обязанностей. Эти сроки, по сути, представляют собой части общего или специального срока. Скажем, лицо, организовавшее создание сложного объекта, заключая договор о создании обусловленного результата интеллектуальной деятельности, который будет использоваться в составе сложного объекта (ст. 1240 ГК РФ), руководствуется особенностями его создания и устанавливает соответствующий (частный) срок его готовности.

Схема 1. Срок как юридическая категория, виды сроков

Основываясь на тенденции усиления коммерциализации результатов интеллектуальной деятельности в различных сферах гражданского оборота и повышенного риска надлежащего исполнения сторонами принятых на себя обязательств, следует уделить внимание срокам *защиты субъективных гражданских прав* на результаты интеллектуальной деятельности и *охраны* указанных объектов. Такое использование терминов обусловлено как сложившейся в отечественной правовой системе традицией: *интеллектуальные права защищаются, а объекты (результаты интеллектуальной деятельности) охраняются,* так и этимологией данных понятий. В подтверждение сказанного сошлемся на конкретные статьи ГК РФ (1248, 1250–1252), которые посвящены *именно защите* различных видов интеллектуальных прав.

Право на защиту возникает тогда, когда произошло нарушение права и управомоченный субъект вынужден либо сам защищать свое право, либо обращаться с заявлением (иском) к уполномоченным органам (например, суду) о помощи и требовать принудительного осуществления или защиты своего права. Скажем, согласно п. 2 ст. 1228 ГК РФ после смерти автора *защиту его авторства и имени* может осуществлять любое заинтересованное лицо, за исключением случаев, предусмотренных законом.

Факт нарушения субъективного права является основанием для его защиты. Как свидетельствует правоприменительная практика, основным способом защиты нарушенного субъективного гражданского права является обращение с иском в суд. Для обеспечения стабильности законодатель установил сроки обращения в суд за защитой нарушенного права, которые именуют сроком исковой давности, истечение которого является основанием к вынесению судом решения об отказе в иске. Однако, если право на результат интеллектуальной деятельности действует «бессрочно», то сроки исковой давности не применяются. Например, право автора на имя бессрочно (п. 2 ст. 1228 ГК РФ), поэтому требования о защите такого нарушенного личного неимущественного права могут выдвигаться по истечении любого периода времени, в том числе и после смерти автора. Классическим примером, подтверждающим это положение, может служить многолетнее разбирательство о защите доброго имени известного советского писателя М. Шолохова, в котором участвовали сначала сам писатель, а после его смерти – наследники[1].

[1] http://litresp.ru/chitat/ru/%D0%9A/kuznecov-feliks-feodosievich/tihij-don-sudjba-i-pravda-velikogo-romana/71

Обратимся к термину «охрана», который применяют для таких ***объектов*** гражданских прав, которые *находятся в сфере действия закона* и их *использование возможно только с согласия правообладателя*. Так, ст. 1225 ГК РФ содержит *охраняемый законом закрытый перечень результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации*. С нашей точки зрения, такую позицию законодателя можно объяснить тем, что эти нормы направлены на предупреждение нарушений личного неимущественного права на неприкосновенность, т.е. его защиту.

Рассмотренная *классификация сроков* на:

– сроки защиты интеллектуальных прав,

– сроки охраны объектов результатов интеллектуальной деятельности,

обладает практической ценностью, поскольку для каждого из этих видов сроков установлены особые правовые режимы, определяющие различные правовые последствия, пренебрежение которыми наверняка повлечет за собой негативные правовые последствия.

§ 2. Сроки действия исключительных прав в отношении объектов авторских прав

Сроки действия авторских прав, правила их исчисления, основания и порядок продления, а также прекращения исключительного права до истечения установленного срока регулируются нормами гл. 70 ГК РФ. В частности, общее правило исчисления сроков действия исключительных прав содержится в ст. 1230 ГК РФ. Эта норма распространяется не только на результаты интеллектуальной деятельности, но и на средства индивидуализации. Диспозиция данной статьи носит отсылочный характер, так как продолжительность срока действия исключительного права на конкретный результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации, порядок исчисления такого срока, основания и условия его продления или прекращения устанавливаются нормами ГК РФ, определяющими правовой режим отдельных объектов интеллектуальных прав.

Важная особенность сроков действия исключительных прав: законодатель «предоставил полномочия» по регулированию сроков действия исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации только Гражданскому кодексу РФ, следовательно, ни федеральными законами, ни иными нормативными правовыми актами, ни договорами указанные в ГК РФ сроки не могут изменяться, за исключением случаев, предусмотренных ГК РФ. Этот вывод подтверждается диспозицией ст. 1230 ГК РФ.

Говоря о сроках действия исключительных прав в авторском праве, следует вспомнить, что произведение является единственным охраняемым объектом авторского права, который может быть создан в таких сферах, как наука, литература и искусство. Исключительное право на эти объекты действует в течение всей жизни автора и еще 70 лет после его смерти, считая с 1 января года, следующего за годом смерти автора (ст. 1281 ГК РФ). Если произведение было создано в соавторстве, то исключительное право на такой результат интеллектуальной деятельности, действует в течение всей жизни автора, пережившего других соавторов, и 70 лет, считая с 1 января года, следующего за годом его смерти.

В изложенных правилах необходимо уточнить два момента:

во-первых, некорректно указание, что исключительное право на произведение действует «…в течение всей жизни автора», поскольку жизнь автора делится как минимум на два этапа: а) до создания произведения – в этот период исключительное право не существовало; б) после создания произведения или его части – именно с этого момента начинает исчисляться срок действия исключительного права. Таким образом, следует уточнить, что право исключительное действует «…в течение жизни автора после выражения произведения (его части) в объективной форме»;

во-вторых, юридическое значение имеет не конкретная дата смерти автора, а именно год, поскольку моментом начала течения 70 лет является 1 января года, следующего за годом смерти автора. Иначе говоря, срок действия исключительного права заканчивается 31 декабря 70-го года независимо от даты фактической смерти автора в текущем году. В этой связи следует признать, что законодатель установил новый факт, имеющий правовое значение, – юридическая смерть автора, которая наступает для всех авторов в один день (31 декабря), правда, в разные годы. Это правило является исключением из общего порядка исчисления сроков, установленного ст. 192 ГК РФ. Рассуждая о причинах такого исключения, можно предположить, что этот упрощенный порядок исчисления срока охраны соответствует бухгалтерскому учету сумм вознаграждения, перечисленных за использование произведения. Похожие точки зрения высказывают и другие авторы[1].

Дискуссия. *Вместе с тем в цивилистической доктрине представлены и другие объяснения правил исчисления срока действия исключительного*

[1] К примеру, см.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть четвертая: Учебно-практич. комментарий / Под ред. А.П. Сергеева. М.: Проспект, 2016. С. 219.

права на произведения. Так, К.М. Гаврилов полагает, что 70-летний срок начинает действовать со дня, следующего после смерти автора, а в последний 70-й год его действие продлевается до 31 декабря, если автор не умер именно 31 декабря[1].

Такая аргументация не обладает практической значимостью, поскольку в силу императивной нормы срок заканчивается при любом объяснении именно 31 декабря. Более правильно формулировать порядок определения срока охраны исключительных прав на произведение в зависимости именно от года смерти автора, а не от даты смерти[2].

Особенности исчисления действия исключительного права на произведение в ситуациях, когда произведение обнародовано анонимно или под псевдонимом, установлены п. 2 ст. 1281 ГК РФ. Для таких произведений срок действия исключительного права возникает в момент обнародования, а истекает через 70 лет, считая с 1 января года, следующего за годом его правомерного обнародования.

Таким образом, в данных ситуациях срок действия исключительного права на произведение сокращен, поскольку из-за неизвестности автора, скрывшего свое подлинное имя под псевдонимом или участвующего в гражданском обороте анонимно, невозможно установить год его смерти и, соответственно, определить срок действия исключительного права на период жизни такого автора. Законодатель использует презумпцию: в этих ситуациях срок истекает через 70 лет, считая с 1 января года, следующего за годом правомерного обнародования произведения.

Однако, если в течение указанного срока автор произведения, обнародованного анонимно или под псевдонимом, раскроет свою личность или его личность не будет далее оставлять сомнений, то исключительное право будет действовать в течение общих сроков, т.е. в течение всей жизни автора и еще 70 лет после его смерти, считая с 1 января года, следующего за годом смерти автора. Полагаем, такая «оговорка» законодателя обусловлена желанием уравнять в правах тех авторов, которые хотя и по истечении некоторого времени, но все же раскрыли свою личность, пользуясь правом на свободное использование псевдонима (ст. 19, 1265 ГК РФ).

Нередко на практике возникает вопрос: могут ли наследники либо другие владельцы исключительного права раскрыть личность автора

[1] *Гаврилов К.М.* Сроки действия исключительных гражданских прав. М.: ИНИЦ ПАТЕНТ, 2013. С. 44.

[2] См., например: Право интеллектуальной собственности: Учебник / Под ред. И.А. Близнеца. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2016. С. 115.

после его смерти? Прямого ответа на данный вопрос ГК РФ не содержит. Однако диспозиция п. 3 ст. 1268 ГК РФ позволяет сделать вывод, что это право возникает при отсутствии явно выраженного запрета (скажем, в письмах, дневниках, завещании и т.п.) со стороны автора. В таком случае наследники либо другие владельцы исключительного права могут раскрыть личность автора и воспользоваться указанным правом в течение 70 лет со дня смерти автора – наследодателя.

Эти же правила исчисления срока действия исключительного права применяются и в тех случаях, когда произведение обнародовано в течение 70 лет после смерти автора: исключительное право действует в течение 70 лет после обнародования произведения, считая с 1 января года, следующего за годом его обнародования. Например, автор умер в 1950 г., а его произведение впервые правомерно обнародовано 20 августа 2016 г., т.е. до истечения 70 лет с года смерти, соответственно, исключительное право на произведение этого автора возникнет на следующий день после обнародования, т.е. 21 августа 2016 г. (на основании ст. 191 ГК РФ), а 70-летний срок его действия начнет исчисляться с 1 января 2017 г.

Если произведение правомерно *обнародовано по истечении* 70-летнего срока после смерти автора, то исключительное право на произведение не восстанавливается.

Правовым основанием для установления такого порядка исчисления срока послужили *юридические факты*, которые *могут быть как объективными* (например, автор думал, что рукопись утрачена, а ее нашли после его смерти), *так и субъективными* (скажем, автор желал опубликовать свое произведение в только «Роман-газете», а издательство отказало).

Более длительные (льготные) сроки действия исключительных прав на произведения установлены репрессированным, а затем посмертно реабилитированным авторам, обширный перечень таких лиц с указанием основных биографических данных, обвинений, по которым они признаны реабилитированными, периодически публикуются органами печати[1]. Срок действия исключительного права для этих граждан *считается продленным* и 70 лет исчисляются с 1 января года, следующего за годом реабилитации автора произведения.

Диспозиция этой нормы (п. 5 ст. 1281 ГК РФ) применяется лишь в случаях, когда срок действия исключительного права на произведение

[1] Более подробно см.: ст. 18 Закона РФ от 18 октября 1991 г. № 1761-I (ред. от 9 марта 2016 г.) «О реабилитации жертв политических репрессий» // СПС «КонсультантПлюс».

репрессированного автора не истек к моменту его посмертной реабилитации. Если же такой срок истек, то у наследников отсутствует право на его восстановление.

Несомненно, законодатель, вводя указанное ограничение, стремился установить временной барьер для реализации наследниками своего права на получение вознаграждения от использования произведений реабилитированных родственников. Однако практика свидетельствует, что правовые нормы не могут «охватить» все реальные общественные отношения. Так, Осип (Иосиф) Мандельштам, будучи репрессированным, умер в пересыльном пункте ГУЛАГа в 1938 г., а затем дважды посмертно реабилитирован (по делу 1938 г. – в 1956 г., по делу 1934 г. – в 1987 г.), эти юридические факты являются основанием к тому, чтобы сделать вывод: срок действия исключительных прав на произведения этого автора начал действовать первоначально с 1 января 1957г., а затем в результате вторичной реабилитации прервался и стал исчисляться с 1 января 1988 г. и закончится 31 декабря 2058 г.

Авторам, работавшим во время Великой Отечественной войны (ВОВ) или участвовавшим в ней, посмертный срок действия исключительного права, увеличивается на четыре года (п. 5 ст. 1281 ГК РФ). Несомненно, эти обстоятельства следует квалифицировать как объективные юридические факты, т.е. не зависящие от воли автора, продляющие срок действия исключительного права.

Эта норма не содержит уточнения о времени создания произведения, поэтому п. 5 ст. 1281 ГК РФ применяется даже в тех случаях, когда автор создал произведение после Великой Отечественной войны. К примеру, мемуары «Воспоминания и размышления» маршал Г.К. Жуков написал, находясь на заслуженном отдыхе, т.е. в послевоенное время, впервые это произведение опубликовано в 1969 г., тем не менее срок действия исключительного права после смерти (18 июня 1974 г.) составляет 74 года, который исчисляется с 1 января 1975г.

Дискуссия. *Вопрос о продолжительности срока действия исключительного права на произведение после смерти автора уже несколько десятилетий вызывает активные дискуссии. Высказывались различные аргументы в пользу дифференцированного подхода к срокам действия таких прав. Так, некоторые цивилисты предлагали установить более длительные периоды действия исключительных прав для авторов, произведения которых пользуются потребительским спросом и по истечении 70 лет после смерти автора. По их мнению это позволит наследникам «материально ощущать» признание обществом творческих заслуг своего умершего родственника. Кроме того, приводились статистические данные*

об увеличении средней продолжительности жизни. Видимо, с учетом этих и других аргументов, в 2004 г. когда отечественное законодательство в сфере интеллектуальной собственности претерпело модернизацию в целях унификации с международными соглашениями, Россия так же, как и страны ЕС, продлила действие указанного срока до 70 лет, внеся соответствующее изменение в ст. 27 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», несмотря на ст. 7 Бернской конвенции, устанавливающую срок действия исключительных прав на произведение после смерти автора 50 лет.

Порядок исчисления сроков действия авторских прав на произведения изменялся неоднократно, при этом предусматривались исключения из общего правила, которые касались как субъективных фактов (скажем, обнародование произведения анонимно), так и объективных (допустим, участие в Великой Отечественной войне), что на практике вызывало и до сих пор вызывает многочисленные вопросы, приводящие к судебным разбирательствам.

В подтверждение сложности ситуации сошлемся на нормы, устанавливающие 70-летний срок действия исключительных прав на произведения и предусматривающие особые условия их действия. Эти нормы применялись только в тех случаях, когда на день вступления в силу Федерального закона от 20 июля 2004 г. № 72-ФЗ «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах»» 50-летний срок действия авторского права не истек, т.е. указанные положения имели обратную силу (в отличие от иных правил). Если же 50-летний срок истек, то правовой режим произведения, перешедшего в общественное достояние, не изменялся.

Ситуация осложнилась тем, что, присоединившись к Бернской конвенции (1995 г.), Россия приняла на себя обязательства предоставить охрану *всем* иностранным произведениям, в отношении которых не истекли предусмотренные национальным законодательством сроки действия авторских прав, при этом они не должны быть короче сроков, предусмотренных указанной Конвенцией. В связи с тем, что момент создания произведения установить весьма проблематично, поэтому в качестве юридического факта, с наступлением которого возникают интеллектуальные права, обычно указывают дату его первого обнародования, в том числе путем опубликования. Поскольку обязательная регистрация таких объектов не предусмотрена, то часто говорят, что они охраняются «автоматически». Тем не менее при необходимости следует доказывать факт существования объективно выраженной формы произведения на определенную дату.

Момент исчисления срока действия исключительного права на произведение определяется нормами части четвертой ГК РФ весьма «расплывчато»: указаны критерии «как обнародованное, так и не обнародованное». Это позволяет сделать вывод, что основным юридическим фактом является момент создания произведения, т.е. выражение его в объективной форме. Казалось бы, все просто, произведение получило объективно выраженную форму, оно создано, соответственно, срок действия исключительного права на него начал свое исчисление. Однако, как справедливо отмечает К.М. Гаврилов, произведение может создаваться в течение длительного времени, т.е. по частям. В этом случае согласно п. 7 ст. 1259 ГК РФ авторские права распространяются на часть произведения[1], если по своему характеру они могут быть признаны самостоятельным результатом творческого труда автора и отвечают требованиям охраноспособности.

И это только несколько примеров, свидетельствующих о сложности исчисления сроков действия исключительных прав на произведения. Поэтому в целях обеспечения единообразных подходов решения практических вопросов применения сроков действия исключительных прав в отношении объектов авторских прав целесообразно принимать во внимание позицию высших судебных органов, которые формулируют соответствующие рекомендации, в частности, Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации», в котором разъяснен порядок применения ряда норм ГК РФ, регулирующих сроки охраны интеллектуальных прав:

Скажем, если 50-летний срок действия авторского права на произведение истек в период после 31 декабря 1992 г. до 28 июля 2004 г. (т.е. до вступления в силу вышеуказанного Федерального закона от 20 июля 2004 г. № 72-ФЗ) и произведение перешло в общественное достояние, то с 1 января 2008 г. действие исключительного права на это произведение возобновляется и его срок исчисляется по правилам, предусмотренным ст. 1281 ГК РФ.

Действия лиц, использовавших произведения, которые находились до 1 января 2008 г. в общественном достоянии, и соблюдавших положения ст. 27 Закона «Об авторском праве», несмотря на возобновление действия исключительного права на произведение, не могут считаться

[1] *Гаврилов К.М.* Сроки действия исключительных гражданских прав. С. 40.

нарушением. Вместе с тем дальнейшее использование произведения должно осуществляться в соответствии с нормами ГК РФ.

Эта позиция ВС РФ и ВАС РФ соответствует ст. 6 Федерального закона от 18 декабря 2006 г. № 231-ФЗ «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации», которая устанавливает, что сроки охраны авторских и смежных прав применяются в случаях, когда 50-летний срок действия авторского права или смежных прав не истек к 1 января 1993 г.

Почему законодатель указал дату именно 1 января 1993 г.? Дело в том, что Постановление Верховного Совета РФ от 9 июля 1993 г. № 5352-I «О порядке введения в действие Закона Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах»» содержит императивную норму: сроки охраны прав, предусмотренные ст. 27 и 43 указанного Закона, применяются во всех случаях, когда 50-летний срок действия авторского права или смежных прав не истек к 1 января 1993 г. Вводя часть четвертую ГК РФ, законодатель вынужден был сохранить «стартовую» дату отсчета сроков исчисления исключительных прав на произведения, чтобы обеспечить преемственность законов. В итоге в настоящее время срок действия исключительного права на произведение может составлять более 100 лет.

Дискуссия. *В научной литературе есть суждения не только о пользе увеличения сроков действия исключительных прав на произведения, но и наоборот, о негативных последствиях «длинных» сроков. Так, П.В. Степанов убежден, что дальнейшее увеличение срока действия исключительного права нарушит баланс интересов правообладателей, пользователей и потребителей*[1]*. Правильность высказанных точек зрения будет проверена временем.*

Досрочное прекращение или приостановление срока действия исключительного права на объекты авторских и смежных прав. Как показывает практика, достаточно большое количество управомоченных субъектов по разным причинам желают предоставить любому лицу возможность безвозмездно использовать произведения или объекты смежных прав на определенных условиях. С юридической точки зрения эти желания, пользуясь нормами отечественного законодательства, можно реализовать посредством односторонней сделки, совершенной на основании п. 5 ст. 1233 ГК РФ в форме публичного заявления, которое рассматривается как способ распоряжения исключительным правом.

[1] Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части четвертой (постатейный) // Отв. ред. Л.А. Трахтенгерц. М.: Инфра-М, 2009. С. 215.

Однако правовые последствия таких заявлений квалифицируются по-разному. Так, во многих зарубежных правовых системах факт предоставления права безвозмездно использовать результат интеллектуальной деятельности является основанием досрочного прекращения авторских прав и перехода произведения в общественное достояние. Этот инструмент предоставляет система лицензий *Creative Commons* (так наз. CC0)[1], но она не имплементирована в отечественную правовую систему. Тем не менее российский законодатель, понимая важность и значимость проблемы, «движется в правильном направлении». В частности, после вступления в силу изменений ГК РФ, внесенных Федеральным законом от 12 марта 2014 г. № 35-ФЗ, правообладатель может реализовать свое желание предоставить обществу возможность безвозмездно использовать произведение или объект смежных прав на определенных условиях путем размещения установленной формы заявления на официальном сайте уполномоченного федерального органа исполнительной власти в сети «Интернет». При этом правообладатель должен выполнить ряд условий:

во-первых, согласно п. 5 ст. 1233 ГК РФ *такое заявление должно содержать сведения, позволяющие идентифицировать правообладателя и принадлежащие ему произведение или объект смежных прав;*

во-вторых, *заявление должно быть публичным,* т.е. информация доступна неопределенному кругу лиц и любой субъект вправе безвозмездно использовать произведение науки, литературы или искусства либо объект смежных прав на определенных правообладателем условиях;

во-третьих, диспозиция п. 5 ст. 1233 ГК РФ содержит *императивные нормы*, запрещающие правообладателю не только отзывать свое заявление о безвозмездном использовании произведения либо объекта смежных прав, но и ограничивать обнародованные им условия использования произведения либо объекта смежных прав;

в-четвертых, *правообладатель может указать срок безвозмездного использования* произведения либо объекта смежных прав. При этом п. 5 ст. 1233 ГК РФ не указывает период, на который правообладатель может разрешить безвозмездно использовать произведение или объект смежных прав. Отсюда вполне логично сделать вывод, что диспозиция указанной нормы позволяет правообладателю предоставить право безвозмездно использовать произведение или объект смежных прав любому субъекту на весь срок действия своего исключительного права. И только в случаях, если правообладатель в публичном заявле-

[1] Более подробно см., например: http://creativecommons.ru/licenses

нии не укажет срок действия права безвозмездного использования, то применяется презумпция – срок безвозмездного использования произведения либо объекта смежных прав составляет пять лет (абз. 4 п. 5 ст. 1233 ГК РФ).

В-пятых, *правообладатель может указать территорию использования* произведения либо объекта смежных прав. Поскольку эта норма не содержит конкретных ограничений воли правообладателя, то вполне логично предположить, что у последнего есть возможность предоставить право безвозмездного использования произведения либо объекта смежных прав на территории не только Российской Федерации, но и любых других государств или вообще во всем мире. Если же в заявлении правообладателя отсутствует указание на территорию, то считается, что это территория Российской Федерации (абз. 5 п. 5 ст. 1233 ГК РФ).

Диспозиция п. 5 ст. 1233 ГК РФ позволяет сделать вывод, что, предоставив любому субъекту право безвозмездно использовать произведение или объект смежных прав на весь срок действия исключительного права на территории любого государства, правообладатель, *распорядившись таким образом своим исключительным правом, по сути, отказывается от него.* Похожее мнение высказано и известным отечественным цивилистом А.П. Сергеевым[1].

Вместе с тем следует отметить, что существуют и другие точки зрения. Так, Р.А. Будник полагает, что в данном случае правообладатель действительно распоряжается принадлежащим ему исключительным правом, но при этом не отказывается от него. Правовым последствием осуществления данного правомочия является переход произведения или объекта смежных прав в общественное достояние[2]. Уважая мнение Р.А. Будника, позволим себе не согласиться с ним. Дело в том, что объекты интеллектуальной собственности, перешедшие в общественное достояние, согласно ст. 1282 ГК РФ могут ***свободно*** использоваться любым лицом без чьего-либо согласия или разрешения и без выплаты авторского вознаграждения. В то же время, руководствуясь п. 5 ст. 1233 ГК РФ, правообладатель *обязан определить условия безвозмездного использования* произведения либо объекта смежных прав. Если он это не сделает, то применяются нормы п. 5 ст. 1233 ГК РФ, *т.е. на указанные*

[1] Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть четвертая: Учебно-практич. комментарий / Под ред. А.П. Сергеева. М.: Проспект, 2016. С. 47 (автор главы – А.П. Сергеев).

[2] *Будник Р.А.* Проблемы имплементации лицензий creative commons в России // Закон. 2016. № 10 (http://www.igzakon.ru/magazine456).

объекты право свободного использования отсутствует. Поэтому признавать такие объекты общественным достоянием вряд ли возможно.

В-шестых, правообладатель не может предоставить право безвозмездно использовать произведение либо объект смежных прав, если он «связан» *исключительной* лицензией на использование результата интеллектуальной деятельности в тех же пределах. Такое публичное заявление не породит правовых последствий, оно недействительно, поскольку исключительное право уже передано лицензиату. Более того, есть основания утверждать, что правообладатель с момента вступления в силу договора об исключительной лицензии, утрачивает свой статус. Когда правообладатель делает указанное заявление, несмотря на действующую возмездную ***не****исключительную* лицензию на использование произведения в тех же пределах, то действие лицензионного договора прекращается, и правообладатель обязан возместить лицензиату причиненные убытки.

С учетом изложенного полагаем, что такой способ распоряжения исключительным правом, как отказ от него и, соответственно, досрочное прекращение исключительного права, пока не предусматривается законодательством, но потребность его использования в отечественной правовой системе имеется.

Дискуссия. *Анализируя тенденции развития гражданского законодательства о полном отказе от исключительного права на произведения, российские цивилисты не отрицают такую возможность, поскольку аналогичные права предоставлены собственнику (ст. 236, 415 ГК РФ)*[1]. *Поддерживая эту научную позицию на условиях аналогии закона, дополним ее тем, что полный отказ от исключительного права, по нашему мнению, возможен посредством института публичной безотзывной оферты, если произведение создано одним автором или исключительное право принадлежит одному правообладателю, а также в случаях отказа всех соавторов или всех правообладателей. В итоге таких юридически значимых действий произведение становится свободным от исключительных прав и поступает в общественное достояние еще до того, как истек предельный срок его охраны*[2].

С нашей точки зрения, полный отказ от исключительного права должен найти свое место в отечественной правовой системе, чтобы

[1] См., например: *Гаврилов Э.* Законодательство об интеллектуальных правах: новеллы, внесенные Федеральным законом от 12 марта 2014 г. № 35-ФЗ в главу 69 ГК РФ // Хозяйство и право. 2014. № 8. С. 50–67.

[2] Аналогичная точка зрения высказана К.М. Гавриловым, см.: *Гаврилов К.М.* Сроки действия исключительных гражданских прав. С 52.

«обойти» запрет, содержащийся в п. 2 ст. 9 ГК РФ: «Отказ граждан и юридических лиц от осуществления принадлежащих им прав не влечет прекращения этих прав, за исключением случаев, предусмотренных законом». Таким образом, отказ от исключительного права должен быть легитимным, т.е. его нужноо предусмотреть в соответствующей норме закона.

Здесь уместно отметить, что предлагаемая норма должна содержать право всех заинтересованных лиц не только безвозмездно, но и свободно использовать произведение. Наличие именно совокупности данных условий отказа от исключительного права на произведение позволит квалифицировать такое произведение как перешедшее в общественное достояние. В этих случаях будет иметь место досрочное прекращение исключительного права на произведение и переход его в общественное достояние.

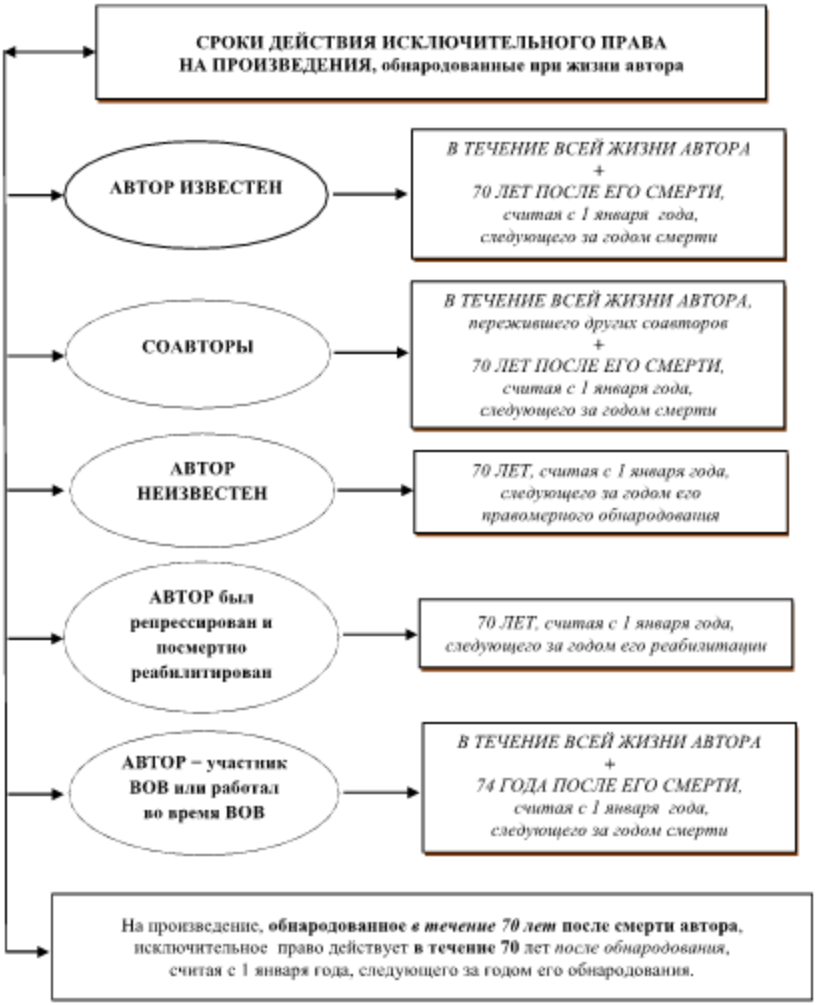
После прекращения срока действия исключительного права произведения как обнародованные, так и необнародованные переходят в общественное достояние в порядке и на условиях, предусмотренных ст. 1282 ГК РФ.

Завершая анализ сроков действия исключительных прав в отношении произведений, целесообразно рассмотреть их с точки зрения условий лицензионных договоров, а именно сформулировать правила о сроках как существенных условиях лицензионных договоров, поскольку срок лицензионного договора предопределяется периодом действия исключительного права на указанные объекты, а если такие права используются посредством сублицензионного договора, то срок его действия находится в прямой зависимости от лицензионного договора (п. 3 ст. 1238 ГК РФ).

Если стороны лицензионного или сублицензионного договоров нарушат эти правила, т.е. установят более длительные сроки, то договор считается заключенным на срок действия исключительного права (императивная норма). При отсутствии в лицензионном договоре условия о сроке его действия, договор считается заключенным на пять лет, если ГК РФ не предусмотрено иное в отношении предмета сделки. Однако если к моменту заключения лицензионного договора оставшийся срок действия исключительного права будет менее пяти лет, то применяется общее правило – договор считается заключенным на оставшийся срок исключительного права.

В случаях досрочного прекращения исключительного права, как отмечено выше, лицензионные договоры прекращают свое действие, а на лицензиара возлагается ответственность за нарушение исключительного права лицензиата (п. 3 ст. 1237 ГК РФ).

Схема 2. Сроки действия исключительного права на объекты авторских и смежных прав по ГК РФ



§ 3. Сроки действия исключительных прав в отношении объектов смежных прав

Для каждого объекта смежных прав установлены особые исключительные права, поэтому и вопрос о сроках будет рассмотрен применительно к каждому из объектов смежных прав самостоятельно.

Срок действия исключительного права на исполнение

В соответствии с п. 1 ст. 1318 ГК РФ исключительное право на исполнение принадлежит исполнителю в течение всей его жизни, но не менее 50 лет, которые начинают течь с 1 января года, следующего после осуществления исполнения, либо записи исполнения, либо сообщения в эфир или по кабелю. Эта норма имеет большое практическое значение, так как гарантирует исполнителю – сколь долго бы не продолжалась его жизнь, исключительное право на исполнение будет сопутствовать ему всю жизнь.

В то же время если учесть, что исполнение осуществляется как правило в период профессиональной деятельности человека, то можно прийти к выводу, что исключительное право на данный объект нередко сохраняет свое действие в пределах оставшейся после смерти исполнителя части 50 срока. Управление этим правом в таких случаях осуществляют наследники (п. 4 ст. 1318 ГК РФ).

Данное положение принципиально отличается от ранее действовавшего правила, установленного ст. 43 Закона «Об авторском праве»: срок действия имущественного права не зависел от продолжительности жизни исполнителя и составлял 50 лет после первого исполнения или постановки, т.е. имущественное право исполнителя могло прекратиться при его жизни. Таким образом, ныне действующие правовые нормы предусматривают более длительные сроки действия исключительного права на исполнение.

Для репрессированных, а затем посмертно реабилитированных исполнителей срок действия исключительного права согласно уже упоминавшейся ст. 1318 ГК РФ *считается продленным*, и 50-летний срок действия исключительных прав на исполнение исчисляется с 1 января года, следующего за годом реабилитации исполнителя, независимо от периода времени, прошедшего от момента первого исполнения и до даты смерти исполнителя. При этом во внимание принимаются два юридических факта:

– реабилитация должна быть посмертной;

– дата реабилитации исчисляется годом, т.е. не имеют правового значения ни месяц ни число этого года (с 1 января по 31 декабря включительно).

Приведенные правила ГК РФ нуждаются в уточнении. Дело в том, что с 1 января года, следующего за годом реабилитации исполнителя, 50 лет начинают течь заново. Поэтому в п. 2 ст. 1318 ГК РФ правильнее говорить о полном восстановлении срока.

Для исполнителей, работавших во время Великой Отечественной войны или участвовавших в ней, так же как и для авторов произведений, срок действия исключительного права продлен на четыре года (п. 3 ст. 1318 ГК РФ), т.е. равен 54 годам.

Управление исключительным правом исполнителя, посмертно реабилитированного или работавшего во время Великой Отечественной войны, а также участника Великой Отечественной войны осуществляют его наследники.

ГК РФ не регулирует ситуацию, когда репрессированный исполнитель работал во время Великой Отечественной войны, а затем посмертно реабилитирован. Здесь можно предположить два варианта решения:

а) срок действия исключительного права такого исполнителя составляет 50 лет, которые начнут исчисляться с 1 января года, следующего за годом реабилитации исполнителя. Данный вариант исчисления срока основан на том, что нормы ст. 1318 ГК РФ являются императивными и не предусматривают возможности суммирования, т.е. более короткий срок поглощается более длинным;

б) срок действия исключительного права равен 54 годам и начинает исчисляться с 1 января года, следующего за годом реабилитации исполнителя. Этот вывод аргументируется тем, что ст. 1318 ГК РФ содержит два самостоятельных основания продления срока действия исключительного права и если субъект (исполнитель) соответствует каждому из них, то, соответственно, общий срок представляет собой сумму двух слагаемых (50+4).

С нашей точки зрения, второе решение соответствует цели предусмотренных законом исключений – создание более благоприятных условий для граждан, перенесших тяготы режима репрессий или периода Великой Отечественной войны.

Истечение срока действия исключительного права на исполнение является основанием для перехода этого объекта смежных прав в общественное достояние. Такой правовой режим исполнения предоставляет возможность использовать его в пределах и на условиях, которые идентичны правилам использования произведений, перешедших в общественное достояние (п. 5 ст. 1318 и п. 2 ст. 1282 ГК РФ).

Срок действия исключительного права на фонограмму

Срок действия исключительного права на фонограмму определяется нормами ст. 1327 ГК РФ, которые в своей совокупности образуют несколько юридических составов:

во-первых, исключительное право на фонограмму так же, как и на другие результаты интеллектуальной деятельности, *является срочным* и исчисляется *годами*, поэтому конкретные даты записи фонограммы или ее обнародования, на первый взгляд, не имеют правового значения.

Однако уже с момента записи (например, 15 января 2015 г.) фонограмма может быть предметом обязательственных отношений, соответственно, изготовитель фонограммы приобретает на нее интеллектуальные права (ст. 1323 ГК РФ), в том числе и исключительное право;

во-вторых, по общему правилу, исключительное право на данный результат интеллектуальной деятельности действует *в течение 50 лет;*

в-третьих, ст. 1327 ГК РФ указывает на два юридических факта, каждый из которых по сути является *основанием*, определяющим момент (дату) исчисления срока действия исключительного права на фонограмму. Однако второе основание применяется при наличии обстоятельств, подтверждающих его связь с первым, поэтому его следует признать зависимым.

Итак, *первое основание – год осуществления записи фонограммы*. Исключительное право на данный результат интеллектуальной деятельности действует в течение *50 лет*. При этом срок исчисляется с 1 января следующего года после осуществления записи. Если за указанный период фонограмма не обнародована, то срок действия исключительных прав истекает 31 декабря 50-го года.

Второе основание – обнародование фонограммы, применяется при условии, что фонограмма была обнародована в течение 50 лет после года осуществления записи, т.е. диспозиция ст. 1327 ГК РФ указывает на зависимость второго основания от первого. В этом случае срок действия исключительного права на фонограмму *удлиняется еще на 50 лет после года обнародования фонограммы*.

Если учесть, что обнародование может быть осуществлено в 50-й год действия исключительного права с момента записи фонограммы и на этом основании срок продлевается еще на 50 лет, то вполне естественно предположить необходимость перехода исключительного права к наследникам и другим правопреемникам изготовителя фонограммы. Именно такая возможность предусмотрена в п. 2 ст.1327 ГК РФ, норма которого ограничивает полномочия указанных лиц оставшейся частью срока действия исключительного права на фонограмму.

Таким образом, максимальный срок действия исключительного права на обнародованную фонограмму может приближаться к 100 годам, который начинает течь, как отмечено выше, с 1 января года, следующего за годом осуществления записи, а затем продлевается еще на 50 лет после года обнародования. Кроме того, к этому сроку прибавляются месяцы и дни, *с даты осуществления записи фонограммы и до 31 декабря текущего года включительно*.

После прекращения действия исключительного права на фонограмму она переходит в общественное достояние и может свободно

использоваться любым лицом без чьего-либо согласия или разрешения и без выплаты вознаграждения.

Срок действия исключительного права на сообщение радио- или телепередач

Порядок исчисления срока действия исключительного права на сообщение радио- или телепередачи в сравнении со сроками на иные объекты результатов интеллектуальной деятельности довольно прост:

– исключительное право действует в течение *50 лет*, которые начинают исчисляться с 1 января года, следующего за годом выпуска передачи в эфир или по кабелю.

Диспозиция ст. 1331 ГК РФ содержит закрытый перечень способов использования сообщения радио- или телепередачи, а именно: в эфир или по кабелю. Отсюда следуют **важные выводы:**

• *если сообщение радио- или телепередачи доведено до всеобщего сведения посредством информационно-телекоммуникационных сетей, то указанный срок действия исключительного права на такие сообщения не распространяется*, несмотря на нормы п. 2 ст. 1330 ГК РФ, которые признают распространение сообщения радио- или телепередачи с помощью указанных технологий использованием;

• *исключительные права на сообщения* радио- или телепередачи, *распространенные посредством информационно-телекоммуникационных сетей,* охраняются в зависимости от их вида как исключительные права на произведения, исполнения или фонограммы. Если сообщение радио- или телепередачи, записанное в соответствии с подп. 1 п. 2 ст. 1330 ГК РФ, не было передано в эфир или по кабелю, нормы ст. 1331 ГК РФ к таким результатам интеллектуальной деятельности не применимы.

Оборотоспособность сообщения радио- или телепередачи обусловила возможность правопреемства не только юридических лиц, но и граждан, в том числе в порядке наследования. Однако изменение субъектов исключительных прав на указанные объекты не имеет юридического значения для срока действия исключительного права: *новые владельцы исключительного права будут использовать сообщения радио- или телепередачи в пределах оставшейся части срока*.

После прекращения действия исключительного права на сообщение радио- или телепередачи такое сообщение переходит в общественное достояние и любое лицо вправе использовать его в течение неограниченного времени свободно без чьего-либо согласия или разрешения и без выплаты вознаграждения. Этот режим установлен Федеральным

законом от 12 марта 2014 г. № 35-ФЗ, до вступления в силу указанной нормы применялась по аналогии ст. 1282 ГК РФ.

Срок действия исключительного права изготовителя базы данных

Статья 1335 ГК РФ устанавливает *общее правило*: срок действия исключительного права изготовителя базы данных равен *15 годам* и начинает исчисляться с 1 января года, следующего за годом создания указанного объекта интеллектуальной собственности.

В этой норме сохранен принцип установления сроков действия исключительных прав на объекты авторского права (исчисляется годами, т.е. «точкой отсчета» является не конкретная дата создания объекта, а год). Вместе с тем к срокам действия исключительных права на эти объекты применимо такое же правило, как и для других результатов интеллектуальной деятельности – *изготовитель может пользоваться исключительным правом уже с момента завершения создания базы*. Иными словами, если созданную базу данных не модернизировать и не обнародовать, то срок действия исключительного права на нее будет включать в себя два периода:

а) от момента завершения создания и до 31 декабря (включительно) текущего года;

б) в течение последующих 15 лет, исчисляя их с 1 января года, следующего за годом создания.

Момент возникновения срока правовой охраны основан на юридическом факте – *завершения создания базы данных*. Поскольку законодатель не установил критерии признания работы законченной, то моментом ее завершения и, соответственно, возникновения срока действия исключительного права следует считать принятие изготовителем *субъективного решения* о готовности базы данных к использованию[1].

Следующее правило о порядке исчисления сроков действия исключительных прав на базы данных состоит в том, что *каждое обновление, даже самое минимальное, является основанием для возобновления срока* действия исключительного права на данный объект. Этот вывод аргументируется тем, что ст. 1335 ГК РФ не содержит критериев обновления, поэтому факт обновления базы данных определяется изготовителем самостоятельно. Такая ситуация может повторяться неограниченное число раз.

[1] Аналогичное суждение высказано В.О. Калятиным – см.: Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского; вступ. ст. В.Ф. Яковлева; Иссл. центр частн. права. М.: Статут, 2008. С. 496 (автор параграфа – В.О. Калятин).

Правило о возобновлении срока действия исключительного права на базу данных установлено в целях развития у изготовителя желания постоянного обновления (модернизации, совершенствования и тому подобного улучшения) объекта своего исключительного права.

На первый взгляд может сложиться мнение, что эта норма направлена на постоянное развитие IT-технологий. Однако некоторые авторы отмечают, что анализируемая диспозиция делает смежно-правовую охрану баз данных бессрочной, что едва ли соответствует потребностям современного информационного общества. Поэтому предлагается официально установить критерии оценки качества и количества обновления базы данных, которые будут являться основаниями пролонгации срока действия исключительного права[1]. Разумность этого предложения очевидна.

Срок действия исключительного права публикатора на произведение

У гражданина, который сделал необнародованное произведение и перешедшее в общественное достояние *доступным для всеобщего сведения* ***любым правомерным способом***, возникает *исключительное право публикатора* (§ 6 гл. 71 ГК РФ), которое действует с момента обнародования этого произведения и в течение последующих *25 лет*, считая с 1 января года, следующего за годом обнародования.

Сравним нормы: *срок действия исключительного права* ***публикатора*** *возникает независимо от способа обнародования произведения,* т.е. включая интернет-ресурсы. Здесь главный критерий – правомерность доведения до всеобщего сведения[2]. Иначе обстоит дело (как мы уже знаем) со *сроком действия исключительного права на* ***сообщения*** *радио- или телепередач*. На эти объекты срок действия исключительного права возникает лишь при условии, что *имело место сообщение в эфир или по кабелю*.

Срок действия исключительного права публикатора вполне логично «привязан» к такому юридическому факту, как обнародование произведения *любым способом,* и его правовое регулирование осуществляется нормами ст. 1340 ГК РФ. Следует отметить, что для этого вида смежных прав публикатора сохранен общий принцип подсчета срока – он исчисляется годами, т.е. исключительное право действует в течение 25 лет, которые

[1] См., например: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть четвертая: Учебно-практич. комментарий / Под ред. А.П. Сергеева. М.: Проспект, 2016. С. 337.

[2] Аналогичного мнения придерживаются и другие авторы – см., например: Научно-практический комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. В 2 т. Т. 2. Ч. III, IV ГК РФ / Под ред. Т.Е. Абовой, М.М. Богуславского, А.Г. Светланова; Ин-т гос-ва и права РАН. 6-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт, 2011. С. 369.

«отсчитываются» с 1 января года, следующего за годом обнародования. Отсюда можно сделать вывод, что моментом начала течения 25-летнего срока является не год обнародования произведения, а следующий за ним год.

Диспозиция ст. 1340 ГК РФ так же, как и другие нормы, регулирующие сроки действия исключительных прав на смежные объекты, устанавливает два правила, которые не соотносятся друг с другом. Во-первых, п. 1 указанной статьи содержит императивную норму: исключительное право публикатора на произведение *возникает в момент обнародования,* т.е. если публикатор выпустил произведение в свет или сделал его доступным для всеобщего сведения иным способом 10 января 2016 г., то *именно эта дата является началом течения срока исключительного права публикатора.* Во-вторых, в соответствии с этим же пунктом ст. 1340 ГК РФ, 25-летний срок считается с 1 января года, следующего за годом обнародования произведения, т.е., продолжая наш пример, исчисление *25-летнего срока* начнется с 1 января 2017 г. и закончится 1 января 2042 г., при этом последний день обладания исключительным правом публикатора – 31 декабря 2041 г.

Таким образом, *общий срок действия исключительного права публикатора будет составлять 25 лет + количество месяцев и дней с даты обнародования произведения до 31 декабря текущего года включительно.*

К сожалению, редакция п. 1 ст. 1340 ГК РФ не разъясняет это условие, поэтому может сложиться мнение, что срок действия исключительного права публикатора не может превышать 25 лет, хотя на самом деле, как усматривается из вышеприведенного примера, он может приближаться к 26 годам.

Последствия прекращения срока действия исключительного права публикатора: такое произведение может свободно и безвозмездно использоваться любым субъектом гражданского оборота без получения чьего-либо согласия или разрешения.

Обратим внимание, в законе отсутствует указание, что после прекращения срока действия исключительного права публикатора произведение переходит в общественное достояние и поэтому может свободно использоваться любым субъектом. И это не случайно, поскольку право публикатора является смежным авторскому и возникает в отношении *произведения, которое* (как отмечено выше) ***уже перешло*** *в общественное достояние* после истечения исключительного права автора либо находящегося в общественном достоянии в силу того, что оно не охранялось авторским правом.

В правоприменительной практике нередки случаи когда заинтересованные лица требуют прекращения срока действия исключительного права публикатора, аргументируя тем, что правообладатель нарушает права автора, например право на неприкосновенность произведения.

Если суд признает заявленные требования правомерными, то, руководствуясь ст. 1342 ГК РФ, вынесет решение *о досрочном прекращении исключительного права публикатора на произведение*[1].

Схема 3. Сроки действия исключительного права на объекты смежных прав

[1] См. также: Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части четвертой / Под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2011. С. 307.

§ 4. Сроки действия исключительных прав на объекты авторских и смежных прав, охраняемых в соответствии с международными договорами Российской Федерации

Международные договоры являются важнейшим элементом юридической основы межгосударственных отношений и основополагающей частью правовой системы Российской Федерации. Именно поэтому ч. 4 ст. 15 Конституции РФ и абз. 2 п. 2 ст. 7 ГК РФ устанавливают безусловный приоритет международных договоров перед нормами гражданского законодательства, т.е. если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены гражданским законодательством Российской Федерации, то императивно применяются положения международного договора. Указанные нормы Конституции РФ и ГК РФ основаны на *принципе приоритета международных норм* перед национальным законодательством[1].

Отсюда на первый взгляд может сложиться мнение, что схема исчисления сроков на объекты интеллектуальной собственности иностранных граждан довольно проста: надо открыть международный договор, прочесть соответствующие положения и далее следовать этим правилам. Однако, как показывает практика, ситуация осложняется тем, что в международных договорах довольно часто порядок и условия исчисления сроков детально не сформулированы, поскольку положения носят отсылочный характер. Поэтому приходится обращаться к другим специальным международным нормативным правовым актам, нормы которых имеют существенные отличия от правил, установленных ГК РФ, поскольку принцип приоритета норм международного права, не лишает страну – участницу международного договора предусмотреть в национальном законодательстве более длительные сроки действия исключительных прав в сравнении со сроком, предусмотренным международным договором. В качестве примера сошлемся на *Бернскую конвенцию по охране литературных и художественных произведений* от 9 сентября 1886 г., ст. 7 которой устанавливает срок охраны имущественных прав автора произведения на все время его жизни и *50 лет* после его смерти. Тем не менее

[1] Основные правила применения международных договоров в национальном законодательстве Российской Федерации установлены Федеральным законом от 15 июля 1995 г. № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации» // СЗ РФ. 1995. № 29. Ст. 2757.

Российская Федерация, будучи участником этой Конвенции, предусмотрела более длительные сроки. Как отмечено выше, в соответствии со ст. 1281 ГК РФ исключительное право на произведение действует в течение всей жизни автора и *70 лет*, считая с 1 января года, следующего за годом смерти автора. Исключительное право на произведение, созданное в соавторстве, действует в течение всей жизни автора, пережившего других соавторов, и 70 лет, считая с 1 января года, следующего за годом его смерти.

Правила исчисления сроков на произведения иностранных авторов осложняются тем, что в соответствии с п. 2 ст. 1231 ГК РФ, когда правовая охрана предоставлена объекту интеллектуальной собственности в соответствии с международным договором Российской Федерации, содержание, сроки действия исключительного права определяются, по общему правилу, нормами ГК РФ независимо от положений законодательства страны происхождения и только в порядке исключения, в случаях, *прямо* предусмотренных международными соглашениями, применяются положения иностранных правовых систем. Это правило основано на принципах *национального режима и территориального действия, а также верховенства норм* ГК РФ (абз. 4 п. 1 ст. 2 и ст. 3 ГК РФ) в отношении иных гражданско-правовых актов.

В настоящее время Россия участвует во многих международных договорах, в том числе и тех, к которым присоединился СССР. Так, в 1973 г. на территории советского государства вступила в силу *Всемирная конвенция об авторском праве* (в редакции 1952 г.), которая *охраняла произведения, впервые опубликованные только после присоединения к ней страны-участника*. Произведения иностранных авторов, опубликованные на территории страны-участника до присоединения к Всемирной конвенции, переходили в общественное достояние с момента их создания, т.е. сроки охраны в отношении таких объектов не действовали.

Здесь уместно отметить, что к моменту присоединения СССР к указанной Всемирной конвенции, на его территории было опубликовано большое количество произведений иностранных авторов, которые не имели правовой охраны в связи с отсутствием международного договора. Э.П. Гаврилов называет такие произведения «старыми объектами» и исследует вопрос: должны ли они получать охрану после того как 27 мая 1973 г. страна присоединилась к Всемирной конвенции об авторском праве, в которой уже состояли Великобритания и ФРГ, поскольку произведения граждан этих стран пользовались широким спросом и, соответственно, многократно публиковались? Аналогичная ситуация

и с использованием произведений граждан СССР за рубежом[1]. Для того, чтобы ответить на эти вопросы применительно к настоящему времени, необходимо изучить не только законодательство СССР того периода, но и ГК РФ, а также соответствующие международные договоры.

Иные правила исчисления сроков действия исключительных прав предусмотрены для стран – участников Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений, к которой Россия присоединилась в 1995 г., а в 2004 г. отечественное законодательство в сфере авторских прав было приведено в соответствие с положениями этой Конвенции, содержащей в том числе требования о предоставлении *ретроактивной* охраны произведений.

Ретроактивная охрана произведений сводится к тому, что страна, которая стала участницей Бернской конвенции, *обязана предоставить охрану всем произведениям иностранных авторов независимо от даты ее присоединения*, т.е. действие Бернской конвенции имеет обратную силу и ее нормы применяются не только к произведениям, которые будут созданы или опубликованы после даты присоединения, но и ко всем «старым» произведениям, в отношении которых не истекли предусмотренные законодательством страны происхождения сроки действия авторских прав (п. 1 ст. 18 Бернской конвенции).

Данное правило сопровождается еще одним важным требованием: национальные сроки охраны прав стран-участниц не должны быть короче сроков, предусмотренных этой Конвенцией, т.е. не могут быть менее 50 лет после смерти автора (п. 1 ст. 7 Конвенции).

Из этих общих правил исчисления сроков действия авторских прав в Конвенции предусмотрено три возможных исключения:

а) «правило сравнения сроков», исполняя которое ни одна страна, участвующая в Бернской конвенции, не обязана предоставлять «иностранным» произведениям охрану в течение более длительных сроков, чем те, которые установлены в стране их происхождения (п. 8 ст. 7 Конвенции). *Например,* гражданину Российской Федерации, опубликовавшему свое произведение в стране, в которой установлен 50-летний срок охраны имущественных прав после смерти автора, будет предоставлена правовая охрана в течение 50 лет после его смерти, несмотря на то, что для граждан Российской Федерации, опубликовавших произведения в России, этот срок составляет 70 лет. *Другая ситуация*: иностранный

[1] См.: *Гаврилов Э.* Первая «американская история», или Об обратной силе действия Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений // Хозяйство и право. 2013. № 5. С. 57–81.

автор, опубликовавший свое произведение в России, может претендовать на 70-летний срок охраны своих имущественных прав только в том случае, если в стране его происхождения установлен такой же или более длительный срок;

б) страны – участницы Конвенции могут воспользоваться специальной оговоркой и не предоставлять правовую охрану тем произведениям, которые перешли в общественное достояние в стране происхождения. Эта оговорка применима, если к моменту вступления в силу Конвенции произведение не стало еще общественным достоянием в стране происхождения вследствие истечения срока охраны (п. 1, 3 ст. 18 Конвенции);

в) страна – участница Конвенции не возобновляет охрану тех произведений, которым ранее она уже предоставляла охрану и которые на момент вступления в силу Конвенции уже перешли в ней в общественное достояние вследствие истечения ранее предоставленного в такой стране срока, несмотря на то, что в стране происхождения эти произведения не стали еще общественным достоянием вследствие истечения срока охраны.

Эти нормы Конвенции нашли отражение в ст. 1256 ГК РФ: на территории России охрана предоставляется иностранным произведениям, не перешедшим в общественное достояние в стране происхождения вследствие истечения установленного в данной стране срока действия исключительного права на эти произведения и не перешедших в общественное достояние в Российской Федерации вследствие истечения предусмотренного ГК РФ срока действия исключительного права на них.

Кроме того ст. 1256 ГК РФ устанавливает правило: произведение считается впервые обнародованным путем опубликования в Российской Федерации, если *в течение 30 дней после даты первого опубликования за пределами территории Российской Федерации оно было опубликовано на территории России*.

Специальным соглашением в смысле ст. 20 Бернской конвенции является *Договор ВОИС по авторскому праву* (подписан 20 декабря 1996 г., для России вступил в силу 5 февраля 2009 г.), ст. 12 которого уточняет правила исчисления сроков охраны произведения, за исключением фотографических произведений или произведений прикладного искусства, если применяются иные правила подсчета, чем жизнь автора:

– срок составляет не менее 50 лет после окончания календарного года, в котором с согласия автора было осуществлено правомерное

опубликование произведения, или при отсутствии такого правомерного опубликования в течение 50 лет после создания произведения;

– 50 лет после окончания календарного года создания произведения.

Важное практическое значение имеет и второй *Договор ВОИС,* также подписанный 20 декабря 1996 г., посвященный ***исполнениям и фонограммам***. Этот документ принят в целях обеспечения адекватных решений экономических, социальных и культурных вопросов, возникающих в связи с использованием указанных объектов смежных прав, а также для единообразной международной охраны прав исполнителей и производителей фонограмм. Применительно к данной теме в этом Договоре ВОИС целесообразно уделить внимание ст. 17, которая предоставляет исполнителям срок охраны их имущественных прав на *50 лет*, считая с конца года, в котором исполнение было записано на фонограмму. Эта норма учтена в ст. 1327 ГК РФ, нормы которой проанализированы выше.

Вместе с тем следует отметить, что Договору ВОИС по исполнениям и фонограммам 1996 г. предшествовал ряд других международных соглашений. К примеру, можно вспомнить *Международную конвенцию об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций* (заключена в г. Риме 26 октября 1961 г., Россия присоединилась 26 мая 2003 г.). Эта Конвенция интересна для нас тем, что устанавливает минимальные сроки охраны для исполнений и фонограмм. В частности, согласно ст. 14 срок охраны, предоставляемой данной Конвенцией, длится *по меньшей мере* до конца 20-летнего периода, исчисляемого с конца года, в котором:

a) была осуществлена запись – для фонограмм и включенных в них исполнений;

b) имело место исполнение – для исполнений, не включенных в фонограммы;

c) имело место передача в эфир – для передач в эфир.

Через 10 лет была принята *Конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм* (Женева, 29 октября 1971 г., Конвенция вступила в силу для России с 13 марта 1995 г.), ст. 4 которой, по сути, дублировала нормы ст. 14 Римской конвенции 1961 г., правда, со ссылкой на привилегию национального законодательства каждого государства-участника сохранять право определения срока действия предоставляемой охраны. Вместе с тем в этой же статье содержится императивное условие – срок предоставляемой охраны не должен быть менее 20 лет, начиная либо с конца года, в котором первая запись фонограммы была сделана, либо с конца года, когда она была впервые опубликована.

С 1 января 2012 г. вступило в силу *Соглашение «О единых принципах регулирования в сфере охраны и защиты прав интеллектуальной собственности»* (Москва, 9 декабря 2010 г.), подписанное государствами – участниками Евразийского экономического сообщества, в котором стороны приняли на себя обязательства обеспечить охрану исключительных прав на объекты авторских и смежных прав в пределах сроков, которые будут не ниже сроков, установленных предшествующими вышерассмотренными международными документами. Кроме того, Соглашение содержит диспозитивную норму о том, что в национальном законодательстве сторон могут быть закреплены более длинные сроки охраны указанных прав.

Наконец, 22 августа 2012 г. для России вступило в силу *Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности* (ТРИПС/TRIPS) (Марракеш, 15 апреля 1994 г.), которое, следуя сложившимся в международном сообществе традициям, предусматривает сроки охраны авторских и смежных прав, установленные ранее принятыми международными документами.

В связи с тем, что в последние годы правовые системы многих стран мира (Алжира, Аргентины, Болгарии, Заира, Италии, Туниса и др.) предусматривают *институт платного общественного достояния* как одного из эффективных способов коммерциализации интеллектуальной собственности, целесообразно уделить внимание *срокам охраны имущественных прав на объекты авторских и смежных прав, переведенных в указанный правовой режим*. Практике известны различные подходы исчисления сроков нахождения объектов в платном общественном достоянии. К примеру, во Франции продолжительность действия системы платного общественного достояния может быть определена конкретным сроком, в то же время в Аргентине система платного общественного достояния не устанавливает временных рамок[1].

§ 5. Действие личных неимущественных прав авторов и субъектов прав, смежных с авторскими

Субъектам авторского права принадлежат, как отмечено выше, личные неимущественные права, которые по прямому указанию закона являются неотчуждаемыми и непередаваемыми. Более того автор не может от них отказаться (абз. 2 п. 2 ст. 1228 ГК РФ), даже если совер-

[1] Более подробно см.: Право интеллектуальной собственности: Учебник / Под ред. И.А. Близнеца. 2-е изд. перераб и доп. М.: Проспект. С. 123–124.

шит действия, однозначно свидетельствующие о своей воле и желании чтобы все «забыли» о его авторстве. Такие действия не будут иметь юридического значения, т.е. отказ ничтожен (ст. 166 и 167 ГК РФ). Иными словами, личные неимущественные права неразрывно связаны с личностью автора, и поэтому у него отсутствует правомочие распоряжения данными правами.

Рассмотрим особенности сроков действия личных неимущественных прав.

Во-первых, эти *права действуют в течение всей жизни автора*, начиная с момента объективного выражения результата интеллектуальной деятельности, применительно к нашей теме – это *произведения*, в том числе производные или составные, а также *программы для ЭВМ*. Однако *после смерти автора его личные неимущественные права прекращаются, поскольку они не могут существовать без субъекта*.

Во-вторых, *после смерти автора* произведение или программа для ЭВМ, как правило, продолжают объективно существовать и использоваться обществом, соответственно, такие объекты должны быть персонифицированы, т.е. обладать информацией об авторе, а их содержание должно остаться неприкосновенным (быть свободным от искажения). Поэтому на основании нормы абз. 3 п. 2 ст. 1228 ГК РФ *авторство и имя автора охраняются бессрочно*.

В-третьих, по общему правилу, *защиту личных неимущественных прав автора может осуществлять любое заинтересованное лицо,* в том числе наследники, а также другие субъекты гражданского оборота – граждане и организации, имеющие к тому личные или материальные мотивы. Например, заинтересованным лицом может стать общественная организация, которая приобрела на основании договора об отчуждении исключительное право на произведение изобразительного искусства. Действие такой защиты продолжается в течение всего периода использования произведения, т.е. бессрочно.

Обращаясь ***к личным неимущественным правам субъектов прав, смежных с авторскими***, отметим, что в данном разделе ***отсутствует*** анализ срока действия личных неимущественных прав на сообщения радио- или телепередач, а также на базы данных. И это не случайно, поскольку *правообладателю таких объектов принадлежит* ***лишь одно*** *субъективное право* – исключительное. Этот факт подтверждается содержанием § 4 и 5 гл. 71 ГК РФ, нормы которых, характеризуя объем правомочий организаций эфирного и кабельного вещания, а также изготовителя базы данных, устанавливают режим только исключительного права. На этот факт еще в 2008 г. обращал внимание профессор

А.Л. Маковский[1]. За прошедшие 10 лет, несмотря на глобальную модернизацию части четвертой ГК РФ, ситуация не изменилась по единственной причине – личные неимущественные права на указанные объекты объективно невозможны.

Охрана авторства, имени автора и неприкосновенность произведений, а также авторство, имя исполнителя и неприкосновенность исполнения регулируются правилами ст. 1228, 1267 и 1316 ГК РФ независимо от того, предоставлялась ли правовая охрана таким результатам интеллектуальной деятельности в момент их создания. Таким образом, сроки действия норм указанных статей обладают обратной силой при условии, что посягательство на вышеуказанные объекты совершено после введения в действие части четвертой ГК РФ (1 января 2008 г.).

Вопросы по теме

1. Сформулируйте определение срока как гражданско-правовой категории с указанием субъективных и объективных признаков.
2. Покажите практическую значимость классификации сроков на императивные и диспозитивные.
3. Если произведение создано в соавторстве, то в течение какого срока будет действовать исключительное право на такой результат интеллектуальной деятельности?
4. Какие сроки действия исключительных прав установлены авторам, работавшим во время Великой Отечественной войны или участвовавшим в ней?
5. Назовите условия досрочного прекращения исключительных прав на произведение.
6. Каковы основания возникновения срока действия исключительного права на исполнение и какова его продолжительность?
7. Перечислите юридические факты, совокупность которых является основанием возникновения срока действия исключительного права на фонограмму.
8. Какие способы использования сообщения радио- или телепередачи являются основанием возникновения срока действия исключительного права на указанные объекты смежных прав?

[1] Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского; вступ. ст. В.Ф. Яковлева; Иссл. центр частн. права. М.: Статут, 2008. С. 277.

9. Предусмотрены ли законодательством Российской Федерации критерии обновления базы данных для возобновления срока действия исключительного права на этот объект?

10. Имеет ли юридическое значение способ обнародования произведения для возникновения срока действия исключительного права публикатора?

11. Какая продолжительность срока действия личных неимущественных прав на сообщения радио- или телепередач, а также на базы данных?

Рекомендуемая литература

Гаврилов К.М. Сроки действия исключительных гражданских прав. М.: ИНИЦ ПАТЕНТ, 2013.

Гаврилов Э.П., Еременко В.И. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный). М.: Экзамен, 2009.

Гражданское право: Учебник. В 3 т. Т. 3 / Под ред. А.П. Сергеева. М. Прогресс, 2016.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (части четвертой) (постатейный). В 2 т. Т. 1 / С.А. Горленко, В.О. Калятин, Л.Л. Кирий и др.; отв. ред. Л.А. Трахтенгерц; Ин-тут законодва и сравнит. правоведения при Правительстве РФ. М.: Инфра-М, 2016.

Право интеллектуальной собственности: Учебник / Под ред. И.А. Близнеца. 2-е изд. перераб и доп. М.: Проспект, 2016.

Глава 9. Свободное использование произведений и объектов смежных прав

§ 1. Общие положения
§ 2. Свободное распространение
§ 3. Свободное воспроизведение в личных целях
§ 4. Свободное использование в информационных, научных, учебных или культурных целях
§ 5. Свободное воспроизведение произведения для целей правоприменения
§ 6. Свободное использование в целях осуществления технических потребностей
§ 7. Особенности свободного использования программ для ЭВМ и баз данных
§ 8. Свободное использование музыкальных произведений и фонограмм с выплатой вознаграждения

§ 1. Общие положения

Характерная отличительная особенность любого исключительного права состоит в наличии целого ряда ограничений и изъятий, устанавливаемых законом и сужающих пределы его действия. В широком смысле к таким ограничениям можно отнести его территориальный характер и ограниченный срок действия.

Другим аспектом специфики исключительных прав является то, что из-за возможности одновременного параллельного использования неограниченным кругом лиц тех нематериальных объектов, в отношении которых эти права возникают, правообладатели при распоряжении своими субъективными исключительными правами, как правило, должны устанавливать пределы использования соответствующего объекта (как по видам использования, так и по территории и срокам).

Результаты интеллектуальной деятельности зачастую имеют весьма сложное строение: в состав одних входят целиком или частично другие охраняемые объекты (например, использование цитаты в литературном произведении, перевод на другой язык, коллаж, база данных), результаты

творческой деятельности целых коллективов авторов создают целостные объекты (например, кинофильм, периодическое издание), в процессе использования определенных охраняемых объектов возникают целые комплексы исключительных прав (например, сообщение в эфир или по кабелю спектакля или концерта). Во всех этих случаях конструкция исключительных прав должна давать возможность сбалансировать интересы всех правообладателей, что также достигается за счет определенных ограничений их прав.

Вместе с тем обычно термином «ограничения исключительного права» охватываются предусмотренные законом специальные исключения из общего режима действия исключительного права, которые устанавливаются с целью обеспечения определенных общественных интересов. В таких случаях допускается «свободное использование» результатов интеллектуальной деятельности[1], т.е. их использование другими лицами без получения разрешения правообладателя. Самый широкий список таких ограничений установлен в отношении исключительных прав на произведения и объекты смежных прав.

Конкретные перечни таких ограничений могут существенно отличаться в различных государствах, что зависит от их исторических традиций и местных особенностей. Для стран континентальной системы права характерно существование развернутых исчерпывающих перечней случаев свободного использования, закрепленных в законах или иных актах высших органов власти. Основой для них служит перечень ограничений и исключений авторского права, изложенный в Бернской конвенции.

В США действует система *fair use* (добросовестного использования), которая допускает свободное использование объектов авторского права, если оно является «разумным». Это позволяет не закреплять в законодательстве конкретный перечень соответствующих ограничений, с одной стороны, и предоставляет суду возможность в зависимости от потребностей бизнеса делать изъятия даже в отношении обычно допускаемых действий (т.е. ограничивать сферу свободного использования произведений). В рамки такого использования включается целый ряд случаев, которые в континентальном праве рассматриваются как самостоятельные виды ограничений: использование произведений в исследовательских и учебных целях, для комментирования, критики, информации о текущих событиях, для создания пародий и т.д. Неко-

[1] В отношении средств индивидуализации ограничения исключительного права практически не применяются.

торые отличия имеет система *fair dealing* (добросовестных действий), существующая в Великобритании, Канаде и Австралии, которая также предполагает судебную оценку поведения пользователя (ответчика)[1].

Взаимное влияние континентальной и англосаксонской правовых систем привело к появлению в международных актах специального правила, которое принято называть «трехшаговым тестом», направленного на установление ориентиров для стран – участниц таких международных договоров относительно возможных пределов введения в их национальное законодательство случаев свободного использования произведений.

Впервые трехшаговый тест появился в ст. 9 (2) Бернской конвенции. В ней установлено, что за законодательством стран-участниц сохраняется право разрешать воспроизведение произведений: 1) в определенных особых случаях; 2) при условии, что такое воспроизведение не наносит ущерба обычному использованию произведения и 3) не ущемляет необоснованным образом законные интересы автора. Впоследствии аналогичная формулировка была использована также в ст. 10 Договора ВОИС по авторскому праву (ДАП).

В ст. 13 Соглашения ТРИПС содержится сходная формулировка[2], в соответствии с которой страны-члены сводят ограничения и изъятия в отношении исключительных прав до некоторых особых случаев, которые не вступают в противоречие с обычным использованием произведения и не ущемляют необоснованным образом законные интересы правообладателя.

Специалисты в своих комментариях к этим документам придерживаются мнения, что выражение «особые случаи» включает два аспекта: во-первых, использование возможно только в достаточно определенных целях, исключение не должно формулироваться слишком широко; во-вторых, в указанных целях должно быть что-то «особое», т.е. они должны быть обоснованы каким-то очевидным общественным интересом или другим исключительным обстоятельством. Под «нормальным использованием» понимается извлечение автором (правообладателем) экономической выгоды из реализации своего права, которому не должно препятствовать использование его произведения другими лицами.

[1] См.: *Калятин В.О.* О некоторых тенденциях в развитии концепции «добросовестного использования» в современном авторском праве стран «общего права» // Право. 2013. № 3. С. 136–150.

[2] Более широкая, так как охватывает не только воспроизведение, но и другие способы использования произведений, а также защищает помимо интересов автора также интересы любого правообладателя.

Наконец, «законные интересы» рассматриваются как установленные, санкционированные правом, а указание на «необоснованное» ущемление таких интересов подчеркивает, что любое ограничение исключительного права нарушает интересы автора, поэтому данный критерий должен служить для оценки степени, пределов такого нарушения[1].

В ст. 16 (2) Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам (ДИФ) формула трехшагового теста воспроизведена применительно к ограничениям и исключениям из смежных прав исполнителя и изготовителя фонограммы. В ст. 16 (1) ДИФ также закреплено, что в национальном законодательстве стран-участниц могут быть предусмотрены те же виды ограничений или исключений в отношении охраны прав исполнителей и изготовителей фонограмм, что и в отношении произведений, охраняемых авторским правом. Аналогичное правило, а также список ограничений исключительного права содержатся в Международной (Римской) конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций 1961 г. (ст. 15).

Трехшаговый тест служит не только критерием для введения в законодательство стран, участвующих в международных соглашениях, случаев свободного использования произведений и разрешения споров между ними, но и достаточно широко применяется национальными судами для оценки случаев, когда автор (правообладатель) считает, что несмотря на наличие в законодательстве страны соответствующего случая свободного использования в конкретной ситуации происходит нарушение его исключительного права.

Формулировка ст. 9 (2) Бернской конвенции была включена (почти дословно) в п. 5 ст. 16 Закона РФ от 9 июля 1993 г. № 5351-I «Об авторском праве и смежных правах», поэтому впоследствии она была воспроизведена в п. 5 ст. 1229 ГК РФ. В настоящее время трехшаговый тест в отношении произведений и объектов смежных прав содержится в абз. 3 п. 5 ст. 1229 и соответствует ст. 13 Соглашения ТРИПС. Следует подчеркнуть, что все ограничения исключительных прав устанавливаются Гражданским кодексом РФ (абз. 1 п. 5 ст. 1229 ГК РФ).

Любое установленное законом ограничение исключительного права должно иметь четкие границы и не подлежит расширительному толкованию. Ограничения, за редкими исключениями, могут применяться только к правомерно обнародованным (а в некоторых случаях к правомерно опубликованным) произведениям или объектам смежных прав.

[1] *Mihaly Ficsor.* The Law of Copyright and the Internet: the 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation. Oxford University Press, 2002. P. 284–288.

Ограничения не затрагивают личных неимущественных прав авторов: практически во всех случаях свободного использования закон требует указывать имя автора и источник заимствования.

Случаи свободного использования делятся на две группы:

1) свободное использование без согласия авторов или иных правообладателей и без выплаты им вознаграждения;

2) свободное использование без согласия авторов или иных правообладателей, но с выплатой им вознаграждения.

В действующем российском законодательстве большинство случаев свободного использования произведений и объектов смежных прав относится к первой группе (ст. 1272–1280, 1306 ГК РФ, а также некоторые другие, например, подп. 1 п. 2 и п. 5 ст. 1279 ГК РФ). Свободное использование с выплатой вознаграждения предусмотрено только в трех случаях: это свободное воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях (ст. 1245 ГК РФ); публичное исполнение, сообщение в эфир или по кабелю музыкального произведения, использованного в аудиовизуальном произведении (п. 3 ст. 1263 ГК РФ) и использование фонограммы, опубликованной в коммерческих целях (ст. 1326 ГК РФ).

В соответствии со ст. 9 ГК РФ граждане и юридические лица вправе отказаться от осуществления своих гражданских прав (что не влечет прекращения этих прав). Согласно п. 1 ст. 1233 ГК РФ обладатель исключительного права может распоряжаться своим правом любым не противоречащим закону и существу этого права способом. Следовательно, он может *по собственной воле установить* ограничения в отношении осуществления принадлежащего ему исключительного права в общем виде на определенный срок или на весь срок действия этого права. В настоящее время ГК РФ предусматривает два таких случая:

1) одностороннее ограничение правообладателем своего исключительного права путем публичного заявления, адресованного неопределенному кругу лиц, о предоставлении возможности безвозмездно использовать принадлежащее ему произведение или объект смежных прав в определенных, установленных правообладателем пределах (односторонняя сделка) в соответствии с правилами, установленными в п. 5 ст. 1233 ГК РФ;

2) открытая лицензия – заключаемый в упрощенном порядке лицензионный договор, условия которого должны быть доступны неопределенному кругу лиц и который предоставляет возможность любому лицу использовать произведение или объект смежных прав в определенных, установленных в данном договоре пределах (договор присоединения) (ст. 1286^1 и п. 2 ст. 1308 ГК РФ).

§ 2. Свободное распространение

Большинство случаев свободного использования произведений первоначально представляли собой ограничения права на воспроизведение. В настоящее время в условиях научно-технического прогресса (возможность создания электронных копий, использования произведений в информационно-телекоммуникационных сетях) многие из таких ограничений охватывают уже несколько правомочий в составе исключительного права. Несколько особняком среди них стоит так называемое *исчерпание права* (или правило первой продажи)[1], которое рассматривается как ограничение права контролировать *распространение произведения* (фонограммы, записи фильма или записи передачи организации вещания, исполнения), выраженного в материальном носителе[2].

Особенность этого ограничения состоит в том, что оно обусловлено сочетанием права собственности на материальный носитель (оригинал или экземпляр), в котором выражено произведение (объект смежных прав), и исключительного права на само произведение (объект).

В четвертой части ГК РФ соответствующее ограничение закреплено в ст. 1272 в отношении произведений, в ст. 1325 в отношении фонограмм, в ст. 1344 в отношении оригиналов или экземпляров произведений, охраняемых исключительным правом публикатора.

В соответствии с требованиями этих статей, если оригинал или экземпляры произведения либо фонограммы были правомерно введены в гражданский оборот на территории Российской Федерации путем их продажи или иного отчуждения, дальнейшее их распространение допускается без согласия обладателя исключительного права и без выплаты ему вознаграждения.

Данное ограничение действует только в том случае, если речь идет об опубликованных произведениях и фонограммах. Опубликованием (выпуском в свет) считается выпуск в обращение экземпляров произведения в количестве, достаточном для удовлетворения разумных потребностей публики исходя из характера произведения (абз. 2 п. 1 ст. 1268 ГК РФ). Если произведение или фонограмма были обнаро-

[1] См.: п. 2 ст. 6 ДАП (и согласованное заявление к п. 6 ДАП), а также п. 2 ст. 8 и п. 2 ст. 12 ДИФ (и согласованные заявления к ним).

[2] См.: ст. 9 Директивы ЕС № 2006/115/ЕС от 12 декабря 2006 г. о праве на прокат и праве на предоставление в безвозмездное временное пользование, а также о некоторых правах, смежных с авторскими в сфере интеллектуальной собственности, а также п. 28 преамбулы и ст. 4 Директивы ЕС № 2001/29/ЕС от 22 мая 2001 г. о гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе.

дованы иным способом, например, сообщены в эфир или по кабелю, к таким случаям данное ограничение не применяется.

Положения ст. 1272 и 1325 ГК РФ не должны распространяться на созданную пользователем на законных основаниях (с разрешения правообладателя) материальную копию произведения, которое было доведено до всеобщего сведения в сети «Интернет». Соответствующее разъяснение содержится в п. 29 преамбулы Директивы Европейского Парламента и Совета ЕС № 2001/29/ЕС от 22 мая 2001 г. о гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе. Оно обосновывается тем, что в этом случае произведение не выражено в материальной форме, т.е. не охватывается правом на распространение и, следовательно, требует разрешения правообладателя. Эта позиция находит подтверждение в п. 13 Обзора судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав, утвержденного Президиумом Верховного Суда РФ 23 сентября 2015 г., который разъяснил, что «принцип исчерпания права, предусматривающий возможность участия в гражданском обороте именно экземпляра произведения, правомерно введенного в этот оборот, без дальнейшего согласия правообладателя, не наделяет участников гражданского оборота правом по своему усмотрению использовать сам результат интеллектуальной деятельности (а не его экземпляр на материальном носителе) без выплаты вознаграждения правообладателю»[1].

В нашей стране в настоящее время действует *национальное исчерпание права* на произведение и фонограмму, поскольку дальнейшее свободное распространение оригиналов или копий произведений (фонограмм) допускается только в случае их правомерного введения в гражданский оборот на территории Российской Федерации[2]. Это правило соответствует наличию в составе исключительного права на произведение и на фонограмму самостоятельного права на импорт оригиналов или экземпляров в целях их распространения, действие которого при такой формулировке не ограничивается.

В п. 33 Постановления Пленума ВС РФ № 5 и Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. разъясняется, что принцип исчерпания прав, исходя из ст. 1272 и подп. 4 п. 2 ст. 1270 ГК РФ в их взаимосвязи, не охватывает случаи распространения в Российской Федерации оригиналов

[1] Определения Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 19 мая 2015 г. № 84-КГ15-1, от 26 мая 2015 г. № 84-КГ15-4.

[2] В ст. 1344 ГК РФ в отношении права публикатора исчерпание права сформулировано как мировое.

или экземпляров произведений, введенных в гражданский оборот на территории иностранного государства, но не вводившихся в гражданский оборот на территории России. В то же время ни подп. 4 п. 2 ст. 1270, ни ст. 1272 ГК РФ не препятствуют импорту оригинала или экземпляров произведения не для целей распространения (например, для личных нужд гражданина).

В части четвертой ГК РФ прокат рассматривается не как составная часть права на распространение, а как самостоятельное правомочие в составе исключительного права (подп. 5 п. 2 ст. 1270, подп. 9 п. 2 ст. 1317, подп. 8 п. 2 ст. 1324 ГК РФ), поэтому исчерпание права на прокат не распространяется. Вместе с тем в п. 5 ст. 1270 ГК РФ предусмотрено, что применительно к программам для ЭВМ право на прокат не применяется, если такая программа не является основным объектом проката. Следовательно, не требуется получения согласия правообладателя и выплата ему вознаграждения в тех случаях, когда сдается в прокат некое устройство или предмет, в котором использованы программы ЭВМ в качестве составного элемента, не играющего основной роли (например, стиральная машина с программным управлением, DVD или CD с программой, устанавливающей меню).

§ 3. Свободное воспроизведение в личных целях

Свободное воспроизведение произведений и объектов смежных прав в личных целях допускается постольку, поскольку затрагивает личную сферу граждан и, по существу, не поддается какому-либо прямому контролю со стороны государства. Строго говоря, воспроизведение в личных целях не является использованием произведения или объекта смежных прав, так как отсутствует участие соответствующего объекта в гражданском обороте.

Свободное использование в личных целях как ограничение исключительного права впервые в российском законодательстве было закреплено в ст. 3 Положения об авторском праве 1911 г. В нем указывалось, что не считается нарушением авторского права «снятие копий с чужого произведения исключительно для личного употребления и без помещения притом на копиях художественного произведения подписи или монограммы автора подлинника»[1]. Статья 493 Гражданского кодекса РСФСР 1964 г., посвященная той же теме, называлась «Использование

[1] Утверждено Законом «Об авторском праве» от 20 марта 1911 г. // Собрание узаконений и распоряжений Правительства. Отдел I. 30 марта 1911. № 61. Ст. 560.

произведения для удовлетворения личных потребностей» и допускала без согласия автора и без уплаты авторского вознаграждения «воспроизведение или иное использование» чужого выпущенного в свет произведения для удовлетворения личных потребностей[1].

Данное ограничение до определенного времени не могло наносить существенный ущерб интересам авторов. Однако в наше время ситуация изменилась: уровень развития и доступность технических средств, используемых гражданами для копирования, привели к тому, что воспроизведение в личных целях стало приносить существенный ущерб интересам авторов и иных правообладателей. В результате этого в тех странах, где законом предусмотрена возможность свободного воспроизведения произведений в личных целях, оно допускается без получения согласия автора (правообладателя), но с выплатой ему вознаграждения.

В Российской Федерации такой порядок был впервые предусмотрен в п. 1 ст. 18 Закона об авторском праве 1993 г., согласно которому воспроизведение в личных целях аудиовизуального произведения или звукозаписи допускалось без согласия автора произведения, исполнителя и производителя фонограммы, но с выплатой им вознаграждения (порядок сбора и распределения этого вознаграждения предусматривался в ст. 26).

В настоящее время свободному воспроизведению произведения в личных целях посвящена ст. 1273 ГК РФ. В соответствии со ст. 1306 ГК РФ действие ст. 1273 ГК РФ распространяется на объекты смежных прав. Право авторов, исполнителей и изготовителей фонограмм и аудиовизуальных произведений на вознаграждение за воспроизведение в личных целях предусмотрено ст. 1245 ГК РФ.

Содержание данного ограничения заключается в том, что любой гражданин вправе свободно, т.е. без согласия автора или иного обладателя исключительного права на произведение и без выплаты вознаграждения, осуществлять воспроизведение произведения в установленных законом пределах.

Свободное воспроизведение в личных целях допустимо только при соблюдении следующих условий:

1) оно может осуществляться только гражданином, т.е. физическим лицом, человеком. Юридическое лицо не может свободно воспроизводить произведение или объект смежных прав для своих внутренних, в том числе некоммерческих, целей (это допустимо только в специаль-

[1] Ведомости ВС РСФСР. 1964. № 24. Ст. 407.

ных случаях, прямо установленных в ГК РФ, например, в соответствии с п. 6 ст. 1275 ГК РФ);

2) свободное использование произведений в личных целях разрешено только путем его воспроизведения, к которому относятся изготовление одного или более экземпляров произведения или его части в любой материальной форме, а также запись произведения на электронном носителе и в памяти ЭВМ (подп. 1 п. 2 ст. 1270, подп. 5 п. 2 ст. 1317 ГК РФ и др.). Таким образом, имеется в виду запись при помощи различных технических устройств теле- и радиопередач, изготовление ксерокопий произведений, скачивание произведений и фонограмм из интернета;

3) свободное воспроизведение допускается исключительно в личных целях и только при необходимости. Под личными целями понимается некоммерческое использование соответствующего экземпляра для удовлетворения собственных потребностей или потребностей обычного круга семьи гражданина. При этом обычный круг семьи определяется судом с учетом конкретных обстоятельств рассматриваемого дела[1]. Указание, что воспроизведение в личных целях должно производится «при необходимости», призвано подчеркнуть, что оно может осуществляться лишь в ограниченных пределах;

4) произведение к моменту использования уже было правомерно обнародовано. Свободное воспроизведение в личных целях не допускается в отношении необнародованных произведений (объектов смежных прав), а также таких произведений (объектов), которые были впервые сообщены публике с нарушением закона (ст. 1268 и п. 1 ст. 1229 ГК РФ).

Воспроизведение произведения в личных целях, если для этого используется контрафактный экземпляр или электронная копия неправомерно размещенная в интернете, считается нарушением исключительного права на это произведение.

Свободное воспроизведение произведений (объектов смежных прав) в личных целях вообще не допускается в целом ряде случаев. К ним относятся:

1) воспроизведение произведений архитектуры в форме зданий и аналогичных сооружений. Это означает, что нельзя свободно использовать обнародованный архитектурный проект (например, размещенный в интернете) для его практической реализации: создания на его

[1] См.: п. 34 Постановления Пленума ВС РФ № 5 и Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г.

основе строения для личного пользования. Для этого необходимо получить согласие правообладателя;

2) воспроизведение программ для ЭВМ, а также баз данных или их существенных частей. Все случаи свободного использования программ для ЭВМ и баз данных содержатся в ст. 1280 ГК РФ. Упоминание о том, что существенные части баз данных также не могут быть свободно воспроизведены в личных целях, связано с охраной баз данных как объектов смежных прав. Правила, регулирующие эти отношения, содержатся в § 5 гл. 71 ГК РФ (случаи, которые не являются нарушениями исключительного права изготовителя базы данных, указаны в ст. 1335[1] ГК РФ);

3) репродуцирование книг (полностью) и нотных текстов. Репродуцирование – это факсимильное воспроизведение с помощью любых технических средств, осуществляемое не в целях издания. Свободное репродуцирование нотных текстов в личных целях не допускается, а репродуцирование книг ограничено в объеме, так как могут воспроизводиться их части, которые не должны быть чрезмерно большими. Репродуцирование в личных целях гражданин может осуществлять самостоятельно при помощи собственных технических средств, оно также может быть произведено по его поручению организациями, обладающими такими техническими средствами;

4) видеозапись аудиовизуального произведения при его публичном исполнении в месте, открытом для свободного посещения, или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи. В этом случае имеется в виду запись фильма в кинотеатре или на каком-либо предварительном показе (подобные пиратские копии достаточно часто распространяются как в виде контрафактных дисков, так и через интернет, что наносит существенный ущерб их изготовителям);

5) воспроизведение аудиовизуального произведения с помощью профессионального оборудования, не предназначенного для использования в домашних условиях. Данное положение первоначально, как и предыдущее, было направлено на борьбу с нарушением авторских прав на аудиовизуальные произведения, однако быстро потеряло актуальность, поскольку в настоящее время оборудование, предназначенное для использования в домашних условиях, позволяет создавать копии, сравнимые по качеству с профессиональным. Тем не менее два последних исключения могут в определенных случаях способствовать пресечению нарушений авторских прав со стороны лиц, создающих пиратские записи и контрафактные копии аудиовизуальных произведений в промышленном масштабе.

Статья 1245 ГК РФ регулирует вопросы, связанные с выплатой вознаграждения за свободное использование в личных целях фонограмм, являющихся объектом смежных прав, и аудиовизуальных произведений, являющихся объектом авторских прав (п. 2 ст. 1273 ГК РФ).

Выплата вознаграждение правообладателям в этом случае осуществляется особым способом, поскольку производится не теми лицами, которые непосредственно воспроизводят фонограмму или аудиовизуальное произведение в личных целях, а изготовителями и импортерами используемых для этих целей оборудования и материальных носителей.

В ГК РФ упоминается о компенсационном характере этого вида вознаграждения, поскольку его выплата не ставится в прямую зависимость от использования конкретного объекта авторских или смежных прав, а размер может быть определен в каждом отдельном случае только приблизительно.

В настоящее время сбор средств для выплаты вознаграждения за свободное воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях осуществляется организацией по управлению правами на коллективной основе, имеющей соответствующую государственную аккредитацию. Постановлением Правительства РФ от 29 декабря 2007 г. № 992 было утверждено Положение о государственной аккредитации организаций, осуществляющих коллективное управление авторскими и смежными правами[1]. 31 января 2008 г. было утверждено Положение об аккредитационной комиссии[2], которая должна принимать решения о предоставлении государственной аккредитации. В настоящее время аккредитованной в данной сфере организацией по управлению правами на коллективной основе является Общероссийская общественная организация «Российский Союз Правообладателей»[3].

Перечень оборудования и материальных носителей, с изготовителей и импортеров которого взимаются средства для выплаты вознаграждения правообладателям, а также размер и порядок сбора таких средств в соответствии со ст. 1245 ГК РФ утверждаются Правительством РФ. Постановлением Правительства РФ от 14 октября 2010 г. № 829 «О вознаграждении за свободное воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях» утверждены два перечня оборудования и материальных носителей, используемых для свобод-

[1] СЗ РФ. 2008. № 2. Ст. 114.

[2] Приказ Росохранкультуры от 23 октября 2008 г. № 92 // Российская газета. 2008. № 241.

[3] http://www.rp-union.ru/

ного воспроизведения фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях с указанием размера средств, подлежащих уплате соответственно изготовителями и импортерами такого оборудования и материальных носителей, а также два положения о сборе средств для выплаты вознаграждения за такое свободное воспроизведение в личных целях. Оба упомянутых перечня включают списки аппаратуры, имеющей звукозаписывающие или видеозаписывающие устройства (например, ЭВМ, магнитофоны, телевизоры, телефоны, видеокамеры и т.п.), а также чистых (незаписанных) магнитных, оптических, полупроводниковых носителей, наименования которых приводятся со ссылками на коды таких изделий по Общероссийскому классификатору продукции (применительно к изготовителям) или на коды единой Товарной номенклатуры внешнеэкономической деятельности Таможенного союза (применительно к импортерам). Размер подлежащих уплате средств во всех случаях устанавливается в виде 1% от цены реализации единицы оборудования и материальных носителей.

Согласно п. 3 ст. 1245 ГК РФ порядок распределения и выплаты вознаграждения должен устанавливаться Правительством РФ. В законе закреплено общее соотношение долей, в которых вознаграждение распределяется между правообладателями: 40% – авторам; 30% – исполнителям; 30% – изготовителям фонограмм или аудиовизуальных произведений. Установлен также принцип, согласно которому вознаграждение между конкретными авторами, исполнителями, изготовителями фонограмм или аудиовизуальных произведений должно распределяться пропорционально фактическому использованию этих фонограмм или произведений. Хотя подсчитать, сколько раз было использовано то или иное произведение (фонограмма) в личных целях, невозможно, некие общие сведения относительно частоты их использования, в принципе, могут быть получены как из отчетов, предоставляемых пользователями организациям по управлению правами на коллективной основе, так и на основе статистических данных (п. 4 ст. 1243 ГК РФ).

Постановлением Правительства РФ от 14 октября 2010 г. № 829 было утверждено Положение о распределении и выплате авторам, исполнителям и изготовителям фонограмм и аудиовизуальных произведений вознаграждения за свободное воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях. В соответствии с ним распределение и выплата вознаграждения производятся в предусмотренные уставом аккредитованной организации сроки, но не реже одного раза в год, пропорционально фактическому использованию

фонограмм и аудиовизуальных произведений. При этом в расчет принимаются данные об их использовании при публичном исполнении и сообщении в эфир и по кабелю. Эти данные должны предоставляться аккредитованной организации другими организациями по управлению правами на коллективной основе, имеющими государственную аккредитацию в соответствующих сферах, на основании соглашений об обмене информацией. Кроме того, аккредитованная организация должна проводить для этих целей регулярные статистические исследования.

Для воспроизведения фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях граждане обычно используют те оборудование и материальные носители, которые доступны рядовым потребителям и реализуются на внутреннем рынке. Этим объясняется, что в соответствии с п. 4 ст. 1245 ГК РФ средства для выплаты вознаграждения не взимаются с изготовителей оборудования и материальных носителей, являющихся предметом экспорта (не реализуемых на внутреннем рынке), и с изготовителей и импортеров профессионального оборудования, не предназначенного для использования в домашних условиях. Под профессиональным оборудованием понимается «оборудование, которое в силу своих конструктивных особенностей и потребительских свойств не используется для удовлетворения личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности»[1].

§ 4. Свободное использование в информационных, научных, учебных или культурных целях

В установленных ГК РФ случаях допускается использование произведений в информационных, научных, учебных или культурных целях. Данные случаи свободного использования обеспечивают соблюдение конституционных прав граждан на получение информации, на обучение, свободу научного и художественного творчества, а также защиту интересов лиц с ограниченными возможностями. Перечень ограничений исключительного права в основном воспроизводит случаи ограничений, предусмотренные Бернской конвенцией, Римской конвенцией и другими международными соглашениями.

[1] Пункт 2 Положения о сборе средств для выплаты вознаграждения за свободное воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях, подлежащих уплате изготовителями оборудования и материальных носителей, используемых для такого воспроизведения, утв. Постановлением Правительства РФ от 14 октября 2010 г. № 829.

В российском законодательстве к таким случаям свободного использования произведений можно отнести положения ст. 1274, 1275, 1276 и 1277 ГК РФ. Статья 1306 ГК РФ содержит отсылку к случаям свободного использования, названным в ст. 1274 и 1277 применительно к объектам смежных прав. Специальное указание на возможность свободного использования в научных и образовательных целях материалов, извлеченных из баз данных, указана в п. 1 ст. 1335[1] ГК РФ.

Во всех подобных случаях закон допускает свободное использование произведений (объектов смежных прав), не требующее получения разрешения автора или иного правообладателя, а также выплаты этому лицу вознаграждения. При этом во всех таких случаях ГК РФ требует *указать имя автора, а также источник заимствования*. Под таким источником понимается не только само произведение (объект смежных прав), но и средство массовой информации, книга, теле- или радиопередача, в которых данное произведение или объект смежных прав были обнародованы либо используются на законных основаниях.

1. Допускается свободное *цитирование*, представляющее собой воспроизведение частей произведений (подп. 1 п. 1 ст. 1274 ГК РФ).

Пункт 1 ст. 10 Бернской конвенции допускает цитаты из произведения, которое было уже правомерно сделано доступным для всеобщего сведения, при условии соблюдения добрых обычаев и в объеме, оправданном поставленной целью, включая цитирование статей из газет и журналов в форме обзоров печати.

В ГК РФ установлен исчерпывающий перечень целей, в которых возможно осуществление свободного цитирования. В настоящее время он включает научные, учебные, полемические, критические, информационные цели, а также цель раскрытия творческого замысла автора (поскольку цитаты часто используются в художественных произведениях).

Цитирование произведений допускается как в оригинале, так и в переводе. Однако это не ограничивает круг цитируемых произведений только письменными (литературными, научными) произведениями. Цитирование возможно также в отношении произведений изобразительного искусства, музыкальных, аудиовизуальных произведений и т.д. В соответствии со ст. 1306 ГК РФ допускается также свободное цитирование записей фонограмм, записей исполнений и передач организаций вещания и т.д.

Единственное условие действия этого ограничения состоит в том, что цитаты допускаются только из правомерно обнародованных произведений (объектов смежных прав).

Объем цитирования в ГК РФ не установлен. Применяется тот же критерий, что и в Бернской конвенции: объем должен быть оправдан целью цитирования, т.е. он должен быть разумным и соразмерным тем задачам, которые ставит перед собой автор.

2. Допускается свободное использование произведений и отрывков из них в качестве иллюстраций в изданиях, радио- и телепередачах, звуко- и видеозаписях *учебного характера* в объеме, оправданном поставленной целью (подп. 2 п. 1 ст. 1274 и ст. 1306 ГК РФ). Этот случай предусмотрен п. 2 ст. 10 Бернской конвенции.

Произведение полностью или отрывок из него могут быть использованы в учебных целях, если произведение к этому моменту уже было правомерно обнародовано. Это в равной мере относится к литературным, научным и художественным произведениям. Использование допускается в различных изданиях, радио- и телепередачах, звуко- и видеозаписях, которые имеют учебный характер, т.е. полностью посвящены учебным задачам. Используемые в них произведения или их отрывки служат при этом иллюстрациями к учебному материалу (например, при изучении творчества поэта приводятся его стихи и цитаты из них, при изучении грамматических правил – отрывки из литературных произведений, при изучении истории – отрывки из художественных фильмов исторического содержания и т.д.). В отношении объема использования произведений в учебных целях предусмотрено, что объем должен быть оправдан поставленной целью.

3. В целях защиты интересов общества в получении информации допускается свободное воспроизведение в периодическом печатном издании (с последующим распространением его экземпляров), сообщение в эфир или по кабелю, а также доведение до всеобщего сведения *статей по текущим экономическим, политическим, социальным и религиозным вопросам*, правомерно обнародованных в средствах массовой информации (подп. 3 п. 2 ст. 1274 ГК РФ). Данное положение соответствует ограничению исключительного права, предусмотренному п. 1 ст. 10bis Бернской конвенции.

Это положение распространяется на воспроизведение соответствующих произведений в сетевых изданиях[1], что достигается путем указания в законе на возможность использования произведений путем доведения до всеобщего сведения (подп. 11 п. 2 ст. 1270 ГК РФ).

[1] Под сетевым изданием понимается сайт в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», зарегистрированный в качестве средства массовой информации в соответствии с настоящим Законом (ст. 2 Закона РФ от 27 декабря 1991 г. № 2124-I «О средствах массовой информации» (в ред. Федерального закона от 14 июня 2011 г. № 142-ФЗ)).

Такое расширение содержания ограничения, предусмотренного Бернской конвенцией, оправдано, поскольку даже в последней редакции 1972 г. Конвенция не учитывала изменений, происшедших в последние годы в связи с появлением цифровых носителей и интернета. *Эта ситуация была учтена в связи с принятием ДАП, и в «Согласованных заявлениях в отношении Договора ВОИС по авторскому праву», которые были приняты одновременно с ним и имеют обязательную силу для стран-участниц, специально установлено, что положения ст. 10 ДАП об ограничениях исключительного права позволяют странам-участницам «переносить и соответствующим образом распространять на цифровую среду ограничения и исключения в своих национальных законах, которые считаются приемлемыми по Бернской конвенции». Аналогичным образом положения ст. 10 ДАП должны пониматься, как позволяющие странам-участницам «определять новые исключения и ограничения, которые пригодны в среде цифровых компьютерных сетей».*

Свободное использование статей допускается при соблюдении следующих условий:

1) соответствующие правила относятся только к статьям и другим произведениям такого же характера, например, теле- или радиоочеркам. То есть данные правила не могут быть распространены на рассказы, стихотворения, фотографии или рисунки, если только речь не идет об иллюстрациях или цитатах в рамках используемой статьи;

2) тематика таких статей ограничена текущими экономическими, политическими, социальными и религиозными вопросами. Статьи, которые написаны на другие темы (например, по искусству) или не носят злободневного характера (например, анализируют историю какого-то вопроса, посвящены биографии какого-то лица), могут быть перепечатаны только с разрешения правообладателя;

3) речь идет о повторном использовании статей и других подобных произведений, ранее правомерно опубликованных в периодических печатных изданиях, либо переданных в эфир или по кабелю, либо доведенных до всеобщего сведения в интернете. При этом в отношении передачи в эфир или по кабелю и доведения до всеобщего сведения также подразумевается, что они должны быть осуществлены только в отношении правомерно обнародованных произведений;

4) свободное использование таких статей не допускается, если оно было специально запрещено автором или иным правообладателем. Такой запрет обычно осуществляется путем объявления об этом в соответствующем средстве массовой информации, при этом он должен

быть сформулирован так, чтобы было видно, что он касается не средства массовой информации в целом, а данной конкретной статьи.

4. Допускается свободное воспроизведение в периодическом печатном издании (с последующим распространением экземпляров этого издания), сообщение в эфир или по кабелю, доведение до всеобщего сведения публично произнесенных *политических речей, обращений, докладов и аналогичных произведений в объеме, оправданном информационной целью* (подп. 4 п. 1 ст. 1274 ГК РФ).

Данное ограничение исключительного права предусмотрено в п. 2 ст. 2bis Бернской конвенции. В ГК РФ оно распространено на использование произведений в сетевых изданиях.

Свободное использование речей и докладов допускается при соблюдении следующих условий:

1) соответствующие правила касаются публично произнесенных политических речей, обращений, докладов и аналогичных произведений. Ограничения исключительного права не подлежат расширительному толкованию. Поэтому не относятся к данному случаю свободного использования выступления на мероприятиях, закрытых для свободного доступа публики (например, если вход на такие мероприятия разрешен только по специальным приглашениям или пропускам). Не подпадают под его действие и выступления, не носящие политического характера;

2) объем использования определяется информационными целями, т.е. возможно использование выступления полностью или в части.

За авторами публично произнесенных речей сохраняется право на их использование в сборниках. Данное правило воспроизводит положения п. 3 ст. 2bis Бернской конвенции. Основной смысл данного уточнения состоит в том, что авторы публично произнесенных речей не утрачивают исключительного права на свои устные произведения. И хотя закон предусматривает, что они не могут осуществлять его в целом ряде случаев авторско-правового использования, возможность его реализации у них все же остается в виде возможности издать такие выступления в виде сборника. Одновременно это указывает на то, что средства массовой информации, осуществившие свободное использование таких выступлений, не приобретают автоматически право на их последующее воспроизведение в виде сборника.

5. Допускается свободное воспроизведение, распространение, сообщение в эфир и по кабелю, доведение до всеобщего сведения *в обзорах текущих событий* произведений, которые становятся уведенными или услышанными в ходе таких событий, в объеме, оправданном информационной целью (подп. 5 п. 1 ст. 1274 ГК РФ).

Данный случай ограничения исключительного права предусмотрен в п. 2 ст. 10bis Бернской конвенции. В ГК РФ, как и в двух упомянутых выше случаях, он распространен сетевые издания. Возможно также применение соответствующих положений на основании ст. 1306 ГК РФ к объектам смежных прав.

Свободное использование в этом случае допускается при соблюдении следующих условий:

1) речь идет о использовании произведений в обзорах текущих событий, т.е. о репортажах с мест событий, которые осуществляются средствами массовой информации. Такие обзоры могут производиться средствами фотографии, кинематографии, телевидения и радио. С точки зрения способов авторско-правового использования при этом возможны: воспроизведение, распространение, сообщение в эфир или по кабелю и доведение до всеобщего сведения;

2) важным условием свободного использования в этом случае служит то, что произведения не являются самостоятельными, специальными объектами обзора, а «становятся увиденными или услышанными» в ходе освещаемых событий. Например, при телерепортаже с открытия выставки в кадре будут видны некоторые картины, или при радиорепортаже с музыкального фестиваля будут слышны звуки музыки. Таким образом, не подпадает под действие данной нормы ситуация, в которой запись музыкального номера или изображения конкретного произведения с выставки производится специально для такого репортажа. В таком случае должно быть получено разрешение у автора или иного правообладателя;

3) произведения могут использоваться в объеме, оправданном информационной целью, т.е. возможен обзорный показ некоторых экспонатов выставки, чтобы создать о ней общее впечатление, но подробный (крупным планом) и достаточно длительный показ одного из экспонатов может быть признан не соответствующим информационной цели.

6. Допускается свободное использование публично исполненных правомерно обнародованных произведений путем их *представления в живом исполнении* (подп. 6 п. 1 ст. 1274 ГК РФ). Данное ограничение направлено на то, чтобы обеспечить благоприятные условия для занятий художественной самодеятельностью и подготовки учебных спектаклей.

Данное ограничение исключительного права допускается при условии, что публичное исполнение произведения осуществляется без цели извлечения прибыли. Используемые произведения должны быть ранее правомерно обнародованы (изданы, публично исполнены, сообщены

в эфир или по кабелю и т.д.). Круг организаций и лиц, которые могут осуществлять публичное исполнение, строго ограничен. В число таких организаций входят только образовательные и медицинские организации, учреждения социального обслуживания и учреждения уголовно-исполнительной системы. К лицам, которым разрешается свободно осуществлять публичное использование произведений, относятся учащиеся образовательных организаций, пациенты медицинских организаций, клиенты учреждений социального обслуживания, и их работники, а также лица, содержащиеся в учреждениях уголовно-исполнительной системы, и сотрудники таких учреждений[1].

7. Допускается свободная (без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения) запись на электронном носителе, в том числе в память ЭВМ, и доведение до всеобщего сведения *авторефератов диссертаций* (подп. 7 п. 1 ст. 1274 ГК РФ).

Потребность в таком ограничении объясняется прежде всего информационными, учебными и научными целями, а также борьбой с плагиатом в научных работах. Содержание авторефератов диссертаций формализовано в соответствии с требованиями, предъявляемыми правилами ВАК, поэтому они, в отличие от самих диссертаций, могут рассматриваться как информационные материалы, доступ к которым допустимо сделать свободным в общественных интересах. Однако подобные действия не должны допускаться в отношении самих диссертаций, представляющих собой монографические научные исследования[2].

8. Допускается без согласия автора или иного правообладателя создание экземпляров правомерно обнародованных произведений в специальных форматах, предназначенных исключительно для *использования слепыми и слабовидящими* (рельефно-точечным шрифтом и другими специальными способами), а также воспроизведение и распространение таких экземпляров без цели извлечения прибыли (п. 2 ст. 1274 ГК РФ)[3].

Под «специальным форматом» понимается «формат, предназначенный исключительно для использования слепыми и слабовидящими»

[1] Подобное ограничение установлено, например, в ст. 52 (1) Германского Закона об авторском праве (http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=14015).

[2] Случай свободного использования диссертаций предусмотрен в п. 4 ст. 1275 ГК РФ (см. ниже).

[3] Вопросам, связанным с данным ограничением исключительного права, посвящен Марракешский договор ВОИС об облегчении доступа слепых и лиц с нарушениями зрения или иными ограниченными способностями воспринимать печатную информацию к опубликованным произведениям, принятый Дипломатической конференцией 27 июня 2013 г., но пока еще не вступивший в силу.

(например, рельефно-точечный тактильный шрифт Брайля). К другим специальным способам могут быть отнесены аудиозаписи (аудиокниги). При этом пределы данного ограничения не охватывают фонограммы, состоящие в основном из музыкальных произведений. Также не разрешается применение положений о свободном использовании к произведениям, которые были созданы именно для использования в специальных форматах. Определение перечня специальных форматов отнесено к компетенции Правительства РФ.

В рассматриваемых целях разрешается без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения создание в специальных форматах экземпляров произведений, которые до этого были правомерно обнародованы, а также их воспроизведение и распространение. Такие действия могут осуществляться только без цели извлечения прибыли. При этом обязательно указание имени автора и источника заимствования произведения.

Допускается предоставление библиотеками экземпляров произведений, созданных в специальных форматах, во временное безвозмездное пользование с выдачей на дом, а также предоставление доступа к ним через информационно-телекоммуникационные сети. Таким образом, возможности использования произведений в специальных форматах значительно шире, чем те возможности, которые предусмотрены для использования произведений библиотеками по общим правилам (ст. 1275 ГК РФ). Перечень библиотек, предоставляющих доступ к произведениям в специальных форматах через информационно-телекоммуникационные сети, ограничен и определяется Правительством РФ.

Для того, чтобы правомерно созданные и воспроизведенные в специальных форматах произведения не могли быть использованы в целях нарушения авторских прав, в законе предусматривается, что дальнейшее воспроизведение или доведение до всеобщего сведения в ином формате экземпляра произведения, предназначенного исключительно для использования слепыми и слабовидящими, не разрешается.

9. Допускается без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения *тифлокомментирование* произведения[1] и *снабжение его сурдопереводом*[2] (п. 3 ст. 1274 ГК РФ).

Введение этого положения соответствует содержанию правила, установленного в п. 3 (b) ст. 5 Директивы ЕС № 2001/29/ЕС от 22 мая

[1] Лаконичное описание предмета, пространства или действия, которые непонятны слепому или слабовидящему без специальных словесных пояснений.

[2] Способ передачи звучащей речи для глухих людей движениями пальцев и рук по специально разработанной системе.

2001 г., о гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе, которое допускает установление ограничений прав авторов в отношении способов использования произведений в интересах *людей с ограниченными возможностями*, непосредственно связанных с ограниченным характером их возможностей и имеющих некоммерческий характер, «в той степени, которая требуется в связи с конкретными нарушениями здоровья».

10. Разрешается создавать на основе правомерно обнародованных произведений и использовать в авторско-правовом смысле *пародии и карикатуры* (п. 4 ст. 1274 ГК РФ). Данное правило предусматривает случай свободной (без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения) переработки произведения (подп. 9 п. 2 ст. 1270 ГК РФ).

Такое ограничение исключительного права (использование произведения для целей пародии, карикатуры или попурри) допускается подп. «k» п. 3 ст. 5 Директивы ЕС № 2001/29/ЕС от 22 мая 2001 г. о гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе и предусмотрено в законодательстве целого ряда стран, так как способствует развитию критики и видов творчества, связанных с сатирой и юмором.

В п. 35 Постановления Пленума ВС РФ № 5 и Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. содержится разъяснение, что в силу п. 4 ст. 1274 ГК РФ автор оригинального произведения не вправе запрещать использование своего произведения для создания пародии или карикатуры. Если же пародия или карикатура порочат честь, достоинство или деловую репутацию автора оригинального произведения, то он вправе защищать их в соответствии со ст. 152 ГК РФ.

В последнее время достаточно часто возникают ситуации, когда различные производные произведения (ст. 1260 ГК РФ) пытаются выдать за пародии с тем, чтобы воспользоваться рассматриваемым ограничением. Поскольку правовое понятие пародии и карикатуры отсутствует, то целесообразно руководствоваться понятиями, выработанными в литературоведении и искусствоведении. В спорных случаях вопрос о том, можно ли признать то или иное произведение пародией или карикатурой либо оно представляет собой обычный случай переработки произведения, на который распространяются общие требования подп. 9 п. 2 ст. 1270 ГК РФ, должен решаться судом. В необходимых случаях может быть проведена искусствоведческая экспертиза.

В качестве примера можно привести дело № А40-125210/09. Истец требовал взыскания с ответчиков компенсации за нарушение его прав

на аудиовизуальное произведение. Суть нарушения состояла в том, что фрагмент фильма был использован в телепередаче с измененным звуковым сопровождением и видеорядом, не соответствующим оригиналу. Указанная передача была также выложена в интернете на сайте ответчика. В свою защиту ответчики выдвигали довод, что на основе оригинального фильма была создана пародия, что не считается нарушением исключительных прав на оригинальное произведение в соответствии с п. 4 ст. 1274 ГК РФ.

Суд при рассмотрении спора большое внимание уделил толкованию понятия «пародия» в словарях и научных работах. Было отмечено, что в теоретических исследованиях выделяют две особенности пародийных произведений: неизменную связь с комическим эффектом и узнаваемость, в силу чего пародия не может быть совершенно отделена от пародируемого произведения. Суд также заключил, что в теории жанров литературы и искусства существует устоявшееся мнение о том, что пародийное произведение может создаваться путем заимствования фрагментов оригинального произведения. Суд подчеркнул, что сам факт введения нормы п. 4 ст. 1274 ГК РФ, допускающей свободное использование пародий, свидетельствует о намерении законодателя «регламентировать использование обнародованных произведений именно для создания производных произведений, содержащих отдельные элементы оригинального произведения»[1].

11. К случаям свободного использования, которые допускаются в информационных, научных, учебных и культурных целях, безусловно, могут быть отнесены *случаи свободного использования библиотеками, архивами и образовательными учреждениями*, предусмотренные в ст. 1275 ГК РФ.

Прежде всего общедоступные библиотеки, а также архивы, доступ к архивным документам которых не ограничен, вправе без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения предоставлять во временное безвозмездное использование (в том числе в порядке взаимного использования ресурсов) оригиналы или экземпляры произведений, правомерно введенные в гражданский оборот (п. 1 ст. 1275 ГК РФ). Такие услуги составляют основное содержание деятельности библиотек и архивов, и в то же время являются одним из случаев свободного использования произведений, поскольку подразумевают, что соответствующие экземпляры произведений предо-

[1] Решение Арбитражного суда г. Москвы от 21 января 2011 г. по делу № А40-125210/09-110-860.

ставляются читателям без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения.

К числу общедоступных библиотек абз. 3 ст. 1 Федерального закона от 29 декабря 1994 г. № 78-ФЗ «О библиотечном деле» относит библиотеки, которые предоставляют возможность пользования их фондом и услугами юридическим лицам независимо от их организационно-правовых форм и форм собственности и гражданам без ограничений по уровню образования, специальности, отношению к религии. Аналогичные права предоставляются архивам, доступ к архивным документам которых не ограничен (ст. 24 и 25 Федерального закона от 22 октября 2004 г. № 125-ФЗ «Об архивном деле в Российской Федерации»).

Соответствующие библиотеки и архивы могут предоставлять читателям оригиналы или экземпляры произведений из своих фондов при соблюдении следующих условий:

1) в их действиях должна отсутствовать цель извлечения прибыли;

2) оригиналы или экземпляры произведений должны быть правомерно введены в гражданский оборот (т.е. они должны быть на законных основаниях приобретены такими библиотеками и архивами);

3) если соответствующие экземпляры произведений существуют в электронной форме (например, в виде записей на CD или DVD дисках), то они могут быть предоставлены пользователями только в помещении библиотеки или архива при условии исключения возможности дальнейшего создания копий произведений в электронной форме.

Предоставление во временное безвозмездное пользование оригиналов или экземпляров произведений разрешается не только в отношении пользователей, но и в порядке взаимного использования библиотечных ресурсов (ст. 19 Федерального закона «О библиотечном деле»). Вместе с тем в отношении экземпляров произведений, которые существуют в электронной форме, действует общий запрет на использование их за пределами помещения библиотеки, поэтому в рамках межбиблиотечного обмена возможно только предоставления копии произведения на бумажном носителе.

12. Общедоступные библиотеки, а также архивы, доступ к архивным документам которых не ограничен, при условии цели извлечения прибыли вправе без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения, но с обязательным указанием имени автора, произведения которого используются, и источника заимствования *создавать единичные копии, в том числе в электронной форме, экземпляров произведений,* принадлежащих им и правомерно введенных в гражданский оборот (п. 1 ст. 1275 ГК РФ).

Этот самостоятельный случай свободного воспроизведения произведений (подп. 1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ) допускается при соблюдении следующих условий:

1) у библиотеки или архива должна отсутствовать цель извлечения прибыли;

2) на воспроизведенных копиях произведения обязательно должно быть указано имя автора, произведение которого используется, а также должен быть указан источник заимствования (например, в отношении книги сведения об издателе и выходные данные);

3) могут быть изготовлены только единичные копии, в том числе в электронной форме (т.е. может быть сделано больше одной копии, но число таких копий должно быть минимальным и обусловленным потребностями библиотеки или архива);

4) копии могут быть сделаны только с экземпляров произведений, которые принадлежат данной библиотеке или архиву и были правомерно введены в гражданский оборот.

Предусмотрен также исчерпывающий перечень целей, в которых библиотеки и архивы могут свободно создавать копии произведений.

Во-первых, копии могут создаваться для обеспечения сохранности экземпляров произведений и их доступности для пользователей. Безусловно, целесообразно создание копий ветхих, изношенных, испорченных, дефектных экземпляров произведений, если аналогичные новые экземпляры по каким-либо причинам не могут быть приобретены. Также могут быть созданы копии единичных и (или) редких экземпляров произведений и рукописей, выдача которых пользователям может привести к их утрате, порче или уничтожению. Например, такая ситуация может возникнуть в отношении старинных или уникальных книг, которые находятся в хорошем состоянии, но нуждаются в бережном обращении. Сюда же относятся экземпляры произведений, записанных на машиночитаемых носителях, для пользования которыми отсутствуют необходимые технические средства. Так, у библиотеки может отсутствовать проектор для просмотра диафильмов или патефон для проигрывания патефонных пластинок, но создание электронной копии диафильма или музыкальной записи может решить такую проблему.

Наконец, могут быть созданы копии экземпляров произведений, имеющих исключительно научное и образовательное значение. Данное положение направлено на то, чтобы обеспечить учащихся и научных работников в разных частях страны достаточным количеством той учебной и научной литературы, на которую имеется повышенный спрос. В целях защиты интересов авторов и книгоиздателей при этом установлено, что

создание библиотеками и архивами электронных копий произведений, имеющих исключительно научное или образовательное значение, должно быть обусловлено истечением 10-летнего срока с даты выхода в свет их последнего издания на территории Российской Федерации.

Во-вторых, свободное создание копий экземпляров произведений допускается в случаях, когда требуются восстановление или замена утраченных или испорченных экземпляров произведения (например, если в библиотеке имелось два экземпляра произведения, но один из них пострадал и больше не может использоваться), а также предоставление соответствующих экземпляров другим утратившим их по каким-либо причинам общедоступным библиотекам или архивам, доступ к архивным документам которых не ограничен.

Созданные копии могут использоваться только в помещении библиотеки или архива, изготовивших соответствующую копию, а в другую библиотеку или архив взамен утраченного экземпляра не может быть передана копия в электронной форме (только на бумажном носителе).

13. Библиотеки, которые получают экземпляры диссертаций в соответствии с законом об обязательном экземпляре документов, также могут свободно создавать *копии таких диссертаций,* в том числе в электронной форме (п. 4 ст. 1275 ГК РФ).

К числу таких библиотек согласно п. 3 ст. 10 Федерального закона от 29 декабря 1994 г. № 77-ФЗ «Об обязательном экземпляре документов» относятся Российская государственная библиотека (в отношении диссертаций по всем отраслям знания за исключением медицины и фармацевтики) и Центральная научная медицинская библиотека Московской медицинской академии имени И.М. Сеченова (в отношении диссертаций по медицине и фармацевтике).

Свободное воспроизведение диссертаций, находящихся в фондах указанных библиотек, может осуществляться без согласия их авторов или иных обладателей исключительных прав и без выплаты вознаграждения, если:

1) библиотеки не преследуют при этом цели извлечения прибыли;

2) на копиях указывается имя автора и источник заимствования;

3) изготавливаются только единичные копии, число которых минимально и обусловлено потребностями библиотеки.

Создание таких копий может быть обусловлено только теми же целями, которые предусмотрены для случаев копирования библиотеками: обеспечение сохранности и доступности для пользователей и восстановление, замена утраченных или испорченных экземпляров произведений.

Копии диссертации, которые создаются в электронной форме, могут быть предоставлены пользователям только в помещении соответствующей библиотеки и при условии исключения возможности дальнейшего создания копий диссертации в электронной форме. Таким образом, для того, чтобы предоставить пользователям возможность знакомиться с текстами диссертаций в удаленном доступе: через терминалы библиотеки, находящиеся в других населенных пунктах, или через интернет-ресурсы, библиотека должна заблаговременно получить согласие автора на такое использование его диссертации (либо согласие иного правообладателя, если автор уже передал свое исключительное право на произведение другому лицу).

14. Общедоступные библиотеки, а также архивы, доступ к архивным документам которых не ограничен, вправе создавать в единственном экземпляре и предоставлять *копии отдельных статей и малообъемных произведений, опубликованных в сборниках, газетах и других периодических печатных изданиях, коротких отрывков из иных опубликованных письменных произведений (с иллюстрациями или без иллюстраций) по запросам граждан для научных и образовательных целей* (п. 5 ст. 1275 ГК РФ). В пределах этого случая свободного использования допускается также создание копий произведений в электронной форме.

Эти действия допускаются на следующих условиях:

1) у библиотек и архивов не должно быть цели извлечения прибыли (это не означает, что они не могут брать определенную плату за изготовление копий, но такая плата должна лишь покрывать их необходимые расходы);

2) копия произведения должна содержать указание имени автора и источника заимствования;

3) могут быть изготовлены копии отдельных статей и малообъемных произведений, опубликованных в сборниках, газетах и других периодических изданиях (т.е. такие произведения могут быть скопированы полностью). Также могут быть скопированы короткие отрывки из других письменных произведений, которые были правомерно опубликованы (т.е. не составляющие их значительной части). При копировании могут воспроизводиться также иллюстрации, если они включены в издание, в которого снимается копия;

4) копия каждого такого произведения или его части может быть сделана в единственном экземпляре;

5) копия может быть изготовлена только на основании запроса гражданина для научных и образовательных целей.

Образовательные организации вправе свободно создавать копии произведения для *предоставления обучающимся и педагогическим работникам для проведения экзаменов, аудиторных занятий и самостоятельной подготовки* (п. 6 ст. 1275 ГК РФ).

Под образовательной организацией Федеральный закон от 29 декабря 2012 г. № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» (п. 18 ст. 2) понимает некоммерческую организацию, осуществляющую на основании лицензии образовательную деятельность в качестве основного вида деятельности в соответствии с целями, ради достижения которых такая организация создана.

Условия, при которых допускаются действия образовательных организаций по созданию копий произведений, аналогичны предусмотренным для копирования общедоступными библиотеками и архивами, но количество изготавливаемых копий не ограничивается одним экземпляром. Напротив, в п. 6 ст. 1275 ГК РФ указано, что образовательные организации могут создавать такие копии в количествах, необходимых для тех целей, в которых они создаются (например, по числу учащихся в классе или в студенческой группе).

15. Произведения, размещенные в сети «Интернет», составляют важную часть культурного наследия современного общества, но многие из них имеют краткосрочный характер использования и обладают рядом других особенностей, из-за которых возможности их сохранения для будущих поколений в настоящее время ограничены. В целом ряде стран уже созданы системы, позволяющие осуществлять в архивных целях сбор различных произведений и иных документов, размещенных в сети «Интернет».

Закон (п. 7 ст. 1275 ГК РФ) разрешает государственным архивам в пределах их компетенции создавать *единичные копии произведений, размещенных в сети «Интернет»*. Целью данного случая свободного воспроизведения служит хранение полученных копий в архиве. Для того, чтобы такие копии произведений могли быть воспроизведены или доведены до всеобщего сведения (а также использованы каким-либо иным авторско-правовым способом), необходимо получить у автора или иного правообладателя согласие на такое использование.

16. Еще один случай свободного использования произведений, который допускается российским законодательством в информационных, научных, учебных и культурных целях, связан с *использованием произведений, постоянно находящихся в местах, открытых для свободного посещения* (ст. 1276 ГК РФ).

В настоящее время технические средства позволяют каждому человеку создавать фотографии и видеозаписи с изображениями произведений архитектуры, памятников, произведений декоративного и изобразительного искусства и т.п., расположенных на улицах и в других местах, открытых для свободного посещения. И хотя в большинстве случаев такие изображения создаются в личных целях, размещение их в интернете (прежде всего в различных социальных сетях) приводит к использованию таких произведений в авторско-правовом смысле (подп. 1 и 11 п. 2 ст. 1270 ГК РФ). Таким образом, некоторое расширение свободного использования произведений в данном случае диктуется общественными интересами и научно-техническим прогрессом.

Пункт 3 (h) ст. 5 Директивы Европейского Парламента и Совета ЕС № 2001/29/ЕС от 22 мая 2001 г. о гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе[1] предусматривает, что государства – члены ЕС могут предусмотреть ограничения и исключения из сферы действия права на воспроизведение (ст. 2), а также права сообщения произведений для всеобщего сведения и права делать другие объекты доступными для всеобщего сведения (ст. 3 Директивы) в случаях использования таких произведений, как произведения архитектуры или скульптуры, созданных для постоянного нахождения в публичных местах.

По общему правилу разрешается без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения воспроизведение и распространение изготовленных экземпляров, сообщение в эфир или по кабелю, доведение до всеобщего сведения *произведения изобразительного искусства или фотографического произведения*, которые постоянно находятся в месте, открытом для свободного посещения, за исключением случаев, если изображение произведения является основным объектом использования или изображение произведения используется в целях извлечения прибыли (п. 1 ст. 1276 ГК РФ).

Приведенные выше правила распространяются только на произведения изобразительного искусства и фотографические произведения. К произведениям изобразительного искусства относятся как произведения живописи и графики, так и скульптуры, дизайна, а также, как представляется, произведения декоративно-прикладного и сценографического искусства. К фотографическим произведениям следует

[1] Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society (European Information Society Copyright Directive). OJ L 167. 22.06.2001. P. 10.

относить также произведения, полученные способами, аналогичными фотографии (см. п. 1 ст. 1259 ГК РФ).

Перечень способов, которыми могут быть использованы такие произведения, достаточно широк. Наряду с воспроизведением и сообщением в эфир и по кабелю, в него входят распространение изготовленных в процессе воспроизведения экземпляров и доведение до всеобщего сведения (т.е. использование в интернете).

Для того, чтобы соответствующие произведения могли быть свободно использованы указанными способами на законных основаниях, необходимо, чтобы они постоянно находились в месте, открытом для свободного посещения. То есть данное правило не будет применяться к таким произведениям фотографии или изобразительного искусства, которые находятся на временных выставках. К местам, открытым для свободного посещения, относятся любые места, доступ в которые не ограничен (независимо от того, является ли вход в такие места платным или бесплатным).

Но даже при соблюдении двух вышеназванных условий свободное использование таких произведений не допускается, если сделанное изображение является основным объектом использования или используется в целях извлечения прибыли.

Более широкие возможности свободного использования предоставляет закон в отношении *изображений произведений архитектуры, градостроительства и произведений садово-паркового искусства* (п. 2 ст. 1276 ГК РФ).

Поскольку произведения архитектуры, градостроительства и садово-паркового искусства по своей природе, как правило, предназначены для постоянного размещения, то это обстоятельство специально в законе не оговаривается. Эти произведения должны быть расположены в месте, открытом для свободного посещения, или видны из такого места. Последнее уточнение представляется целесообразным, поскольку снимает возможные споры о том, можно ли или нельзя фотографировать, например, фасад дома, находящегося за оградой.

Свободное использование произведений архитектуры, градостроительства и садово-паркового искусства, расположенных в месте, открытом для свободного посещения, или видных из этого места, также допускается путем воспроизведения и распространения изготовленных экземпляров, сообщения изображений в эфир или по кабелю и доведения их до всеобщего сведения. При этом такое использование не ставится в зависимость от каких-либо условий.

В то же время следует учитывать, что ст. 1276 ГК РФ не допускает свободного воспроизведения самих произведений архитектуры (как в виде зданий или сооружений, так и в виде архитектурных проектов). Свободное использование допускается только в форме воспроизведения изображений их внешнего вида[1].

17. Допускается без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения публичное исполнение правомерно обнародованного музыкального произведения во время официальной или религиозной церемонии либо похорон в объеме, оправданном характером такой церемонии (ст. 1277 ГК РФ).

В соответствии с подп. «g» п. 3 ст. 5 Директивы Европейского Парламента и Совета ЕС № 2001/29/ЕС от 22 мая 2001 г. о гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе государства – члены ЕС могут предусмотреть ограничения и исключения из сферы действия исключительного права в случае использования произведений во время организуемых публичной властью религиозных или официальных торжеств. В ряде стран предусмотрены более широкие перечни случаев ограничения исключительного права в отношении публичного исполнения произведений. Например, в п. 1 ст. 21 Датского консолидированного авторского закона 2014 г. предусмотрено, что допускается свободное публичное исполнение опубликованных произведений, за исключением драматических и кинематографических произведений, если такое исполнение происходит в случае религиозной службы или в образовательном процессе[2].

Впервые в российском законодательстве данный случай свободного использования произведений был предусмотрен в ст. 22 Закона об авторском праве 1993 г.

В действующей норме ст. 1277 ГК РФ свободное публичное исполнение ограничено только музыкальным произведением, которое исполняется во время официальной или религиозной церемонии либо похорон. Данное ограничение допускает публичное исполнение произведения без согласия автора или иного правообладателя, а также без выплаты вознаграждения.

Действие данного ограничения распространяется в соответствии со ст. 1306 ГК РФ на использование объектов смежных прав, вклю-

[1] Охрана произведений архитектуры от незаконного воспроизведения закреплена в подп. 10 п. 2 ст. 1270 и в подп. 1 п. 1 ст. 1273 ГК РФ.

[2] http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/dk/dk091en.pdf

чая использование фонограмм с записями исполнений музыкальных произведений.

Публичное исполнение в соответствии с подп. 6 п. 2 ст. 1270 ГК РФ включает представление произведения в живом исполнении (т.е. в исполнении артистов) или с помощью технических средств (например, в виде аудиозаписи). К публичному исполнению относится в том числе и такое исполнение, которое осуществляется не в месте нахождения воспринимающих его лиц, при условии, что восприятие произведения происходит одновременно с его представлением или показом (например, в случае трансляции радио- и телепередач в общественных местах).

Дискуссия. *В п. 1 ст. 1259 ГК РФ объектом авторских прав названо музыкальное произведение с текстом или без текста. В связи с этим вопрос о том, распространяется ли рассматриваемый случай свободного использования только на авторов музыки или также на авторов текстов музыкальных произведений, носит спорный характер. Ряд авторов считает, что данная норма распространяется только на музыкальные произведения без текста*[1]*. При этом в качестве обоснования делается ссылка на п. 2 и 3 ст. 1263 ГК РФ, в которых охрана прав автора текста музыкального произведения специально оговорена. В то же время в абз. 4 п. 2 ст. 1274 ГК РФ музыкальные произведения упоминаются (как и в ст. 1277 ГК РФ) без специальной оговорки в отношении текста, хотя по смыслу данная норма должна охватывать любые музыкальные произведения. В рассматриваемом случае, как представляется, также подразумевается, что речь идет о публичном исполнении любых произведений (как без текста, так и с текстом), т.е. музыкальные произведения должны пониматься в широком смысле, как они указаны в ст. 1259 ГК РФ.*

Данное ограничение может применяться только в отношении правомерно обнародованных музыкальных произведений. Если произведение еще не обнародовано, то для его исполнения на официальной или религиозной церемонии, а также на похоронах требуется согласие автора или иного правообладателя.

Под официальной церемонией следует понимать некий порядок совершения действий (зачастую торжественный), установленный

[1] Э.П. Гаврилов (Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть четвертая / Э.П. Гаврилов, О.А. Городов, С.П. Гришаев и др. М: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. С. 196), В.О. Калятин (Комментарий к Гражданскому Кодексу Российской Федерации части четвертой (постатейный) / Отв. ред. Л.А. Трахтенгерц. М.: Контракт, Инфра-М, 2009. С. 208).

законами или правилами, исходящий от государственных органов или должностных лиц. К официальным церемониям могут быть отнесены, например, инаугурация Президента РФ, подъем Государственного флага РФ, награждение орденами Российской Федерации, возложение венков к мемориалам, совершение бракосочетания в органах ЗАГС.

В п. 23 Обзора судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав, утвержденного Президиумом Верховного Суда РФ 23 сентября 2015 г., указано, что исполнение песни-гимна организации на ее корпоративных мероприятиях не подпадает под действие ст. 1277 ГК РФ, так как такие мероприятия не могут рассматриваться как официальные церемонии. Верховный Суд РФ разъяснил, что «к официальным церемониям относятся церемонии от имени государства, а также субъектов Российской Федерации»[1].

Под религиозными понимаются церемонии, совершаемые в соответствии с правилами той или иной религии. Такие церемонии могут совершаться религиозными организациями. Условия признания религиозного объединения названы в Федеральном законе от 26 сентября 1997 г. № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях». В ст. 16 упомянутого закона используется выражение «религиозные обряды и церемонии», содержание которого не раскрывается. Обращение к словарям подсказывает, что обряд и церемония – синонимичные выражения. Очевидно следует считать, что норма ст. 1277 ГК РФ охватывает как религиозные церемонии, так и религиозные обряды.

Свободное использование музыкальных произведений допускается также в отношении похорон. Отдельное их упоминание обусловлено тем, что этот обряд включает в себя различные этапы, часть из которых может рассматриваться как официальная церемония (гражданская панихида) или религиозный обряд (отпевание), но может включать и элементы, которые не подпадают под эти определения.

Допустимый объем свободного использования музыкального произведения определяется характером той или иной церемонии. Это означает, что в каких-то случаях возможно использование произведения в полном объеме (например, если речь идет о песне), а в каких-то – лишь фрагментов произведения. Возможно также использование

[1] Определение Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 26 мая 2009 г. № 5-В09-45.

нескольких небольших произведений или их фрагментов, но при этом произведения не должны подвергаться какой-либо переработке.

В ст. 1277 ГК РФ не содержится требования об указании имени автора, произведение которого используется, а также источника заимствования произведения, поскольку сами ситуации, в которых разрешается свободное использование, как правило, делают такое упоминание неуместным и технически невозможным. В то же время в случаях, когда упоминание имени автора исполняемого музыкального произведения возможно, это необходимо делать, поскольку ст. 1277 ГК РФ не содержит прямого правила, направленного на ограничение личного неимущественного права автора на имя.

§ 5. Свободное воспроизведение произведения для целей правоприменения

Допускается без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения *воспроизведение произведения для осуществления производства по делу об административном правонарушении, при производстве дознания, предварительного следствия или осуществления судопроизводства в обьеме, оправданном этой целью* (ст. 1278 ГК РФ).

В соответствии со ст. 1306 ГК РФ данный случай свободного использования применяется и в отношении объектов смежных прав.

Поскольку любые ограничения исключительных прав, установленные в ГК РФ, не подлежат расширительному толкованию, перечень случаев, в которых допускается свободное воспроизведение в целях правоприменения, носит исчерпывающий характер:

1) осуществление производства по делу об административном правонарушении (гл. 22–24 КоАП РФ);

2) производство дознания (п. 8 ст. 5 и ст. 150 УПК РФ);

3) производство предварительного следствия (ст. 150, 151 УПК РФ);

4) осуществление судопроизводства.

В последнем случае под судопроизводством понимается деятельность судебных органов по рассмотрению гражданских, административных и уголовных дел. Норма данной статьи распространяется на деятельность всех судов, входящих в судебную систему Российской Федерации (ст. 4 Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации»).

Воспроизведение произведения для целей правоприменения допускается без согласия автора и без выплаты ему вознаграждения в объеме, оправданном указанными целям. Очевидно, что с учетом

установленных в законе целей использования произведений (объектов смежных прав) речь идет о создании их единичных копий или копий их фрагментов.

В данном случае закон не требует, чтобы произведение обязательно было обнародованным. Это вполне логично, поскольку воспроизведение необнародованного произведения может быть необходимо в случае нарушения авторских прав, происшедшего еще до начала его авторско-правового использования (например, в случае плагиата). При этом воспроизведение произведения в целях правоприменения не влечет за собой его обнародования, так как такое использование носит ограниченный характер, произведение становится доступным лишь определенному, достаточно узкому кругу лиц.

В то же время должностным лицам органов правосудия необходимо принимать меры к тому, чтобы необнародованное произведение не стало доступным для всеобщего сведения. В рамках данного случая свободного использования произведение (объект смежных прав) не может быть публично показано или исполнено, сообщено в эфир или по кабелю, доведено до всеобщего сведения в сети «Интернет». Не могут применяться в отношении него также и другие положения об ограничениях исключительного права. Например, произведение не может быть сообщено в обзорах текущих событий, освещающих ход судебного процесса (подп. 5 п. 1 ст. 1274 ГК РФ).

Нет необходимости при воспроизведении произведения для целей правоприменения указывать имя автора и источник его заимствования. Это объясняется тем, что использование произведения в подобных случаях не направлено на ознакомление с ним публики, а преследует узкие прикладные цели (проведение экспертизы, исследование доказательств, определение размера причиненного ущерба и т.п.). Кроме того, копии произведения, изготовленные для целей правоприменения, становятся, как правило, документами в составе конкретного гражданского, административного или уголовного дела, что позволяет их идентифицировать в соответствии с требованиями, предъявляемыми правилами делопроизводства.

§ 6. Свободное использование в целях осуществления технических потребностей

1. Организации эфирного вещания вправе без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты дополнительного вознаграждения делать *запись в целях краткосрочного использования* того про-

изведения, в отношении которого эта организация получила право на сообщение в эфир (ст. 1279 ГК РФ).

Введение данного ограничения исключительного права обусловлено техническими потребностями вещательных организаций.

Эти положения основаны на том, что в п. 3 ст. 11bis Бернской конвенции предусмотрена возможность для стран-участниц определять в своем законодательстве режим записей краткосрочного пользования, производимых радиовещательными организациями собственными средствами и для своих передач. Там же установлено, что национальным законодательством может быть разрешено хранение таких записей ввиду их исключительно документального характера в официальных архивах[1].

Соответствующий случай свободного использования предусмотрен также в подп. (d) п. 2 ст. 5 Директивы ЕС № 2001/29/ЕС от 22 мая 2001 г. о гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе. Аналогичные ограничения закреплены в законодательстве многих зарубежных стран (например, в ст. 55 Германского закона об авторском праве и смежных правах 1965 г.[2]).

В законе четко оговорены условия применения данного ограничения:

1) запись может быть осуществлена только организацией эфирного вещания (т.е. правило не распространяется на организации кабельного вещания);

2) данная организация получила право на сообщение произведения в эфир (формулировка «получила право» свидетельствует, что она должна либо получить согласие самого правообладателя на такое использование произведения, либо заключить договор с организацией по коллективному управлению правами);

3) запись осуществляется на собственном оборудовании организации (под собственным оборудованием может пониматься оборудование, не только находящееся в ее собственности, но и в ее оперативном управлении либо арендуемое оборудование);

4) запись производится для собственных передач организации (не разрешается передавать эту запись для использования другим лицам);

5) организация обязана уничтожить сделанную запись в течение шести месяцев со дня ее изготовления. Это небольшой срок, однако

[1] «Исключительно документального характера» – в официальном переводе на русский язык, «*exceptional documentary character*» (т.е. «особое документальное значение») – на английском языке.

[2] http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=14014

в уже упоминавшемся Германском законе об авторском праве предусмотрено, что такая запись может храниться всего один месяц.

Срок хранения записи, сделанной в целях краткосрочного пользования, может быть более продолжительным, чем шесть месяцев, если он должен быть согласован с правообладателем или установлен законом.

Нарушение любого из перечисленных выше условий свидетельствует о нарушении исключительного права на произведение.

Закон предусматривает также возможность сохранения записи, сделанной в целях краткосрочного пользования, без согласия правообладателя в государственном или муниципальном архиве. Хранение записи в архиве не ограничено каким-либо сроком. Однако оно допускается только в том случае, если запись носит «исключительно документальный характер». Таким образом, данное ограничение не распространяется на записи художественных произведений (например, исполнение солистом музыкального произведения или запись постановки театрального спектакля).

2. Тот факт, что запись произведения (объекта смежных прав) на электронном носителе (например, на лазерном диске, флэш карте, внешнем жестком диске), включая запись в память ЭВМ, считается воспроизведением (подп. 1 п. 2 ст. 1270, подп. 5 п. 2 ст. 1317, подп. 5 п. 2 ст. 1324, подп. 2 п. 2 ст. 1330, п. 1 ст. 1339 ГК РФ), позволяет автору или иному правообладателю осуществлять контроль за любым использованием произведения (объекта смежных прав) в электронной форме, а также в информационно-телекоммуникационных сетях. Вместе с тем в ряде случаев, когда электронные копии создаются в чисто технических целях (в процессе использования произведений в сети «Интернет», при осуществлении деятельности различных сложных технических устройств), такая охрана не нужна и может усложнять гражданский оборот.

В связи с этим Директива ЕС № 2001/29/ЕС от 22 мая 2001 г. о гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе предусматривает в качестве ограничения исключительного права *временные действия по воспроизведению произведений и объектов смежных прав* (п. 33 преамбулы и подп. 1 п. 1 ст. 5).

Данное ограничение в российском впервые было сформулировано в четвертой части ГК РФ и закреплено непосредственно в тех его положениях, в которых дается характеристика права на воспроизведение (например, в подп. 1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ). Федеральным законом от 12 марта 2014 г. № 35-ФЗ в формулировку этого случая

свободного использования были внесены уточнения, сближающие его с аналогичным ограничением, предусмотренным в Директиве ЕС № 2001/29/ЕС.

Суть данного ограничения состоит в том, что временные записи не признаются воспроизведением и исключаются таким образом из сферы действия исключительного права. Для этого они должны соответствовать следующим критериям:

– быть краткосрочными, т.е. носящими временный или случайный характер;

– составлять неотъемлемую и существенную часть технологического процесса;

– осуществляться либо в целях правомерного использования, либо информационным посредником при передаче произведения в информационно-телекоммуникационной сети между третьими лицами (в том числе кэширование);

– не иметь самостоятельного экономического значения.

§ 7. Особенности свободного использования программ для ЭВМ и баз данных

1. Программы для ЭВМ и базы данных обладают целым рядом особенностей, выделяющих их из числа других объектов авторских прав. Программы для ЭВМ в соответствии с требованиями международных соглашений охраняются как литературные произведения (например, п. 1 ст. 10 Соглашения ТРИПС). Вместе с тем в силу своей природы они не относятся к литературным произведениям, а лишь получают в соответствии с законом ту же охрану.

База данных рассматривается как разновидность составного произведения, как сборник, в котором содержатся материалы, систематизированные таким образом, чтобы они могли быть найдены и обработаны с помощью ЭВМ (ст. 1260 ГК РФ).

Не менее важной особенностью этих объектов авторских прав служит то, что пользование этими ими возможно, как правило, в электронной среде. В соответствии с действующим законодательством запись произведения на электронном носителе, в том числе запись в память ЭВМ, считается воспроизведением этого произведения. Таким образом, даже при использовании программ для ЭВМ и баз данных лицами, приобретшими их в личных целях, происходит их авторско-правовое использование, требующее, с точки зрения закона, получения разрешения правообладателя.

Такие разрешения обычно оформляются в виде так называемой оберточной лицензии – лицензионного договора, заключаемого в упрощенной форме, условия которого излагаются на приобретаемом экземпляре программы для ЭВМ или базы данных, на упаковке такого экземпляра или содержатся в электронном виде на соответствующей странице интернета, с которой происходит скачивание приобретаемой программы или базы (ст. 1286 ГК РФ).

В то же время для случаев, в которых специальные условия, изложенные в лицензионном договоре, отсутствуют, предусмотрены специальные ограничения, которые позволяют пользователю на законных основаниях и в разумных пределах осуществлять действия с приобретенным им экземпляром программы для ЭВМ или базы данных.

Соответствующие ограничения применительно к программам для ЭВМ сформулированы в ст. 5 и 6 Директивы ЕС № 2009/24/ЕС о правовой охране компьютерных программ (кодифицированная версия)[1].

В подп. 2 и 3 п. 1 ст. 1273 ГК РФ указано, что правила о свободном воспроизведении произведения в личных целях не распространяются на воспроизведение программ для ЭВМ и баз данных, кроме случаев, предусмотренных ст. 1280 ГК РФ. Таким образом, именно в ст. 1280 ГК РФ содержится определенный набор случаев, когда допустимо использование в личных целях этих двух специфических объектов авторских прав.

Допускается *без разрешения автора или иного правообладателя и без выплаты дополнительного вознаграждения осуществление пользователем определенных, перечисленных в ГК РФ действий.*

В ст. 1280 ГК РФ пользователем названо лицо, которое правомерно владеет экземпляром программы для ЭВМ или базы данных. Таким образом, в этом случае рассматривается ситуация, в которой лицо правомерно приобретает экземпляр программы или базы в материальной (вещественной) форме. В отношении этого экземпляра у него возникают вещные права владения, пользования и распоряжения. В то же время, имея возможность осуществлять по своему усмотрению свои права собственника или владельца данного экземпляра, он должен обладать и правом использовать произведение, выраженное в этом экземпляре. Такими правами его и наделяет ст. 1280 ГК РФ.

Прежде всего пользователь может осуществлять обычные *действия, направленные на использование программ и баз данных в соответствии*

[1] OJ L III. 5.5.2009. P. 16.

с их назначением, а также иные действия, необходимые для их функционирования. К числу таких действий относятся их запись и хранение в памяти ЭВМ (предусмотрено, что без дополнительного указания в договоре речь может идти только об одном устройстве или об одном пользователе сети). Допускается также внесение изменений в программу или базу данных (т.е. адаптация согласно подп. 9 п. 2 ст. 1270 ГК РФ). Адаптация допускается исключительно для того, чтобы осуществить функционирование программы или базы на технических средствах (устройствах) пользователя. Также разрешается исправление явных ошибок. Все эти действия могут быть осуществлены в случае, если иное не предусмотрено в договоре пользователя с правообладателем (подп. 1 п. 1 ст. 1280 ГК РФ).

Кроме того, пользователь вправе *изготовить резервную копию* программы для ЭВМ или базы данных, используемую исключительно для архивных целей или для замены своего правомерно приобретенного экземпляра, который был утерян, уничтожен или стал непригоден для использования. Такая копия должна использоваться только для осуществления действий, перечисленных в подп. 1 п. 1 ст. 1280 ГК РФ, и должна быть уничтожена, если владение экземпляром программы или базы, с которого она изготовлена, перестало быть правомерным (подп. 2 п. 1 ст. 1280 ГК РФ).

Перечисленные выше права, предоставляемые пользователю программы для ЭВМ или базы данных, осуществляются в рамках использования этих объектов в личных целях (п. 1 ст. 1280 ГК РФ). В п. 2 и 3 ст. 1280 ГК РФ предусмотрены случаи свободного использования, направленные на обеспечение научных исследований и определенной переработки программ для ЭВМ.

Пользователь может без согласия правообладателя и без выплаты дополнительного вознаграждения *изучать, исследовать, испытывать функционирование программы* для определения идей и принципов, лежащих в основе любого элемента программы. Однако соответствующие исследования могут производиться только путем осуществления действий, предусмотренных в подп. 1 п. 1 ст. 1280 ГК РФ.

Лицо, правомерно владеющее экземпляром программы для ЭВМ, вправе также без согласия правообладателя и без выплаты дополнительного вознаграждения *воспроизвести и преобразовать объектный код в исходный текст* (т.е. декомпилировать программу для ЭВМ) или поручить иным лицам осуществить эти действия, если они необходимы для достижения способности к взаимодействию независимо разработанной этим лицом программы для ЭВМ с другими

программами, которые могут взаимодействовать с декомпилируемой программой.

Свободное декомпилирование разрешается при соблюдении следующих условий:

– информация, необходимая для достижения способности к взаимодействию программ, ранее не была доступна лицу из других источников;

– действия осуществляются в отношении только тех частей декомпилированной программы, которые необходимы для достижения способности к взаимодействию;

– полученная информация будет использоваться только для достижения способности к взаимодействию программ. Она не должна передаваться другим лицам для каких-то иных целей; не может использоваться для разработки другой программы для ЭВМ, существенно схожей с декомпилируемой программой; не может использоваться для каких-либо иных действий, нарушающих исключительное право на программу для ЭВМ.

В п. 4 ст. 1280 ГК РФ специально повторена формулировка трехшагового теста, действующего в данном случае как дополнительный критерий того, насколько действия лица, правомерно владеющего экземпляром программы для ЭВМ или базы данных, лояльны по отношению к интересам правообладателя.

2. В отношении использования базы данных как объекта смежного права изготовителя базы данных установлен ряд специальных случаев свободного использования, закрепленных в ст. 1335[1] ГК РФ.

Лицо, правомерно пользующееся обнародованной базой данных, вправе без разрешения правообладателя (изготовителя базы данных) *извлекать из базы данных материалы и осуществлять их последующее использование*.

Такие действия возможны, во-первых, в целях, для которых база данных предоставлена пользователю, в любом объеме, если иное не предусмотрено договором. Данный случай применим к ситуациям, когда необходимо толкования неясных формулировок договора с правообладателем.

Во-вторых, допускается свободное использование материалов, извлеченных из базы данных, в личных, научных, образовательных целях, в объеме, оправданном указанными целями. Данный случай соответствует общим критериям ст. 1306 ГК РФ.

В-третьих, свободное использование несущественных частей базы данных допускается в любых иных целях, в том числе и коммерческих.

В связи с этим приобретает значение определение того, является ли использованная в том или ином конкретном случае часть базы данных существенной или несущественной.

Оценочный критерий в отношении извлечения из базы данных материалов, составляющих несущественную ее часть, состоит в том, что не должно допускаться их неоднократное извлечение или использование, если такие действия противоречат нормальному использованию базы данных и ущемляют необоснованным образом законные интересы ее изготовителя (п. 3 ст. 1335[1] ГК РФ). Таким образом, в этой норме, как и в ст. 1280 ГК РФ, использована конструкция трехшагового теста для определения возможной меры вмешательства пользователя в сферу интересов правообладателя.

Кроме того, во всех названных случаях установлено общее условие, что извлечение материалов из базы данных и их дальнейшее использование возможны только в той мере, в которой эти действия не нарушают авторские права изготовителя базы и других лиц. Это дополнительное требование связано с тем, что база данных рассматривается как сложный объект (ст. 1240 ГК РФ) и может включать целый комплекс авторских прав, принадлежащих различным лицам.

§ 8. Свободное использование музыкальных произведений и фонограмм с выплатой вознаграждения

В действующем российском законодательстве установлено только три случая свободного использования произведений и объектов смежных прав с выплатой вознаграждения. Один из них – выплата компенсационного вознаграждения за свободное воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях – был рассмотрен раньше.

Два других случая направлены на использование фонограмм и музыкальных произведений. Использование без получения согласия авторов или иных правообладателей допускается в этих случаях на том основании, что оно осуществляется в широком масштабе, большим числом организаций, поэтому как правообладатели, так и пользователи испытывали бы огромные трудности при заключении друг с другом лицензионных договоров.

Сбор вознаграждения за соответствующие случаи свободного использования осуществляется организациями по управлению правами на коллективной основе, имеющими государственную аккредитацию (подп. 2, 5 и 6 п. 1 ст. 1244 ГК РФ). В этих случаях аккредитованные

организации могут собирать вознаграждение для авторов без получения их согласия по схеме так называемого расширенного управления правами.

1. В первую очередь, следует остановиться на *ограничении исключительного права на фонограмму и права на исполнение, зафиксированное на этой фонограмме*.

Данный случай свободного использования с выплатой вознаграждения основан на положениях ст. 12 Международной (Римской) конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций. Использование фонограммы, опубликованной в коммерческих целях, с выплатой разового справедливого вознаграждения предусматривается также п. 2 ст. 8 Директивы ЕС № 2006/115/ЕС от 12 декабря 2006 г. о праве на прокат и праве на предоставление в безвозмездное пользование, а также о некоторых правах, смежных с авторскими в сфере интеллектуальной собственности[1].

Суть данного случая, как он изложен в действующем российском законодательстве, состоит в том, что в тех случаях, когда фонограмма была впервые опубликована в коммерческих целях, ее публичное исполнение, а также сообщение в эфир или по кабелю в дальнейшем допускаются без разрешения обладателей исключительных прав на саму фонограмму и зафиксированное на ней исполнение (п. 1 ст. 1326 ГК РФ). Вместе с тем правообладатели не утрачивают возможности получить вознаграждение за использование фонограммы перечисленными способами. Такое вознаграждение в соответствии с п. 5 ст. 1229 ГК РФ рассматривается как составная часть исключительного права, сохраняющаяся в этом случае у правообладателя несмотря на то, что пределы осуществления его исключительного права ограничены законом.

Коммерческим считается использование фонограммы в целях получения прибыли. В отношении фонограммы, которая была обнародована в иных целях (например, запись концерта была передана по радио в благотворительных целях), правила комментируемой статьи не действуют. Дальнейшее использование такой фонограммы возможно только с разрешения правообладателей, на основании заключенного с ними договора.

Правительство РФ вправе установить ставки вознаграждения, а также порядок сбора, распределения и выплаты вознаграждения за использование фонограмм (п. 3 ст. 1326 ГК РФ). Постановлением Правительства РФ от 29 декабря 2007 г. № 988 утверждены Правила

[1] OJ L 376, 27.12.2006. P. 28.

сбора, распределения и выплаты вознаграждения исполнителям и изготовителям фонограмм за использование фонограмм, опубликованных в коммерческих целях (далее – Правила), вступившие в действие с 1 января 2008 г.

Сбор вознаграждения производится с пользователей – юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, которые осуществляют публичное исполнение фонограмм с помощью 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 ли фонограмма в месте ее исполнения или в другом месте одновременно с ее исполнением), а также сообщение фонограмм в эфир и по кабелю, включая ретрансляцию. К числу пользователей относятся организации эфирного и кабельного вещания, клубы, дискотеки, спортивные сооружения, рестораны, магазины и т.д. Такие лица выплачивают вознаграждение за использование фонограммы независимо от того, относится ли использование фонограмм к основным видам их деятельности (п. 2 Правил).

Сбор и распределение вознаграждения за использование фонограмм осуществляет организация по управлению правами на коллективной основе, имеющая государственную аккредитацию на осуществление этих видов деятельности (п. 2 ст. 1326 ГК РФ). Аккредитованная организация заключает с пользователями договоры о выплате вознаграждения на основании п. 1 ст. 1243 ГК РФ. В таких договорах должны быть определены сроки выплаты вознаграждения, а также его размер.

В п. 4 Правил установлено, что при расчете размера вознаграждения, взимаемого с пользователей, должны учитываться минимальные ставки авторского вознаграждения за публичное исполнение произведений, а также за сообщение произведений в эфир и по кабелю. Кроме того, следует учитывать, относится ли использование фонограмм к основным видом деятельности пользователя, является ли вход для слушателей (посетителей) платным. Рекомендуется также учитывать размер вознаграждения, который при сравнимых обстоятельствах (как в нашей стране, так и за рубежом) обычно взимается за аналогичное использование фонограмм.

В ст. 1326 ГК РФ предусмотрено, что собранное вознаграждение распределяется между правообладателями в соотношении: 50% – исполнителям, 50% – изготовителям фонограмм. Вместе с тем между всеми исполнителями и изготовителями фонограмм вознаграждение должно распределяться пропорционально фактическому использованию этих фонограмм. Установить интенсивность такого использования

можно на основе обобщения данных отчетности, представляемой аккредитованным организациям пользователями, а также различных статистических сведений.

Вознаграждение должно выплачиваться регулярно, в сроки, предусмотренные уставом аккредитованной организации, но не реже четырех раз в год. При этом выплата может быть осуществлена либо непосредственно получателю вознаграждения, либо через организацию, управляющую правами этого лица на договорной основе. Об этом аккредитованная организация должна уведомить получателя вознаграждения в письменной форме (п. 6 Правил).

Пользователи фонограмм обязаны представлять в организацию по управлению правами на коллективной основе отчеты об использовании фонограмм, а также иные сведения и документы, необходимые для сбора и распределения вознаграждения. Перечень таких документов и сроки их представления определяются в договоре, заключаемом между пользователем и аккредитованной организацией (п. 4 ст. 1326 ГК РФ).

2. Особый случай свободного использования с выплатой вознаграждения предусмотрен в п. 3 ст. 1263 ГК РФ. Он говорит о том, что *авторы музыкальных произведений (с текстом или без текста), использованных в аудиовизуальном произведении, сохраняют право на вознаграждение за использование их произведений* при публичном исполнении, сообщении в эфир или по кабелю, а также ретрансляции соответствующего аудиовизуального произведения. Сбор вознаграждения осуществляется аккредитованной организацией с пользователей, к числу которых относятся кинотеатры, а также организации эфирного и кабельного вещания.

Впервые аналогичное положение появилось в п. 3 ст. 13 Закона об авторском праве 1993 г. Данный случай не предусмотрен в каких-либо международных соглашениях. На практике этот случай свободного использования с выплатой вознаграждения вызывает споры. Ставится под сомнение справедливость данной меры, вносятся предложения как по отмене данного правила, так и по расширению сферы его применения на режиссеров-постановщиков и сценаристов аудиовизуальных произведений.

Вопросы по теме

1. Для каких целей вводятся ограничения исключительных прав на произведения и объекты смежных прав?

2. При каких условиях возможно свободное использование произведений и объектов смежных прав в личных целях?

3. В каких случаях допускается свободное использование произведений и объектов смежных прав в информационных, учебных и культурных целях?

4. В каких случаях допускается свободное использование произведений библиотеками и архивами?

5. Каковы особенности правового регулирования случаев свободного использования программ для ЭВМ и баз данных?

6. В каких случаях допускается использование произведения или объекта смежных прав без согласия правообладателя, но с выплатой вознаграждения?

Рекомендуемая литература

Гаврилов Э.П. Ограничения исключительного авторского права // Патенты и лицензии. 2015. № 5.

Димитриев М.А. К вопросу о пределах исключительного права на произведения науки, литературы и искусства // Российский судья. 2012. № 10. С. 20–22.

Калятин В.О. О некоторых тенденциях в развитии концепции «добросовестного использования» в современном авторском праве стран «общего права» // Право. 2013. № 3. С. 136–150.

Кондратьева Е.А. Свободное использование произведений в личных, информационных, научных, учебных и культурных целях: проблемы и перспективы // Культура: управление, экономика, право. 2013. № 1. С. 8–13.

Научно-практический комментарий судебной практики в сфере защиты интеллектуальных прав / В.О. Калятин, Д.В. Мурзин, Л.А. Новоселова и др.; под общ. ред. Л.А. Новоселовой. М.: Норма, 2014.

Павлова Е.А., Калятин В.О., Корнеев В.А. Вводный научный комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации // СПС «КонсультантПлюс». 2015.

Павлова Е.А. Свободное воспроизведение объектов авторских и смежных прав в личных целях // Патенты и лицензии. 2011. № 12. С. 6–15.

Ситдикова Р.И. Ограничения исключительных прав в механизме охраны авторских прав // Российский юридический журнал. 2013. № 1. С. 126–130.

Глава 10. Особенности договоров по созданию и использованию объектов авторских и смежных прав

§ 1. Система договоров по созданию и использованию объектов авторских и смежных прав
§ 2. История развития законодательства об авторских договорах и договорах о распоряжении смежными правами
§ 3. Договор об отчуждении исключительного права на произведение, объект смежных прав
§ 4. Лицензионный договор
§ 5. Договор заказа на создание произведения, программы для ЭВМ, базы данных
§ 6. Договоры заказа на создание произведений, программ для ЭВМ, базы данных для государственных и муниципальных нужд
§ 7. Служебные произведения и объекты смежных прав

§ 1. Система договоров по созданию и использованию объектов авторских и смежных прав

Система договоров по созданию объектов авторских и смежных прав и распоряжению исключительными правами на них может быть представлена следующим образом:

– договоры об отчуждении исключительного права;

– лицензионные договоры;

– договоры о создании произведения или объекта смежных прав (договор заказа).

Перечень договоров, в рамках которых может быть осуществлено правомочие по распоряжению исключительным правом на произведение или создано произведение, не является исчерпывающим, однако правовая природа распоряжения исключительным правом независимо от используемой конструкции договора предполагает либо его передачу в полном объеме, либо предоставление отдельных правомочий на определенных условиях. Условия названных договоров могут быть

включены в иные договоры, объектом которых также могут выступать как объекты вещных прав, так и исключительные права (право использования произведения или объекта смежных прав), в частности:

– договор залога исключительного права на произведение или объект смежных прав[1];

– договор доверительного управления исключительными правами на произведение или объект смежных прав[2];

– договор коллективного управления исключительными правами на произведение или объект смежных прав;

– брачный договор;

– договор простого товарищества;

– сделки с предприятиями и др.

Каждый из договоров имеет определенную специфику, обусловленную особенностями объектов авторских и смежных прав, программ для ЭВМ, баз данных, творческим характером деятельности физических лиц, в результате которой создаются эти объекты, охраной формы произведений, а не содержания, возникновением прав независимо от регистрации и каких-либо иных формальностей и др. Так, например, только для объектов авторских прав характерны открытые лицензии[3], лишь объекты авторских и смежных прав могут входить в предмет договоров коллективного управления правами. Переход и предоставление прав на названные объекты не требует государственной регистрации, за исключением перехода исключительного права на зарегистрированные программу для ЭВМ или базу данных к другому лицу по договору (п. 5 ст. 1262 ГК РФ).

В правоприменительной практике актуальным остается не до конца решенный вопрос о *соотношении договоров коллективного управления правами на произведения и объекты смежных прав, договоров доверитель-*

[1] О договоре залога см. в гл. 9 «Распоряжение исключительным правом» первого тома учебника; Комментарий к ст. 358.18 ГК РФ – в кн.: Гражданский кодекс Российской Федерации: Залог. Перемена лиц в обязательстве. Постатейный комментарий к § 3 главы 23 и главе 24 / Е.В. Вершинина, А.А. Вишневский, Б.М. Гонгало и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2014; *Рузакова О.А.* Договор залога исключительных прав // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2008. № 2.

[2] См. подробнее: *Рузакова О.А.* Договор доверительного управления исключительными правами // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2002. № 11.

[3] См. § 4 гл. 9 первого тома учебника; комментарий к ст. 1286.1 ГК РФ в кн.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Авторское право. Права, смежные с авторскими. Постатейный комментарий к главам 69–71; под ред. П.В. Крашенинникова. М: Статут, 2014.

ного управления такими правами и договоров о распоряжении исключительным правом (договор об отчуждении исключительного права и лицензионный договор). От определения правовой природы договоров (которые могут быть построены и по конструкции смешанных с учетом субъектного состава[1]) зависят права и обязанности сторон, например, право управляющего на предъявление искового требования о взыскании компенсации. В рамках широкого обсуждения[2] данных проблем были рассмотрены договоры доверительного управления с условиями, свидетельствующими о том, что это доверительное управление, а также включающими в себя явные, существенные условия лицензионных договоров, и при этом один из субъектов одновременно выступал в качестве стороны по договору на коллективное управление правами. При этом были выявлены различия между договором доверительного управления интеллектуальными правами в сфере авторского права с учетом отсутствия необходимости регистрации и права на товарные знаки, высказаны позиции о лицензионном характере договора доверительного управления, о проблеме презумпции неисключительной лицензии, которая не дает права на защиту от нарушений исключительного права, а также о необходимости решения на законодательном уровне вопроса о правовой природе такого рода договоров. Представляется, что договор доверительного управления исключительными правами на произведения и объекты смежных прав представляет собой договор об оказании услуг, по которому доверительный управляющий осуществляет от своего имени действия по управлению чужими правами, которые к нему не переходят (ему не предоставляются). Перечень правомочий доверительного управляющего определяется договором и может включать в себя право на защиту исключительного права правообладателя[3].

---

[1] Так, договор о передаче полномочий по управлению правами может быть заключен только с некоммерческой организацией, а по договору доверительного управления некоммерческие организации могут выступать в качестве доверительного управляющего только в случаях, прямо предусмотренных законом, например, при управлении имуществом подопечного или на основании завещания.

[2] Протокол № 4 заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам от 23 мая 2014 г. на тему: «Проблемы применения положений части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации в судебно-арбитражной практике. Компенсация как способ защиты исключительных прав».

[3] См. подробнее: § 6 гл. 9 первого тома учебника. О соотношении договора доверительного управления исключительными правами и договоре коллективного управления (договор о передаче полномочий по управлению правами) см. в § 7 гл. 9 первого тома учебника.

§ 2. История развития законодательства об авторских договорах и договорах о распоряжении смежными правами

История развития законодательства об авторских договорах и договорах о распоряжении смежными правами неразрывно связана с закреплением в законодательстве объектов авторских и смежных прав и расширением их перечня.

История авторского договора насчитывает ни одну сотню лет. Регламентация и научное обоснование отдельных видов авторских договоров нашли свое весьма подробное отражение уже в дореволюционном праве, прежде всего в части издательских договоров[1]. Впервые о распоряжении исключительным правом упоминалось в § 1 Положения о правах сочинителей к Цензурному уставу, в соответствии с которым сочинитель или переводчик книги имел исключительное право пользоваться всю жизнь своим изданием и распорядиться (продать) по своему усмотрению как «имуществом благоприобретенным». Уже в дореволюционной науке возникали споры относительно правовой природы авторского договора и возможности отчуждения исключительного права на произведение в полном объеме. Как отмечал Я.А. Канторович, «авторское право, как всякое имущественное право, может переходить от одного лица к другому всеми законными способами отчуждения и приобретени»[2]. Еще до революции В. Спасович писал, что «все возможные виды уступки права авторского по договору могут быть подведены под два главных случая: а) когда авторское право уступается владельцем этого права другому лицу в целом его объеме, или б) когда владелец авторского права уступает другому не само право, но пользование им в известных пределах»[3]. Критикуя позицию Сената, который признал, что «авторское право неразрывно связано с лицом автора» и «по природе своей авторское право не может иметь определенной рыночной стоимости», Г.Ф. Шершеневич делал вывод, что при таком представлении «отчуждение авторского права было бы недопустимым, что противоречит действительности»[4].

---

[1] Положение об авторском праве от 20 марта 1911 г. регламентировало основные условия издательского договора.

[2] *Канторович Я.А.* Литературная собственность: с приложением всех постановлений действующего законодательства о литературной, художественной и музыкальной собственности, вместе с разъяснениями по кассационным решениям Сената. СПб., 1895. С. 80.

[3] *Спасович В.* Права авторские и контрафакция. СПб., 1865. С. 49.

[4] *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. М., 1995.

После революции 10 октября 1919 г. Декрет «О прекращении силы договоров на приобретение в полную собственность произведений литературы и искусства» объявил недействительными все договоры издательств с авторами, по которым произведения перешли в полную собственность издательств. Было закреплено, что издательства могут приобретать у авторов только право на издание произведения на ограниченный издательским договором срок.

Основы авторского права 1925 г. (п. 12) вновь допустили отчуждение исключительного права в полном объеме: авторское право в части или в целом может быть отчуждено по издательскому договору или иным законным способом, причем характер использования авторского права должен быть определен в точности договором[1].

В российском законодательстве традиционно определялись отдельные виды договоров в сфере авторского права, сначала по видам объектов, права на которые передавались, затем – по характеру передаваемых прав. Так, например, п. 17 Постановления ВЦИК, СНК РСФСР от 8 октября 1928 г. «Об авторском праве»[2], используя терминологию «отчуждение, уступка», формулировал определение издательского договора как договора, в силу которого автор уступает на определенный срок исключительное право на издание произведения, облеченного в объективную форму, а издатель обязывается издать и принять все зависящие от него меры к распространению этого произведения.

Статья 503 Гражданского кодекса РСФСР 1964 г. давала определения двух типов авторского договора – договора о передаче произведения для использования и авторского лицензионного договора. По существу, оба вида авторских договоров являлись по своей правовой природе лицензионными, предусматривающими определенные способы использования, на определенный срок. Система авторских договоров по виду создаваемого или используемого произведения была закреплена в ст. 504 ГК РСФСР и включала в себя издательский, постановочный и сценарный договоры, а также договор художественного заказа.

Статья 30 Закона об авторском праве и смежных правах предусматривала понятие авторского договора о передаче исключительных прав и авторского договора о передаче неисключительных прав. О недопустимости полного отчуждения исключительного права на произведе-

[1] Постановление ЦИК СССР, СНК СССР от 30 января 1925 г. «Об основах авторского права» // СЗ СССР. 1925. № 7. Ст. 67.

[2] СУ РСФСР. 1928. № 132. Ст. 861.

ние свидетельствовали прежде всего ограничение договора по сроку, предусмотренное ст. 31 Закона об авторском праве, и возможность его расторжения по инициативе автора.

Все это говорит о том, что в науке гражданского права издавна ведутся дискуссии по поводу определения авторского договора, а также о возможности отчуждения исключительного права на произведение в целом[1]. При этом излагались различные точки зрения, вплоть до того, что отсутствует необходимость в разработке общего определения авторского договора[2].

Анализируя подходы к определению природы авторского договора в российском законодательстве и науке (на примере традиционного издательского договора), С.А. Чернышева делала вывод о том, что «отношение к издательскому договору было неоднозначным. Его рассматривали как договор об уступке автором своих прав, отчуждении, передаче, о реализации автором своих прав, о разрешении автора использовать свое произведение»[3]. Имела место и трактовка данного договора как «договора по оказанию услуг, но услуг особого рода, оказываемых не столько автору, сколько потенциальному читателю»[4].

Закон об авторском праве и смежных правах 1993 г., по существу закреплял модель лицензионного договора, который содержал элементы:

– как лицензионного договора, так и договора об отчуждении (передаче) исключительного права;

– понимания исключительного права как единого целого, так и его раздробленности на отдельные правомочия;

– как теории уступки, так и теории разрешения.

В зарубежном законодательстве вопрос об отчуждении исключительных прав на произведение решается неоднозначно. Так, ст. L. 121-4 Кодекса интеллектуальной собственности Франции говорит о передаче автором права на использование, при котором сохраняется право отзыва произведения. Предметом авторского договора может быть как передача всего объема исключительных прав на использование

[1] Анализ точек зрения на проблему отчуждения исключительного права на произведение см.: *Юрченко А.К.* Издательский договор. Л., 1988. С. 7; *Богатырев Ф.* Залог авторского права // Хозяйство и право. 2004. № 3.

[2] *Сергеев А.П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М., 2003. С. 259.

[3] *Чернышева С.А.* Авторский договор в гражданском праве России. М.: Гардарика, 1996. С. 31.

[4] *Гулый К.К.* Проблемы гражданско-правового регулирования редакционно-издательского процесса: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харьков, 1991. С. 5. Цит. по: *Чернышева С.А.* Авторский договор в гражданском праве России. С. 31.

произведения (общая уступка), так и передача какого-либо отдельного права (частичная уступка).

По Закону Германии «Об авторском праве и смежных правах» от 9 сентября 1965 г. наряду с термином «передача» (*transfer*), применяемом в основном к наследственным правоотношениям (§ 28, 29 Закона), используется термин «предоставление» (*granting*).

Закон 1976 г. об авторском праве США допускает полную уступку авторского права[1]. Статья 90 Закона Великобритании об авторском праве, промышленных образцах и патентах 1988 г. гласит, что авторское право может быть передано уступкой, завещательным распоряжением или по закону как личная или движимая собственность. Уступка или иная передача авторского права может быть частичной, т.е. ограниченной для применения. О возможности уступки авторских прав говорится в п. 1 ст. 6bis Бернской конвенции об охране литературной и художественной собственности 1886 г.

В соответствии с п. 1 ст. 30 Закона Республики Казахстан от 10 июня 1996 г. № 6-1 «Об авторском праве и смежных правах»[2] авторские права передаются по авторским договорам и в порядке наследования. Поскольку при наследовании исключительное право переходит наследникам в полном объеме, то и передача по договору может быть аналогичной. Однако, из ст. 32 этого Закона следует, что авторский договор имеет лицензионный характер, поскольку передаются отдельные виды правомочий на использование произведений и на определенный срок.

Безусловно, для различных правовых систем в большей степени характерен лицензионный договор, нежели договор об отчуждении исключительного права на произведение или объект смежных прав, однако и прямого запрета на такие договоры, как правило, законодательство зарубежных стран не содержит.

В большинстве стран действует запрет на отчуждение исключительного права на произведения, которые создаются в будущем. Так, согласно ст. L. 131-1 Кодекса интеллектуальной собственности Франции полная передача будущих произведений не имеет юридической силы. Законным является согласно ст. L. 132-4 положение, которым автор предоставляет право издателю для публикации его будущих произведений явно указанных видов. Такое право ограни-

[1] См.: *Мирзоян С.* Становление и развитие авторского права США // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2003. № 1. С. 75.

[2] http://www.copyright.ru

чивается для каждого вида пятью произведениями или произведениями, созданными автором в течение пяти лет с даты подписания издательского договора.

Развитие договорных отношений, в предмет которых входят объекты смежных прав, связано с появлением различных способов звуко-, видеозаписи, распространением радиовещания и телевизионного вещания и закреплением в Основах гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1991 г. исполнений, фонограмм, передач (сообщений) в эфир или по кабелю радио- или телепередач как объектов смежных прав, а со вступлением в силу с 1 января 2008 г. части четвертой ГК РФ – также содержания баз данных, произведений науки, литературы и искусства, впервые обнародованных публикатором после их перехода в общественное достояние[1]. Договоры о распоряжении смежными правами традиционно не находили подробного правового регулирования, которое осуществлялось, как правило, нормами об авторских договорах. Так, правоприменители отмечают, что практика заключения договоров с артистами-исполнителями идет по пути использования модели договоров оказания услуг[2], которая, однако, не может заменить договор об отчуждении или предоставлении права на использование исполнения.

§ 3. Договор об отчуждении исключительного права на произведение, объект смежных прав

По договору об отчуждении исключительного права на произведение автор или иной правообладатель передает или обязуется передать принадлежащее ему исключительное право на произведение в полном объеме приобретателю такого права (ст. 1285 ГК РФ). Аналогичное определение дается в ст. 1307 ГК РФ применительно к объектам смежных прав, где в качестве отчуждателя права выступает исполнитель, изготовитель фонограммы, организация эфирного или кабельного вещания, изготовитель базы данных, публикатор произведения науки, литературы или искусства либо иной правообладатель.

Договор об отчуждении исключительного права на произведение или объект смежных прав означает переход имущественных прав

[1] См. подробнее: *Новоселова Л.А., Афанасьев Д.В., Гринь Е.С. и др.* Право интеллектуальной собственности: Учебник. М., 2016.

[2] *Шехтер А.И.* Некоторые аспекты договорного регулирования отношений с артистами-исполнителями // Законы России: опыт, анализ, практика. 2009. № 5 (СПС «КонсультантПлюс»).

в полном объеме, помимо иных прав, не входящих в состав исключительного права (право следования, право доступа). Кроме того, при отчуждении исключительного права на произведение (исполнение) за автором (исполнителем) сохраняются личные неимущественные права, которые не могут быть переданы другим лицам, в том числе право авторства, право на имя, право на неприкосновенность произведения и др. В некоторых случаях, предусмотренных ГК РФ, сохраняются отдельные имущественные права, например, право на вознаграждение авторов музыкального произведения (как с текстом, так и без текста), использованного в аудиовизуальном произведении (п. 3 ст. 1263 ГК РФ)[1].

Договор об отчуждении исключительного права на произведение или объект смежных прав, как и лицензионный договор, может быть реальным или консенсуальным, возмездным или безвозмездным, односторонним или двусторонним. Относительно *реального или консенсуального* характера договора в науке сложилось два подхода: первый[2], поддерживающий законодательную конструкцию о возможности применения такого рода характеристик, другой[3] – отрицающий в принципе возможность их применения в силу нематериальной природы результатов интеллектуальной деятельности, которые не могут быть переданы физически в отличие от объектов вещных прав. Представляется, что с учетом имущественного характера исключительного права, конструкции реального и консенсуального договора условно могут быть применены к рассматриваемым договорам, учитывая, что передача права имеет специфику по сравнению с передачей материальных объектов, а передача материального носителя произведения (объекта смежных прав) не влечет отчуждение исключительного права.

Существенными условиями договора об отчуждении исключительного права на произведение (объекты смежных прав) являются:

– *указание на отчуждение исключительного права*, при этом исключительное право передается в полном объеме. Перечисление всех правомочий, указанных в законе (п. 2 ст. 1270, п. 2 ст. 1317, п. 2 ст. 1324,

[1] Гражданский кодекс Российской Федерации. Авторское право. Права, смежные с авторскими. Постатейный комментарий к главам 69–71 / Под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2014.

[2] Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса РФ / Под ред. А.Л. Маковского; вступ. ст. В.Ф. Яковлева; Иссл. центр частного права. М.: Статут, 2008. С. 440, 441.

[3] *Еременко В.И.* О правовой охране смежных прав в Российской Федерации // Законодательство и экономика. 2012. № 2. С. 30–55.

п. 2 ст. 1330, п. 1 ст. 1334, п. 1 ст. 1339 ГК РФ), в договоре не требуется. В то же время на практике стороны зачастую конкретизируют права, передаваемые по договору, ограничивая и срок действия договора, по существу, превращая такой договор в лицензионный[1].

При возникновении вопросов о возможности внесения изменений в произведение, преобразовании литературного произведения в сценарий и т.п., необходимо учитывать, что в отличие от права на неприкосновенность произведения (ст. 1266 ГК РФ) право на переработку (подп. 9 п. 2 ст. 1270 ГК РФ) входит в состав исключительного права, которое передается по договору, и основным критерием разграничения названных правомочий в соответствии с п. 31 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» является создание нового произведения или внесение изменений в существующее. Учитывая, что при передаче права на переработку, перевод произведения необходимо получение согласия автора на использование вновь созданного в результате переработки, перевода произведения, представляется, что при отчуждении исключительного права такое согласие автора первоначального произведения также считается переданным в его составе[2].

Несмотря на договор об отчуждении исключительного права на произведение за автором сохраняется право на отзыв произведения, кроме случаев, предусмотренных п. 2 ст. 1269 ГК РФ (к программам для ЭВМ, к служебным произведениям и к произведениям, вошедшим в сложный объект).

Условие договора об отказе от осуществления права на отзыв является недействительным. В договоре может быть предусмотрена неустойка, которая по общему правилу носит зачетный характер, учитывая, что последствием реализации права на отзыв является возмещение причиненных убытков, а также другие последствия, исходя из того,

[1] В договоре об отчуждении исключительного права на объект смежных прав от 11 декабря 2009 г. № А-09-12-11/АВ, рассмотренном в деле № А66-6595/2012, были определены правомочия на использование фонограмм, в частности, право воспроизводить фонограммы, распространять фонограммы путем продажи или иного отчуждения оригинала или экземпляров, представляющих собой копию фонограммы на любом материальном носителе, а также установлен ограничительный срок действия договора (СПС «КонсультантПлюс»).

[2] См.: *Рузакова О.А.* Право на перевод в системе имущественных прав автора // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2001. № 9.

что приобретатель права в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора[1];

– *характеристики объекта* – произведения литературы, науки или искусства, объекта смежных прав. К характеристикам объекта может быть отнесено и указание на срок действия исключительного права, момент его возникновения, например, год осуществления исполнения, его записи или доведения до всеобщего сведения (п. 1 ст. 1318 ГК РФ), год завершения создания базы данных или ее обнародования как объекта смежных прав (п. 1 ст. 1335 ГК РФ), год обнародования произведения, ставшего общественным достоянием (п. 1 ст. 1340 ГК РФ) и т.п. Представляется, что сведения о сроке действия исключительного права, если его можно установить, являются необходимыми для договора об отчуждении исключительного права, как характеризующие отчуждаемое право, а, следовательно, приобретающие характер существенных условий.

Спорным является вопрос о сроках действия исключительного права на обновленную базу данных (п. 2 ст. 1335 ГК РФ). Исходя из положения данной нормы о возобновлении срока охраны при каждом обновлении базы данных, можно сделать вывод, что каждое обновление влечет возникновение нового объекта, исключительное право на который может быть отчуждено;

– *размер вознаграждения или порядок его определения* являются существенным условием выплаты вознаграждения. Пункт 3 ст. 424 ГК РФ не подлежит применению к возмездным договорам, не предусматривающим условие о размере вознаграждения. В том случае, если договор безвозмездный, на это должно быть прямо указано в договоре. Запрещены безвозмездные договоры между коммерческими организациями. В науке была высказана позиция о возможности применения п. 3 ст. 424 ГК РФ в тех случаях, когда отчуждение исключительного права производится не первоначальным, а производным правообладателем, а также о некоторых мерах по ограничению применения условия о безвозмездности договоров об отчуждении исключительных прав с целью защиты прав авторов и исполнителей[2];

---

[1] См. комментарии к ст. 450 ГК РФ в кн.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Общие положения о договоре. Постатейный комментарий к главам 27–29 / В.В. Витрянский, Б.М. Гонгало, А.В. Демкина и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2016.

[2] См.: *Рузакова О.А.* Система договоров о создании результатов интеллектуальной деятельности и распоряжении исключительными правами: Дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2007. С. 284–285.

— *«обременения» исключительного права на произведение (объект смежных прав) лицензионными договорами*.

В договоре об отчуждении исключительного права на произведение или объект смежных прав не должно быть условий, ограничивающих право автора, исполнителя на создание аналогичных объектов, по такой же тематике, жанру и т.п., а также отчуждения права на произведение, которое еще не создано и не определено как индивидуальный объект в договоре заказа.

Учитывая, что исключительное право на произведение (объект смежных прав) не требует регистрации и возникает независимо от каких-либо формальностей, в правоприменительной практике зачастую возникают споры относительно обладания таким правом, наличием доказательств. Так, возникновение и возможность распоряжения исключительным правом публикатора требует в соответствии со ст. 1337 ГК РФ доказывания перехода произведения в общественное достояние (истечение срока действия исключительного права автора) или отсутствия правовой охраны объекта изначально, факт необнародования произведения при жизни автора, а также обнародование произведения публикатором.

Договоры об отчуждении исключительного права на произведение или объект смежных прав имеют особое значение в составе *сложных объектов* (аудиовизуального произведения, мультимедийного продукта, театрально-зрелищного представления, базы данных). Так, согласно абз. 2 п. 1 ст. 1240 ГК РФ в случае, когда лицо, организовавшее создание сложного объекта, приобретает право использования результата интеллектуальной деятельности, специально созданного или создаваемого для включения в такой сложный объект, соответствующий договор считается договором об отчуждении исключительного права, если иное не предусмотрено соглашением сторон. Данная норма представляет собой исключение из общего положения п. 3 ст. 1233 ГК РФ, согласно которому договор, прямо не предусматривающий передачу приобретателю исключительного права в полном объеме, считается лицензионным договором[1]. Если произведение или объект смежных прав не был специально создан для сложного объекта, то на него распространяется общая презумпция.

[1] Об использовании конструкции договора об отчуждении исключительного права в мультимедийном продукте см.: *Котенко Е.С.* Авторские права на мультимедийный продукт: Монография. М.: Проспект, 2013; *Гринь Е.С.* Модель интеллектуальных прав на сложные объекты // Судья. 2014. № 3. С. 35–37.

Договор об отчуждении исключительного права на произведение или объект смежных прав должен заключаться *в письменной форме* под страхом признания договора недействительным. Отчуждение исключительного права на зарегистрированную базу данных как объект смежных прав подлежит государственной регистрации, в противном случае переход права считается несостоявшимся. На действительность или заключенность договора отсутствие регистрации перехода права не влияет.

Спорным является вопрос о судьбе исключительного права на произведение (объект смежных прав) в случае ликвидации юридического лица, которому были отчуждены исключительные права, либо юридическое лицо является работодателем по отношению к автору, исполнителю и приобрело исключительные права в силу трудового договора. При недостаточности денежных средств и иного имущества ликвидируемого юридического лица допустимо обращение взыскание на исключительные права. В этом случае автор, исполнитель имеют преимущество в случае продажи принадлежащего лицензиату права использования произведения, исполнения с публичных торгов (п. 2 ст. 1284, п. 2 ст. 1319 ГК РФ). Представляется, что такое преимущество должно распространяться и на «продажу» исключительного права.

Оставшееся после удовлетворения требований кредиторов имущество юридического лица передается его учредителям (участникам), имеющим вещные права на это имущество или корпоративные права в отношении юридического лица, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или учредительным документом юридического лица (п. 8 ст. 63 ГК РФ). При фактической возможности учредители (участники) вправе приобрести аналогичным образом исключительные права. В случае, если участники (учредители) откажутся от приобретения исключительных прав, то эти права не могут стать «бесхозяйными». Целесообразна выработка механизма «возвращения» прав автору, исполнителю как произведения, так и других результатов интеллектуальной деятельности. Данное положение можно рассматривать как дополнительную льготу для лиц, чьим творческим трудом создано произведение, не распространяющуюся на других правообладателей.

Основными *обязанностями по договору об отчуждении исключительного права на произведение (объект смежных прав)* в отношении правообладателя являются:

– передача права, в случае необходимости государственной регистрации (база данных) – обеспечить регистрацию перехода права. Подписание акта приема-передачи для такого рода договоров не требуется. По общему правилу момент перехода права определяется моментом

заключения договора или моментом государственной регистрации (п. 4 ст. 1234 ГК РФ). Условие договора об отчуждении исключительного права, устанавливающее иной момент перехода исключительного права, подлежащего государственной регистрации, не является ничтожным с учетом положений ст. 168 ГК РФ, как это предусмотрено в п. 13.3 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (п. 1 ст. 168 ГК РФ устанавливает оспоримость такого рода условия), но при этом не влечет перехода права. Переход права в силу императивности норм п. 4 ст. 1234 ГК РФ происходит в момент государственной регистрации такого перехода;

– воздержание от совершения действий, которые препятствуют осуществлению переданного исключительного права.

Основной *обязанностью приобретателя исключительного права* является выплата вознаграждения, последствия нарушения которой предусмотрены в п. 5 ст. 1234 ГК РФ, но не исчерпывающим образом. Например, предъявляя требование о переводе права на себя, прежний правообладатель может, но не обязан одновременно предъявлять требование о расторжении договора, по которому он отчуждал право. Отсутствие требования со стороны истца расторгнуть договор, по которому он передавал исключительное право и который не был исполнен полностью ответчиком, не является основанием для отказа в иске о защите нарушенного права[1].

Законодательством не предусмотрена обязанность приобретателя исключительного права использовать произведение или объект смежного права, однако такое условие может быть включено в интересах автора (исполнителя) в договор и подкреплено соответствующими мерами ответственности в случае его нарушения, вплоть до расторжения договора.

§ 4. Лицензионный договор

История правового регулирования авторских лицензионных договоров в России насчитывает уже около 200 лет. Договоры о передаче прав на использование произведений упоминались в законода-

[1] Научно-практический комментарий судебной практики в сфере защиты интеллектуальных прав / В.О. Калятин, Д.В. Мурзин, Л.А. Новоселова и др.; под общ. ред. Л.А. Новоселовой. М.: Норма, 2014 (п. 13.4 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»).

тельстве и научных дискуссиях 19 в., начиная с цензурных уставов. Первыми лицензионными договорами были договоры авторов с издателями, которые определялись до революции как «соглашения между издателем и автором, в силу которого первый приобретает право и принимает на себя обязанность размножить и распространить за свой счет литературное, художественное или музыкальное произведение второго»[1]. Современное законодательство определяет не только понятие лицензионного договора в целом, но и его отдельные виды (ст. 1236 ГК РФ).

По лицензионному договору одна сторона – автор или иной правообладатель (лицензиар) предоставляет или обязуется предоставить другой стороне (лицензиату) право использования этого произведения в установленных договором пределах (ст. 1286 ГК РФ).

К таким пределам относятся права, способы использования, характер – на исключительной или неисключительной основе, срок, территория действия прав и др.

Аналогичное определение содержится в ст. 1308 ГК РФ применительно к объектам смежных прав, в которых в качестве *лицензиара* выступает исполнитель, изготовитель фонограммы, организация эфирного или кабельного вещания, изготовитель базы данных, публикатор произведения науки, литературы или искусства либо иной правообладатель.

Правовая *цель лицензионного договора* состоит в наделении лицензиата возможностью использования охраняемого произведения или объекта смежных прав определенными способами, на определенной территории и в определенные сроки. Некоторые виды лицензий достаточно близки к договору об отчуждении исключительного права, например, полная лицензия с правом сублицензирования. Определение вида лицензий имеет важное значение для применения соответствующих норм, в частности, только в полных лицензиях не допускаются безвозмездные отношения между коммерческими организациями (п. 5.1 ст. 1235 ГК РФ)[2].

Использование охраняемых объектов необходимо отличать от других действий, особенно в отношении таких объектов смежных прав, которые не представляют собой результата творческой деятельности, но приравнены к ним (фонограммы, базы данных как объекты смеж-

[1] *Шершеневич Г.Ф.* Учебник торгового права. М., 1994. С. 253.

[2] О видах лицензий см. в гл. 9 «Распоряжение исключительным правом» первого тома учебника.

ных прав), а также в отношении материальных носителей объектов. Правоприменительная практика знает немало примеров смешения договоров подряда, оказания услуг с договорами о создании результатов интеллектуальной деятельности и распоряжении исключительным правом. Так, относительно правовой природы договора о выполнении работ (оказании услуг) по обслуживанию базы данных «Жилищно-коммунальное хозяйство» возник спор, и лишь в судебном порядке было установлено отсутствие признаков лицензионного договора, признание договора смешанным как содержащим в себе элементы договоров подряда и возмездного оказания услуг[1].

Не менее распространено на практике заключение вместо лицензионных договоров договоров купли-продажи или аренды, которые не предоставляют соответствующих прав. «Покупатель» или «арендатор прав» по такому договору в случае использования произведения (объекта смежных прав) становятся нарушителями исключительного права. Приобретение программного обеспечения по договорам поставки с последующим его монтажом и перепродажей прав на это программное обеспечение без лицензионных (сублицензионных) договоров является основанием для признания контрагента нарушителем исключительных прав. Однако предоставление прав лицу, которое фактически использует программное обеспечение, влечет освобождение от ответственности лиц, которые по заданию последнего, как генерального подрядчика, осуществляли необходимые для использования программы для ЭВМ работы[2].

В качестве правообладателя (лицензиара) по лицензионному договору могут выступать соавторы, соисполнители, т.е. лица, создавшие произведение, исполнение совместным творческим трудом, а также правообладатели, имеющие общие права на объект (например, наследники умершего автора). При этом *сообладатели исключительного права* распоряжаются исключительным правом совместно, в том числе лицензионным договорам. Согласно п. 2 ст. 1258 ГК РФ произведение, созданное в соавторстве, используется соавторами совместно, если соглашением между ними не предусмотрено иное. В случае, когда такое произведение образует неразрывное целое, ни один из соавторов не вправе без достаточных оснований запретить использование такого произведения. Как правило, такое использование осуществляется

[1] Определение ВАС РФ от 11 февраля 2013 г. № ВАС-238/13; Постановление ФАС ЦО от 24 декабря 2012 г. по делу № А54-3978/2012.

[2] Постановление Суда по интеллектуальным правам от 18 мая 2016 г. № С01-284/2016 по делу № А40-11525/2015.

посредством лицензионных договоров, которые заключаются в рамках распоряжения исключительным правом, учитывая специфику неделимого и делимого соавторства. Законодательство некоторых государств не содержит понятия делимого (раздельного) соавторства, а ограничивается определением соавторства, имея в виду неделимое. Так, согласно ст. 8 Закона об авторском праве и смежных правах ФРГ от 9 сентября 1965 г., если несколько физических лиц создали произведение совместно и их соответствующие вклады не могут самостоятельно использоваться, они считаются соавторами произведения. Вместо случаев делимого соавторства Закон ФРГ предусматривает случаи объединения несколькими авторами своих произведений в целях совместного использования по лицензионным договорам, что, по существу, является делимым соавторством, но немецкое законодательство использует термин «составные произведения». Согласно ст. 9 Закона ФРГ, если несколько авторов объединили свои произведения для обычного использования, каждый из них может требовать от других их согласия на выпуск в свет, использование или изменение составных произведений, если такое согласие может обоснованно потребоваться от них. Согласно ст. 10 Закона Италии о защите авторских и смежных прав 1941 г., если произведение создано в результате неделимого творчества двух или более лиц, то авторское право принадлежит всем соавторам в целом. В случае отсутствия письменного договора между соавторами, их неделимое участие презюмируется как равное при заключении договоров с пользователями.

В качестве стороны по лицензионному договору может выступать в соответствии со ст. 1243 ГК РФ *организация по управлению правами на коллективной основе*, которая не вправе отказать пользователю в заключении договора без достаточных оснований. Уклонение от заключения договора может быть основанием для отказа во взыскании компенсации за нарушение исключительного права[1].

Содержание авторского лицензионного договора зависит от вида произведения, способа использования объекта и включает в себя следующие *существенные условия*:

– указание на произведение и способы его использования;

– размер вознаграждения или порядок его определения в возмездном договоре;

[1] См., например: Определение ВС РФ от 3 октября 2014 г. № 306-ЭС14-2704; Постановление Суда по интеллектуальным правам от 9 июля 2014 г. № С01-445/2014 по делу № А12-13881/2013.

а также условия, относительно существенного характера которых в науке возникают споры[1]:

– территория использования произведения;

– срок действия договора (при отсутствии данных условий договор считается заключенным).

Кроме того, в лицензионный договор могут быть включены и иные условия, определяемые правовой природой и видом лицензионного договора, в частности, право лицензиата на заключение сублицензионного договора, порядок передачи материальных носителей произведения, возможность по договору исключительной лицензии лицензиару использовать произведение теми способами, которые указаны в лицензии, срок и порядок предоставления отчетов лицензиатом (п. 1 ст. 1237 ГК РФ) и др.

В *предмет* лицензионных договоров о предоставлении права использования произведения входят права, способы использования произведения и объекты, относительно которых заключается договор. Отсутствие в договоре названных условий влечет признание его незаключенным[2].

Все большее число споров затрагивает возможность использования частей произведения отдельно от самого произведения, в том числе персонажей, названий произведений и др. Основным критерием такого использования в силу п. 7 ст. 1259 ГК РФ и п. 29 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» является самостоятельность объекта, удовлетворение требованиям п. 3 ст. 1259 ГК РФ. Применительно к персонажу – это часть произведения, содержащая описание или изображение того или

[1] Позиции о существенном характере условия о территории см., например: *Витко В.С.* Гражданско-правовая природа лицензионного договора. М.: Статут, 2011; об обычном характере условий см.: *Степанова О.А.* Договоры об использовании идеальных результатов интеллектуальной деятельности: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998. С. 70.

[2] Так, в определениях ВС РФ от 30 мая 2016 г. № 167-ПЭК16, от 21 декабря 2015 г. № 305-ЭС15-9673 обращено внимание на необходимость для применения правовых последствий неисполнения договора определить правовую природу договора, по которому передаются права на фильмы, а также достижение соглашения по всем существенным условиям, в том числе перечню фильмов, возмездному или безвозмездному характеру договора.

См. также: постановления Суда по интеллектуальным правам от 14 мая 2015 г. № С01-221/2015 по делу № А40-66891/2014, от 7 августа 2014 г. № С01-511/2014 по делу № А41-26230/2013 (споры о признании лицензионного договора незаключенным).

иного действующего лица в форме (формах), присущей (присущих) произведению: в письменной, устной форме, в форме изображения, в форме звуко- или видеозаписи, в объемно-пространственной форме и др. При отсутствии признаков самостоятельности произведения оснований для предоставления права на такой объект как охраняемый не имеется. В Определении Верховного Суда РФ от 9 октября 2014 г. № 305-ЭС14-2639 по делу № А40-111951/13 был сделан аналогичный вывод в отношении названия аудиовизуального произведения «Игры Богов», а также отмечено, что право использовать наименование аудиовизуального произведения как самостоятельного объекта истцу передано не было, в связи с чем у истца отсутствует законное право на предъявление иска. Учитывая неохраняемость объекта, относительно которого возник спор, право на его использование отсутствует и наследователю не может быть передано.

При предоставлении прав на отдельные способы использования необходимо учитывать их специфику. Так, например, предоставление права на перевод или переработку должно сопровождаться определением способов использования произведения в переводе или переработке. При использовании произведения в переводе необходимо письменное согласие (соответствующий договор) как переводчика, так и автора первоначального произведения на использование произведения в переводе (хотя это прямо не предусмотрено законодательством). Переводчику, как и автору произведения, принадлежат личные неимущественные и имущественные права, связанные с использованием выполненного им перевода. Однако переводчик пользуется авторским правом на созданное им произведение (перевод) при условии соблюдения им прав автора произведения, подвергшегося переводу. В противном случае произведение в переводе не может быть использовано. Кроме того, для использования произведения в переводе лицензиат должен приобрести право на использование произведения от автора оригинального произведения, а не ограничиться лишь приобретением права на перевод.

Выплата вознаграждения по лицензионному договору может быть предусмотрена в форме фиксированных разовых или периодических платежей, процентных отчислений от дохода (выручки) либо в иной форме. Кроме того, может быть предусмотрен не размер вознаграждения, а порядок его определения (п. 5 ст. 1235 ГК РФ). В правоприменительной практике нередки случаи, когда размер вознаграждения определяется в форме отчислений от дохода от проданных экземпляров произведений. При этом если лицензиат не использует произведение,

а соответственно не получает доход, то и вознаграждение он не выплачивает, что, безусловно, является нарушением прав лицензиара. В связи с этим в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (п. 13.7) разъяснено, что лицензиару не может быть отказано в требовании о взыскании вознаграждения по мотиву неиспользования лицензиатом соответствующего результата или средства. В случае, когда стороны лицензионного договора согласовали размер вознаграждения в форме процентных отчислений от дохода (выручки) (п. 4 ст. 1286 ГК РФ), а соответствующее использование произведения не осуществлялось, сумма вознаграждения определяется исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование произведения.

В случае, когда стороны лицензионного договора согласовали размер вознаграждения в форме процентных отчислений от дохода (выручки) (п. 4 ст. 1286 ГК РФ), а соответствующее использование произведения не осуществлялось, сумма вознаграждения определяется исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование произведения[1].

При определении *срока, на который заключается договор*, возникают вопросы о соотношении со сроком предоставления права на использование произведения (объекта смежных прав), который не может превышать срока действия исключительного права. Отсутствие в договоре указания о сроке восполняется диспозитивной нормой п. 4 ст. 1235 ГК РФ о сроке, на который заключается договор.

В судебной практике нередко эти сроки отождествляются[2]. В теории проводится разграничение этих сроков, вплоть до указания на ошибку законодателя, связанную с указанием на срок использования произведения, а не срок действия договора[3]. Разграничение таких сроков имеет практическое значение, в том числе при определении размера

[1] Определение Конституционного Суда РФ от 22 января 2014 г. № 96-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Хасанова Ильмера Юсуповича на нарушение его конституционных прав пунктом 5 статьи 1235 и статьей 1367 Гражданского кодекса Российской Федерации»; п. 13.7 Постановления Пленума ВС РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

[2] Постановление Президиума ВАС РФ от 21 июля 2009 г. № 2658/09.

[3] См.: *Витко В.С.* Гражданско-правовая природа лицензионного договора. М.: Статут, 2011.

вознаграждения, которое может быть поставлено в зависимость от срока действия права лицензиата на использование объекта[1].

По истечении срока действия исключительного права объект переходит в общественное достояние, а лицензионный договор, если он был заключен на более длительный срок, прекращается. Так, была признана правомерной методика расчета авторского вознаграждения за публичное исполнение произведений без учета произведений, перешедших в общественное достояние[2].

Самым распространенным является **издательский лицензионный договор**, который характеризуется следующими элементами:

– *особым субъектным составом*. В качестве пользователя выступает издатель. В соответствии со ст. 2 Закона РФ от 27 декабря 1991 г. № 2124-I «О средствах массовой информации» под ***издателем понимается издательство, иное учреждение, предприятие (предприниматель), осуществляющее материально-техническое обеспечение производства продукции средства массовой информации, а также приравненное к издателю юридическое лицо или гражданин, для которого эта деятельность не является основной либо не служит главным источником дохода***[3].

– *особыми условиями*, в том числе сроком, в течение которого издатель обязан начать использовать произведение;

– *особыми обязанностями пользователя*, а именно обязанностью использовать произведение путем его издания, что является квалифицирующим признаком данного договора;

– *последствиями нарушения обязанности начать использование*. В отношении других договоров такая обязанность лицензиата может быть предусмотрена договором. На практике споры об обязании использовать охраняемое произведение характерны и для других видов договоров[4];

– *особым предметом* – изданием произведения в оригинале, выпуском в свет с помощью любых печатных изданий – периодических и непериодических; переизданием произведения в оригинале, т.е. изданием произведения, которое уже было обнародовано (выпущено в свет) в установленном порядке.

[1] См., например: Определение ВС РФ от 2 ноября 2015 г. № 305-ЭС15-13886 по делу № А40-115457/2014.

[2] Определение ВС РФ от 16 апреля 2015 г. № 305-ЭС15-2164 по делу № А40-177813/2013.

[3] СПС «КонсультантПлюс».

[4] См., например: п. 8 информационного письма Президиума ВАС РФ от 28 сентября 1999 г. № 47 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением Закона Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах»» // Вестник ВАС РФ. 1999. № 11.

Существенными условиями издательского договора являются предмет и вознаграждение.

Срок в числе существенных условий не назван. В случае отсутствия в договоре указания конкретного срока начала использования произведения, такое использование должно быть начато в срок, обычный для данного вида произведений и способа их использования (п. 1 ст. 1287 ГК РФ). Такой договор может быть расторгнут лицензиаром по общим основаниям в порядке, предусмотренном ст. 450 ГК РФ.

Ответственность издателя по рассматриваемому договору по общему правилу наступает независимо от вины в полном объеме (ст. 1237 ГК РФ).

Положения об ответственности лицензиара в случае неиспользования произведения не исключают применение мер ответственности при невыполнения обязанности по выплате вознаграждения в возмездном договоре, предусмотренных п. 4 ст. 1237 ГК РФ, в соответствии с которым при существенном нарушении лицензиатом обязанности выплатить лицензиару в установленный лицензионным договором срок вознаграждение за предоставление права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации лицензиар может отказаться в одностороннем порядке от лицензионного договора и потребовать возмещения убытков, причиненных его расторжением. Договор прекращается по истечении 30-дневного срока с момента получения уведомления об отказе от договора, если в этот срок лицензиат не исполнил обязанность выплатить вознаграждение[1].

Лицензионный договор заключается в *письменной форме*. Несоблюдение письменной формы влечет недействительность лицензионного договора (п. 2 ст. 1235 ГК РФ).

Первое исключение из требования о письменной форме сделки составляют договоры об использовании произведения в периодической печати. Для таких договоров предусмотрена устная форма. При определении формы договора об использовании произведения в периодической печати необходимо учитывать с одной стороны оперативность предоставления информации, а с другой – необходимость соблюдения прав авторов и издательств. Получив устное согласие пользователя по договору, в случае его невыполнения, автор имеет очень слабые механизмы защиты своих прав при доказательстве на-

[1] См. комментарии к ст. 1287 ГК РФ в кн.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Авторское право. Права, смежные с авторскими. Постатейный комментарий к главам 69–71; под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2014.

личия договора. В то же время в случае, если автор вопреки устной договоренности о предоставлении исключительных прав опубликовал материалы в другой газете, то и издательство едва ли сможет защитить свои интересы. В том случае, если отсутствуют доказательства передачи прав по исключительной лицензии, лицензионный договор признается неисключительным, в связи с чем автор может предоставлять аналогичные права другим издательствам.

Законодательство отдельных стран предусматривает специальные нормы, регулирующие характер прав, передаваемых для использования в периодических изданиях. Так, согласно п. (3) § 38 Закона ФРГ об авторском праве и смежных правах от 9 сентября 1965 г.[1] «издатель или редактор газеты считаются приобретшими неисключительное право на использование, если иное не предусмотрено соглашением». При отсутствии письменного договора защита прав авторов и периодических издательств возможна путем ссылки как на письменные, так и иные доказательства.

Второе исключение предусмотрено в п. 5 ст. 1286 ГК РФ относительно договора простой (неисключительной) лицензии на использование программы для ЭВМ или базы данных, заключаемого в упрощенном порядке (см. гл. 9 «Распоряжение исключительными правами» первого тома учебника).

Классификация лицензионных договоров, в предмет которых входят объекты авторского и смежных прав, может быть проведена по тем же основаниям, которые характерны для других лицензионных и иных договоров о распоряжении исключительными правами (см. § 2 и 4 гл. 9 первого тома учебника), в частности, по:

– видам объектов, права на которые предоставляются (издательские, постановочные и другие лицензии);

– объему передаваемых прав (полная, исключительная, неисключительная, смешанная лицензии);

– субъектному составу (договоры с участием автора, например, договор авторского заказа, договоры с участием публично-правовых образований);

– обязательности заключения (например, обязательные лицензионные договоры с пользователями, заключаемые организациями по коллективному управлению);

– характеру встречного предоставления (возмездные и безвозмездные);

[1] См.: *Подшибихин Л.И.* Законодательство зарубежных стран по авторскому праву и смежным правам. М., 2002. С. 18.

– характеру оферты (например, открытые лицензии);

форме договора – договоры, заключаемые в устной форме, путем конклюдентных действий, письменной форме;

– основным и направленным на обеспечение исполнения обязательства (залог исключительных прав на произведение и иные);

– порядку заключения договоров (упрощенный порядок заключения свободных лицензий и др.);

– количеству участников (договоры со множественностью лиц, например, договоры о совладении исключительным правом на произведение) и др.

Необходимо учитывать, что некоторые виды лицензий характерны только для объектов авторского права, например, открытые лицензии (ст. 1286.1 ГК РФ[1]).

§ 5. Договор заказа на создание произведения, программы для ЭВМ, базы данных

Договоры о создании результатов интеллектуальной деятельности охватывают собой те виды объектов, которые создаются творческим трудом человека, в том числе объекты авторского права, исполнения (договор заказа на создание произведения, исполнения). Те объекты, которые создаются в результате деятельности, не представляющей собой интеллектуального, творческого труда, подпадают под действие норм о договоре подряда или оказании услуг, что не влияет на правовую природу и особенности распоряжения исключительным правом на такой объект.

Договор о создании произведения, программы для ЭВМ, базы данных можно определить как консенсуальный, возмездный или безвозмездный (презумпция возмездности), двусторонний или односторонний.

Отдельные элементы договоров заказа на создание результатов интеллектуальной деятельности содержались уже в Положении об авторском праве от 20 марта 1911 г., в частности, запрет на «запродажу» прав в отношении произведений, которые автор может создать в будущем по истечении пяти лет.

В советском законодательстве впервые договор авторского заказа был предусмотрен в ст. 18 Декрета ВЦИК и СНК РСФСР от 11 октября 1926 г. «Об авторском праве»[2], допускавшей возможность заключения

[1] См. § 4 гл. 9 первого тома учебника.

[2] СУ РСФСР. 1926. № 72. Ст. 567.

договора на произведение, которое в момент заключения автором договора еще не было облечено в соответствующую объективную форму. В отличие от них договоры заказа на создание исполнений не регламентировались законодательством и не были предметом подробного изучения[1].

ГК РСФСР 1964 г. в определении договора о передаче произведения для использования упоминал об обязанности автора создать и в установленный договором срок передать произведение организации для использования обусловленным по договору способом. Не менее важное значение имели и типовые авторские договоры: Типовой постановочный договор на создание драматического произведения, Типовой постановочный договор на создание и постановку музыкально-сценического произведения, утвержденные Министерством культуры СССР 1 сентября 1976 г. и 18 апреля 1977 г.[2], Типовой договор художественного заказа, утвержденный Госкомтрудом СССР 8 марта 1978 г.[3]

Специальные нормы о договорах заказа были предусмотрены в Законе РФ «Об авторском праве и смежных правах» (ст. 33) применительно к договору авторского заказа, по которому автор обязуется создать произведение в соответствии с условиями договора и передать его заказчику[4].

Объекты авторских прав, прежде всего научные произведения, могли быть созданы и в рамках исполнения договоров на выполнение научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ, впервые выделенных в отдельный договор в Основах гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1991 г.

В советском законодательстве и науке гражданского права наибольшее внимание было уделено издательскому договору на создание произведения[5].

---

[1] За исключением упоминания о том, что «не могут быть предметом договора права на те исполнения, которые еще только могут появиться в будущем. Однако это не означает, что в рассматриваемой сфере невозможны договоры заказа на создание конкретных исполнений» (*Сергеев А.П.* Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. С. 348–349).

[2] Бюллетень нормативных правовых актов министерств и ведомств. 1977. № 5, 11.

[3] Сборник типовых авторских договоров. М., 1978. С. 91–93.

[4] См.: *Рузакова О.А.* Договорные правоотношения в действующем законодательстве. Договоры о создании результатов интеллектуальной собственности // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. 2008. № 3.

[5] *Камышев В.Г.* Издательский договор на литературные произведения. М., 1969. С. 43; *Юрченко А.К.* Издательский договор. Л., 1988. С. 25–26.

Законодательством целого ряда зарубежных стран регулируются отдельные особенности договоров заказа, как правило, в которых исполнителем является непосредственно автор. Статья 93 Закона Соединенного Королевства об авторском праве, промышленных образцах и патентах от 15 ноября 1988 г. предусматривает, что в соответствии с договором, заключенным с автором относительно будущего объекта авторского права, автор должен передать будущее авторское право (полностью или частично) другому лицу, а последнее имеет право требовать, чтобы авторское право принадлежало ему или его правопреемнику.

Закон Германии об авторском праве и смежных правах от 9 сентября 1965 г. в § 40 допускает соглашения, в соответствии с которыми автор принимает на себя обязательство предоставить права на использование будущих произведений, которые никоим образом не определены, или только упомянут их тип. Такой договор требует письменной формы и может быть расторгнут любой стороной после пятилетнего периода с даты заключения этого соглашения с предоставлением шестимесячного срока для уведомления, если не согласован более короткий срок. Если права на использование будущих произведений предоставлялись при выполнении соглашения, это положение должно прекратить действовать в отношении произведений, которых еще не было на тот момент.

ГК Республики Казахстан (п. 1 ст. 967) определяет договор о создании произведения как договор, по которому автор обязуется создать произведение и предоставить заказчику исключительные права на его использование.

Правовое регулирование договоров о создании произведений и исполнений определяется не только особенностями правовой природы объекта, но и *особенностями правового положения исполнителя* по договору, в связи с чем разделяют:

– договоры авторского заказа, где исполнителем является непосредственно автор (ст. 1288–1290 ГК РФ);

– договоры заказа, где исполнителем выступает иное лицо, например, работодатель автора (ст. 1296 ГК РФ).

Признаками договоров о создании произведения, программ для ЭВМ, баз данных являются следующие.

1. Предметом договора является создание результата интеллектуальной деятельности (*произведения, программы для ЭВМ, базы данных)*, который может быть создан лишь физическим лицом и включает в себя объекты исключительных прав. Правовая природа договора

заказа состоит в том, что такому договору, с одной стороны, присущи признаки договора о распоряжении исключительными правами, в результате которого передаются права на нематериальный объект, а с другой стороны, налицо признаки договора подряда, по которому исполнитель должен выполнить работу, а результат передать заказчику. В качестве объекта передачи выступают, однако, не материальные объекты, как по договору подряда, а права на произведение, исполнение, представляющие собой объекты нематериальные. Передача материального носителя не влечет переход права на него.

2. В *предмет договора заказа* входит создание самого результата интеллектуальной деятельности, описание которого должно быть дано в договоре. Так, например, в описании произведения могут быть включены: вид произведения, тема, жанр, объем, структура и другие элементы. В судебной практике имеют место споры о признании договора заказа незаключенным в связи с отсутствием соглашения о предмете договора, если произведение определено неоднозначным образом для сторон[1].

3. Исполнение договора осуществляется лично. Исполнителем по договору заказа может быть как автор, так и иное лицо – посредник при создании результата, но фактическое создание объекта может осуществляться только физическим лицом. В том случае, если в качестве исполнителя выступает непосредственно автор, отношения регулируются нормами о договоре авторского заказа, содержащем механизмы защиты прав автора как слабой стороны договора.

4. Кроме предмета *существенными условиями* договора являются:

– срок создания объекта;

– вознаграждение, в том числе условие об авансе в возмездном договоре (п. 2 ст. 1290 ГК РФ). Относительно возмездности договора в науке существуют разные точки зрения. Большинство специалистов[2] подтверждает возможность заключения безвозмездных договоров, но есть и противники[3].

В подтверждение императивности возмездности для автора по договору авторского заказа выступает норма п. 4 ст. 1296 ГК РФ, которая распространяется на иные договоры заказа, но с учетом того, что фактическим исполнителем является автор. Автор созданного

[1] Определение ВАС РФ от 30 апреля 2009 г. № ВАС-2658/09 по делу № А40-4615/08-51-52.

[2] *Гаврилов Э., Гаврилов К.* Договоры заказа на создание авторских произведений // Хозяйство и право. 2013. № 3. С. 28–47.

[3] *Витко В.С.* Договоры заказа на создание произведений. М.: Статут, 2016.

по заказу произведения, которому не принадлежит исключительное право на произведение, имеет право на вознаграждение в соответствии с абз. 3 п. 2 ст. 1295 ГК РФ.

Если в договор включены условия об отчуждении исключительного права или предоставлении права использования произведения (исполнения), существенными условиями являются существенные условия соответствующих договоров[1].

К *обычным условиям,* которые характерны для договоров заказа, могут быть отнесены условия:

• о распределении прав. При отсутствии в договоре авторского заказа указания на отчуждение или предоставление права, исключительное право сохраняется за автором, в связи с чем заказчик лишен того правового результата, на который был направлен договор. В иных договорах заказа согласно п. 1 ст. 1290 ГК РФ действует презумпция принадлежности исключительного права заказчику.

В дискуссии сложились два основных подхода относительно презумпции включения в договор авторского заказа *условий о передаче прав на использование произведения*: 1) создание произведения и передача его заказчику без передачи права использования произведения (С.П. Гришаев, В. Погуляев, Л. Максимова, Р.Ш. Рахматулина); 2) создание произведения и передача права его использования (В.О. Калятин, Э.П. Гаврилов, В.В. Каминский)[2]. Представляется, что правовая цель каждого из договоров: о создании результатов интеллектуальной деятельности (договоры заказа), о предоставлении прав на использование результатов интеллектуальной деятельности, об отчуждении исключительных прав – одна и та же и состоит «в использовании прав на результаты интеллектуальной и приравненной к ней деятельности... поскольку создание самого объекта и его передача не имеют практического значения без передачи прав»[3];

• о порядке принятия и одобрения заказчиком объекта, его доработке;

• о размере неустойки (п. 2 ст. 1290 ГК РФ);

• о сроке действия договора с учетом срока принятия, доработки, одобрения объекта и др. Так, в дореволюционном законодательстве

[1] См.: Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части четвертой / Под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2011. С. 203.

[2] Подробный анализ точек зрения см.: *Витко В.С.* Договоры заказа на создание произведений. М.: Статут, 2016.

[3] *Рузакова О.А.* Проблемы построения системы договоров о создании результатов интеллектуальной деятельности и распоряжении исключительными правами // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2008. № 6. С. 25.

срок действия авторского договора заказа, касающийся будущего произведения, сохранял свою силу лишь в течение пяти лет[1].

К условиям, направленным *на защиту автора* как «слабой стороны» договора в договорах авторского заказа, относятся условия о льготном сроке, ограниченная ответственность автора, последствия недостижения результата. Для иных договоров заказа на создание произведения или исполнения, в качестве исполнителя по которым могут выступать лица, не являющиеся авторами, применяются нормы ст. 1296 ГК РФ. Законодательством не регламентируется порядок выполнения таких договоров, за исключением распределения прав на создаваемый объект. Так, норма ст. 1290 ГК РФ подлежит применению к договорам заказа, предметом которого является создание программы для ЭВМ или базы данных.

5. Риск недостижения соответствующего результата несет заказчик.

В системе договоров заказа особое место занимают договоры заказа на создание произведений по договорам, не ставящим целью создание произведения, программы для ЭВМ, базы данных, но имеющие прямую взаимосвязь с такими результатами, созданными в ходе их выполнения (подрядные договоры, договоры на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских или технологических работ).

Особенностям распределения прав на произведения, программы для ЭВМ, базы данных, созданные по договорам, не имеющим целью создание результата интеллектуальной деятельности, но имеющим прямую взаимосвязь с такими результатами, посвящена ст. 1297 ГК РФ.

Такие договоры не имеют прямой цели создания программы, базы данных или иного произведения. Согласно п. 1 ст. 702 ГК РФ по договору подряда одна сторона (подрядчик) обязуется выполнить по заданию другой стороны (заказчика) определенную работу и сдать ее результат заказчику, а заказчик обязуется принять результат работы и оплатить его. При этом необходимо учитывать, что в предмет договора подряда входит создание материального объекта. Выделение результатов интеллектуальной деятельности, созданных в рамках такого договора, свидетельствуют о его смешанном характере.

По договору на выполнение научно-исследовательских работ исполнитель обязуется провести обусловленные техническим заданием заказчика научные исследования, а по договору на выполнение опытно-конструкторских и технологических работ – разработать образец

[1] См.: *Мейер Д.И.* Русское гражданское право. Пг.: Тип. «Двигатель», 1914 // СПС «Гарант».

нового изделия, конструкторскую документацию на него или новую технологию, при этом заказчик обязуется принять работу и оплатить ее (п. 1 ст. 769 ГК РФ).

По договорам на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ стороны имеют право использовать результаты работ в пределах и на условиях, которые предусмотрены конкретным договором (ст. 772 ГК РФ). Если иное не предусмотрено договором, заказчик имеет право использовать переданные ему исполнителем результаты работ, а исполнитель вправе использовать полученные им результаты работ для собственных нужд. Права исполнителя и заказчика на результаты работ, которым предоставляется правовая охрана как результатам интеллектуальной деятельности, определяются в соответствии с правилами разд. VII настоящего Кодекса.

По общему правилу исключительное право на такую программу, базу данных или иное произведение принадлежит подрядчику (исполнителю). Договором может быть предусмотрено, что исключительное право принадлежит заказчику либо указанному им третьему лицу. При этом сторона по договору, не наделенная исключительным правом, имеет право использовать объект на основе простой (неисключительной) лицензии в течение всего срока действия исключительного права. Таким образом, исключительное право становится обремененным правами данного лица, о чем должен быть уведомлен приобретатель исключительного права по договору о его отчуждении.

Автор как особый участник названных правоотношений обладает правом на вознаграждение, размер которого, условия и порядок его выплаты работодателем определяются договором между ним и работником, а в случае спора – судом. Данное право возникает при условии, что исключительное право принадлежит другому лицу (заказчику, исполнителю-работодателю, третьему лицу, указанному заказчиком).

§ 6. Договоры заказа на создание произведений, программ для ЭВМ, базы данных для государственных и муниципальных нужд

Договоры заказа на создание произведений для государственных и муниципальных нужд, программ для ЭВМ и баз данных определены в ст. 1298 ГК РФ, и в дальнейшем в рамках проводимой реформы гражданского законодательства их обобщение с другими видами результатов интеллектуальной деятельности планируется в виде отдельного параграфа в гл. 38 ГК РФ.

Нормы, определяющие особенности заключения контрактов, содержатся в Федеральном законе от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»[1] и распространяют свое действие на:

1) литературные произведения;

2) драматические, музыкально-драматические произведения, сценарные произведения;

3) хореографические произведения и пантомимы;

4) музыкальные произведения с текстом или без него;

5) аудиовизуальные произведения;

6) произведения живописи, скульптуры, графики, дизайна, графические рассказы, комиксы и другие произведения изобразительного искусства;

7) произведения декоративно-прикладного и сценографического искусства;

8) произведения архитектуры, градостроительства и садово-паркового искусства (внешний и внутренний облик объекта, его пространственная, планировочная и функциональная организация, зафиксированные в виде схем или макетов либо описанные иным способом, кроме проектной документации);

9) фотографические произведения и произведения, полученные способами, аналогичными фотографии;

10) производные произведения;

11) составные произведения (кроме баз данных), представляющие собой по подбору или расположению материалов результат творческого труда.

По государственному или муниципальному контракту на создание произведения для государственных или муниципальных нужд исполнитель обязуется создать произведение и произвести отчуждение исключительного права либо предоставить права использования произведения государственному или муниципальному заказчику либо по его указанию иному лицу, а государственный или муниципальный заказчик обязуется обеспечить оплату.

Заключение государственного или муниципального контракта осуществляется на основе *проведения конкурса* на создание произведения. При проведении конкурсов на заключение контрактов на создание произведений литературы или искусства, исполнения (как результата

[1] СЗ РФ. 2013. № 14. Ст. 1652.

интеллектуальной деятельности), на финансирование проката или показа национальных фильмов в состав конкурсных комиссий должны включаться лица творческих профессий в соответствующей области литературы или искусства. Число таких лиц должно составлять не менее чем 50% общего числа членов конкурсной комиссии (п. 4 ст. 39 Федерального закона от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ)[1].

Согласно ст. 57 Закона от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ заказчик вправе провести двухэтапный конкурс на заключение контракта на создание произведения литературы или искусства, исполнения (как результата интеллектуальной деятельности) при условии, что для уточнения характеристик объекта закупки необходимо провести его обсуждение с участниками закупки.

Победителем двухэтапного конкурса признается участник, прошедший предквалификационный отбор на первом этапе, в том числе в случае установления дополнительных требований к участникам этого конкурса, и предложивший лучшие условия исполнения контракта по результатам второго этапа такого конкурса.

Согласно ст. 93 Закона от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ у единственного исполнителя может быть осуществлена закупка[2] произведений литературы и искусства определенных авторов (за исключением случаев приобретения кинопроектов в целях проката), исполнений конкретных исполнителей, фонограмм конкретных изготовителей для нужд заказчиков в случае, если единственному лицу принадлежат исключительные права или исключительные лицензии на такие произведения, исполнения, фонограммы, а также может быть заключен контракт с театром, учреждением, осуществляющим концертную или театральную деятельность, в том числе с концертным коллективом (танцевальным коллективом, хоровым коллективом, оркестром, ансамблем), телерадиовещательным учреждением, цирком, музеем, домом культуры, дворцом культуры, клубом, образовательным учреждением, зоопарком, планетарием, парком культуры и отдыха, заповедником, ботаническим садом, национальным парком, природным парком или ландшафтным парком с конкретным физическим лицом на создание произведения

[1] Гражданский кодекс Российской Федерации. Авторское право. Права, смежные с авторскими. Постатейный комментарий к главам 69–71 / Под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2014 (комментарий к ст. 1298 ГК РФ).

[2] Правовая категория «закупка» едва ли может быть применена к договорам о создании результатов интеллектуальной деятельности, носящих нематериальный характер, и подтверждает, что Закон в большей степени сориентирован на заключение договоров, в предмет которых входят объекты вещных прав.

литературы или искусства, либо с конкретным физическим лицом или конкретным юридическим лицом, осуществляющими концертную или театральную деятельность, в том числе с концертным коллективом (танцевальным коллективом, хоровым коллективом, оркестром, ансамблем), на исполнение, либо с физическим лицом или юридическим лицом на изготовление и поставку декораций, сценической мебели, сценических костюмов (в том числе головных уборов и обуви) и необходимых для создания декораций и костюмов материалов, а также театрального реквизита, бутафории, грима, постижерских изделий, театральных кукол, необходимых для создания и (или) исполнения произведений указанными организациями.

Таким образом, порядок осуществления мероприятий, необходимых для создания произведения по государственному, муниципальному контракту, регулируется нормами специального законодательства о таких контрактах, а нормы ГК РФ направлены на решение вопросов о распределении прав по ним.

До 1 января 2008 г. нормы, отражавшие правовой режим объектов авторского права, созданных за счет бюджетных средств, содержались в различных как законодательных, так и подзаконных актах, которые действуют в части, не противоречащей ГК РФ, а именно в постановлениях Правительства РФ от 29 сентября 1998 г. № 1132 «О первоочередных мерах по правовой защите интересов государства в процессе экономического и гражданско-правового оборота результатов научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ военного, специального и двойного назначения», от 2 сентября 1999 г. № 982 «Об использовании результатов научно-технической деятельности», от 17 ноября 2005 г. № 685 «О порядке распоряжения правами на результаты научно-технической деятельности», от 22 апреля 2009 г. № 342 «О некоторых вопросах регулирования закрепления прав на результаты научно-технической деятельности».

По общему правилу исключительное право принадлежит исполнителю, являющемуся автором либо иным выполняющим государственный (муниципальный) контракт лицом, но контрактом может быть предусмотрено, что исключительное право на произведение принадлежит публично-правовому образованию в лице госзаказчика. Кроме того, исключительное право на созданное произведение может также принадлежать его сторонам совместно.

Вопреки общему правилу о принадлежности исключительного права исполнителю п. 1 Постановления Правительства РФ от 22 апреля 2009 г. № 342 устанавливает, что федеральные органы исполнительной

власти и организации, выступающие от имени Российской Федерации государственными заказчиками научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ по государственным контрактам для государственных нужд, при заключении государственных контрактов обязаны предусматривать в них условия о закреплении в установленном порядке исключительных прав на программы для ЭВМ, базы данных за Российской Федерацией, если:

– результаты научно-технической деятельности изъяты из оборота;

– Российская Федерация приняла на себя осуществление финансирования работ по доведению результатов научно-технической деятельности до стадии практического применения, завершающейся этапом постановки продукции на производство, включающим подготовку производства, изготовление установочной серии и квалификационные испытания;

– исполнитель не обеспечил до истечения шести месяцев после окончания научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ совершение всех действий, необходимых для признания за ним или приобретения им исключительных прав на результаты научно-технической деятельности;

– результаты научно-технической деятельности созданы в ходе научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ, выполняемых во исполнение международных обязательств Российской Федерации;

– за Российской Федерацией или по решению государственного заказчика совместно за Российской Федерацией и организацией, выполняющей научно-исследовательские, опытно-конструкторские и технологические работы (исполнителем), закреплены результаты таких работ, если данные результаты непосредственно связаны с обеспечением обороны и безопасности государства.

В науке отмечается, что в этой части указанное Постановление прямо противоречит диспозитивным нормам ГК РФ, регулирующим те же отношения (ст. 1298 и 1373 ГК РФ)[1]. Необходимо учитывать, что положения п. 1 Постановления не распространяются в отличие от ст. 1298 ГК РФ на объекты авторского права и смежных прав. Кроме того, нормы ст. 1298 ГК РФ допускают установление договором иного распределения принадлежности прав, и таких исключений не избежать для целей защиты публичных интересов (вопрос

[1] *Трахтенгерц Л.А.* «Единая технология» и система охраны исключительных прав // Журнал российского права. 2010. № 3. С. 30–39.

в большей степени заключается в количестве и основаниях таких исключений).

В ст. 1298 ГК РФ законодатель определяет дополнительные *гарантии для участников договора, которые не становятся обладателями исключительного права*, в частности, права использования произведения на основании безвозмездной неисключительной лицензии, право работника на вознаграждение. Так, в случае принадлежности исключительного права не Российской Федерации правообладатель обязан заключить с госзаказчиком договор о безвозмездном предоставлении права на использование такого результата интеллектуальной деятельности при изготовлении поставляемых товаров либо выполнении подрядных работ для государственных нужд[1].

§ 7. Служебные произведения и объекты смежных прав

Служебное произведение представляет собой произведение, созданное в пределах установленных для работника (автора) трудовых обязанностей (п. 1 ст. 1295 ГК РФ); аналогичное определение характерно и для исполнений (ст. 1320 ГК РФ). Основным последствием признания произведения или исполнения служебным является принадлежность исключительного права работодателю, что не влияет на личные неимущественные и иные интеллектуальные права автора. У работника (автора) сохраняются право авторства, право на имя, право на неприкосновенность произведения, право на обнародование произведения, у авторов произведений изобразительного искусства – право на доступ к произведению и право следования, а также право на вознаграждение. Право на отзыв не действует в отношении служебных произведений.

Зарубежному законодательству также известны институты служебных произведений, различия в подходах к правовому режиму которых в континентальной англосаксонской системе заключается в том, что в США и Великобритании работодатель, в том числе юридическое лицо, может признаваться автором произведения, т.е. работодателю принадлежат как имущественные права, так и неимущественные права на созданное на основании трудового договора произведение. Система континентального права близка к российской и предусматривает воз-

[1] Определение Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 19 ноября 2014 г. № 305-ЭС14-3982 «Обзор судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав» (утв. Президиумом ВС РФ 23 сентября 2015 г.) // Бюллетень ВС РФ. 2015. № 11.

никновение первоначального исключительного права у работодателя с сохранением личных неимущественных прав за автором-работником[1].

Рассмотрение правового режима служебных произведений сопровождается спорами относительно правовой природы оснований возникновения служебных произведений, о правовом режиме произведений, созданных за пределами рабочего времени, квалификации понятия «использования произведения работодателя», права автора на вознаграждение[2], принадлежности права на обнародование и др.

В основе создания служебных произведений и исполнений лежит *трудовой договор*, который может быть заключен и с работником-совместителем. При этом в трудовом договоре и (или) должностной инструкции должна быть определена функция, при выполнении которой работником могут быть созданы служебные произведения. В случае возникновения сомнений в разграничении трудового и гражданско-правового договора необходимо учитывать правовую природу, предмет, существо договора. Так, ч. 4 ст. 11 ТК РФ предусмотрено, что, если отношения, связанные с использованием личного труда, возникли на основании гражданско-правового договора, но впоследствии в порядке, установленном Трудовым кодексом РФ, другими федеральными законами, были признаны трудовыми отношениями, к таким отношениям применяются положения трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права.

Отличное от установленного законом закрепления исключительного права, право на использование служебного объекта может быть установлено не только и не столько трудовым, сколько гражданско-правовым договором (п. 2 ст. 1295 ГК РФ). В том случае, если создание объекта не основано на трудовых отношениях или выходит за пределы трудовых обязанностей, даже если оно при этом выполнено на основе задания работодателя, режим служебного объекта на него не распространяется и исключительное право у работодателя не возникает. В том случае, если работодатель будет использовать такие произведения без заключения договора об отчуждении исключительного права или лицензионного договора с работником, его действия будут нарушать исключительные права автора. Даже факт передачи материального носителя произведения, материалов с помощью электронных средств не свидетельствует о возникновении у работодателя исключительного права.

[1] *Липцик Д.* Авторское право и смежные права / Пер. с фр.; предисловие М. Федотова. М.: Ладомир; Изд-во ЮНЕСКО, 2002. С. 127.

[2] О праве на вознаграждение см. § 2 гл. 6 первого тома и гл. 4 второго тома учебника.

До 31 декабря 2007 г. произведения, создаваемые по заданию работодателя, также подпадали под определение служебного произведения (п. 1 ст. 14 Закона об авторском праве). Пунктом 39.1 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» разъяснено, что для «определения того, является ли созданное работником после 31.12.2007 по конкретному заданию работодателя произведение служебным, необходимо исследовать вопрос о том, входило ли это задание в пределы трудовых обязанностей работника. Если такое задание работодателя в его трудовые обязанности не входило, то созданное произведение не может рассматриваться как служебное – исключительное право на него принадлежит работнику, его использование работодателем возможно лишь на основании отдельного соглашения с работником и при условии выплаты ему вознаграждения».

Определение правового режима служебных произведение и исполнений во многом связано с природой договорных отношений, которые лежат в основе их создания. В науке в связи с этим традиционно существовали три точки зрения. Первая сводит отношения по созданию служебных произведений к трудовым (Д.Ю. Шестаков[1]), вторая – к гражданско-правовым (В.А. Дозорцев[2], В.И. Серебровский[3]), третья – к гражданско-трудовым (В.И. Корецкий)[4].

Следует разграничивать функции трудового и гражданского договора в регулировании отношений, объектом которых является служебное произведение или исполнение. Трудовой договор является основанием для возникновения правового режима служебного объекта, может содержать условия, от которых зависит реализация гражданско-правовых отношений (например, от цели служебного задания зависят пределы использования работодателем объекта на условиях простой лицензии в случае принадлежности исключительного права работнику в соответствии с абз. 1 п. 3 ст. 1295 ГК РФ), в остальном – включение в трудовой договор условий о распределении прав на созданный объект, взаимных правах и обязанностях сторон (например, о реализации права на обнародование, выплате вознаграждения и др.) свидетель-

[1] *Шестаков Д.* Интеллектуальная собственность в системе российского права и законодательства // Российская юстиция. 2000. № 5.

[2] *Дозорцев В.А.* Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации. М.: Де-Юре, 2003. С. 297–298.

[3] *Серебровский В.И.* Вопросы советского авторского права. М., 1956. С. 19.

[4] *Корецкий В.И.* Авторские правоотношения. Душанбе, 1959. С. 191.

ствует о полиотраслевой природе такого договора, совмещающего в себе условия гражданско-правового договора. Подтверждением тому служат диспозитивные нормы ГК РФ, восполняющие пробелы в регулировании отношений по поводу служебных произведений и объектов смежных прав при отсутствии договорных условий, регулирующих отношения сторон по поводу служебного объекта. Кроме того, п. 26 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2006 г. № 15 «О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах» устанавливает, что соглашение о размере и порядке выплаты авторского вознаграждения за каждый вид использования служебного произведения носит гражданско-правовой характер.

При возникновении сомнений в разграничении трудового и гражданско-правового договора необходимо учитывать правовую природу, предмет, существо договора. Так, ч. 4 ст. 11 Трудового кодекса РФ предусмотрено, что, если отношения, связанные с использованием личного труда, возникли на основании гражданско-правового договора, но впоследствии в порядке, установленном ТК РФ, другими федеральными законами, были признаны трудовыми отношениями, к таким отношениям применяются положения трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права.

Договор о служебном произведении или исполнении имеет целью, как и договор заказа, не только создание объекта, но и распределение прав на него и может включать в себя положения договоров об отчуждении исключительного права, лицензионного договора.

В договор о создании служебного произведения, исполнения могут быть включены условия:

– о закреплении исключительного права на служебный объект;

– о порядке использования служебного объекта другой стороной договора (например, цели использования, пределы, возмездный или безвозмездный характер и др.);

– о порядке уведомления о создании объекта, с момента которого начинает течь трехлетний срок, предусмотренный абз. 2, 3 п. 2 ст. 1295 ГК РФ;

– о размере, условиях и порядке выплаты вознаграждения, договором могут быть расширены основания выплаты вознаграждения по сравнению с абз. 4 п. 2 ст. 1295 ГК РФ;

– о праве на обнародование служебного произведения;

– об особенностях использования работником права на имя (использование анонимно, под псевдонимом).

Вопросы по теме

1. Предмет каких гражданско-правовых договоров включает в себя условия о передаче или предоставлении прав на произведения науки, литературы и искусства?
2. Каковы существенные условия лицензионных договоров, в предмет которых входит предоставление прав на произведения?
3. В чем состоят особенности ответственности сторон по лицензионному договору, в предмет которого входят объекты авторского или смежных прав?
4. Предусмотрен ли договор об отчуждении исключительного права на произведение законодательством зарубежных стран?
5. В чем состоят гарантии прав авторов по договору авторского заказа?
6. Как распределяются права на объекты авторского права, программы для ЭВМ, базы данных, созданные по государственному или муниципальному контракту?
7. Какие договоры заключаются с авторами аудиовизуального произведения при его создании?

Рекомендуемая литература

Авторские и смежные с ними права: постатейный комментарий глав 70 и 71 Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2010.

Витко В.С. Гражданско-правовая природа лицензионного договора. М.: Статут, 2011.

Витко В.С. Договоры заказа на создание произведений. М.: Статут, 2016.

Гаврилов Э., Гаврилов К. Договоры заказа на создание авторских произведений // Хозяйство и право. 2013. № 3.

Гражданский кодекс Российской Федерации. Авторское право. Права, смежные с авторскими. Постатейный комментарий к главам 69–71 / Под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2014.

Камышев В.Г. Издательский договор на литературные произведения. М., 1969.

Канторович Я.А. Литературная собственность: с приложением всех постановлений действующего законодательства о литературной, художественной и музыкальной собственности, вместе с разъяснениями по кассационным решениям Сената. СПб., 1895.

Котенко Е.С. Авторские права на мультимедийный продукт: Монография. М.: Проспект, 2013.

Научно-практический комментарий судебной практики в сфере защиты интеллектуальных прав / В.О. Калятин, Д.В. Мурзин, Л.А. Новоселова и др.; под общ. ред. Л.А. Новоселовой. М.: Норма, 2014.

Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части четвертой / Под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2011.

Право интеллектуальной собственности / Под ред. Л.А. Новоселовой. М.: Юрайт, 2016.

Рузакова О.А. Проблемы построения системы договоров о создании результатов интеллектуальной деятельности и распоряжении исключительными правами // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2008. № 6.

Рузакова О.А. Система договоров о создании идеальных объектов и использовании исключительных прав на них. М.: Легиста, 2006.

Рузакова О.А. Система договоров о создании результатов интеллектуальной деятельности и распоряжении исключительными правами: Дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2007.

Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М., 2003.

Спасович В. Права авторские и контрафакция. СПб., 1865.

Степанова О.А. Договоры об использовании идеальных результатов интеллектуальной деятельности: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998.

Чернышева С.А. Авторский договор в гражданском праве России. М.: Гардарика, 1996.

Юрченко А.К. Издательский договор. Л., 1988.

Глава 11. Нарушение авторских и смежных прав

§ 1. Общие положения
§ 2. Прямые нарушения авторских прав. Косвенные нарушения
§ 3. Объект нарушения. Особенности мер защиты авторских и смежных прав

§ 1. Общие положения

В общем виде нарушение авторских и смежных прав представляет собой неправомерное вмешательство любых лиц в сферу содержания субъективных гражданских прав правообладателя.

Вышеуказанное предложение требует «дефрагментации», раскрывающей некоторые особенности авторско-правовой охраны. Для правильного уяснения юридического механизма, возможность реализации которого возникает в случае нарушения авторских и смежных прав, важно понимать, что защите подлежат не сами по себе субъективные гражданские права (хотя в тесном юридико-техническом смысле это именно так), представляющие собой юридическое средство достижения интересов субъекта права, а его интерес, достигаемый правообладателем посредством субъективных прав, обеспечивающих возможность реализации соответствующих интересов правообладателя в отношении объектов интеллектуальной собственности.

Таким образом, нарушение авторских и смежных прав представляет собой неправомерное вмешательство любого лица в охраняемую правом сферу имущественных и личных неимущественных интересов правообладателя в отношении объектов интеллектуальной собственности. Соответственно, использование термина «защита авторских и смежных прав» подразумевает возможность реализации правообладателем вышеуказанного механизма в случае нарушения принадлежащих ему авторских и смежных прав.

Авторские и смежные права, являясь субъективными гражданскими правами, включают в себя правомочия по их защите, обладающие определенной спецификой. К примеру, в силу того, что авторские и смежные права являются абсолютными правами, они защищаются

от неправомерных притязаний со стороны любых лиц, что следует в том числе из нематериальной природы объектов интеллектуальной собственности.

Кроме того, специфика защиты авторских и смежных прав обусловлена их структурой, состоящей из личных неимущественных прав, исключительного (имущественного) права и иных прав.

Так, состав и содержание личных неимущественных, а также иных (других) авторских и смежных прав определен законом (список закрытый), но состав правомочий, входящих в исключительное право на произведение, а также состав правомочий, входящих в исключительное право на объект смежных прав, является открытым. Например, в п. 2 ст. 1270 ГК РФ перечислены, в частности, основные правомочия по использованию произведения, в числе которых воспроизведение, распространение, публичный показ и др. При этом следует отметить, что количество правомочий, входящих в состав исключительного права на произведение, равно количеству фактических способов использования произведения.

Отмеченный эффект «расщепления» субъективного исключительного авторского и смежного права на множество составляющих его правомочий (каждое из которых представляет собой отдельное субъективное право) проявляется при его защите, так как каждое право включает в себя право на защиту.

Так, в Постановлении Суда по интеллектуальным правам от 11 октября 2013 г. по делу № А27-20650/2012 по вопросу о возможности одновременного нарушения исключительного права на одно и то же произведение (поздравительное стихотворение) тремя различными способами его использования отмечено, что допущенные нарушения авторских прав истца, выраженные в размещении на интернет-сайте семи стихотворений в текстовой и аудиоформах, а также путем предоставления возможности скачивания на мобильный телефон, образуют самостоятельные составы правонарушений и служат основанием для взыскания компенсации за каждый из способов использования произведения.

Таким образом, в отношении исключительного авторского и смежного права на произведение возможно одновременное его нарушение несколькими различными способами несанкционированного правообладателем использования одного и того же объекта интеллектуальной собственности, что составит равное такому количеству способов использования количество правонарушений.

Действительно, исключительное право, являясь имущественным правом, охраняет имущественный интерес в использовании произве-

дения, соответственно убытки, нанесенные правообладателю, состоят из суммы неправомерных способов использования произведения, а не из одного «универсального» способа использования, так как в таком случае убытки не будут возмещены в полном объеме, что противоречит природе имущественного интереса.

Исходя из совокупности охраняемых законом интересов также следует вывод о том, что авторские и смежные права защищаются не только гражданского-правовыми, но публично-правовыми (административно-правовыми и уголовно-правовыми) средствами. Применение в отношении правонарушителя, к примеру, уголовно-правовых мер ответственности (ст. 146 УК РФ «Нарушение авторских и смежных прав») не исключает использования правообладателем гражданско-правовых методов защиты, например, в виде взыскания с правонарушителя компенсации, установленной ст. 1301 ГК РФ, поскольку защищаются различные интересы. В первом случае охраняется общественный интерес с помощью методов уголовно-правовой защиты, а во втором случае охраняется имущественный интерес, реализуемый защитой исключительного права на произведение.

Такой же принцип действует и в отношении сочетания административно-правовых средств и гражданско-правовых средств защиты, что следует в том числе из п. 7 ст. 1252 ГК РФ, согласно которому в случаях, когда нарушение исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации признано в установленном порядке недобросовестной конкуренцией, защита нарушенного исключительного права может осуществляться как способами, предусмотренными настоящим Кодексом, так и в соответствии с антимонопольным законодательством.

Необходимо отметить, что нематериальные объекты в силу низкого уровня оригинальности, не относящиеся к охраняемым авторским правом произведениям, например телепередачи (так называемый ТВ-формат), оформление и его элементы, схемы, шрифты, современные музыкальные треки и т.д., могут защищаться публично-правовым методом предупреждения и ограничения недобросовестной конкуренции, основанным на положениях ст. 10bis Парижской конвенции, который может быть применен антимонопольным органом или непосредственно судом по заявлению или иску заинтересованного лица, создателя или лица, организовавшего создание такого нематериального объекта (продюсера).

Георг Боденхаузен отмечает, что пример действий, которые следует рассматривать как акты недобросовестной конкуренции, включает

всевозможные действия, способные вызвать смешение каким бы то ни было образом в отношении предприятий, изделий или промышленной или торговой деятельности конкурента[1]. Наличие защищаемого не просто имущественного, а именно коммерческого интереса, как правило, в отношении таких объектов подразумевается. Например, очевидно, что даже стоимость производства телепередачи (ТВ-формата) указывает на то, что это продукт[2], произведенный прежде всего с коммерческими намерениями.

§ 2. Прямые нарушения авторских прав. Косвенные нарушения

Российское гражданское право, относясь к семье континентальных правовых систем, не знает разделения нарушений авторских прав на прямые (*direct infringement*) и косвенные (*secondary infringement*) (иногда их называют «вторичные нарушения»). Такое разделение нарушений авторских прав содержится в системах общего права: в Великобритании оно закреплено в Законе по авторскому праву, промышленным образцам и патентам 1988 г. (п. «b» ч. 3 ст. 16), а в праве США оно прослеживается в судебной практике.

В литературе отмечается, что по иску о защите авторских прав против прямого нарушения авторских прав на истца ложится бремя доказывания следующих обстоятельств:

- ответчик осуществлял действия, входящие в сферу авторско-правового контроля;
- произведение ответчика является заимствованием охраняемого произведения («причинная связь»);
- неправомерное действие осуществлено в отношении произведения или его существенной части[3].

Прямым нарушением авторских прав является непосредственное использование произведения, состоящее в его воспроизведении,

[1] См.: *Боденхаузен Г.* Парижская конвенция по охране промышленной собственности. Комментарий. М., 1977. С. 199. Например, Г. Боденхаузен там же указывает на возможность охраны печатных шрифтов методами защиты от недобросовестной конкуренции.

[2] Статья 10bis Парижской конвенции использует термин «изделие», который со ссылкой на выводы Г. Боденхаузена, конечно, можно трактовать широко, распространяя и на телепередачу (ТВ-формат).

[3] *Bently L., Sherman B.* Intellectual Property Law. Fourth Edition. Oxford, 2014. P. 190; ч. 3 ст. 16 Закона Великобритании по авторскому праву, промышленным образцам и патентам 1988 г.

исполнении и т.д., любым лицом (или по его разрешению третьим лицом), требующее согласия правообладателя. В праве Великобритании, в отличие, например, от российского, использована особая юридическая техника, определяющая сферу авторских прав «от противного», путем указания на действия (нарушения), которые правообладатель вправе запретить другим лицам[1].

Первым признаком косвенных нарушений авторских прав является то, что они совершаются при наличии уже имеющегося нарушения авторских прав или непосредственно способствуют совершению прямого нарушения авторских прав. По этому признаку косвенные нарушения делятся на два типа.

Первый тип косвенных нарушений авторских прав заключается в совершении действий с уже имеющимися контрафактными копиями произведений: импорт, владение и распространение контрафактных копий произведений (ст. 22, 23 Закона Великобритании по авторскому праву, промышленным образцам и патентам 1988 г.).

Второй тип косвенных нарушений образуют действия, способствующие созданию контрафактных копий и организации представлений, нарушающих авторские права: предоставление средств для изготовления копий, нарушающих авторские права; разрешение на использование помещения для представления в нарушение авторских прав; предоставление аппаратуры для проведения представления в нарушение авторских прав (ст. 24–26 вышеуказанного закона). При этом согласно ч. 1 ст. 24 названного закона техническое средство должно быть специально предназначено или модифицировано для копирования. Это значит, что для применения этой нормы недостаточно просто устройства, способного изготовлять светокопии или копии кассет, это средство должно быть специально сконструировано для копирования соответствующих произведений. Например, таковыми могли бы быть шаблоны, матрицы или литейные формы для контрафактного копирования защищенных авторским правом произведений[2].

Второй признак косвенных нарушений авторских прав заключается в том, что они всегда совершаются с целью получения коммерческой выгоды.

Третий признак заключается в том, что для квалификации косвенного нарушения авторских прав субъективный элемент является

[1] Гражданское и торговое право зарубежных государство / Отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. Т. II. М., 2005. С. 477–478.

[2] *Bently L., Sherman B.* Intellectual Property Law. P. 219.

условием применения ответственности к лицу, которое осознает или должно осознавать, что совершает правонарушение, тогда как для констатации факта прямого нарушения авторских прав субъективное отношение правонарушителя не является важным[1].

Как отмечено выше, российское право не различает прямых и косвенных нарушений авторских прав. Между тем определенные различия между правонарушениями, осуществленными непосредственно в отношении произведений, и правонарушениями, заключающимися в способствовании совершению таких нарушений, имеются.

Согласно российскому законодательству категория мер защиты авторских и смежных прав рассматривается в двух аспектах.

В узком значении меры защиты направлены на прекращение имеющихся или длящихся нарушений (настоящее), а также направлены на пресечение возможных в будущем нарушений авторских и смежных прав (перспектива), поэтому для их применения не имеет значения вина нарушителя.

Согласно п. 5 ст. 1250 ГК РФ отсутствие вины нарушителя не освобождает его от обязанности прекратить нарушение интеллектуальных прав, а также не исключает применение в отношении нарушителя таких мер, как публикация решения суда о допущенном нарушении (подп. 5 п. 1 ст. 1252), пресечение действий, нарушающих исключительное право на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации либо создающих угрозу нарушения такого права (подп. 2 п. 1 ст. 1252), изъятие и уничтожение контрафактных материальных носителей (подп. 4 п. 1 ст. 1252). Указанные действия осуществляются за счет нарушителя.

Между тем в широком значении меры защиты включают в себя меры ответственности за нарушение авторских и смежных прав, к которым относятся возмещение убытков (подп. 3 п. 1 ст. 1252 ГК РФ), взыскание установленной законом компенсации (п. 3 ст. 1252, ст. 1301 ГК РФ).

Меры гражданско-правовой ответственности состоят в наложении на правонарушителя дополнительных неблагоприятных обязанностей, направленных на восстановление положения, существовавшего до нарушения права (ретроспектива), поэтому они применяются только в отношении виновного лица.

В соответствии с п. 3 ст. 1250 ГК РФ по общему правилу меры ответственности за нарушение интеллектуальных прав подлежат применению при наличии вины нарушителя.

[1] *Bently L., Sherman B.* Intellectual Property Law. P. 217, 218.

Вместе с тем в отношении нарушений интеллектуальных (в том числе авторских) прав, допущенных при осуществлении предпринимательской деятельности, меры ответственности, предусмотренные подп. 3 п. 1 и п. 3 ст. 1252 ГК РФ, подлежат применению независимо от вины нарушителя.

Таким образом, по российскому праву возможна ситуация, при которой ответственность несет невиновное лицо. Такое положение несколько «сглаживается» указанием п. 4 ст. 1250 ГК РФ на то, что лицо, к которому при отсутствии его вины применены предусмотренные подп. 3 и 4 п. 1 и п. 3 ст. 1252 ГК РФ меры защиты интеллектуальных прав, вправе предъявить регрессное требование о возмещении понесенных убытков, включая суммы, выплаченные третьим лицам. Соответственно, при рассмотрении судом дела о взыскании компенсации (или убытков) за нарушение интеллектуальных прав предпринимателем вина нарушителя не является условием применения мер ответственности, но при рассмотрении регрессного иска наличие или отсутствие вины нарушителя должно быть установлено.

Так, из Постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 20 ноября 2012 г. № 8953/12 по делу № А40-82533/11-12-680 следует, что ответчик по иску о защите исключительного права на фотографическое произведение и взыскании компенсации – закрытое акционерное общество «ПЕРЕКРЕСТОК» (далее – общество «Перекресток») – не совершал каких-либо действий, связанных с размещением или иным копированием спорного фотографического произведения. Указанный объект интеллектуальных прав был размещен в периодическом издании – журнале «ТВ-парк».

Однако общество «Перекресток» являлось распространителем средства массовой информации (журнала «ТВ-парк»), в котором было опубликовано спорное фотографическое произведение.

В названном судебном акте отмечено, что отсутствуют обстоятельства, свидетельствующие о наличии вины в действиях общества «Перекресток», или же обстоятельства, свидетельствующие о его осведомленности о том, что в распространяемой им печатной продукции, в частности в журнале «ТВ-парк», имеются объекты интеллектуальных прав, которые размещены без надлежащего разрешения правообладателя.

Вместе с тем суд отметил, что деятельность общества «Перекресток» является предпринимательской и осуществляется с учетом рисков и возможных негативных последствий, ей присущих. Следовательно, общество «Перекресток» может быть привлечено к ответственности

за нарушение интеллектуальных прав применительно к п. 3 ст. 1250 ГК РФ и при отсутствии его вины.

§ 3. Объект нарушения. Особенности мер защиты авторских и смежных прав

Несмотря на то, что в юридико-техническом смысле объектами нарушений являются субъективное авторские и смежные права, для понимания действия механизма защиты нарушенных прав важно иметь в виду имущественные и неимущественные интересы правообладателя. Предложенный подход раскрывает то, что авторское право состоит из ряда самостоятельных субъективных прав, подразделяющихся на личные неимущественные права, исключительное право (в свою очередь, расщепляющееся на ряд составляющих его правомочий), а также иные права.

Вместе с тем когда речь идет об объектах нарушения авторских и смежных прав, то имеются в виду объекты интеллектуальной собственности: произведения, указанные в п. 1, 2 ст. 1259 ГК РФ, а также объекты смежных прав, перечисленные в п. 1 ст. 1304 ГК РФ.

Первые доктрины, обосновывающие авторско-правовую охрану, исходили из того, что в созданных автором объектах творчества «продолжается» личность их создателя. В связи с этим нарушение авторских прав рассматривалось как непосредственное причинение вреда личности автора.

Это утверждение некоторым образом не потеряло актуальности до сих пор. Дело в том, что авторско-правовая охрана возникает в связи с творческим трудом автора, создающего произведение, – наличие в произведении «творческого элемента» является необходимым условием его охраноспособности.

Зарубежные законодательства указывают на признак оригинальности произведения, хотя в судебной практике подчеркивается, что оригинальность возникает в результате интеллектуального творчества автора (см. ниже).

Несмотря на аксиоматические положения о приоритетном значении для авторско-правовой охраны произведения его формы как выражения неохраняемой идеи[1], современные подходы, не отрицая в качестве ориентира значения классической дихотомии авторско-

[1] См.: *Дозорцев В.А.* Интеллектуальные права: Понятие, Система. Задачи кодификации: Сб. статей. М., 2003. С. 16.

правовой охраны (охраняется форма выражения неохраняемой идеи), указывают на то, что будет грубой ошибкой считать, что авторско-правовая охрана сводится к охране формы оригинального произведения как запрещающего только точное («дословное») неразрешенное правообладателем его воспроизведение (копирование). Действительно, иначе авторско-правовая охрана может быть легко преодолена путем внесения ряда незначительных изменений в контрафактную копию оригинального произведения.

Например, Лорд Хоффманн по делу *Newspaper Licensing Agency* отмечает: «Нарушение авторских прав – достаточно гибкое понятие, чтобы охватывать копирование идей из литературных, драматических, музыкальных или художественных произведений, при условии, что их выражение в оригинальном произведении включает достаточный уровень соответствующих навыков и работы, или, иначе говоря, «интеллектуального творчества», для привлечения авторско-правовой охраны»[1].

Кроме того, в ст. 2 Директивы Европейского Парламента и Совета Европейского Союза от 22 мая 2001 г. № 2001/29/ЕС «О гармонизации некоторых аспектов авторских и смежных прав в информационном обществе» (далее – Директива об информационном обществе) указано, что правообладатели компьютерных программ, баз данных и произведений имеют право контроля воспроизведения (копирования) произведений «полностью *или в части*»[2] («in whole or in part»)[3].

Европейский Суд в решении по делу *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forenung*, дело № C-5/08 [2009] ECR 1-6569, отметил, что для того, чтобы разобраться с вопросом об объеме охраняемых авторских прав, нужно рассмотреть объект нарушения. Ссылаясь на то, что ст. 2 Директивы об информационном обществе защищает «произведение», Европейский Суд подтвердил, что понятие объекта нарушения отсылает к интеллектуальному творчеству: «Части произведения охраняются авторским правом постольку, поскольку они разделяют

[1] Цит. по: *Bently L., Sherman B.* Intellectual Property Law. P. 212.

[2] В п. 21 преамбулы Директивы Европейского Парламента и Совета Европейского Союза № 2001/29/ЕС «О гармонизации некоторых аспектов авторских и смежных прав в информационном обществе» прямо указано, что данная Директива должна установить пределы действия права на воспроизведение для всех бенефициаров в соответствии с *acquis communautaire* (так называемый свод правил Сообщества).

[3] Аналогичные нормы содержатся в подп. «а» п. 1 ст. 4 Директивы Европейского Парламента и Совета от 23 апреля 2009 г. № 2009/24/ЕС «О правовой охране компьютерных программ», п. «а» ст. 5 Директивы Европейского Парламента и Совета от 11 марта 1996 г. № 96/9/ЕС «О правовой охране баз данных».

оригинальность целого произведения» (§ 22 решения по делу *Infopaq*). Кроме того, суд указал: «Различные части произведения заслуживают авторско-правовой охраны, если они содержат элементы, которые являются выражением интеллектуального творчества автора произведения» (§ 39 решения по делу *Infopaq*).

Аналогичная европейским директивам норма содержится в п. «а» ч. 3 Закона Великобритании по авторскому праву, промышленным образцам и патентам 1988 г., согласно которому законом ограничено несанкционированное правообладателем действие в отношении всего произведения или любой его значительной части (*substantial part*).

Английская судебная практика оперирует понятием «существенная часть» произведения. Эта концепция сформирована Лордом Миллетом по делу *Designers Guild*: «Если суд находит, что рисунок ответчика включает черты, заимствованные из оригинального произведения, то встает вопрос, формирует ли заимствование целое оригинальное произведение или существенную его часть. Вопрос впечатления, является ли существенной заимствованная часть, определяется качественным или количественным критерием. Ответ зависит от важности воспроизведенной части для оригинального произведения. При этом он не зависит от важности соответствующей части для произведения ответчика. Скопированная часть оригинальной работы оценивается сама по себе, а также оценивается ее важность для произведения в целом. Следовательно, отвечая на поставленный вопрос, нет нужды рассматривать контрафактное произведение».

Судебная практика США использует категорию «существенное сходство» произведений. Девятый окружной апелляционный суд в 1977 г. по делу *Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald's Corp.* выработал считающийся теперь традиционным двухшаговый тест, основанный на классической дихотомии «идеи и ее выражения».

Проверка состоит в том, что для определения заимствования неохраняемой внешней идеи произведения (*The Extrinsic Test*) суд вправе опереться на мнение экспертов, оценивающих жанр произведения, художественные приемы и т.д.; если экспертное мнение положительное, то суд переходит к оценке внутреннего выражения (формы) произведения (*The Intrinsic Test*), которое делается обычными людьми (читателями, зрителями и слушателями). Если ответ положительный, то считается, что имеет «место незаконное присвоение» оригинального произведения[1].

[1] *Cohen Amy B.* Masking Copyright Decisionmaking: The Meaninglessness of Substantial Similarity // Western New England University School of Law. 1987 [Vol. 20:719]. P. 752–756.

Можно привести пример из российской судебной практики, касающийся нарушений прав в отношении персонажа как охраняемой части произведения. В Определении Верховного Суда РФ от 11 июня 2015 г. № 309-ЭС14-7875 по делу № А50-21004/2013 отмечено, что персонажем аудиовизуального произведения как самостоятельным результатом творческого труда автора могут являться созданные и зафиксированные в аудиовизуальном ряде мультфильмов динамические рисованные (кукольные) образы главных героев, в отличие от других действующих лиц, обладающие такой совокупностью признаков, которые делают их оригинальными, узнаваемыми и отличительными от других героев в силу их внешнего вида, движений, голоса, мимики и иных других признаков, предназначенных для зрительного и слухового (в случае сопровождения звуком) восприятия.

Российская судебная практика в настоящее время исходит из того, что при использовании охраняемых частей произведения нарушается право на произведение в целом, поэтому для самостоятельной авторско-правовой охраны, например, персонажа как части произведения, необходимо доказать, что персонаж соответствует критериям охраноспособности, одним из которых совершенно справедливо является признак узнаваемости динамического образа персонажа, который определяется комплексом отличительных черт, присущих соответствующему виду произведения.

Необходимо отметить, что в силу п. 7 ст. 1259 ГК РФ под частью произведения можно понимать не только его название, персонажи, но и отрывки литературного произведения (фразы, словосочетания и т.д.), отдельные кадры или отрывки аудиовизуального произведения, в том числе и звуковые (например, без изображения) и т.д. Однако частями соответствующего произведения, подлежащими самостоятельной авторско-правовой охране, они могут быть признаны при условии их достаточной оригинальности, возникающей в результате творческого труда автора.

Отличительные черты, в том числе при наличии «недословного» воспроизведения, должны в глазах обычного человека делать соответствующую самостоятельную часть произведения *легко* (это важно!) узнаваемой. Иначе говоря, достаточная оригинальность заключается в качественном отличии соответствующей части произведения, претендующей на самостоятельную авторско-правовую охрану, от других обычных, типовых и заурядных частей этого же или любого другого произведения, а также от этого или другого произведения в целом.

Вопросы по теме

1. Каков механизм защиты авторских и смежных прав?
2. В чем состоит специфика защиты исключительного права на произведение и объекты смежных прав?
3. Какую роль для применения мер ответственности играет вина нарушителя авторских и смежных прав по российскому праву?
4. Раскройте тезис об охране авторским правом формы произведения.
5. Каковы условия самостоятельной авторско-правовой охраны части произведения?

Рекомендуемая литература

Бентли Л., Шерман Б. Право интеллектуальной собственности: Авторское право. СПб., 2004. С. 272–334.

Гражданское и торговое право зарубежных государство / Отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. Т. II. М., 2005. С. 477–481.

Корнеев В.А. Программы для ЭВМ, базы данных и топологии интегральных микросхем как объекты интеллектуальных прав. М., 2010. С. 145–163.

Михайлов С.В. К вопросу об авторско-правовой охране персонажей произведений // Хозяйство и право. 2015. № 6. С. 41–47.

Учебное издание

ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Том 2

Авторское право

Учебник

Под общей редакцией доктора юридических наук,
профессора Л.А. Новоселовой

Подписано в печать 02.03.2017. Формат $60\times90^{1}/_{16}$. Бумага офсетная.
Гарнитура Newton. Печать офсетная. Усл. печ. л. 23. Тираж 500 экз.
Заказ № .

Издательство «Статут»:
119454, г. Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2;
тел./факс: +7(495) 649-18-06
E-mail: book@estatut.ru
www.estatut.ru

ISBN 978-5-8354-1350-8

ЮРИДИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ ДЛЯ ПРОФЕССИОНАЛОВ

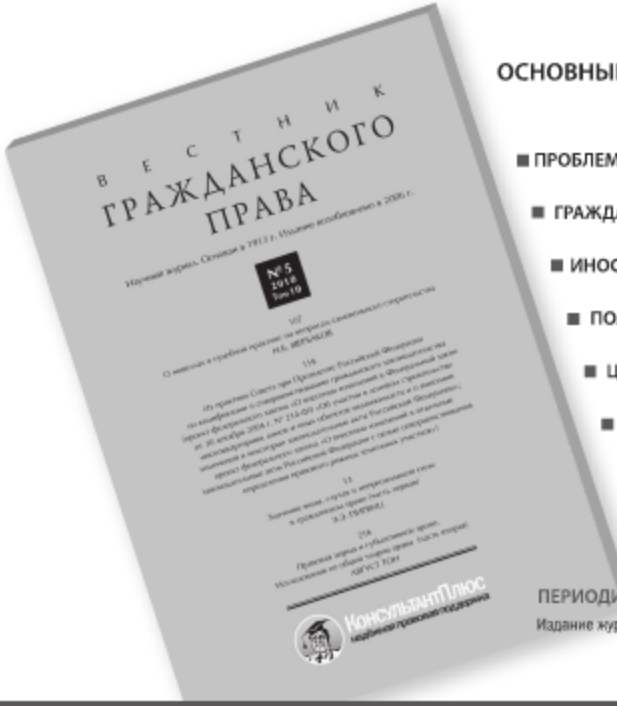
«ВЕСТНИК ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА»

Вестник гражданского права – это первый и единственный научный журнал, который посвящен обсуждению наиболее значимых проектов в области гражданского права России.

Впервые журнал начал выходить еще в дореволюционной России (1913 –1917 гг.) и, по мнению самых видных цивилистов того времени, был признан одним из самых авторитетных юридических изданий.

Современный «Вестник гражданского права» содержит анализ наиболее острых вопросов российского и зарубежного гражданского права, в нем широко представлена цивилистическая мысль прошлого – материалы, порой неизвестные современному юристу.

Журнал ставит своей целью развитие цивилистической мысли в России, распространение ее влияния на законотворчество и правоприменение.



ОСНОВНЫЕ РУБРИКИ ЖУРНАЛА:

- ПРОБЛЕМЫ ЧАСТНОГО (ГРАЖДАНСКОГО) ПРАВА
- ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО В КОММЕНТАРИЯХ
- ИНОСТРАННАЯ НАУКА ЧАСТНОГО ПРАВА
- ПОЛИТИКА ПРАВА
- ЦИВИЛИСТИЧЕСКАЯ МЫСЛЬ ПРОШЛОГО
- КРИТИКА И РЕЦЕНЗИИ

Главный редактор Е.А. Суханов

ПЕРИОДИЧНОСТЬ ИЗДАНИЯ — 6 НОМЕРОВ в год

Издание журнала осуществляет ООО «Издательский дом В. Ема»

Стоимость годовой подписки на 2017 г. – 4 800 руб.

Оформить подписку можно на сайте **www.mvgp.ru**
или по телефону **+7 (495) 649-18-06**.

Подписные индексы на 2017 год:
интернет-каталог «Почта России» – П2208,
Агентство «Роспечать» – 36771,
«Пресса России» – 36978 (полугодовая).

Приобрести номера журналов Вы можете в редакции по адресу:
Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2.