

**ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ  
ЦЕНТР ЧАСТНОГО ПРАВА**

ГОСУДАРСТВЕННОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ  
ПРИ ПРЕЗИДЕНТЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

" 26 " июль 2010 г.

№ 89-2

103132, Москва, ул. Ильинка, д. 8, стр. 2

тел. 606-36-39, факс 606-36-57

E-mail: civilcoderf@gmail.com

Председателю Правления  
Всероссийской организации  
интеллектуальной  
собственности

**г-ну Г.Ю.Вязовику**

При этом направляю заключение Исследовательского центра частного права по вопросу, поставленному в Вашем письме от 28 июня 2010 г. № 1241/10.

Приложение: указанное заключение на 12 листах.

Исполнительный директор



Ю.А.Агешин

ГОСУДАРСТВЕННОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ ПРИ ПРЕЗИДЕНТЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ  
**ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ ЦЕНТР ЧАСТНОГО ПРАВА**

103132, Москва, ул. Ильинка, д. 8

Телефон 606-36-39, факс 606-36-57  
E-mail: civilcoderf@gmail.com

" 26 " июля 2010 г.

№ 89-28

## ЗАКЛЮЧЕНИЕ

**Исследовательского центра частного права по вопросу, поставленному  
Общероссийской общественной организацией «Всероссийская  
организация интеллектуальной собственности»**

В Исследовательский центр частного права обратились председатель правления и генеральный директор Общероссийской общественной организации «Всероссийская организация интеллектуальной собственности» (общество по коллективному управлению смежными правами) с просьбой дать правовое заключение по следующим вопросам, связанным с возможностью применения статьи 1326 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК) в отношении сообщения фонограмм в эфир или по кабелю посредством передачи по телевидению:

1. Правомерно ли отнести к категории аудиовизуального произведения любую телевизионную передачу, не являющуюся кино, теле, видеофильмом и др., в том числе: информационную, публицистическую, трансляцию спортивных соревнований, танцевальных выступлений, показа мод, в которых одновременно с видеорядом звучит фонограмма, опубликованная в коммерческих целях.

2. Происходит ли сообщение в эфир или по кабелю фонограммы, опубликованной в коммерческих целях, когда такая фонограмма исполняется во время телевизионной передачи.

3. Вправе ли телевизионные компании не выплачивать вознаграждение за передачу в эфир или по кабелю фонограмм, опубликованных в коммерческих целях, объясняя свой отказ тем, что всё, передаваемое в эфир или по кабелю, является аудиовизуальными произведениями.



4. Должно ли выплачиваться вознаграждение в случае сообщения в эфир или по кабелю аудиовизуального произведения, если в состав такого аудиовизуального произведения без согласия правообладателей включена фонограмма, опубликованная в коммерческих целях.

5. Сохраняется ли у фонограммы, опубликованной в коммерческих целях, охраноспособность в части выплаты правообладателям вознаграждения, предусмотренного ст.1326 ГК, за её использование в телевизионных передачах.

1. В соответствии со ст.1326 ГК в отношении фонограммы, опубликованной в коммерческих целях, допускается без разрешения обладателя исключительного права на фонограмму и обладателя исключительного права на зафиксированное на этой фонограмме исполнение, но с выплатой им вознаграждения, её публичное исполнение, а также сообщение в эфир или по кабелю.

Однако в соответствии с подпунктом 2 п.1 ст.1304 ГК к фонограммам относятся «любые исключительно звуковые записи исполнений или иных звуков либо их отображений, за исключением звуковой записи, включенной в аудиовизуальное произведение». Это означает, что на звуковые записи, включенные в аудиовизуальные произведения, не распространяется охрана, предоставляемая главой 71 ГК фонограммам как объектам смежных прав. Соответственно на такие записи не распространяется и ст.1326 ГК.

Указанные положения соответствуют содержанию международных договоров, в которых в настоящее время участвует Российская Федерация, и в полной мере отражают достаточно спорную ситуацию, сложившуюся в них относительно рассматриваемого вопроса.

Международная (Римская) конвенция об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций 1961 года, к которой Российская Федерация присоединилась в 2002 году, под фонограммой понимает любую исключительно звуковую запись какого-либо исполнения или других звуков (подп. «b» ст.3). Именно такое определение фонограммы содержалось ранее в ст.4 Закона РФ от 9 июля 1993 г. №5351-1 «Об авторском праве и смежных правах».

Однако в ст.2 (b) Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам 1996 года (далее – ДИФ) фонограмма определена как «запись звуков исполнения или других звуков, либо отображения звуков, кроме звуков в форме записи, включенной в кинематографическое или иное аудиовизуальное произведение». Уточнение в определение фонограммы было внесено из-за существенных разногласий между государствами-участниками Договора по указанному вопросу, причем возобладала позиция стран англо-американской системы права. Поскольку Российская Федерация в 2008 году присоединилась к ДИФ, а содержание её национального законодательства должно соответствовать международному договору, в котором она участвует, то в подпункте 2 п.1 ст.1304 ГК понятие фонограммы полностью соответствует определению, содержащемуся в ДИФ.

Несколько иная ситуация существует в отношении правил об использовании фонограммы, опубликованной в коммерческих целях. В ст.12 Римской конвенции 1961 года закреплено положение о том, что за использование фонограммы, опубликованной в коммерческих целях, непосредственно для передачи в эфир или для сообщения любым способом для всеобщего сведения, пользователь должен выплачивать вознаграждение правообладателям. Государство-участник в своем внутреннем законодательстве определяет, кому именно выплачивается такое вознаграждение: исполнителям или изготовителям фонограмм, либо им обоим. Статья 16 (1)(a) Римской конвенции предусматривает, что любая страна-участница может в установленной форме заявить, что она: 1) вообще не будет применять положения статьи 12; 2) не будет применять положения этой статьи в отношении определенных видов использования; 3) не будет применять статью в отношении фонограмм, изготовитель которых не является гражданином или юридическим лицом другого государства – участника Римской конвенции; 4) ограничит охрану, предоставляемую в отношении фонограмм, изготовитель которых является гражданином или юридическим лицом другого государства-участника, тем объемом и условиями охраны, которую это государство предоставляет фонограммам, впервые записанным гражданином или юридическим лицом государства, делающего соответствующее заявление. Российская Федерация, присоединяясь к Римской конвенции, использовала только две последние оговорки, и таким образом предоставила охрану в полном объеме фонограммам,



изготовитель которых является гражданином Российской Федерации или российским юридическим лицом, а также фонограммам, которые были обнародованы или экземпляры которых впервые публично распространялись на территории Российской Федерации (ст.1328 ГК РФ). В отношении же иных фонограмм, впервые записанных гражданином или юридическим лицом другого государства-участника, Российская Федерация предоставляет охрану на началах принципа взаимности.

Статья 15 ДИФ также, повторив в пунктах (1) и (2) правила, установленные в ст.12 Римской конвенции, в пункте (3) подчеркнула, что любая страна-участница ДИФ в уведомлении, сданном на хранение Генеральному директору ВОИС, может заявить о том, что она будет применять положения п.(1) ст.15 только в отношении некоторых видов использования фонограмм или ограничит их применение каким-либо иным образом, или вообще не будет применять эти положения. В «Согласованных заявлениях в отношении Договора ВОИС по исполнению и фонограммам», являющихся своеобразным официальным комментарием основного текста Договора, разъясняется, что статья 15 ДИФ «не представляет собой окончательное решение вопроса об уровне прав на эфирное вещание и сообщение для всеобщего сведения, которыми должны пользоваться исполнители и производители фонограмм в цифровую эру». В «Согласованных заявлениях» признается, что делегациям стран-участниц Договора не удалось достичь консенсуса в этом вопросе, поэтому он оставлен для дальнейшего решения. В распоряжении Правительства РФ от 14 июля 2008 г. №998-р о присоединении Российской Федерации к Договору ВОИС по исполнению и фонограммам повторены те же оговорки в отношении применения ст.15 Договора, которые были сделаны в 2002 г. в отношении ст.12 Римской конвенции.

Неопределенность международного регулирования в этой сфере является следствием того, что в различных национальных правовых порядках этот вопрос решается по-разному. В данных условиях окончательное решение вопроса об объеме прав, которыми пользуются обладатели исключительных прав на фонограмму и исполнение в случаях использования фонограммы путем сообщения для всеобщего сведения, должно осуществляться в рамках национального законодательства.

В Российской Федерации правило об использовании фонограммы, опубликованной в коммерческих целях, нашло свое отражение первоначально в ст.39 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», а затем (без существенных изменений) – в ст.1326 ГК. Как уже говорилось выше, использование фонограммы, опубликованной в коммерческих целях, может осуществляться третьими лицами без согласия правообладателей, но с выплатой им вознаграждения. В качестве способов использования названы: а) публичное исполнение; б) сообщение в эфир; в) сообщение по кабелю. В соответствии с подпунктами 5 и 6 п.1 ст.1244 ГК сбор вознаграждения, причитающегося правообладателям по ст.1326 ГК, осуществляет организация по управлению правами на коллективной основе, получившая в установленном порядке государственную аккредитацию на осуществление деятельности в этой сфере коллективного управления.

При этом под сообщением фонограммы в эфир понимается её сообщение для всеобщего сведения посредством передачи по радио или телевидению (в том числе путем ретрансляции), за исключением сообщения по кабелю (подп.2 п.1 ст.1324 ГК). А сообщением по кабелю считается сообщение фонограммы для всеобщего сведения посредством её передачи по радио или телевидению с помощью кабеля, провода, оптического волокна или аналогичных средств (в том числе путем ретрансляции) (подп.3 п.1 ст.1324 ГК). То есть содержание ст.1326 ГК формально охватывает случаи сообщения в эфир или по кабелю фонограмм, опубликованных в коммерческих целях, осуществляемого посредством передачи по телевидению. Но с учетом нормы подп.2 п.1 ст.1304 ГК это правило не распространяется на звуковые записи, включенные в аудиовизуальные произведения.

Аудиовизуальное произведение является самостоятельным объектом авторского права. Именно этим объясняется то, что звуковая запись, вошедшая в качестве составной части в такое произведение, не охраняется как фонограмма, то есть не получает самостоятельную охрану как объект смежных прав. Смежные права в этом случае как бы поглощаются авторскими правами на аудиовизуальное произведение в целом. Вместе с тем, если такая звуковая запись будет использована отдельно от аудиовизуального произведения (например, записана на



CD или передана по радио), то она будет рассматриваться как фонограмма и охраняться как объект смежных прав.

2. Таким образом, вопрос сводится к тому, что представляет собой аудиовизуальное произведение. В частности, может ли рассматриваться в качестве аудиовизуального произведения любое сообщение в эфир или по кабелю посредством передачи по телевидению?

Согласно пункту 1 ст.1263 ГК аудиовизуальным произведением является 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. Дополнительно указано, что аудиовизуальные произведения включают кинематографические произведения, а также все произведения, выраженные средствами, аналогичными кинематографическим (теле- и видеофильмы и другие подобные произведения), независимо от способа их первоначальной или последующей фиксации.

Закон РФ «Об авторском праве и смежных правах» 1993 г. также содержал очень похожее определение аудиовизуального произведения (ст.4), наиболее существенным отличием которого от ныне действующего было то, что речь там шла не о «серии связанных между собой изображений», а о «серии связанных между собой кадров» (что неприменимо к целому ряду современных способов фиксации).

Понятие «аудиовизуального произведения» постепенно сменяет в национальных законодательствах традиционное понятие «кинематографического произведения», закрепленное в Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений 1886 года (далее – Бернская конвенция). В статье 2 Бернской конвенции говорится о кинематографических произведениях, «к которым приравниваются произведения, выраженные способом, аналогичным кинематографии», что уже свидетельствует о тенденции к расширению толкования упомянутого термина. Потребность в более широком понятии аудиовизуального произведения возникла в связи с появлением новых технических способов фиксации произведений, сущность которых состоит в создании последовательности связанных между собой изображений как со звуком, так и без

звука. Именно этим объяснялось наличие в п.1 ст.7 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» 1993 г. подробного перечня того, что относится к числу аудиовизуальных произведений: «кино-, теле- и видеофильмы, слайдфильмы, диафильмы и другие кино- и телепроизведения».

В действующем российском законодательстве подробный перечень видов аудиовизуальных произведений отсутствует. Названы лишь кинематографические произведения и «произведения, выраженные средствами, аналогичными кинематографическим (теле- и видеофильмы и другие подобные произведения)», при этом подчеркнуто, что способ их первоначальной и последующей фиксации не имеет значения. Это свидетельствует о намерении охранять в качестве аудиовизуальных определенную категорию произведений вне зависимости от технического способа их фиксации или основной цели использования, для которой они были созданы (демонстрация в зале, передача в эфир и т.п.).

Определение п.1 ст.1263 ГК в целом соответствует аналогичным определениям, содержащимся в зарубежном законодательстве. Так, французский Кодекс интеллектуальной собственности аудиовизуальными произведениями называет «кинематографические произведения и другие произведения, состоящие из последовательности движущихся изображений со звуком или без» (ст. L112-2). В Законе об авторском праве США к объектам авторских прав отнесены «кинофильмы и другие аудиовизуальные произведения» (§ 102), при этом кинофильмы определены как «аудиовизуальные произведения, состоящие из серии связанных между собой изображений, которые, будучи показанными последовательно, создают впечатление движения, вместе с сопровождающими их звуками (в случае, если они есть)» (§ 101). Наиболее серьезным отличием определения аудиовизуального произведения в российском законодательстве является упоминание о том, что серия связанных между собой изображений должна быть зафиксирована. Это сужает российское понятие аудиовизуального произведения, так как в целом ряде других стран охрана предоставляется в том числе и произведениям, транслируемым в прямом эфире или передаваемым в виде т.н. «эфмерной» (или краткосрочной) записи (ст.ст.1279 и 1306 ГК).



Представляется, что из определения ст.1263 ГК можно сделать некоторые выводы о существовании аудиовизуального произведения как объекта, охраняемого авторским правом.

Прежде всего, как всякий объект авторского права, оно должно быть создано творческим трудом (ст.1257 ГК). Аудиовизуальное произведение относится к числу сложных объектов (п.1 ст.1240 ГК). Такие объекты характеризуются тем, что включают несколько охраняемых результатов интеллектуальной деятельности, но не являются при этом простой совокупностью таких результатов, а представляют собой единое целое, имеющее сложный состав. Согласно п.2 ст.1263 ГК авторами аудиовизуального произведения (как единого целого) признаются режиссер-постановщик, автор сценария и композитор, являющийся автором музыкального произведения, специально созданного для данного аудиовизуального произведения. Очевидно, что композитор будет автором аудиовизуального произведения не всегда, поскольку для такого произведения вообще не обязательно наличие звукозаписи. Однако наличие режиссера-постановщика и сценариста представляется необходимым. Изготовитель аудиовизуального произведения, то есть лицо, организовавшее создание такого произведения (продюсер), приобретает исключительное право на аудиовизуальное произведение в целом на основании договоров с вышеназванными авторами (п.4 ст.1263, п.1 ст.1240, п.2 ст.1295 ГК).

Аудиовизуальное произведение, как любой объект авторских прав, должно быть выражено в объективной форме (п.3 ст.1259 ГК). Это общее положение уточняется в п.1 ст.1263 ГК в виде требования первоначальной фиксации, которая позволяла бы осуществлять зрительное и слуховое восприятие аудиовизуального произведения с помощью соответствующих технических устройств. Речь идет о фиксации соответствующего произведения в виде видеозаписи или аналогичной ей формы отображения изображений, сопровождаемой или не сопровождаемой звукозаписью. Это подтверждается и приводимыми в законе примерами аудиовизуальных произведений: кинофильм (п.1 ст.1240 ГК), теле- и видеофильм и другие подобные произведения (п.1 ст.1263 ГК). Перечень таких произведений является примерным.

Вышесказанное позволяет сделать общий вывод о том, что не всякое сообщение в эфир или по кабелю посредством передачи по телевидению может

рассматриваться как аудиовизуальное произведение, так как далеко не все телевизионное вещание соответствует приведенным критериям. Безусловно, существует целый ряд телевизионных передач, которые могут быть отнесены к аудиовизуальным произведениям: например, различные детские передачи, развлекательные программы, комедийные шоу, которые специально снимаются в записи и по заранее разработанному сценарию. Однако определенно не могут рассматриваться как аудиовизуальные произведения те передачи, которые идут в прямом эфире (трансляции спортивных соревнований, концертов, показы мод, сообщения новостей, интервью, музыкальные программы по заявкам зрителей и т.п.). В этих случаях не соблюдается требование первоначальной фиксации.

В отношении тех программ, которые передаются по телевидению в записи, критериями, как представляется, могут служить их творческий характер, наличие авторов, присущих аудиовизуальному произведению (режиссера-постановщика, сценариста и автора оригинальной музыки), а также тот факт, что они воспринимаются как некое единое целое, в том числе наличие органической связи видеоряда с сопровождающей его звукозаписью. Так передача в записи выступлений фигуристов или художественных гимнастов, сопровождаемых музыкой, не должна рассматриваться как аудиовизуальное произведение, поскольку она осуществляется не по специальному сценарию, а лишь является фиксацией хода соревнований, при этом объяснения телекомментаторов существуют независимо от музыкального сопровождения выступлений, не создают с ними единого целого. Аналогичная ситуация возникает в случае сообщения записи трансляции концерта, спектакля, конкурса балльных танцев, показа мод, публичной лекции, пресс-конференции, общественно-политического мероприятия и т.п.

Вместе с тем следует учитывать, что в статьях 1274, 1277 и 1306 ГК предусмотрены случаи, в которых допускается свободное использование музыкальных произведений, исполнений и фонограмм (без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения). В частности, допускается цитирование в научных, полемических, критических или информационных целях правомерно обнародованных произведений в объеме, оправданном целью цитирования (подп.1 п.1 ст.1274 и ст.1306 ГК); сообщение для всеобщего сведения



в обзорах текущих событий средствами кинематографии, путем сообщения в эфир или по кабелю произведений, которые становятся увиденными или услышанными в ходе таких событий, в объеме, оправданном информационной целью (подп.5 п.1 ст.1274 и ст.1306 ГК); публичное исполнение музыкального произведения во время официальной или религиозной церемонии или похорон в объеме, оправданном характером такой церемонии (ст.1277 и ст.1306 ГК).

3. Таким образом, на вопросы, поставленные Общероссийской общественной организацией «Всероссийская организация интеллектуальной собственности», можно дать следующие ответы:

**1. Правомерно ли отнести к категории аудиовизуального произведения любую телевизионную передачу, не являющуюся кино, теле, видеофильмом и др., в том числе: информационную, публицистическую, трансляцию спортивных соревнований, танцевальных выступлений, показа мод, в которых одновременно с видеорядом звучит фонограмма, опубликованная в коммерческих целях.**

Нет, не правомерно. Не всякое сообщение в эфир или по кабелю посредством передачи по телевидению может рассматриваться как аудиовизуальное произведение. По действующему российскому законодательству к аудиовизуальным произведениям нельзя отнести передачи в прямом эфире. Те передачи, которые сообщаются в записи, не могут быть отнесены к аудиовизуальным произведениям, если они не носят творческого характера, не создаются авторами, в числе которых, как минимум, должны быть режиссер-постановщик и сценарист, а также не представляют собой единого целого (включая органическую связь видеоряда с сопровождающей его звукозаписью). Прежде всего это касается записей трансляций спортивных соревнований, конкурсов танцев, показа мод, пресс-конференций, публичных лекций, различных общественно-политических мероприятий и т.п.

**2. Происходит ли сообщение в эфир или по кабелю фонограммы, опубликованной в коммерческих целях, когда такая фонограмма исполняется во время телевизионной передачи.**

Сообщение в эфир или по кабелю фонограммы, опубликованной в коммерческих целях, происходит, если такая фонограмма исполняется во время

телевизионной передачи, но только при условии, что эта передача не может рассматриваться как сообщение в эфир или по кабелю аудиовизуального произведения.

**3. Вправе ли телевизионные компании не выплачивать вознаграждение за передачу в эфир или по кабелю фонограмм, опубликованных в коммерческих целях, объясняя свой отказ тем, что всё, передаваемое в эфир или по кабелю, является аудиовизуальными произведениями.**

Ответ на данный вопрос подразумевает оценку действий телевизионных компаний, что выходит за пределы компетенции Исследовательского центра частного права. Однако позиция телевизионных компаний, строящаяся на убеждении, что в эфир и по кабелю ими передаются только аудиовизуальные произведения, представляется неверной (см. ответ на вопрос 1). В тех случаях, когда фонограммы, опубликованные в коммерческих целях, сообщаются в эфир или по кабелю, правообладателям должно выплачиваться вознаграждение в соответствии со ст.1326 ГК.

**4. Должно ли выплачиваться вознаграждение в случае сообщения в эфир или по кабелю аудиовизуального произведения, если в состав такого аудиовизуального произведения без согласия правообладателей включена фонограмма, опубликованная в коммерческих целях.**

В случае если в аудиовизуальное произведение без согласия правообладателей включена фонограмма, опубликованная в коммерческих целях, налицо нарушение прав авторов, исполнителей и изготовителей фонограммы, так как на этот случай использования действие ст.1326 ГК не распространяется. Любая ранее опубликованная фонограмма может быть включена в аудиовизуальное произведение только с согласия правообладателей, то есть на основании заключенного с ними договора. Этим договором должны быть установлены пределы использования соответствующей фонограммы и размеры вознаграждения, выплачиваемого за её использование в составе аудиовизуального произведения. Последствия нарушения интеллектуальных прав предусмотрены статьями 1250-1254 ГК.

**5. Сохраняется ли у фонограммы, опубликованной в коммерческих целях, охраноспособность в части выплаты правообладателям**



вознаграждения, предусмотренного ст.1326 ГК, за её использование в телевизионных передачах.

Если фонограмма, опубликованная в коммерческих целях, использована в телевизионной передаче, которая не является сообщением с эфир или по кабелю аудиовизуального произведения, за такое использование этой фонограммы правообладателям должно быть выплачено вознаграждение в соответствии со ст.1326 ГК.

**Первый заместитель Председателя  
Совета Исследовательского центра  
частного права**



**А.Л.Маковский**

**Начальник отдела законодательства  
об интеллектуальных правах**



**Е.А.Павлова**