

Научная статья

УДК 343.241

DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.91.116

Справедливое вознаграждение за использование произведений и фонограмм в Интернете в праве России, США и ЕС



Эрик Раулевич Вальдес-Мартинес

Ассоциация правообладателей по защите и управлению авторскими правами в сфере изобразительного искусства УПРАВИС, Россия 101000, Москва, Архангельский пер., 12/8, стр. 1, evslides@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0001-9958-6395>



Аннотация

В статье анализируются правовые подходы, касающиеся использования произведений в цифровой среде, в том числе в Интернете и порядка выплаты вознаграждения правообладателям. Законы некоторых иностранных государств предусматривают так называемый механизм справедливого вознаграждения. Он заменяет традиционный способ заключения лицензионных договоров и применяется лишь в случаях, установленных законом. Сбор и распределение такого вознаграждения осуществляют организации по управлению правами на коллективной основе (ОКУП). Статья 1244 Гражданского кодекса Российской Федерации определяет сферы, в которых такие организации могут получить государственную аккредитацию. Аккредитация позволяет данным организациям осуществлять сбор вознаграждения за некоторые правомочия, в частности, публичное исполнение, сообщение в эфир или по кабелю музыкальных произведений и/или фонограмм, опубликованных в коммерческих целях для неограниченного числа правообладателей. В 2004 году законодатель закрепил за правообладателями новое правомочие — доведение до всеобщего сведения, известное как Интернет-право. Однако это правомочие сформулировано более узко, чем публичное исполнение, сообщение в эфир или по кабелю, и не входит в число способов, на которые распространяется сфера аккредитации ОКУП. Аккредитованные ОКУП взаимодействуют с традиционными пользователями офлайн, в том числе с театрами, телерадиокомпаниями, кинотеатрами и т.д., которые выплачивают правообладателям вознаграждение за использование музыкальных произведений и фонограмм. В то же время законодательство прямо не указывает на право аккредитованных ОКУП осуществлять сбор вознаграждения с интернет-радиостанций, интернет-телеканалов, онлайн-кинотеатров. Такая правовая неопределенность создает трудности в со-

блюдении прав правообладателей, в интересах которых действуют аккредитованные ОКУП. В государствах Европейского союза и в США использование произведений и фонограмм в Интернете регулируется иным образом, позволяющим пользователям в ряде случаев выплачивать правообладателям вознаграждение через национальные организации управляющие данными правами на коллективной основе. Вероятно, именно отсутствие прямого регулирования позволяет российским аккредитованным ОКУП осуществлять сбор вознаграждения только за некоторые виды использования произведений и фонограмм в Интернете.



Ключевые слова

Интернет, публичное исполнение, сообщение в эфир, сообщение по кабелю, ретрансляция, всеобщее сведение, справедливое вознаграждение.

Благодарности: Статья подготовлена в рамках программы исследований Института права цифровой среды НИУ ВШЭ в 2020–2021 гг.

Для цитирования: Вальдес-Мартинес Э.Р. Справедливое вознаграждение за использование произведений и фонограмм в Интернете в праве России, США и ЕС // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 5. С. 91–116. DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.91.116

Research article

Fair Remuneration for Using Works and Phonograms on the Internet in Russia, USA and EU



Erik R. Valdes-Martines

Association of rightsholders on protection and management of authors' rights in the sphere of visual art (UPRAVIS), 12/8 Arkhangelsky Per., Moscow 101000, Russia, evsldes@mail.ru
<https://orcid.org/0000-0001-9958-6395>



Abstract

The article analyzes legal approaches that require the use of a large number of people, including the Internet, and the procedure for paying remuneration to copyright holders. The legislation of some foreign states provides for so-called equitable remuneration. It replaces the traditional way of concluding license agreements and is used only in cases established by law. Collection and distribution of such remuneration is made by a collective rights management organization (CMO). Article 1244 of the Civil Code of the Russian Federation entitles the CMOs to obtain a state accreditation. Accreditation authorizes a CMO to act on behalf of unlimited number of rightsholders and collect equitable remuneration for certain rights, in particular, public performance, broadcast or cable transmission of musical works and / or phonograms published for commercial purposes. In 2004 the law introduced making available right known as the Internet right. In Russia this right is narrower than public

performance, broadcast or cable transmission and is not among the means covered by the scope of accreditation of the CMOs. Accredited CMOs interact with “traditional” off-line users, including theaters, TV and radio companies, cinemas, etc., collecting remuneration for rights holders for the use of musical works and phonograms. However, the legislation does not directly authorize the accredited CMOs to collect remuneration from online broadcasters, theaters and cinemas. Such legal uncertainty creates difficulties in respecting the rights of right holders in whose interests accredited CMOs act. In the EU and the US, the use of musical works and phonograms on the Internet is regulated in a different way that allows users in some cases to pay remuneration to right holders through national CMOs. It seems that even the lack of direct regulation allows the Russian accredited CMOs to collect remuneration for certain types of use of works and phonograms on the Internet.



Keywords

Internet, public performance, broadcasting, cable communication, retransmission, communication to the public, messages to the public, fair remuneration to authors, performers and producers of phonograms.

For citation: Valdes-Martines E.R. (2022) Fair Remuneration for Using Works and Phonograms on the Internet in Russia, USA and EU. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 5, pp. 91–116 (in Russ.) DOI: 10.17323/2072-8166.2022.5.91.116

Введение

Невозможно вообразить современную жизнь без Интернета. Сегодня использование «интернет-радио», «интернет-телевидения», «онлайн-кинотеатра» и т.п. не кажется уже чем-то необычным. Аудитория Интернета стремительно растет, обгоняя по охвату пользователей телевидение¹. Общая аудитория онлайн-кинотеатров в 2020 году по сравнению с годом ранее выросла на 17% — до 63 млн. пользователей². Некоторые популярные сервис-провайдеры предлагают онлайн-доступ к театральным постановкам³. Популярность Интернета заставила российских парламентариев принять специальный закон, регламентирующий порядок организации телетрансляций каналов первого и второго мультиплекса в Интернете с 01.10.2021 г.⁴

Интернет-радиостанции, каналы интернет-телевидения, онлайн-театры, онлайн-кинотеатры и т.д. используют произведения и фонограммы. В связи с этим их следует рассматривать как пользователей, которые за использо-

¹ Available at: URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4188734Ж>; <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ru/Documents/technology-media-telecommunications/russian/media-consumption-russia-2020.pdf> (дата обращения: 29.10.2021)

² Available at: URL: <https://tass.ru/ekonomika/10859529> (дата обращения: 29.10.2021)

³ Available at: URL: <https://okko.tv/genre/theater> (дата обращения: 29.10.2021)

⁴ Available at: URL: <http://duma.gov.ru/news/52341/> (дата обращения: 29.10.2021)

вание указанных объектов должны выплачивать справедливое вознаграждение. Однако выплата вознаграждения пользователями практически не осуществляется, за редким исключением некоторых радиостанций, которые ретранслируют свои программы одновременно офлайн и онлайн. Основная проблема связана с интерпретацией п. 6–8 п. 2 ст. 1270, п. 3 ст. 1263, ст. 1326 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), регулирующих выплату справедливого вознаграждения, и применимость указанных норм к пользователям в Интернете.

В исторической ретроспективе следует отметить, что с развитием технологий отношения, связанные с использованием объектов авторского права и смежных прав, изменялись. Для сохранения баланса интересов между обществом и правообладателями в обмен на использование произведений на основе лицензий законодатели многих стран ввели режим выплаты вознаграждения правообладателям⁵, который в отечественном законодательстве предусмотрен в статьях ГК РФ⁶ и реализуется посредством так называемых бланкетных лицензий [Boucher F., 1987: 1157], выдаваемых организациями по управлению правами на коллективной основе (далее — ОКУП).

Сбалансированными следует признавать такие правоотношения, реализация которых осуществляется исходя из интересов всех вовлеченных в правоотношения сторон. Обязанность одних (пользователей) получать разрешение у других (правообладателей) коррелируется с правом последних на вознаграждение за каждый вид использования произведений/фонограмм. Однако в отдельных случаях характер правоотношений не позволяет соблюсти это правило. Именно поэтому законодатель ввел универсальную правовую конструкцию, при которой обязанность получать разрешение на некоторые виды использования объектов авторского права и смежных прав заменяется на обязанность выплачивать (справедливое) вознаграждение в обмен либо на: бездоговорное использование фонограмм (объект смежных прав) или договорное использование музыкальных произведений (объект авторских прав), предмет которого формируется *de facto* по факту использования.

Право на вознаграждение в соответствии со ст.1226 ГК РФ относится к иным правам [Крашенинников П.В., 2014: 85]. В соответствии с п. 36 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации (далее — ВС РФ) от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского ко-

⁵ 2015. Available at: http://publications.europa.eu/resource/ellar/c022cd3c-9a52-11e5-b3b7-01aa75ed71a1.0001.01/DOC_1 (дата обращения 26.04.2020); http://www.aepo-artis.org/usr/files/di/fi/2/AEPO-ARTIS-study-on-performers-rights-1-December-2014-FINAL_201611291138.pdf; https://www.cedar.nl/uploads/10/FileManager/SAA_white_paper_english_version.pdf (дата обращения: 26.04.2020) и т.д.

⁶ В п. 3 ст. 1263, пп. 6–8.1 п. 2 ст. 1270, ст. 1326 ГК РФ.

декса Российской Федерации» и на основании п. 5 ст. 1229 ГК РФ право на вознаграждение входит в состав исключительного права, что также отмечалось в доктрине [Моргунова Е.А., 2014: 70]. В соответствии с п. 1 ст. 1244 ГК РФ собирают и распределяют вознаграждения ОКУП⁷, получающие аккредитацию Министерства культуры на сферы деятельности, перечисленные в ГК РФ⁸. Установленные сферы деятельности связаны со следующими способами использования: публичное исполнение, сообщение в эфир и/или по кабелю.

Под публичным исполнением законодатель понимает 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, или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи, независимо от того, воспринимается произведение в месте его представления или показа либо в другом месте одновременно с представлением или показом произведения (п. 6 п. 1 ст. 1270 ГК РФ; п. 93 Постановления Пленума ВС РФ). Публичное исполнение произведения с помощью технических средств, в частности, с помощью радио, телевидения, а также иных технических средств, следует отличать от таких самостоятельных способов его использования, как сообщение в эфир или сообщение по кабелю. Под сообщением в эфир/по кабелю, т.е. под сообщением произведения для всеобщего сведения (включая показ или исполнение) по радио или телевидению следует понимать как прямую трансляцию произведения из места его показа или исполнения, так и неоднократное сообщение произведения для всеобщего сведения. Сообщение произведения в эфир или по кабелю производится теле- или радиокomпанией в соответствии с условиями заключенного между такой компанией и правообладателем или ОУП лицензионного договора (п. 7, 8 п. 1 ст. 1270 ГК РФ; п. 94 Постановления Пленума ВС РФ).

Указанные способы использования произведений/фонограмм широко применяются в повседневной деятельности человека. В частности, к публичному исполнению относится использование произведения/фонограммы в театральных постановках, концертах, спортивных соревнованиях, выставках и т.д. Деятельность радиостанций, телеканалов и кабельных операторов напрямую связана с правомочием сообщения в эфир и/или по кабелю, соответственно. Именно для таких традиционных способов использования

⁷ Available at: URL: <https://rao.ru/about-rao/documents/svidetelstva-rao/> (дата обращения: 25.09.2021)

⁸ Available at: URL: <https://culture.gov.ru/documents/akkreditatsiya/> (дата обращения: 25.09.2021)

произведений/фонограмм законодательство многих стран предусматривает механизм реализации авторско-правовых правомочий посредством ОКУП.

Важно отметить деятельность ОКУП, которые *de jure* и *de facto* выступают посредниками между неограниченным числом определенной группы правообладателей и такого же неограниченного числа пользователей. Это позволяет сохранить статус-кво правообладателей как лиц, полномочных требовать соблюдения их прав пользователями. При использовании произведений последними правообладатели правомочны требовать (справедливого) вознаграждения, сбор которого от их имени осуществляет ОКУП. Таким образом сохраняется определенный паритет и обеспечивается не только устойчивый правовой баланс, но также нормальное функционирование общества в связи с использованием произведений/фонограмм.

В связи с этим следует отметить правовую неопределенность, связанную с правомерным использованием произведений/фонограмм в цифровой среде, в том числе в Интернете. Речь, в частности, идет о таких пользователях, как интернет-радио и телеканалы, онлайн-кинотеатры, использование произведений в теле-радио программах в виде мобильных приложений и т.п. Кажется очевидным, что деятельность указанных пользователей очень похожа и не отличается от традиционных теле/радиостанций и кинотеатров. Вместе с тем российское право не дает однозначного ответа, насколько действующие нормы позволяют использовать традиционный механизм получения разрешения через действующие в России ОКУП для перечисленных пользователей. Правомочны ли авторы, исполнители и изготовители фонограмм претендовать на получение вознаграждения по аналогии с п. 1 ст. 1244 ГК РФ за использование произведений/фонограмм перечисленными пользователями? Будет ли лицензии ОКУП достаточно, чтобы избежать дополнительных претензий со стороны правообладателей?

В научной и профессиональной литературе способы использования в Интернете именуется интернет-правами. Отметим различие в законодательном понимании интернет-права в юрисдикциях РФ, ЕС и США. В российском праве этот способ использования именуется «доведением до всеобщего сведения». Вместе с тем в международных авторско-правовых договорах, участником которых является Российская Федерация, указанный способ использования образует содержание правомочия «сообщение для всеобщего сведения». Некоторые способы использования (правомочия), известные российскому праву, заимствованы из международных норм. Иногда такое заимствование происходило «вслепую», т.е. без должного понимания содержания правомочий и без глубокого анализа соответствующих правоотношений.

Хотя в России Интернет распространен уже более 30 лет, следует отметить слабую судебную практику в отношении использования музыкальных произведений и фонограмм в Интернете и применения к пользователям

механизма справедливого вознаграждения. Определенная практика сформировалась в Евросоюзе и США. Опыт этих юрисдикций может оказаться применимым в российских правовых реалиях.

Настоящая статья анализирует международные договоры, а также нормы права США, ЕС и России в части регулирования интернет-отношений, и рассматривает применяемые правовые механизмы соблюдения интересов правообладателей, связанные с получением справедливого вознаграждения, при использовании произведений/фонограмм определенной группой пользователей в Интернете.

1. Регулирование интернет-права на международном уровне

Впервые на международном уровне интернет-право было закреплено в 1996 году в договорах Всемирной организации интеллектуальной собственности (далее — ВОИС); в Договоре по авторскому праву (далее — ДАП) и Договоре по исполнениям и фонограммам (далее — ДИФ), к которым Россия присоединилась в 2008 г.⁹ Выражение «интернет-право» является собирательным и относится не только к Интернету, но к цифровой среде в целом¹⁰. В этом смысле появление ДАП и ДИФ связано не столько с Интернетом, сколько с чрезвычайно возросшим влиянием цифровых технологий на социальное, культурное и экономическое развитие общества.

Появление цифровых технологий, прежде всего Интернета, стало вызовом многим правовым устоям. На дипломатических конференциях по принятию ДАП и ДИФ 1996 г. делегаты признавали, что интернет-технологии размывли границы между двумя традиционными и четко различимыми группами прав: правами, связанными с получением копии или экземпляра (право на распространение, право на прокат и т.п.), и правами, не имеющими отношения к копии (право на публичное исполнение, право на сообщение в эфир и т.п.)¹¹. В связи с этим бурно обсуждался вопрос о необходимости либо выделения отдельного правомочия для использования произведений в Интернете, либо применения к цифровой среде комплекса действующих прав использования.

Принять унифицированное определение интернет-права (или «цифрового права») мешала также двух альтернативность подходов [Christie A.,

⁹ Available at: URL: https://www.wipo.int/treaties/ru/ShowResults.jsp?lang=ru&treaty_id=16 (дата обращения: 01.04.2020)

¹⁰ Available at: <https://docs.lib.purdue.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1717&context=iatul> (дата обращения: 15.04.2020)

¹¹ ВОИС. Руководство к договорам ВОИС в области авторского права и смежных прав. Женева, 2003. С. 207.

Dias E., 2005: 237–262]¹²: применение права распространения (Великобритания, США) [Бентли Л., Шерман Б., 2004: 231]; или применение же права на сообщения для сведения публики (Франция) [Липциг Д., 2002: 161]. Правомочия использования произведений, предусмотренных Бернской конвенцией по охране литературных и художественных произведений (1886) (далее — Бернская конвенция), не могли отвечать новому виду использования, так как Конвенция в редакции 1971 г.¹³ содержит избыточные и противоречивые положения, а именно: «публичное исполнение» (public performance), «сообщение для всеобщего сведения» (communication to the public), «публичное сообщение» (public communication), «сообщение в эфир» (broadcasting) и иные формы передачи произведения в отношении ограниченного числа произведений [Ginsburg J., Treppoz E., 2015: 314]. Именно этим объясняется прямое указание в п. 1 ст. 8 ДАП на отсутствие конфликта и противоречия с соответствующими статьями Бернской конвенции, предусматривающими способы распространения произведения, в частности, ст. 11(1)(ii), 11 bis(1)(i), 11 bis(1)(ii), 11 ter(1)(ii), 14(1)(ii) и 14 bis (1).

В ходе переговоров об интернет-договорах делегаты комитетов ВОИС¹⁴ обсудили две конкурирующие модели исключительных прав, посредством которых можно было бы обеспечить эту охрану через право на воспроизведение, а также альтернативно: с расширением существующего права на распространение либо в связке с соответствующим правом Бернской конвенции на сообщение для всеобщего сведения. Многие страны предпочли представить «цифровое право» посредством права на сообщение для всеобщего сведения. Однако противоречивые позиции США и ЕС заставили делегатов конференции предложить компромиссное, «зонтичное решение» [Yu P., 2010: 576], которое и было в итоге включено в соответствующие статьи ДАП и ДИФ¹⁵.

Согласно исследованию Бюро по авторскому праву США¹⁶, можно говорить по крайней мере о трех подходах к регулированию «интернет-прав» в национальных законодательствах:

¹² Available at: https://minerva-access.unimelb.edu.au/bitstream/handle/11343/25131/Christie_Dias_The+new+light+of+communication.pdf;jsessionid=12079866CD69209442D5D7F90EAE01A?sequence=3 (дата обращения: 15.04.2020)

¹³ Available at: URL: https://www.wipo.int/treaties/ru/ip/berne/summary_berne.html (дата обращения: 15.04.2020)

¹⁴ См подробнее: WIPO, Diplomatic Conference on certain copyright and neighboring rights questions Geneva, December 2 to 20, 1996, п. 7.05, 7.07, 7.08, 7.12 и т.д. Available at: https://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/en/crn_r_dc/crn_r_dc_4.pdf (дата обращения: 15.04.2020)

¹⁵ ВОИС. Руководство к договорам ВОИС в области авторского права и смежных прав. С. 208.

¹⁶ US Copyright Office. The making available right in The United States. A Report of the Register of copyrights, 2016. Available at: https://www.copyright.gov/docs/making_available/making-available-right.pdf, (дата обращения: 15.04.2020)

«Идентичный международному договору подход», подразумевающий полное, или очень приближенное к оригиналу с небольшими корректировками копирование ст. 8 ДАП, а также ст. 8, 14 ДИФ. В данном подходе право на доведение до всеобщего сведения — это часть сообщения для всеобщего сведения. Таким образом, применяется широкий подход в понимании традиционного права сообщения для всеобщего сведения в цифровой среде использования. Поскольку сообщение для всеобщего сведения является правомочием известным праву многих стран до принятия ДАП и ДИФ, большинство стран-участниц дипломатической конференции, в частности, страны Европейского сообщества, выбрали эту формулировку для «характеристики нового имущественного права, поскольку оно сформулировано не как совершенно новое, а как расширение некоторых прежних, ранее признанных на международной арене авторских правомочий» [Гаврилов Э.П., 2005: 20].

Альтернативный подход, который, как правило, рассматривает право на доведение до всеобщего сведения как отдельное правомочие (Россия, страны СНГ и т.д.).

Подход «нормативного молчания» (statutory silence): при данном подходе государство, будучи членом ДАП и ДИФ, никоим образом не изменяет положений национального законодательства. Использование произведений в цифровой среде классифицируется через имеющийся объем прав использования произведения, сложившийся до присоединения к указанным договорам (США).

Суть указанных подходов свидетельствует о различном регулировании интернет-права в каждой конкретной юрисдикции. Вместе с тем ни один из них не исключает необходимости соблюдения прав правообладателей и сохранения для них режима справедливого вознаграждения, применяемого к традиционным способам использования произведений/фонограмм.

Авторско-правовые международные договоры — Бернская конвенция и ДАП — по-разному регулируют правила о справедливом вознаграждении. ДАП игнорирует это положение, но вводит специальное правомочие использования произведения в цифровой среде. Бернская конвенция, напротив, не содержит специального права использования произведений в цифровой среде. Однако п. 2 ст. 11 bis Бернской конвенции предусматривает режим «принудительных лицензий»¹⁷, являющийся некоторым ограничением при использовании права на сообщения для всеобщего сведения правообладателей. Вводя такое ограничение, Бернская конвенция гарантирует автору (правообладателю) справедливое вознаграждение за каждое сообщение

¹⁷ Available at: https://www.iatp.org/sites/default/files/Intellectual_Property_Rights_and_the_Use_of_Co.pdf (дата обращения: 04.10.2021)

произведения для всеобщего сведения. Особенностью такого вознаграждения является «сохранение исключительного права разрешать, но при условии, что это право может осуществляться только при участии организаций коллективного управления правами»¹⁸.

В свою очередь международные договоры в отношении исполнителей и изготовителей фонограмм — Международная конвенция об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций (1961) (далее — Римская конвенция) и Договор ВОИС по исполнению и фонограммам (1996), содержат положения о справедливом вознаграждении. Содержание ст. 12 Римской конвенции и п. 1 ст. 15 ДИФ очень похожи, поскольку гарантируют исполнителям и изготовителям фонограмм справедливое вознаграждение при сообщении в эфир или сообщении любым способом для всеобщего сведения фонограмм, опубликованных в коммерческих целях. Вместе с тем п. 4 ст. 15 ДИФ расширяет правомочие «сообщение до всеобщего сведения» в отношении фонограмм, уточняя, что под ним следует также понимать доступ к фонограммам из любого места и в любое время по выбору пользователей.

Такое расширение объема правомочия «сообщение до всеобщего сведения» вполне объяснимо. К ДИФ присоединились страны (США, Австралия, Новая Зеландия и т.д.), которые не являются участницами Римской конвенции, поскольку не признают смежных прав. Однако эти страны наделили исполнителей и изготовителей фонограмм в цифровой среде дополнительными правомочиями, связанными с получением справедливого вознаграждения.

Широкая интерпретация права сообщения для всеобщего сведения, а также тесная связь Римской конвенции и ДИФ позволяют сделать вывод, что право на получение справедливого вознаграждения распространяется на любые формы сообщения для всеобщего сведения.

Таким образом, Бернская и Римская конвенции широко трактуют право сообщения для всеобщего сведения, которое включает (а не противопоставляет) право сообщения в эфир. ДАП и ДИФ содержат лишь уточняющие положения, распространяющие право сообщения для всеобщего сведения при использовании произведений/фонограмм на цифровую среду, в том числе Интернет. В частности, согласованные заявления в отношении Договора ВОИС по авторскому праву прямо указывают, что ничто в ст. 8 ДАП не препятствует Договаривающейся стороне применять ст. 11 bis (2) Бернской конвенции¹⁹. В этом смысле режим справедливого вознаграждения для пра-

¹⁸ WIPO. Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms. 2004. Available at: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/891/wipo_pub_891.pdf (дата обращения: 25.09.2021)

¹⁹ Available at: URL: <https://wipolex.wipo.int/ru/text/381263> (дата обращения: 11.02.2022)

вообладателей, предусмотренный в Бернской и Римской конвенциях при использовании произведений (исполнений и фонограмм) путем сообщения для всеобщего сведения, допустимо применять и к использованию в цифровой среде с учетом соответствующих положений ДАП и ДИФ.

2. Интернет-право и режим вознаграждения правообладателям в соответствии с законодательством США

США являются участниками ДАП и ДИФ, положения которых имплементированы в Закон об авторском праве (DMCA)²⁰ в 1998 г. Однако DMCA не содержит специального «интернет»-правомочия закрепленного, например, в России и ЕС. Согласно позиции США, использование произведений он-лайн являются действиями внутри существующих исключительных авторско-правовых правомочий, поименованных в Законе, и связаны с правом на воспроизведение, распространение, публичный показ и публичное исполнение²¹. Кроме того, в отношении цифровых копий Закон об авторском праве (1976) помимо правомочий воспроизведения и публичного исполнения полностью устанавливает правомочие распространения в цифровой среде в таком же объеме, как в отношении экземпляров (материальных копий).

Изменения в Законе об авторском праве США²², связанные с принятием в 1995 году Акта по цифровым исполнениям²³, расширили полномочия правообладателя, наделив последнего исключительным правом публично исполнять записанные фонограммы посредством цифрового сообщения (§106). При этом в §101 данного Закона отмечается, что цифровое сообщение — это сообщение полностью или частично в цифровом, но не аналоговом формате. Такой подход отличается от положений ДАП, который распространяет право сообщения, в том числе, и на аналоговую форму.

Среди иных отличий от интернет-договоров ВОИС в Законе США право цифрового сообщения признано только в отношении звуковых записей (фонограмм). Проведя анализ интернет-договоров, а также внутреннего за-

²⁰ Digital Millennium Copyright Act 1998. Available at: URL: <https://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf> (дата обращения: 12.12.2021)

²¹ US. Dep't of Commerce, Copyright policy, creativity, and innovation in the digital economy 2013. Available at: <http://www.uspto.gov/news/publications/copyrightgreenpaper.pdf> (дата обращения: 12.12.2020)

²² Copyright Law of the United States. Available at: <https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf> (дата обращения: 12.04.2020)

²³ Digital performance right in sound recordings Act 1995. Available at: <https://www.copyright.gov/legislation/pl104-39.html> (дата обращения: 12.04.2020)

конодательства судебной практики и мнений ведущих исследовательских центров, Бюро авторских прав США пришло к выводу: к остальным произведениям (protected copyright works) следует применять комплекс традиционных прав использования в цифровой среде, что означает единое правомочие доведения до всеобщего сведения. В этом смысле для всех отношений, возникающих в любой среде — on/off-line — будет применяться традиционный механизм очистки прав у правообладателей. Например, скачивание произведения соответствует праву на распространение (п. 3 § 106 Закона об авторском праве); потоковая передача (вещание) или отображение произведения в Интернете понимается как право публичного исполнения и публичного показа в соответствии с п. 4–6 § 106 Закона об авторском праве и т.д.²⁴

Расширительное понимание интернет-права позволило не только сохранить действующий правовой режим получения вознаграждения для правообладателей авторского права, но и распространить его на исполнителей и изготовителей фонограмм. Следует оговориться, что США, как и большинство стран общего права, не используют в законодательстве конструкцию смежных прав. Интересы соответствующих групп правообладателей охраняются через авторско-правовой режим. Однако в случае цифрового сообщения и спутникового вещания Закон об авторском праве в §114 (в частности, п. «g» и далее) наделяет исполнителей и изготовителей фонограмм правом на получение справедливого вознаграждения за каждое использование фонограммы данными способами. Далее Закон прямо указывает, что такой сбор должен осуществляться некоммерческой ОУП, которой ныне является Sound Exchange²⁵.

Авторы по аналогии с офлайн-средой также сохраняют право на получение вознаграждения за использование их произведений в цифровой среде, сбор которого осуществляют поименные в Законе об авторском праве ОКУП²⁶. Одна из таких организаций призывает пользователей соблюдать закон при использовании музыкальных произведений в сети Интернет: «Закон об авторском праве США требует, чтобы вы (пользователи — Авт.) получали разрешение у владельцев авторских прав на музыку для публичного исполнения, например, когда она транслируется на веб-сайте или в мобильном приложении... музыкальная лицензия ASCAP предоставляет вам разрешение на публичное исполнение любой музыки из репертуара ASCAP...»²⁷.

²⁴ US Copyright Office. The making available right in The United States. A Report of the Register of copyrights, 2016. P. 015–55. Available at: https://www.copyright.gov/docs/making_available/making-available-right.pdf (дата обращения: 15.04.2020)

²⁵ Available at: <https://www.soundexchange.com/> (дата обращения: 16.05.2020)

²⁶ Available at: <https://www.ascap.com/music-users>, https://www.bmi.com/digital_licensing, <https://www.sesac.com/#/> (дата обращения: 16.05.2020)

²⁷ Available at: <https://www.ascap.com/music-users/types/website-mobile-app-landing-page> (дата обращения: 25.09.2021)

Вступивший в силу 1.01.2021 Musical Modernization Act (далее — ММА)²⁸ устанавливает новый механизм обязательного лицензирования на основе бланкетных лицензий для цифровых интерактивных сервисов поставщиков музыкальных произведений Apple Music, Spotify, Deezer и т.д. Бланкетная лицензия выдается специальной организацией по управлению механическими правами на коллективной основе. Такая организация в §115 (2) Закона об АП США именуется Mechanical Licensing Collective (далее — MLC)²⁹. Несмотря на специальное новое регулирование, отмечается, что положения закона ММА основываются на традиционном американском подходе к интернет-правомочию.

Следовательно, действующий институт интернет-прав в США, который основывается на традиционных видах использования произведений, не только гарантирует соответствующую охрану правообладателям в цифровой среде, но и расширяет режим получения вознаграждения на исполнителей и изготовителей фонограмм, и позволяет получать такое вознаграждение обладателям авторских прав.

3. Интернет-право и режим вознаграждения для правообладателей в актах Европейского союза

Будучи участником ДАП и ДИФ, ЕС рассматривает интернет-право через расширенное правомочие сообщения для всеобщего сведения, которое фигурирует в различных директивах³⁰. Широкую интерпретацию право на сообщение для всеобщего сведения получило с принятием Директивы ЕС № 2001/29/ 22.05.2001, известной как InfoSoc Directive³¹ (далее — Директива о гармонизации). Одной из целей данной Директивы являлось установление единых норм ратификации ДАП и ДИФ странами ЕС, связанных с цифровым использованием, в том числе в отношении сообщения для всеобщего

²⁸ Available at: <https://www.copyright.gov/music-modernization/> (дата обращения: 09.02.2021)

²⁹ Available at: <https://www.themlc.com/> (дата обращения: 28.03.2021)

³⁰ Директива ЕС № 93/83/ЕЕС от 27.09.1993 «О согласовании некоторых норм авторского права и прав, относящихся к авторскому праву, применимых к эфирному вещанию через спутник и к ретрансляции по кабелю» (п. 2 ст. 8); Директива 2006/115/ЕС 12.12.2006 «О праве на прокат и праве на предоставление в безвозмездное временное пользование и некоторых правах, относящихся к авторскому праву в области интеллектуальной собственности» (п. 1–3 ст. 8); Директивы ЕС №96/9/ЕС 11.03.1996 «О правовой охране баз данных» (п. «d» ст. 5); Директива 2014/26/EU от 26.02.2014 «О коллективном управлении авторскими и смежными правами и мультитерриториальном лицензировании прав на музыкальные произведения в целях онлайн-использования на внутреннем рынке» (п. 19, 37 Вводных положений); Директива ЕС 2019/790 от 17.04.2019 «Об авторском праве и смежных правах на едином цифровом рынке и изменения Директивы 96/9/ЕС и 2001/29/ЕС» (п. 1 ст. 17).

³¹ Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32001L0029> (дата обращения: 01.10.2021)

сведения, которое должно пониматься в широком аспекте, покрывая все виды сообщения для всеобщего сведения (ст. 23 Преамбулы Директивы о гармонизации).

Статья 3 Директивы о гармонизации на основе ст. 8 ДАП содержит положение, в соответствии с которым «...Договаривающиеся государства обязаны оставить авторам исключительное право разрешать или запрещать любое сообщение для всеобщего сведения их произведений по проводной или беспроводной связи, в том числе путем доведения до всеобщего сведения своих произведений таким образом, что представители публики могут получить доступ к ним из любого места и в индивидуальное время, выбранное ими». Первая часть данной статьи касается непосредственно сообщения для всеобщего сведения, вторая часть — это так называемое «субправо» (известное в российском праве как доведение до всеобщего сведения, которое является частью основного права сообщения для всеобщего сведения и не подлежит интерпретации вне данного контекста [Кoo J., 2019: 81]. Доведение до всеобщего сведения есть акт доступа для передачи произведения по требованию и применяется независимо от того, происходит ли его непосредственная передача [Savola P., 2017: 2]³².

В ЕС сообщение для всеобщего сведения следует рассматривать в двух аспектах: «традиционное использование», т.е. использование произведений/фонограмм путем публичного исполнения и сообщения в эфир/по кабелю, и «цифровое использование», т.е. использование в Интернете [Кoo J., 2019: 90]. Широкая интерпретация права сообщения для всеобщего сведения в Интернете была дана Судом ЕС, который отметил, что «концепт «сообщения для всеобщего сведения» по смыслу ст. 3 Директивы ЕС № 2001/29/ЕС от 22.05.2001 должен интерпретироваться в значении, в котором он покрывает ретрансляцию произведений, включенных в традиционное сообщение по телевидению... посредством потокового вещания в Интернете (an internet stream), доступного для подписчиков этой другой организации, которые могут получить эту повторную передачу, войдя в систему на своем сервере...»³³.

Широкая интерпретация права на сообщение для всеобщего сведения наблюдается даже в тех директивах, в которых это право прямо не упоминается [Frankel S., Gervais D., 2016: 217], а также в законодательстве многих стран ЕС³⁴. В частности, шведский закон об авторском праве (как и законы иных

³² Available at: https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-2-2017/4563/JIPITEC-8-2-2017-139-Savola_p.2 (дата обращения: 17.03.2020)

³³ Judgment of The Court (Fourth Chamber) in Case C-607/11 7 March 2013. Available at: URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62011CJ0607:EN:HTML> (дата обращения: 22.04.2020)

³⁴ The International Literary and Artistic Association. Report and opinion. Available at: URL: <https://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/making-available-right-report-opinion.pdf> (дата обращения: 15.04.2020)

стран Северной Европы) содержит норму о праве на доведение до всеобщего сведения, которое охватывается правом сообщения для всеобщего сведения, средствами проводной и беспроводной связи (п. 1, 4 ст. 2 Закон об авторском праве)³⁵. Закон об авторском праве Германии рассматривает несколько правомочий в рамках широкого подхода к праву на сообщение для всеобщего сведения, включая право на доведение до всеобщего сведения (п. 2 ст. 15)³⁶. Подпункт (b) п. 2 ст. 20 Закона об авторском праве Великобритании³⁷ признает нарушением права на сообщения для всеобщего сведения, предусмотренного в ст. 16 (1)(d), если лицо осуществило неправомерное доведение произведения до всеобщего сведения. Таким образом, британский законодатель по аналогии со ст. 8 ДАП рассматривает правомочие на доведение до всеобщего сведения в качестве одного из элементов права сообщения до всеобщего сведения.

Такой подход к праву на «сообщение для всеобщего сведения» в ЕС позволяет применить институт справедливого вознаграждения для правообладателей при использовании произведений/фонограмм в цифровой среде.

С принятием Директивы 219/789 17.04. 2019³⁸ в ЕС сформировался устойчивый подход к выплате вознаграждения за использование произведений в онлайн-среде. Данная Директива устанавливает, что акты ретрансляции программ должны быть санкционированы обладателями исключительного права на сообщение для всеобщего сведения. Одновременно п. 1 ст. 4 указанной Директивы содержит императивное положение, согласно которому правообладатели могут реализовать свое право на выдачу или отказ в разрешении на ретрансляцию только через организацию по управлению правами на коллективной основе.

Таким образом, расширенное право на использование сообщения до всеобщего сведения, принятое в директивах ЕС, позволяет его применять к любой среде, в которой используются произведения/фонограммы. Кроме прочего, для сохранения текущего баланса экономических отношений ряд директив прямо предусматривает механизм очистки прав только через ОКУП³⁹. Это позволяет пользователям использовать произведения/фоно-

³⁵ Act (1960:729) on Copyright in Literary and Artistic Works (as amended up to Act (2018:1099)). Available at: <https://wipolex.wipo.int/en/text/495847> (дата обращения: 15.04.2020)

³⁶ Act on Copyright and Related Rights (Copyright Act, as amended up to Act of September 1, 2017). Available at: <https://wipolex.wipo.int/en/text/474282> (дата обращения: 15.04.2020)

³⁷ Copyright, Designs and Patents Act 1988. Available at: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/772818/copyright-designs-and-patents-act-1988.pdf (дата обращения: 15.04.2020)

³⁸ Directive (EU) 2019/789 of The European Parliament and of The Council of 17 April 2019. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32019L0789> (дата обращения: 30.10.2021)

³⁹ См., напр., Art. 9 of Council Directive 93/83/EEC of 27 September 1993 on the coordination of certain rules concerning copyright and rights related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/>

граммы на законных основаниях и ограничивает правообладателей в монопольном диктате условий использования.

4. Интернет-право и режим вознаграждения правообладателям в Российской Федерации

В отечественном законодательстве «интернет-право» закреплено в 2004 г. путем поправок к Закону «Об авторском праве и смежных правах» (далее — Закон об АП)⁴⁰. Появившиеся нормы вызвали резонанс в профессиональной среде, ведь правовому регулированию подлежали совершенно новые отношения, возникающие в ранее неизвестной среде. Вопросы справедливого вознаграждения за использование произведений в Интернете и авторско-правовое регулирование интернет-права остаются дискуссионными [Wunsch-Vincent S., 2013: 9]; [Edwards L., 2010: 8]. В российском законодательстве интернет-право присутствует в меньшем объеме, чем в ЕС и США. Объем и содержание этого права не позволяют однозначно утверждать возможность применения механизма коллективного управления правами для соблюдения интересов правообладателей и пользователей.

Изначально Закон об АП давал автору (п. 11 п. 2 ст. 16), исполнителю (п. 6 п. 2 ст. 37) и производителю фонограммы (п. 5 п. 2 ст. 38) право сообщать произведение (исполнение и фонограмму) таким образом, при котором любое лицо может иметь доступ к нему в интерактивном режиме из любого места и в любое время по своему выбору (право на доведение до всеобщего сведения). Редакция этих статей воспроизводилась в ряде судебных решений без глубокого анализа норм⁴¹.

Содержание этого права было воспринято многими исследователями категорично. В частности, отмечалось, что «доведение до всеобщего сведения» вообще не является правом использования, а представляет собой результат, который может быть достигнут различными способами, напр., путем передачи произведения по радио или средствами телевидения. Также В.О. Калятин указывает, что «доведение до всеобщего сведения не является способом использования произведения, характерным исключительно для Интернета (о чем должно было бы говорить наименование данного право-

TXT/?uri=CELEX:31993L0083 (дата обращения: 30.10.2021); Art. 5 of Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32006L0115> (дата обращения: 30.10.2021)

⁴⁰ Федеральный закон от 20.07.2004 № 72-ФЗ «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах» // Российская газета. 1993. № 147.

⁴¹ Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 29.05.2009 по делу N А56-32763/2008 // СПС КонсультантПлюс.

мочия), это вообще не способ использования произведения» [Калягин В.О., 2004: 3; 2005: 1]. Ряд исследователей отмечал, что данное право нужно рассматривать или как отдельное правомочие, например, на воспроизведение [Погуляев В.В., Вайпан В.А., Любимов А.П., 2006: 77], дублирование права на сообщение для всеобщего сведения по кабелю [Еременко В.И., 2005: 68–75], или как комплекс прав, состоящий из права на воспроизведение, публичный показ, публичное исполнение, передачу в эфир и сообщение для всеобщего сведения по кабелю [Гаврилов Э.П., 2005: 20].

Следует согласиться со многими исследователями — В.О. Калягиным, Э.П. Гавриловым и иными, которые ставили под сомнение необходимость признания доведения до всеобщего сведения как отдельного правомочия. Действительно, правомочия, известные авторскому праву ранее, вполне отвечали (и отвечают) и объему и характеру использования произведений/фонограмм. Изменились только среда и способ доставки.

Хотя отечественное законодательство регулирует интернет-право с 2004 года, его содержание и объем до сих пор остаются дискуссионным. Пожалуй, содержание нового способа использования произведения была отражена в Законе 1993 года не полностью и не в такой редакции, чтобы обеспечить соответствие российского законодательства ДАП [Трахтенгерц Л.А., 2016: 30], что в некотором смысле является неудачной калькой этого акта [Калягин В.О., 2005: 1].

После реформы гражданского законодательства в 2008 г. содержание права доведения до всеобщего сведения претерпело изменения. Действующий ГК РФ предоставляет интернет-право автору (п. 11 п. 2 ст. 1270), исполнителю (пп. 3 п. 2 ст. 1317) и изготовителю фонограммы (п. 4 п. 2 ст. 1324). Широкая формулировка «доведение до всеобщего сведения» используется для обозначения размещения произведений в Интернете таким образом, чтобы любое лицо могло получить доступ к произведению из любого места и в любое время по собственному выбору. В этом смысле под доведением следует понимать право доступа к произведению. Этот подход отмечался в доктрине [Рожкова М.А., 2018: 10].

При сравнении содержания права доведения до всеобщего сведения в Законе 1993 года и в ГК РФ выявляются следующие различия: во-первых, в ГК РФ использование выражается в «доведении», а не в «сообщении», что, вероятно, по мнению законодателя, не соответствует деятельности телерадиоорганизаций и кабельных операторов; во-вторых, в ГК РФ отсутствует понятие «интерактивный режим», но подразумевается, что доведение до всеобщего сведения связано с использованием произведений в Интернете.

Остальные изменения носят редакционный характер, например, «по собственному выбору» в редакции ГК РФ вместо «по своему выбору» в редакции Закона 1993 года. Однако смысловые и редакционные изменения в ГК РФ недостаточны, они не всегда позволяют установить режим использова-

ния произведений в цифровой среде интернет-радиостанциями, онлайн кинотеатрами и т.п.

Исходя из анализа содержания интернет-права в международных договорах — ст. 8 ДАП и в соответствующих статьях ДИФ, а также регулирования в праве США и ЕС — отметим особенности подхода российского права к трактовке интернет-права. В частности, международные договоры предоставляют автору и изготовителю фонограммы исключительное право разрешать любое сообщение для всеобщего сведения (any communication to the public⁴²) по проводам или средствами беспроводной связи, в которое входит право на доведение до всеобщего сведения. Именно это право — любое сообщение для всеобщего сведения, (наряду с правом распространения) — стало объектом исследования при принятии международных интернет-договоров ВОИС в аспекте цифрового использования.

По глоссарию ВОИС под сообщением до всеобщего сведения следует понимать предоставление произведения, исполнения, фонограммы или вещание, воспринимаемого соответствующим образом любыми частными лицами. Это понятие шире, чем опубликование⁴³, и оно включает такие способы использования, как публичное исполнение, вещание, сообщение публике по проводам или прямое получение вещательного сигнала. Указанный подход отличается от закрепленного в отечественном законодательстве права на доведение до всеобщего сведения.

Раскрывая понятие «сообщение», ГК РФ указывает, что таковым является любое действие, посредством которого произведение становится доступным для слухового и (или) зрительного восприятия независимо от его фактического восприятия публикой (п. 7 п. 2 ст. 1270). Такой расширенный подход к термину «сообщение», с одной стороны, полностью соответствует п. 1 ст. 8 ДАП, но в то же самое время в диспозиции указанной статьи оно ограничивается сообщением в эфир по радио или телевидению⁴⁴.

Соответственно в отношении действия, связанного с сообщением, можно сделать два взаимоисключающих вывода, исходя из содержания п. 7 п. 2 ст. 1270 ГК РФ: сообщение есть любое действие, включая также сообщение по радио и телевидению (расширенный подход); сообщение есть любое действие, но только сообщение по радио и телевидению (ограничительный подход).

⁴² WIPO Copyright Treaty. Available at: <https://wipolex.wipo.int/en/text/295166> (дата обращения: 20.07.2021)

⁴³ Опубликование в контексте законодательства России следует понимать как обнаружение.

⁴⁴ Понимание формулировки права сообщения осложняется и его содержанием, используемым в ГК РФ. Если в первом предложении пп. 7 п. 2 ст. 1270 ГК РФ речь идет о «сообщении для всеобщего сведения», то следующее предложение в качестве «любого» рассматривает лишь «сообщение», без квалифицирующего признака «до всеобщего сведения».

В свете положений ст. 8 ДАП разрешение сложившегося противоречия чрезвычайно важно, поскольку это влияет не только на квалификацию тех или иных действий, связанных с использованием объектов авторских и смежных прав в Интернете, но также на применение норм, связанных со сбором справедливого вознаграждения для правообладателей.

Следует также отметить особенность деятельности организаций эфирного и кабельного вещания. По ст. 1329 ГК РФ организацией эфирного и кабельного вещания признается юридическое лицо. В свою очередь, ст. 31 Закона РФ от 27.12.1991 № 21241 «О средствах массовой информации» говорит о том, что телевизионное вещание и радиовещание осуществляются вещателем на основании лицензии на вещание, предоставленной федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным Правительством России (далее — лицензирующий орган). Лицензии на вещание не требуется, если распространение телеканала или радиоканала осуществляется в неизменном виде по договору с вещателем, имеющим лицензию на вещание телеканала, радиоканала. Последнее следует отнести к таким лицам, как кабельный оператор.

В соответствии с п. 37 ст. 12 ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности»⁴⁵ осуществление телевизионного вещания и радиовещания возможно только при наличии соответствующей лицензии, выдаваемой лицензирующим органом, которым в настоящее время является Федеральная служба по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор)⁴⁶. В качестве соискателя лицензии отечественное законодательство рассматривает только юридическое лицо (ст. 31.2 Закон РФ от 27.12.1991 № 2124-1 (ред. от 01.07.2021) «О средствах массовой информации»; п. 6 Постановления Правительства России от 23.09.2020 № 1529 «О лицензировании телевизионного вещания и радиовещания»).

Вместе с тем сообщение произведения в Интернете может осуществляться в том числе и физическими лицами, а также лицами, которые заняты бизнесом, но не являются юридическими лицами (например, индивидуальные предприниматели, самозанятые). Ничто не препятствует таким лицам самостоятельно создавать каналы интернет радио и телевидения и т.п. Именно поэтому сегодня существуют десятки персональных каналов на YouTube, становятся доступными видеоролики на TikTok и т.д.

Однако с правовой точки зрения имеет значение факт использования произведений/фонограмм, а равно необходимость установить лицо, которое

⁴⁵ Федеральный закон от 04.05.2011 № 99-ФЗ (ред. от 02.07.2021) «О лицензировании отдельных видов деятельности» // Российская газета. 2011. N 97.

⁴⁶ Available at: URL: <https://rkn.gov.ru/mass-communications/license/p156/> (дата обращения: 15.10.2021)

в конечном итоге является пользователем и, следовательно, обязано выплачивать справедливое вознаграждение. Отсутствие обязательного лицензирования сообщений в эфир и по кабелю лишь указывает, что использование музыкальных произведений/фонограмм в сети Интернет не относится к публичным отношениями. Для защиты общественного интереса государству важно регулировать использование радио и телечастот (волн). Это объясняет требование законодателя в необходимости получения лицензии на вещание, но не на использование произведений / фонограмм.

На практике выделяются следующие технические способы распространения сигнала в онлайн (цифровой) среде:

одновременное или потоковое вещание (simulcast), т.е. разновидность «одновременной трансляции», которое относится к программам, транслируемым более чем на одном носителе или более чем одним сервисом на одном и том же носителе, в одно и то же время⁴⁷;

цифровое вещание (webcasting)⁴⁸ — способ вещания только в цифровой среде (Интернете, посредством мобильных телефонных компаний, мобильных приложений и т.п.). В качестве таких пользователей выступают, например, онлайн-телеканалы, которые осуществляют вещание со веб-страницы или на канале YouTube. При таком способе использования произведений нет необходимости получения лицензии, а равно регистрации в качестве специального субъекта (индивидуального предпринимателя, юридического лица);

предоставление произведения/фонограммы до всеобщего сведения по запросу пользователей. Субъектами использования до всеобщего сведения являются, например, онлайн-кинотеатры, открывающие по запросу доступ к фильмам; цифровые музыкальные сервисы в отношении музыкальных произведений/фонограмм и т.п.⁴⁹ Такие пользователи, как правило, не осуществляют потокового вещания;

смешанный способ: чаще всего характерен для таких цифровых площадок как Яндекс Музыка, YouTube, Spotify и т.п., на которых осуществляется одновременное и цифровое вещание, а также доведение произведения/фонограммы до всеобщего сведения.

Анализируя типы использования произведений в Интернете, следует заключить, что положение п. 1, 2, 5 и 6 ст. 1244 ГК РФ невозможно применить лишь к правомочию доведения до всеобщего сведения, поскольку его

⁴⁷ Available at: <https://en-academic.com/dic.nsf/enwiki/310399> (дата обращения: 29.10.2021)

⁴⁸ Available at: <https://www.pgi.com/blog/2020/07/what-is-webcasting/> (дата обращения: 29.10.2021)

⁴⁹ Available at: URL: <https://www.ivu.ru/>, <https://premier.one/>, <https://okko.tv/> и т.д. (дата обращения: 05.05.2020)

осуществление требует согласия правообладателей и не покрывается аккредитацией для ОКУП. Во всех остальных случаях использование произведений/фонограмм осуществляется путем сообщения в эфир и, следовательно, покрывается лицензиями/договорами, выдаваемыми аккредитованными ОКУП⁵⁰.

Вместе с тем в отечественной доктрине при анализе потокового вещания и цифрового вещания звучат и иные мнения. М.В. Прокофьева отмечает, что при осуществлении трансляции своего телеканала в сети Интернет и через мобильные телефоны не может применяться способ использования, предусмотренный пп. 6 п. 1 ст. 1225 ч. 4 ГК РФ (вещание организаций эфирного или кабельного вещания), что ущемляет права вещательной организации [Прокофьева М.В., 2009: 6]. Также ставится под сомнение возможность распространить выдаваемые лицензии аккредитованных ОКУП на случаи одновременного (потокового) сообщения в Интернете или на случаи сообщения только в режиме онлайн [Иванов Н.В., 2017: 6–13].

Однако бланкетные лицензии, выдаваемые соответствующими аккредитованными ОКУП, достаточны для как потокового, так и цифрового вещания. При одновременном вещании, а равно при вещании онлайн или в мобильном приложении для пользователя изменяется только лишь способ приема.

Некоторые исследователи отмечают, что цифровое вещание и Интернет-трансляция отличается от телерадиовещания только средой передачи, т.е. «транспортом» (IP-сети, кабельные или беспроводные сети, вместо радиоэфира) и совпадает по возможностям — слушатель в обоих случаях не может самостоятельно выбрать контент, проигрываемый в заданный момент времени, и сохранить его для последующего прослушивания штатными средствами. В случае остановки прослушивания канала пользователь возобновляет прослушивание не с того места, где он остановился, а подключается к фактическому сообщению того произведения, которое в настоящий момент вещается по соответствующему каналу [Сытенко Г.И., Вилинов А.А., 2010: 7].

Однако следует не согласиться с тем, что цифровое вещание и Интернет-трансляция отличается от телерадиовещания «транспортом» передачи. Радиовещание — это технология передачи по радио неограниченному числу слушателей речи, музыки и других звуковых эффектов или звуковой информации в радиоэфире, также в проводных сетях (проводное радиовещание) или в сетях с пакетной коммутацией (в компьютерных сетях — интернет-радио) [Евгеньева А.П., 1999: 4]. Следовательно, традиционное радио- и телевещание отличается от онлайн-вещания только характером использо-

⁵⁰ Available at: URL: <http://rao.ru/for-users/to-radio/>; <http://rosvois.ru/contract-tv/> (дата обращения 05.10.2021)

вания. В соответствии со ст. 2 Постановления Правительства России №785 от 22.12.2006 «Об утверждении правил оказания услуг связи для целей телевизионного вещания и (или) радиовещания» под сигналом телепрограммы понимается электрический сигнал программы телерадиовещания, технологические параметры которого определены вещателем в соответствии с техническими нормами и стандартами. Таким образом, сам процесс вещания — это лишь и только технология доставки сигнала,

Исходя из этого, интернет-вещание также можно приравнять к особой форме сообщения в эфир, но при этом нет никаких ограничений в отношении пользователя, под которым может выступать юридическое лицо, индивидуальный предприниматель и т.п., осуществляющего такое вещание. Наличие/отсутствие специального субъектного состава, а равно разрешительных документов (в данном случае — лицензий на вещательную деятельность) не исключает самого факта использования и требует бланкетной лицензии от аккредитованной ОКУП по аналогии с п. 1 ч. 1 ст. 1244 ГК РФ.

Для правомерного использования аудиовизуальных произведений в онлайн- и офлайн-среде необходимо получить прямое разрешение правообладателей. Следовательно, это требование относится как к офлайн-, так и онлайн-кинотеатрам или телеканалам. Однако ни в одном из этих случаев наличие лицензионных договоров с правообладателями не освобождает лицензиатов от выплаты вознаграждения авторам, предусмотренного п. 3 ст. 1263 ГК РФ. В настоящее время такие выплаты осуществляются офлайн-кинотеатрами и телеканалами. Вместе с тем онлайн-кинотеатры и телеканалы данное требование игнорируют, ошибочно указывая, что п. 3 ст. 1263 ГК РФ не может применяться к онлайн-использованию, а аккредитация ОКУП не распространяется на Интернет.

Важно также следующее: предоставление произведения в Интернете или иной цифровой среде не исключает того, что оно одновременно используется разными способами⁵¹. В частности, в соответствии с п. 89 Постановления Пленума ВС РФ от 23.04.2019 №10 (далее — Пленум) запись экземпляра произведения на электронный носитель с последующим предоставлением доступа к этому произведению любому лицу из любого места в любое время (например, доступ в информационно-телекоммуникационных сетях, в том числе в Интернете) является осуществлением двух правомочий, входящих в состав исключительного права: правомочия на воспроизведение (п. 1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ) и правомочия на доведение до всеобщего сведения (п. 11 п. 2 ст. 1270 ГК РФ). Следует согласиться с позицией Пленума: осуществление

⁵¹ Существуют исключения, связанные с доступом к произведению — например, возрастные ограничения, доступ по подписке и т.п. Однако эти исключения не отменяют общего правила доступа к произведению.

правомочия доведение до всеобщего сведения невозможно без правомочия на воспроизведение, за исключением случаев, предусмотренных ГК РФ.

Однако не следует ограничиваться указанными правомочиями. В определенных случаях можно утверждать, что правомочие доведения до всеобщего сведения коррелируется также с правомочием сообщения в эфир и публичного исполнения. При потоковом вещании и интернет-вещании фактически происходит сообщение в эфир. Следовательно, предоставление аудиовизуального произведения до всеобщего сведения включает также акт его сообщения в эфир и/или публичное исполнение.

Выделяя отдельный способ использования доведения до всеобщего сведения, законодатель преследовал цель подчеркнуть среду использования. При этом не меняется ни характер, ни объем вводимого правомочия. Как отмечалось выше, использование произведения в цифровой среде — понятие, которое является собирательным (под которым Пленум понимает информационно-телекоммуникационную сеть, в том числе Интернет) — не означает, что не происходит использования традиционных правомочий. Высокий уровень охраны может и должен интерпретироваться в том значении, в котором правообладатели могут контролировать использование своих произведений надлежащим образом и получать соответствующее вознаграждение [Depreeuw S., 2014: 616].

Заключение

Анализ международных договоров, а также нормативных положений в части регулирования правомочия, связанного с использованием произведений/фонограмм в Интернете в США и ЕС показывает, что это правомочие широко интерпретируется. Это позволяет обеспечивать сбор и выплату справедливого вознаграждения соответствующим правообладателям. Данный механизм реализуется через систему коллективного управления правами. Широкий подход к интернет-праву позволяет гибко применять законодательство для защиты интересов правообладателей и пользователей, сохраняя необходимый для развития бизнеса баланс. Таким образом обеспечиваются устойчивость и стабильность правоотношений, которые не зависят от развития технологий.

Анализ норм ГК РФ показывает, что аккредитованные ОКУП в соответствии с п. 3 ст. 1244 ГК РФ правомочны осуществлять сбор вознаграждения с пользователей, осуществляющих потоковое, цифровое вещание музыкальных произведений/фонограмм, в том числе в аудиовизуальных произведениях. Если же судебная практика и правоприменение будут складываться иным образом, то потребуются не только серьезный пересмотр действующих

норм в части регулирования интернет-права, но также пересмотр аккредитации, расширение ее на информационно-телекоммуникационные сети, в том числе на Интернет. Под угрозой может также оказаться деятельность таких пользователей, которые ввиду особенностей теле-радио вещательного бизнеса будут неспособны получить разрешение на использование произведений/фонограмм у всех авторов/исполнителей таких произведений.



Список источников

1. Бентли Л., Шерман Б. Право интеллектуальной собственности: Авторское право. пер. с англ. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. 535 с.
2. Гаврилов Э.П. Комментарий к Закону об авторском праве и смежных правах. М.: Экзамен, 2005.
3. Гаврилов Э.П. Некоторые актуальные вопросы авторского права и смежных прав // Хозяйство и право. 2005. № 1. СПС КонсультантПлюс.
4. Евгеньева А.П. Словарь русского языка. М.: Рус. яз., 1999. 702 с.
5. Еременко В.И. Изменения в законодательстве РФ об авторском праве и смежных правах // Адвокат. 2005. № 1 СПС КонсультантПлюс.
6. Калятин В.О. Правовые проблемы использования произведения в Интернете Информационное право. 2005. N 1 СПС КонсультантПлюс.
7. Калятин В.О. Закон об авторском праве: использование произведений в Интернете Патенты и лицензии. 2004. № 12. С. 3–9
8. Крашенинников П.В. (ред.) Гражданский кодекс Российской Федерации. Авторское право. Права, смежные с авторскими. М: Статут, 2014 .
9. Липциг Д. Авторское право и смежные права. М.: ЮНЕСКО, 2002. 794 с.
10. Моргунова Е.А. (ред.) Право интеллектуальной собственности: актуальные проблемы. М.: Норма, 2014 // СПС КонсультантПлюс.
11. Погуляев В.В., Вайпан В.А., Любимов А.П. Комментарий к Закону РФ «Об авторском праве и смежных правах». М.: Юстицинформ, 2006 // СПС КонсультантПлюс.
12. Рожкова М.А. (ред.) Цивилистическая концепция интеллектуальной собственности в системе российского права. М.: Статут, 2018 // СПС КонсультантПлюс.
13. Сытенко Г.И., Вилинов А.А. Актуальные вопросы регулирования отношений по охране авторского и смежных прав в Интернете // Культура: управление, экономика, право. 2010. № 2. С. 7–11.
14. Трахтенгерц Л.А. (ред.) Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. М.: Норма, 2016 // СПС КонсультантПлюс.
15. Boucher F. Blanket Music Licensing and Local Television: Historical Accident in Need of Reform. Washington and Lee Law Review, 1987, vol. 44, p. 1157–1187.
16. Depreeuv S. The variable scope of the exclusive economic rights in copyright. Wolters Kluwer Law International, 2014, p. 616.
17. Edwards L. The Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copyright and Related Rights 2010. Available at: URL: <https://www.wipo.int/publications/ru/details.jsp?id=4142&plang=EN> (дата обращения: 24.02.2022)
18. Fiscor M. Collective management of copyright and related rights. Geneva: WIPO, 2002. 170 p.

19. Frankel S., Gervais D. Internet and the Emerging Importance of New Forms of Intellectual Property. Wolters Kluwer Law International, 2016, p. 217.
20. Ginsburg J., Treppoz E. International copyright law: US. and EU perspectives. Cheltenham: Elgar, 2015. 880 p.
21. Koo J. The Right of Communication to the Public in EU Copyright Law. Oxford: Hart, 2019. 250 p.
22. McGuigan F. Making available, communication to the public and user interactivity: an analysis of communication and performing rights application to licensed music streaming services and the subsequent impact on performers. L.: University of Westminster, 2015. 227 p.



References

1. Bentley L., Sherman B. (2004) *Intellectual property law*. Saint Petersburg: Juridical Center Press, p. 231 (in Russ.)
2. Boucher F. (1987) Blanket Music Licensing and Local Television: Historical Accident in Need of Reform. *Washington and Lee Law Review*, vol. 44, p. 115.
3. Civil concept of intellectual property in Russian law (2018) M.A. Rozhkova (ed.). Moscow: Statute. SPS Consultant Plus (in Russ.)
4. Commentary to the Russian Federation Civil Code (2014) Copyright. Copyright related rights. P.V. Krashennnikov (ed.). Moscow: Statute, 410 p. (in Russ.)
5. Commentary to the Russian Federation Civil Code (2016) L.A. Trakhtengerts (ed.). Moscow: Norma, 501 p. (in Russ.)
6. Depreew S. (2014) The variable scope of the exclusive economic rights in copyright. Kluwer Law International, p. 616.
7. Edwards L. (2010) Role and responsibility of Internet intermediaries in the field of copyright and related rights. Available at: <https://www.wipo.int/publications/ru/details.jsp?id=4142&plang=EN> (accessed: 24.02.2022)
8. Eremenko V.I. (2005) Changes in the legislation of the Russian Federation on copyright and related rights. *Jurist=Lawyer*, no 1. SPS Consultant Plus (in Russ.)
9. Evgenyeva A.P. (1999) Dictionary of the Russian language. Moscow: Russkyi jazyk, 702 p. (in Russ.)
10. Fiscor M. (2002) Collective management of copyright and related rights. Geneva: WIPO Press, p.113.
11. Frankel S., Gervais D. (2016) Internet and emerging importance of new forms of intellectual property. Wolters Kluwer Law International, p. 217.
12. Gavrilo E.P. (2005) Commentary on the Law on copyright and related rights. Moscow: Exam, 2005, 210 p. (in Russ.)
13. Gavrilo E.P. (2005) Issues of copyright and related rights. *Ekonomika i pravo=Economy and Law*, no. 1. SPS Consultant Plus (in Russ.)
14. Ginsburg J., Treppoz E. (2015) International copyright law: US and EU perspectives. Cheltenham: Edward Elgar, p. 314.
15. Kalyatin V.O. (2005) Legal aspects of using work in Internet. *Informatcionnoye pravo=Information Law*, no. 1, pp. 14–18 (in Russ.)
16. Kalyatin V.O. (2004) Copyright law: use of works on the Internet. *Patenty i litsenzii=Patents and licenses*, no. 12, p. 3 (in Russ.)

17. Koo J. (2019) The right of communication to the public in EU copyright law. Oxford: Hart, pp. 58–81.
 18. Lipzig D. (2002) Copyright and related rights. Moscow: UNESCO Press, p. 161 (in Russ.)
 19. McGuigan F. (2015) Making available, communication to the public & user interactivity: An analysis of communication and performing rights application to licensed music streaming services and the subsequent impact on performers. L.: University of Westminster, p. 21.
 20. Morgunova E.A. et al. (2014) Intellectual property law: some issues. Moscow: Norma, 176 p. (in Russ.)
 21. Pogulyaev V.V., Vaipan V.A., Lyubimov A.P. (2006) Commentary on the Russian Federation law on copyright and related rights. Moscow: Justitcinform. SPS Consultant Plus (in Russ.)
 22. Sytenko G.I., Vilinov A.A. (2010) Regulation of relations for the protection of copyright and related rights on the Internet. *Kultura: upravlenie, ekonomika, zakon*=Culture: Management, Economy, Law, no. 2, pp. 7–11 (in Russ.)
-

Информация об авторе:

Э.Р. Вальдес-Мартинес — кандидат юридических наук.

Information about the author:

E.R. Valdes-Martines — Candidate of Sciences (Law).

Статья поступила в редакцию 24.10.2022; одобрена после рецензирования 18.11.2022; принята к публикации 18.11.2022.

The article was been submitted to the editorial office 24.10.2022; approved after reviewing 18.11.2022; accepted for publication 18.11.2022.