

компьютерных программ,  
кинематографических произведений,  
произведений в форме фонограмм, как это определено национальным законодательством договаривающейся страны,

имеют исключительное право отдавать в прокат оригиналы или копии своих произведений.

2) Параграф 1 не применяется

в отношении программ для ЭВМ, за исключением случаев, когда сама программа не является объектом проката, и

в отношении кинематографических работ, если их передача в прокат ведет к широкомасштабному копированию этих произведений, чем нарушается материальный аспект исключительного права автора на воспроизведение.

3) Независимо от положений параграфа (1) страна — участница Договора, которая на 15 апреля 1994 года имела и продолжает иметь действующую систему выплат соразмерного вознаграждения авторам, передавшим в прокат свои произведения, воплощенные в фонограммах, не наносит материального ущерба исключительному праву автора на воспроизведение».

Передача в прокат компьютерных программ и звуковых записей произведений несет в себе более значительную угрозу авторским правам, по сравнению с разрешением использовать защищенные авторским правом произведения в иных формах. В большинстве случаев люди хотят прочесть книгу или посмотреть видеофильм только один раз. Но любители музыки слушают любимое произведение снова и снова, равно как и компьютерная программа используется сотни раз. Таким образом, прокат звукозаписи или компьютерной программы с большей вероятностью ведет к копированию произведения, нежели использование книги или фильма.

Из права отдавать произведения в прокат существуют важные исключения. Это право «не распространяется на те случаи использования компьютерных программ, когда программа сама по себе не является объектом проката». Это исключение позволяет осуществлять широкую практику проката компьютеров в деловых целях. Если взятый на прокат компьютер не оснащен базовыми программами, он становится бесполезным как процессинговая машина. В некоторых странах пираты, беря кассеты с фильмами на прокат, снимают с них копии, а затем продают их, демонстрируют и т.д. В других странах, например в США, где действуют суровые законы в отношении видеопиратства, прокат кассет редко ведет к этому явлению. Договор ВОИС по авторским правам содержит положение о том, что ограничения на право проката не применяются «в отношении кинематографических работ, если их передача в прокат не ведет к широкомасштабному копированию этих произведений, чем ущемляется материальный аспект исключительного права автора на воспроизведение».

Как отмечалось выше, прокат аудиозаписей почти неизбежно ведет к их копированию для создания домашних коллекций. В некоторых странах в практику введены сборы за прокат аудиозаписей, копировальной техники и пр. в качестве метода создания специальных компенсационных фондов для защиты от нарушения права интеллектуальной собственности. Соответствующие межгосударственные договоры позволяют этим странам поддерживать данную политику.

В российском авторском законе право проката особо не выделяется. Однако поскольку прокат произведения рассматривается как один из возможных способов его распространения, автор, безусловно, обладает монополией на сдачу произведения в прокат.

## **7. Право на публичное исполнение**

Статья 11 Бернской конвенции следующим образом определяет право на публичное исполнение:

«(1) Авторы драматических, музыкально-драматических и музыкальных произведений пользуются исключительным правом разрешать:

i) публичное представление и исполнение своих произведений, включая публичное представление и исполнение, осуществляемые любыми средствами и способами;

ii) передачу любым способом постановок и исполнения произведений для всеобщего сведения;

iii) такие же права предоставляются авторам драматических или музыкально-драматических произведений в отношении переводов их произведений в течение всего срока действия их прав на оригинальное произведение».

Свое развитие это право получило в ст. 14 Бернской конвенции:

«(1) Авторы литературных и художественных произведений имеют исключительное право разрешать:

i) кинематографическую переделку и воспроизведение своих произведений и распространение переделанных или воспроизведенных таким образом произведений;

ii) публичное представление и исполнение переделанных или воспроизведенных произведений и сообщение их по проводам для всеобщего сведения».

В Бернской конвенции не содержится определения термина «публичное представление». В национальном законодательстве термин «публичный», как правило, определяется как представление за рамками узкого круга лиц, такого, как семья и друзья. Поэтому просмотр видеокассеты с защищенным авторским правом фильмом в домашних условиях членами семьи и соседями, конечно, не является публичным показом. Но есть и сложные случаи, требующие особого рассмотрения. Например, пункт проката видеокассет имеет несколько маленьких просмотровых комнат на двух-трех человек с телевизором и видеомагнитофоном. Клиент может заплатить за прокат кассеты и комнату. Является ли просмотр фильма в таком случае публичным показом? Другой пример: в гостинице все номера оборудованы телевизорами и видеомагнитофонами и в ней есть свой пункт проката кассет. Осуществляет ли гостиница публичные показы?

Сложные вопросы возникают, когда речь идет о кафе, ресторанах, барах, имеющих радиоприемники и телевизоры для развлечения клиентов. Если эти места отнести к местам публичных показов, то их владельцы должны платить обладателям авторского права за передаваемый этими средствами связи материал. С другой стороны, кажется совсем уж неприемлемым требовать, например, чтобы сапожная мастерская, где только один мастер, получила разрешение на установку радио. Во Всемирную торговую организацию поступила жалоба Ирландии на Соединенные Штаты Америки<sup>19</sup>, поданная в связи с тем, что США не предоставляют адекватной защиты от публичных показов произведений в ресторанах и барах, потому что по американскому законодательству на небольшие и средние рестораны и бары не распространяется действие положений о публичных показах.

Закон РФ «Об авторском праве и смежных правах» закрепляет два близких, но не совпадающих друг с другом имущественных права автора — право на публичный показ и право на публичное исполнение. Первое из них реализуется в основном в отношении произведений изобразительного искусства, а второе — в отношении музыкальных, драматических, хореографических, литературных и некоторых других произведений.

Под *показом произведения* понимается демонстраций оригинала или экземпляра произведения непосредственно или на экране с помощью пленки, диапозитива, телевизионного кадра или иных технических средств, а также демонстрация отдельных кадров аудиовизуального произведения без соблюдения их последовательности. *Исполнением произведения* признано его представление посредством игры, декламации, пения, танца в живом исполнении или с помощью технических средств, а также показ кадров аудиовизуального произведения в их последовательности (с сопровождением или без сопровождения звуком). Как видим, основное различие между показом произведения и его исполнением состоит в том, что если в первом случае произведение или какая-то его часть просто демонстрируются публике, без совершения автором или иным лицом каких-либо активных действий, то во втором случае произведение доводится до зрителей и (или) слушателей путем активных действий, выражающихся в игре, пении, танце и т. п. Иными словами, при показе произведения осуществляется прямой контакт произведения со зрителем, при исполнении же данный контакт опосредуется деятельностью исполнителя.

В качестве иных различий рассматриваемых прав можно назвать следующие. Право на публичный показ может быть осуществлено лишь в отношении произведений, зафиксированных на каком-либо материальном носителе; исполняться же могут и такие произведения, которые выражены лишь в устной форме. Не совпадают и способы восприятия публикой публично демонстрируемых и исполняемых произведений. Если публичный показ предполагает только зрительное восприятие произведения, то публичное исполнение в зависимости от вида произведения может восприниматься как зрительно, так и на слух. В остальном признаки рассматриваемых прав совпадают, в связи с чем их дальнейший анализ будет вестись совместно.

Закрепляя за авторами право на публичный показ и право на публичное исполнение, российское авторское законодательство не связывает эти права с первым доведением произведения до сведения публики. Указанные права могут реализовываться как в отношении еще не обнародованных произведений, так и в отношении произведений, которые уже обнародованы, в том числе опубликованы. Иными словами, права на публичный показ и публичное исполнение могут быть осуществлены автором в любое время, а также повторно.

<sup>19</sup> См страницу в Интернете <http://www.wto.com>

Далее, в соответствии с действующим законодательством публичный показ и публичное исполнение не предполагают обязательного непосредственного, «живого» контакта публики с произведением. Показ и публичное исполнение могут опосредоваться техническими средствами, с помощью которых расширяется зрительская аудитория. Благодаря этим техническим средствам публика может находиться не только в том месте, в котором произведение непосредственно демонстрируется или исполняется, но и за его пределами. Важно лишь, чтобы произведение воспринималось публикой одновременно с его сообщением. Примером служит прямая трансляция концерта на экране, установленном вне места его проведения.

Наконец, для обоих рассматриваемых прав характерен признак публичности. Публичный показ и публичное исполнение имеют место лишь тогда, когда показ или исполнение осуществляются в месте, открытом для свободного посещения, или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи. Демонстрация произведения перед специалистами или его исполнение для избранного круга близких друзей не образуют публичного показа и публичного исполнения и соответственно не влекут предусмотренных законом правовых последствий.

## **8. Право на передачу в эфир**

В ст. 11bis Бернской конвенции сформулировано требование к странам Союза об осуществлении права на передачу в эфир:

«(1) Авторы литературных и художественных произведений пользуются исключительным правом разрешать:

i) передачу своих произведений в эфир или публичное сообщение этих произведений любым другим способом беспроводной передачи знаков, звуков или изображений;

ii) всякое публичное сообщение, будь то по проводам или средствами беспроводной связи, повторно передаваемого в эфир произведения, если такое сообщение осуществляется иной организацией, нежели первоначальная;

iii) публичное сообщение переданного в эфир произведения с помощью громкоговорителя или любого другого аппарата, передающего знаки, звуки или изображения».

Эти права являются несколько более ограниченными по сравнению с правом публичного показа. Часть вторая ст. 11bis гласит:

«Законодательством стран Союза могут быть определены условия осуществления прав, предусмотренных предшествующим пунктом; однако действие этих условий будет строго ограничено пределами стран, которые их установили. Эти условия ни в коем случае не могут ущемлять ни неимущественных прав автора, ни принадлежащего автору права на получение справедливого вознаграждения, устанавливаемого, при отсутствии соглашения, компетентным органом».

Часто у радиостанций есть разрешение автора только на передачу произведения в эфир. Но чтобы осуществить эту передачу станции может потребоваться временная ее запись. Например, у станции есть программа, которую лучше всего передавать поздно вечером, поэтому наиболее целесообразно бывает сделать запись передачи и потом передать ее в эфир. Такие записи принято называть краткосрочными (в отличие от постоянных). В законодательстве многих стран существует положение, по которому после передачи запись вскоре должна быть уничтожена. Однако в интересах истории создаются архивы радио и телевидения. В соответствии с ч. 3 ст. 11bis Бернской конвенции в виде исключения относительно имущественных прав автора допускается как краткосрочная, так и архивная запись произведения.

Передача произведения в эфир предполагает его доведение до сведения наиболее широкой аудитории, что, безусловно, затрагивает особый интерес автора, нуждающийся в правовой охране. Однако до недавнего времени советское авторское законодательство допускало свободное воспроизведение по радио и телевидению любых выпущенных в свет произведений, включая и их транслирование непосредственно из места их исполнения (п. 4 ст. 492 ГК РСФСР 1964 г.). Это исключение из сферы авторских прав в основном обосновывалось некоммерческим характером советских электронных средств массовой информации и просветительскими задачами. Справедливости ради необходимо сказать, что практически все специалисты по авторскому праву уже давно и настойчиво высказывались в пользу того, чтобы привести советское авторское законодательство в этой его части в соответствие с принятыми во всем цивилизованном мире нормами. Отмену свободного использования произведений по радио и телевидению декларировали уже Основы гражданского законодательства 1991 г. Но конкретным содержанием право на передачу в эфир наполнил лишь Закон РФ «Об авторском праве и смежных правах».

*Право на передачу в эфир* как особое имущественное правомочие автора характеризуется

следующими основными особенностями. Прежде всего данному праву, как никакому другому, свойствен элемент публичности. Произведение доводится до всеобщего сведения посредством специальных радиосигналов (радиоволн), которые предназначены для приема самой широкой публикой. Аудитория еще более расширяется при передаче произведения в эфир через спутник. Под такой передачей понимается прием сигналов с наземной станции на спутник и передача сигналов со спутника, посредством которых произведение доводится до всеобщего сведения. При этом во внимание принимается сама возможность восприятия произведения публикой, независимо от того, осуществляется ли она фактически.

Далее, передаваться в эфир могут как уже обнародованные, в том числе опубликованные произведения, так и произведения, еще не обнародованные (неопубликованные). Передачей в эфир признается и прямая трансляция произведения из места его показа или исполнения. Во всех этих случаях произведение доводится до более широкой, чем обычно, аудитории, в связи с чем и требуется согласие на это автора.

При передаче произведения в эфир оно становится доступным для слухового и (или) зрительского восприятия. Хотя для этого необходима специальная аппаратура, с помощью которой принимаются и преобразуются соответствующие сигналы, важно, что между передающей станцией и принимающей антенной нет никаких опосредующих звеньев в виде каких-либо материальных носителей. Если же слуховое или зрительское восприятие произведения обеспечивается той же аппаратурой с помощью особых материальных носителей — звуко- и видеокассет, пленок, лазерных дисков и т.п., то передачей в эфир это не является.

Наконец, понятие «передача в эфир» охватывает собой как первоначальное сообщение произведения публике посредством беспроводной связи, так и последующую передачу произведения в эфир. В последнем случае имеется в виду передача в эфир ранее переданных в эфир произведений, независимо от того, кем осуществляется это действие — самой организацией, первоначально передававшей произведение в эфир, или иной организацией.

К праву на передачу в эфир весьма близко примыкает *право автора сообщать произведение (включая показ, исполнение или передачу в эфир) для всеобщего сведения по кабелю, проводам или с помощью иных аналогичных средств*. Указанное право, которое в ранее действовавшем законодательстве специально не выделялось, в своих основных чертах совпадает с рассмотренным выше правом на передачу в эфир. Иным является лишь сам технический метод доведения произведения до сведения публики. Вместо передачи посредством радиоволн произведение передается с помощью сигналов, идущих по кабелю, проводам, оптическим волокнам или иным аналогичным средствам. Соответственно изменяется и состав потенциальных зрителей и (или) слушателей. Если при передаче произведения в эфир оно может восприниматься любыми лицами, обладающими приемниками соответствующей мощности и вида, то при передаче произведения по кабелю аудитория обычно ограничивается теми лицами, которые являются подписчиками соответствующих передающих телерадиоцентров. В связи со все более широким распространением данного вида использования произведений закрепление за авторами рассматриваемого права представляется вполне своевременным.

## **9. Право на иные формы публичной передачи**

Сеть Интернет создала очень важные новые технические возможности коммуникации. Стало возможным, когда нужно, передавать тексты, звуковые и видеозаписи. Эти возможности несут в себе гораздо больше опасностей имущественным правам авторов, чем передача в эфир, поскольку являются прекрасным заменителем покупаемым для домашних коллекций записям. В Интернете сейчас происходят две радикальные перемены. Первая связана с увеличением скорости передачи информации на домашние компьютеры. Каждое новое поколение компьютеров является более мощным. В результате информация передается и обрабатывается быстрее. Эти изменения повысили и качественную сторону видео- и аудиоинформации. Высокие технологии позволяют не только эффективно передавать информацию, но и ужимать ее для сохранения в памяти компьютера. В связи с доступностью в сети Интернет авторских произведений, у пользователя снижается потребность в приобретении в магазинах книг, аудио- и видеокассет. Когда надо, владелец компьютера может читать, слушать и просматривать произведения на экране. Более того, он может осуществлять их запись на портативные плееры и носить их с собой. Эти достижения техники привели к включению в ст. 8 Договора ВОИС по авторским правам нового права на иные формы публичной передачи:

«Не отвергая действия положений статей 11(1)(ii), 11bis(1) (i) и (ii), 11ter(1)( ii), 14(1)(ii) и 14bis(1) Бернской конвенции, авторы литературных и художественных произведений пользуются исключительным правом разрешать любую публичную передачу своих произведений по проводам

или средствами беспроводной связи, включая публичную передачу произведений такими средствами, которые дают возможность доступа к ним граждан в любое время и в любом месте по индивидуальному выбору».

#### ***а. Технологические средства***

Весьма вероятно, что в будущем компьютерные программы и звукозаписи будут во все большей степени распространяться через Интернет. Три достижения последнего времени делают это возможным. Одно из них связано с созданием высокотехнологичных способов сжатия информации, что делает возможным передачу меньших объемов информации с более высокой скоростью. Второе достижение связано с введением скоростных линий связи с домашними компьютерами. И третье состоит в создании недорогих средств хранения больших объемов компьютерных данных. Поэтому возможность продажи через Интернет записей музыкальных произведений и компьютерных программ уже на пороге. Звукозаписывающие компании осознают реальность наступления этой ситуации и их волнует вопрос охраны их права интеллектуальной собственности, поскольку есть опасность того, что с той же легкостью, с какой продавцы будут поставлять товар покупателям в сети Интернет, пираты будут распространять и свою продукцию.

Компьютерные компании и компании звукозаписи, конечно, будут стремиться не упустить преимуществ сети Интернет и избежать угрозы пиратства. Сделать это они надеются, используя высокие технологии, которые будут, например, идентифицировать конкретные характеристики компьютера, принявшего запись, и сделают невозможной ее перезапись на другой компьютер. В ст. И Договора ВОИС по авторским правам говорится, что: «Договаривающиеся Стороны должны обеспечить адекватную правовую защиту и принять эффективные правовые меры против незаконного использования технологических средств, с помощью которых авторы осуществляют свои права, предоставленные им Бернской конвенцией, а также меры, ограничивающие те действия по отношению к их произведениям, которые осуществляются без согласия автора и в противоречии с законом».

Сходное содержание имеет и ст. 18 Договора ВОИС об использовании фонограмм. Меры, предусматриваемые этой статьей, идут дальше того объема охраны, который предоставляется в договоре по авторскому праву. Так, например, покупатель музыкального компакт-диска может его слушать не обязательно на своем проигрывателе. Продавец компьютерной программы через Интернет может полагаться не только на охрану авторским правом, но и на договор купли-продажи, осуществленный через Интернет, в котором есть пункт о том, что проданная программа устанавливается конкретно и исключительно на данный компьютер. После этого переписывание программы на другой компьютер будет незаконным, поскольку будет нарушать условия договора. В разных странах ведутся дискуссии относительно цитировавшейся выше статьи Договора ВОИС по авторским правам. Компьютерные компании и студии звукозаписи лоббируют принятие законов, запрещающих любое незаконное использование технологических средств. В тоже время есть другая точка зрения на этот вопрос, согласно которой не следует запрещать действия в обход охранительных технологий в любых целях, кроме тех, что нарушают авторские права, т.е. подразумевается своеобразное свободное использование авторских произведений.

#### ***б. Управление правами***

Экономическая теория использования исключительных прав предполагает, что монопольный производитель продукта может максимизировать прибыль путем деления рынка на сегменты и устанавливая максимально выгодную цену в каждом из них. Используя исключительные права авторов, звукозаписывающие компании также хотели бы делить рынки. К сожалению, этого нельзя достичь путем продажи обычных записей в магазинах. В музыкальном магазине устанавливается определенная цена на товар, одинаковая для любых покупателей. Нельзя просить заплатить больше богатого клиента или того, кто хочет слушать запись непрерывно. Вместе с тем при помощи электронных средств продажи товаров станет вполне возможным использовать демографические данные, определять экономический статус покупателя и кодировать продаваемую через электронную систему запись таким образом, что она может быть воспроизведена определенное количество раз, после чего для ее перекодирования нужно будет внести дополнительную плату. Таким образом, электронная «информация об управлении правами» будет огромной помощью звукозаписывающим компаниям и при разделе рынка на сегменты, и в получении максимальной прибыли. «Управление правами» также будет помогать и в деле отслеживания пиратов. Статья 12 Договора ВОИС по авторским правам и ст. 19 Договора ВОИС об использовании фонограмм содержат положение о противоправности манипуляций с информацией об управлении правами.

Помимо рассмотренных выше прав авторы обладают и иными правами, связанными с использованием их произведений. Некоторые из этих прав непосредственно указаны в Законе РФ «Об авторском праве и смежных правах», другие хотя прямо и не названы, но следуют из него, так как Закон исходит из принципа, что автору принадлежат исключительные права на использование произведения в любой форме и любым способом.

Применительно к использованию произведений архитектуры, градостроительства, садово-паркового искусства и дизайна закон особо выделяет *имущественное право авторов на практическую реализацию соответствующих проектов*. Его сущность заключается в том, что всякое практическое воплощение в жизнь произведений архитектурной графики и пластики (эскизов, чертежей, планов, рисунков, макетов и т.п.) может осуществляться только с согласия их авторов. В принципе рассматриваемое право является разновидностью права на воспроизведение, поскольку полностью подпадает под его признаки. В результате практической реализации проекта меняется лишь тот материальный носитель, в котором воплощено произведение архитектуры, градостроительства, садово-паркового искусства или дизайна.

К правомочиям автора принятого архитектурного проекта отнесена также *возможность участия в реализации своего проекта при разработке документации на строительство*. Возникающие при этом отношения регулируются Законом РФ от 17 ноября 1995 г. «Об архитектурной деятельности в РФ». В указанном Законе подчеркивается, что заказчик и подрядчик, реализующие архитектурный проект, должны привлекать архитектора — автора проекта к участию в разработке проектной документации на строительство, а также к авторскому надзору за строительством. Последний осуществляется на основании особого гражданско-правового договора, который заключается между заказчиком и разработчиком проекта.

Авторы произведений изобразительного искусства обладают особым *правом следования*. Сущность данного права состоит в том, что в каждом случае публичной перепродажи произведения изобразительного искусства по цене, превышающей предыдущую не менее чем на 20%, автор имеет право на получение от продавца вознаграждения в размере 5% от перепродажной цены (п. 2 ст. 17 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»).

Основной целью этого права является защита имущественных интересов художников и авторов других произведений изобразительного искусства, которые зачастую, особенно в начале творческого пути, продают свои произведения различного рода перекупщикам по цене, значительно ниже их реальной стоимости. Право на получение части прибыли, выручаемой от перепродажи произведения при переходе его от одного владельца к другому, в известной мере компенсирует ту несправедливость, которая была допущена по отношению к автору вначале.

К числу имущественных прав авторов ранее действовавшее законодательство и наука традиционно относили *право на вознаграждение за использование произведения*. Новое авторское законодательство, безусловно, также признает за авторами указанное право, хотя в общем перечне авторских правомочий оно прямо не названо. Объясняется это тем, что закон исходит из того, что автор вправе требовать выплаты ему вознаграждения за использование произведения в любой форме и любым способом. Иными словами, предполагается, что каждое из уже рассмотренных правомочий неразрывно связано с правом автора на получение вознаграждения.

В отличие от других прав автора данное право носит не абсолютный, а относительный характер, т.е. действует по отношению к тем лицам, которые используют или собираются использовать произведение. В состав права на вознаграждение входят не только «голое» право требовать соответствующих выплат, но и возможность оговорить размер, порядок, срок и другие условия получения вознаграждения. Все эти вопросы решаются в авторских договорах, на основе которых и осуществляется использование произведений.

Вместе с тем закон выделяет несколько случаев, когда права авторов на получение вознаграждения лежат за пределами авторского договора. Во-первых, правом на получение специального вознаграждения обладают авторы служебных произведений. Как уже указывалось, исключительные права на использование служебных произведений принадлежат лицам, с которыми авторы состоят в трудовых отношениях (т.е. работодателям), если только в договорах между ними и авторами не предусмотрено иное. Но по смыслу ст. 14 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» создатели служебных произведений, по общему правилу, могут претендовать на получение особого вознаграждения, если только из их договоров с работодателями не вытекает иное.

Во-вторых, вне авторского договора реализуется право на вознаграждение и тех авторов, которые передали свои полномочия на использование произведений организациям, управляющим имущественными правами на коллективной основе. Такие организации сами согласовывают с пользователями размер вознаграждения, осуществляют его сбор и распределяют его между обладателями авторских прав пропорционально объему фактического использования произведений.

В-третьих, особый случай выплаты авторского вознаграждения предусматривает ст. 26

Закона об авторском праве, посвященная воспроизведению аудиовизуальных произведений и звукозаписей в личных целях. Распространение современной звуко- и видеозаписывающей аппаратуры создало возможности для простого и дешевого воспроизведения выпущенных в свет произведений. В условиях, когда осуществление надлежащего контроля за этим процессом практически невозможно, Россия вслед за другими странами ввела в свое законодательство правило, разрешающее воспроизведение аудиовизуальных произведений и звукозаписей в личных целях, но с обязательной выплатой вознаграждения авторам, исполнителям и производителям фонограмм. Поскольку же какой-либо индивидуальный контроль в этой сфере невозможен, установлено, что вознаграждение за такое воспроизведение выплачивается изготовителями и импортерами оборудования (аудио- и видеоманитофонов и т.п.) и материальных носителей (звуко- и видеопленок, компакт-дисков и т.п.), которые используются для такого воспроизведения.

Размер вознаграждения и условия его выплаты определяются соглашениями между указанными изготовителями и импортерами, с одной стороны, и организациями, управляющими имущественными правами обладателей авторских и смежных прав на коллективной основе, — с другой. В свою очередь, изготовители оборудования и материальных носителей включают выплачиваемое ими вознаграждение в себестоимость выпускаемой ими продукции, что означает повышение ее цены для конкретных потребителей.

В-четвертых, закон предусматривает выплату специального вознаграждения автору музыкального произведения (с текстом или без текста) за публичное исполнение его произведения при публичном исполнении аудиовизуального произведения (п. 3 ст. 13 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»). Данное право предоставляется лишь тем композиторам, которые создали музыкальное произведение специально для аудиовизуального произведения (например, кинофильма), и сущность его сводится к тому, что наряду с тем вознаграждением, которое они получают как создатели аудиовизуального произведения, им причитается особое вознаграждение за каждое исполнение их музыкальных произведений при демонстрации кинофильма или фрагментов из него.

Что касается новых возможностей использования охраняемых авторским правом произведений, которые дают современные высокие технологии, то главной нерешенной проблемой остается вопрос обеспечения контроля за использованием. Решение вопроса в законодательном плане обеспечивается принципом признания за автором исключительного права на использование произведения в любой форме и любым способом.

## **II. Ограничение имущественных прав авторов**

Имущественные права авторов имеют ряд серьезных ограничений. Эти ограничения нацелены на установление баланса между интересами общества и интересами автора. В ст. 13 Соглашения ТРИПС делается попытка поставить преграды в ограничении исключительных прав: «Страны-участницы должны свести ограничения или исключения из разряда исключительных прав к определенным случаям, которые не вступают в противоречие с нормальным использованием произведения и не нарушают законных интересов правообладателя».

Ограничения авторских прав известны законодательству всех государств и прямо допускаются международными конвенциями по авторскому праву. Особенностью советского авторского законодательства было то, что закрепленные им изъятия из сферы авторского права превышали все допустимые в цивилизованном обществе пределы. В частности, допускалась свободная переработка произведений; воспроизведение любых выпущенных в свет произведений в кино, на радио и на телевидении; воспроизведение любых материалов газетами и т.п. Наличие этих и некоторых других изъятий из сферы авторско-правовой охраны объяснялось различными причинами, но суть в конечном счете сводилась к оправданию их существования ссылками на особую социалистическую природу отношений автора и общества.

Ныне действующее законодательство вводит случаи свободного использования произведений в цивилизованные рамки, согласующиеся с международными стандартами.

Во-первых, изъятия из правил охраны касаются лишь правомерно обнародованных произведений. Если автор еще не сделал свое произведение доступным для всеобщего сведения или если это произошло без его согласия, оно может использоваться только с разрешения автора.

Во-вторых, изъятия из авторского права не затрагивают личных неимущественных правомочий авторов. Иными словами, при любом использовании произведений их создателям гарантируется охрана права авторства, права на имя и права на защиту репутации автора.

В-третьих, свободное использование произведений допускается лишь при условии, что этим не наносится ущерб их нормальному использованию и не ущемляются законные интересы авторов. При установлении конкретных изъятий из авторского права подчеркивается, что использование

произведения возможно лишь в том объеме, который оправдан целью данного изъятия.

В-четвертых, установленные законом ограничения авторских прав носят исчерпывающий характер и не подлежат ни расширительному толкованию, ни дополнению подзаконными актами или судебной практикой.

#### 1. Исчерпание прав или «право первой продажи»

Правообладатель произведения может решить передать право собственности на оригинал или копии своей работы любому лицу. Такая возможность предоставляется, как уже говорилось выше, ст. 6(1) Договора ВОИС по авторским правам и ст. 12 (1) Договора ВОИС об использовании фонограмм. Однако если происходит уступка права собственности на оригинал произведения, по законодательству многих стран собственник также теряет право вмешиваться в дальнейшем в новые формы передачи прав на это произведение. Этот правовой принцип известен под названием «исчерпание прав» или «право первой продажи». Такое ограничение прав правообладателя четко сформулировано в ст. 6(2) Договора ВОИС об авторских правах:

«Ничто в данном Договоре не должно влиять на свободу стран-участниц в определении условий (если таковые имеются), в соответствии с которыми исчерпание прав, как это указано в параграфе (1), имеет место после первой продажи или передачи прав на оригинал произведения с согласия автора».

Это означает, например, что некий издатель, который обладает правами на книгу, которую он издал, не может воспользоваться авторским правом для того, чтобы контролировать цены, установленные на книгу в магазинах. Он может договориться о продажной цене с отдельными продавцами, но не со всеми, поскольку такой договор может вступить в противоречие с антимонопольным законодательством. Но если книготорговец, в нарушение условий договора, продаст излишек имеющегося у него тиража книги другому торговцу, который ничего не знает о ценовом договоре, он считается не связанным его условиями. Доктрина исчерпания прав также означает, что издатель, продающий новые книги, например учебники для студентов, не может предупредить появление в этом сегменте рынка подержанных учебников, что повлияет на объемы продаж новых книг.

Сложные проблемы возникают, когда защищенные авторским правом книги продаются на международном рынке. По законодательству некоторых стран принцип исчерпания права контроля продаж применяется только к случаям, когда книга была издана и/или продавалась в одной и той же стране. Экономическая теория исходит из того, что монополист получает более высокую прибыль, когда делит рынки на сегменты и устанавливает оптимальные цены для каждого из них. Поэтому многонациональные издательские корпорации могут, исходя из условий рынка, продавать книгу в стране А по меньшей цене, чем в стране Б. Если условия печатания и продажа книги в стране А не будут исчерпывать права контроля над перепродажей книги в стране Б по ее законодательству, издатель страны А может предотвратить продажу в ней книг, напечатанных в стране Б. Чтобы ограничить такого рода использование исключительных прав, Европейский Суд дал толкование положений об исчерпании прав как положений, имеющих международный характер. Таким образом, если издатель продает книгу в Нидерландах, это никак не может повлиять на ее импорт в Бельгию. Вместе с тем за пределами Европейского союза многие страны не применяют правило об исчерпании прав к продажам за пределами своих границ.

Закон РФ «Об авторском праве и смежных правах» подчеркивает, что если экземпляры правомерно опубликованного произведения введены в гражданский оборот посредством их продажи, то допускается их дальнейшее распространение без согласия автора и без выплаты авторского вознаграждения (п. 3 ст. 16). Иными словами, согласие автора требуется лишь на первую продажу экземпляров произведения; в последующем же они циркулируют в гражданском обороте свободно, не нарушая авторских прав. Данное правило выражает широко известный принцип, который в патентном праве именуется *принципом исчерпания прав*. Собственник экземпляра произведения может свободно продать его, обменять, подарить, передать во временное безвозмездное пользование и т.п. Однако закон запрещает ему без согласия автора распространять произведение путем сдачи его в прокат, так как данное право по прямому указанию закона сохраняется за автором, независимо от права собственности на экземпляры произведения.

#### 2. Свободное использование

Статьями 2bis и 10bis Бернской конвенции вводятся определенные изъятия из исключительных прав правообладателя. Их часто определяют понятием «свободное использование» произведений. Возможными причинами в формировании политики создания исключений могут быть: 1) малая ценность конкретного произведения, об использовании которого идет речь, и высокая стоимость процесса получения разрешения на использование или 2) благосклонность



общественного мнения в отношении использования какого-то произведения, невзирая на имущественные интересы правообладателя. Ярким примером, подтверждающим оба эти положения, является перевод нужного учебника на язык азбуки Брейля для преподавания слепым студентам. Бернская конвенция предусматривает целый ряд типичных видов свободного использования. В ст. 2bis Конвенции говорится:

«За законодательством стран Союза сохраняются также право установить условия, на которых лекции, обращения и другие, публично произнесенные произведения того же рода могут воспроизводиться в прессе, передаваться в эфир, сообщаться для всеобщего сведения по проводам и составлять предмет публичных сообщений, предусмотренных в ст. IIbis (1) настоящей Конвенции, когда такое использование оправдывается информационной целью».

В ст. 9(2) Конвенции говорится:

«За законодательством стран Союза сохраняется право разрешать воспроизведение таких произведений в определенных особых случаях при условии, что такое воспроизведение не наносит ущерба нормальной эксплуатации произведения и не ущемляет необоснованным образом законные интересы автора».

Статья 10 Конвенции гласит:

«(1) Допускаются цитаты из произведения, которое было уже правомерно сделано доступным для всеобщего сведения, при условии соблюдения добрых обычаев и в объеме, оправданном поставленной целью, включая цитирование статей из газет и журналов в форме обзоров печати.

(2) Законодательством стран Союза и специальными соглашениями, которые заключены или будут заключены между нами, может быть разрешено использование литературных или художественных произведений в объеме, оправданном поставленной целью, в качестве иллюстраций в изданиях, радио- и телевизионных передачах и записях звука или изображения учебного характера, при условии, что такое использование осуществляется при соблюдении добрых обычаев.

(3) При использовании произведений в соответствии с предшествующими пунктами настоящей статьи указывается источник и имя автора, если оно обозначено на том источнике».

Статья 10bis гласит, что:

«(1) За законодательством стран Союза сохраняется право разрешать воспроизведение в прессе, передачу в эфир или сообщение по проводам для всеобщего сведения опубликованных в газетах или журналах статей по текущим экономическим, политическим и религиозным вопросам или переданных в эфир произведений такого же характера в случаях, когда право на такое воспроизведение, передачу в эфир или сообщение по проводам не было специально оговорено. Однако источник всегда должен быть ясно указан; правовые последствия неисполнения этого обязательства определяются законодательством страны, в которой истребуется охрана.

(2) За законодательством стран Союза сохраняется также право определять условия, на которых литературные и художественные произведения, показанные или оглашенные в ходе текущих событий, могут быть в объеме, оправданном поставленной информационной целью, воспроизведены или сделаны доступными для всеобщего сведения».

Эти положения следует расценивать в свете ст. 13 Соглашения ТРИПС, в которой говорится, что «страны-участницы должны свести ограничения или исключения из разряда исключительных прав к определенным случаям, которые не вступают в противоречие с нормальным использованием произведения и не нарушают законных интересов правообладателя». Таким образом, эта статья ограничивает возможности стран—участниц Соглашения полностью использовать полный набор исключений и ограничений, предусмотренных Бернской конвенцией. На самом деле в большинстве стран никогда не применялся в полном объеме весь этот перечень ограничений и исключений. В будущем допустимое количество ограничений и исключений будет представлено на рассмотрение Всемирной торговой организации и принято путем использования действующих в ВТО процедур.

Допускаемые российским авторским законом изъятия из сферы авторских прав можно объединить в пять относительно самостоятельных групп, которые включают близкие по целям случаи свободного использования.

Первую из них образуют те виды свободного использования произведений, объединяющим признаком которых является *необходимость обеспечения доступа к произведениям в целях свободного распространения информации*. Сюда относятся: цитирование отрывков из произведений с научной, полемической, критической или информационной целью в объеме, оправданном целью цитирования (п. 1 ст. 19 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»); использование произведений или отрывков из них в качестве иллюстраций в изданиях, в радио- и телепередачах учебного характера (п. 2 ст. 19 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»); воспроизведение в газетах, передача в эфир или по кабелю опубликованных в газетах и журналах статей по текущим экономическим, политическим, социальным и религиозным вопросам, когда

такое воспроизведение, передача в эфир или по кабелю не были специально запрещены автором (п. 3 ст. 19 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»); то же самое касается публично произнесенных политических речей, обращений, докладов и т.п. в объеме, оправданном информационными задачами (п. 4 ст. 19 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»); воспроизведение произведений в обзорах текущих событий средствами фотографии, путем передачи в эфир и т.п., если произведения становятся увиденными или услышанными в ходе освещения таких событий (например, в ходе репортажа об открывшейся выставке или состоявшемся концерте) (п. 5 ст. 19 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»); воспроизведение, передача в эфир или по кабелю произведений архитектуры, изобразительного искусства, фотографии, которые постоянно расположены в местах, открытых для свободного посещения (например, запечатление в кадрах фильма, эпизоды которого сняты на улицах города, охраняемого архитектурного произведения) (ст. 21 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»).

Вторую группу изъятий из сферы авторского права составляют случаи *свободного репродуцирования опубликованных произведений в единичных экземплярах без извлечения прибыли* (ст. 20 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»). Это разрешается делать библиотекам и архивам для восполнения, замены утраченных и испорченных экземпляров, а также предоставления экземпляров произведения другим библиотекам, утратившим по каким-либо причинам произведения из своих фондов. Далее, те же библиотеки и архивы могут репродуцировать отдельные статьи и малообъемные произведения, которые опубликованы в сборниках, газетах и других периодических изданиях, а также короткие отрывки из письменных произведений, если это делается по запросам физических лиц в учебных и исследовательских целях. Наконец, образовательные учреждения для проведения аудиторных занятий могут репродуцировать отдельные статьи и малообъемные произведения, опубликованные в сборниках и периодических изданиях, а также короткие отрывки из письменных произведений.

Третья группа случаев свободного использования произведений включает *публичное исполнение музыкальных произведений, во время официальных и религиозных церемоний, а также похорон в объеме, оправданном характером таких церемоний*. Кроме того, допускается *воспроизведение произведений для судебного производства в объеме, оправданном этой целью* (ст. 22, 23 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»).

Четвертая группа изъятий из сферы авторского права касается *некоторых случаев использования программ для ЭВМ и баз данных, а также производства записей краткосрочного использования, осуществляемых организациями эфирного вещания*. В частности, пользователь программы для ЭВМ или базы данных может осуществлять их «адаптацию», т.е. вносить в них изменения в целях обеспечения функционирования программы или базы данных на конкретных технических средствах пользователя. Указанные действия должны быть обусловлены исключительно техническими причинами. Далее, Закон допускает изготовление копии программы для ЭВМ или базы данных для архивных целей или для замены правомерно приобретенного экземпляра в случае его утраты или уничтожения. Что касается организаций эфирного вещания, то им разрешается делать запись краткосрочного пользования того произведения, в отношении которого организация получила право на передачу его в эфир. Производство такой записи рассматривается как чисто технический прием, с одной стороны, обеспечивающий сохранность произведения, а с другой — облегчающий органам эфирного вещания составление графика своих передач.

Наконец, пятую группу случаев свободного использования произведений образует их *использование исключительно в личных целях*. Строго говоря, в данном случае вообще нет использования произведения в том смысле, какой в него вкладывается законодательством, т.е. использование в виде промысла. Читая приобретенную книгу, слушая грамзапись или делая для себя перевод чужого произведения, лицо не использует произведение, а удовлетворяет с его помощью свои потребности. Такое «использование» невозможно ни проконтролировать, ни как-либо регламентировать. Вместе с тем по прямому указанию Закона даже в личных целях могут использоваться только с согласия автора произведения архитектуры в форме строительства зданий и сооружений, базы данных и программы для ЭВМ (кроме указанных выше случаев) и книги (нотные записи) в полном объеме путем репродуцирования.

### **3. Обязательное оформление разрешений на использование авторских произведений (принудительное лицензирование)**

#### ***а. Музыкальные произведения***

В статье 13(1) Бернской конвенции содержится важное исключение из принципов,

сформулированных в ст. 11:

«Каждая страна Союза может установить для себя оговорки и условия, относительно исключительного права, предоставляемого автору музыкального произведения и автору любого текста, уже разрешившему его запись вместе с музыкальным произведением, разрешать звуковую запись музыкального произведения вместе с таким текстом, если таковой имеется; однако все такие оговорки и условия применяются только в странах, которые их установили, и ни в коем случае не могут ущемлять права, принадлежащие этим авторам, на получение справедливого вознаграждения, которое при отсутствии соглашения устанавливается компетентным органом»

Невозможно найти нормального экономического обоснования для этого исключения: нет причины, по которой рынок не должен определять, запись каких музыкальных произведений ему нужна. Но есть хорошее историческое объяснение. В Соединенных Штатах и в некоторых других странах издавна существовала система принудительного лицензирования права производить записи музыкальных произведений и сопровождающих их слов. Поскольку внутренняя политика в этих странах затрудняет или делает невозможной отмену этой системы, соответствующие положения были введены в Бернскую конвенцию с тем, чтобы открыть для них возможность присоединиться к Конвенции. В соответствии со ст. 14 (3) Конвенции страны-участницы могут не применять положения о неприменении принудительных лицензий в отношении музыкальных произведений, используемых в кинотеатрах.

#### ***б. Переводы***

Как упоминалось выше, в соответствии с Приложением II к Бернской конвенции развивающимся странам разрешается в редких ситуациях прибегать к использованию института принудительного лицензирования для осуществления переводов.

### **4. Ограничение права на репродуцирование**

Вопросом, вызывающим наибольшее количество противоречивых мнений, является вопрос о репродуцировании произведений через Интернет. При обычном использовании Интернета размещенная там информация копируется десятки раз. Интернет-провайдеры оставляют на дисках свободное место, которое может использоваться подписчиками (пользователями) для передачи информации. Когда эта информация проходит через Интернет, она последовательно размещается в различных промежуточных портах компаний, осуществляющих ее последующую передачу. Каждая такая передача информации означает ее репродуцирование. Именно здесь возникает неясность относительно того, является ли правомерной передача информации, защищенной авторским правом. Очевидно, что передающий информацию пользователь может быть привлечен к ответственности за нарушение авторских прав ее обладателя. Но вот привлечение к ответственности Интернет-провайдеров и коммуникационных компаний может обрушить всю сеть, поскольку передающие информацию инстанции практически никак не могут контролировать передаваемые ими материалы.

В настоящее время, кажется, найдено компромиссное решение проблемы и на международном, и на национальном уровне. Коммуникационные компании хотят получить иммунитет в отношении процесса рутинного репродуцирования материалов. Интернет-провайдеры готовы нести ограниченную ответственность. Данная позиция нашла отражение в законе, принятом в 1998 г. в Соединенных Штатах, который, вероятно, сможет послужить моделью решения проблемы в мировом масштабе. По этой модели достигается компромисс, в рамках которого коммуникационные компании приобретают полный иммунитет от ответственности за репродуцирование материалов в ходе обычной работы. Интернет-провайдеры становятся ограниченно ответственными, это означает, что они должны незамедлительно убирать из сети материалы, если получают уведомление правообладателя о нарушении его прав. При этом они не подлежат ответственности за незаконное репродуцирование до получения такого уведомления и не отвечают за ущерб, причиненный пользователю, если окажется, что претензия на авторское право окажется ложной

### **К. Неотъемлемые авторские права**

#### **1. Неимущественные права**

Статьей 6bis Бернской конвенции провозглашена охрана неимущественных прав автора:

«(1) Независимо от имущественных прав автора и даже после уступки этих прав он имеет право требовать признания своего авторства на произведение и противодействовать всякому

искажению или иному изменению этого произведения, а также любому другому посягательству на произведение, способному нанести ущерб чести или репутации автора.

(2) Права, признанные за автором на основании предшествующего пункта, сохраняют силу после его смерти, по крайней мере, до прекращения имущественных прав и осуществления лицами и/или учреждениями, уполномоченными на это законодательством страны, в которой истребуется охрана. Однако страны, законодательство которых в момент ратификации настоящего Акта или присоединения к нему не содержит положений, обеспечивающих охрану после смерти автора всех прав, перечисленных в предшествующем пункте, могут предусмотреть, что некоторые из этих прав не сохраняют силы после смерти автора.

(3) Средства защиты для обеспечения прав, предоставляемых настоящей статьей, регулируются законодательством страны, в которой истребуется охрана».

Законодательство многих стран регулирует вопрос о неимущественных правах в точном соответствии с данной статьей Бернской конвенции. Общим для всех становится положение о том, что автор произведения получает все неимущественные права на него и эти права являются неотъемлемыми, т.е. они не могут быть переданы или отторгнуты. Соглашение ТРИПС требует от стран-участниц соблюдения принципов Бернской конвенции, регулирующих неимущественные права, как условия для членства в ВТО. В некоторых странах существует весьма узкий подход к вопросу о неимущественных правах. Типичным примером могут послужить США, где подлежащий охране объем этих прав очень ограничен и где действует положение о том, что, хотя правообладатели неимущественных прав не могут их передавать, они вполне могут на совершенно законных основаниях согласиться их не отстаивать.

Крупные многонациональные корпорации, которые выступают за усиление охраны имущественных прав правообладателей, не особенно интересуются вопросом о неимущественных правах авторов. Более того, они хотели бы свести эти права к минимуму тем самым увеличив своиСВОИ возможности вносить изменения в защищенные авторским правом произведения, идя навстречу потребностям рынка. Поэтому неудивительно, что в ст. 9(1) Соглашения ТРИПС вошло следующее положение:

«Страны-участницы должны выполнять положения статей 1—21 Бернской конвенции и приложений к ней. Вместе с тем в соответствии с настоящим Соглашением у них нет прав и обязанностей, связанных со сформулированными в ст. 6bis Конвенции неимущественными и вытекающими из них правами».

Степень принуждения к исполнению неимущественных прав варьируется от страны к стране. Сами неимущественные права могут быть включены в тексты законов об авторском праве или в тексты законов, регулирующих вопросы недобросовестной коммерческой практики. Так же неодинаково регулируется и вопрос о том, может ли автор навсегда отказаться от неимущественных прав. Особую проблему представляют собой неимущественные права в отношении кинематографических произведений. Очень часто эти произведения дублируются на другие языки, переделываются под телевизионный формат, подвергаются купюрам по моральным основаниям и т.д. Кинокомпании с тревогой относятся к возможности предъявления исков о нарушении неимущественных прав со стороны авторов фильма. В частности, голливудские студии выступают за то, чтобы неимущественные права принадлежали не участникам создания фильма, а киностудии как таковой. Понимая, что это почти недостижимо, студии готовы снизить уровень притязаний и хотели бы, по крайней мере, добиться положения, при котором неимущественные права авторов фильма определялись бы законодательством той страны, где сделан фильм. По законодательству США автором фильма определяется работодатель. Поэтому, в частности, в Голливуде так не нравится ст. 14bis Бернской конвенции, в соответствии с которой «определение лиц-владельцев авторского права на кинематографическое произведение сохраняется за законодательством страны, в которой истребуется охрана». Дальнейшее содержание статьи лишь частично разрешает проблему голливудских студий. В п. (б) этой статьи говорится:

«Однако, в странах Союза, законодательство которых включает в число владельцев авторского права на кинематографическое произведение авторов, внесших вклад в его создание, эти авторы, если они обязались внести такой вклад, не вправе при отсутствии любого противоположного или особого условия, противиться воспроизведению, распространению, публичному представлению и исполнению, сообщению по проводам для всеобщего сведения, передаче в эфир или любому другому публичному сообщению произведения, а также субтитрованию и дублированию его текста».

Этим положением разрешаются не все аспекты «голливудской проблемы», поскольку в статье

не говорится о переиздании произведения и об изменении его формата.

В российском авторском праве категории личных неимущественных прав авторов всегда придавалось большое значение. Указанные права считаются неотторжимыми от личности создателя творческого произведения, от них нельзя отказаться или передать другим лицам, они охраняются бессрочно и т.д. В соответствии со ст. 15 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» к личным неимущественным правам авторов относятся право авторства, право на имя, право на обнародование произведения, включающее право на его отзыв, а также право на защиту репутации автора.

*Право авторства* обычно определяется как *юридически обеспеченная возможность лица считаться автором произведения и вытекающая отсюда возможность требовать признания данного факта от других лиц*. Выделение права авторства как особого субъективного права обусловлено необходимостью индивидуализации результатов творческого труда и общественного признания связи этих результатов с деятельностью конкретных авторов.

Право авторства характеризуется следующими чертами:

а) оно неотделимо от личности автора: принадлежит только создателю произведения, неотчуждаемо, от него нельзя отказаться;

б) оно является правом абсолютным, так как ему корреспондируют обязанности всех и каждого воздерживаться от нарушения данного правомочия;

в) оно действует в течение всей жизни автора и прекращается с его смертью. В дальнейшем оно существует как юридический факт, с которым все должны считаться. После смерти автора авторство признается и охраняется законом, но уже не как субъективное право (ибо субъекта права больше нет), а как общественный интерес, нуждающийся в признании и защите;

г) наконец, следует указать на то, что право авторства имеет определяющее значение для других прав автора, так как остальные права производны от него.

С правом авторства тесно связано *право на авторское имя*. В соответствии с данным правом автор *может использовать или разрешать использовать произведение под своим подлинным именем, под условным именем (псевдонимом) или без обозначения имени (анонимно)*. Выбирая один из этих способов обозначения своего авторства, автор реализует право на имя. Он также имеет право требовать указания своего имени каждый раз при создании, публичном исполнении, передаче произведения в эфир, цитировании и ином использовании произведения. Наконец, право на имя включает возможность требовать, чтобы имя автора (псевдоним) не искажалось при его упоминании лицами, использующими произведение.

С момента создания произведения за его автором закрепляется *право на защиту произведения, включая его название, от всякого искажения или иного посягательства, способного нанести ущерб чести и достоинству автора*. В ранее действовавшем законодательстве подобное право именовалось правом на неприкосновенность произведения. Новое его название — «*право на защиту репутации автора*» — на первый взгляд звучит непривычно и непонятно, однако более точно отражает суть рассматриваемого права. Кроме того, оно совпадает с наименованием, которое используется в Бернской конвенции, а также в законодательстве многих западноевропейских стран.

Содержание данного права состоит в том, что *при издании, публичном исполнении или ином использовании произведения воспрещается без согласия автора вносить какие-либо изменения как в само произведение, так и в его название*. Воспрещается также без согласия автора снабжать произведение при его использовании иллюстрациями, предисловиями, послесловиями, комментариями и какими-либо другими пояснениями.

Право на защиту репутации автора, как и всякое субъективное право, имеет свои пределы. Закон предусматривает отдельные случаи, когда нарушение целостности произведения не расценивается как покушение на его неприкосновенность. Например, допускается цитирование отрывков из произведения в научных, полемических и информационных целях. Автор не может, ссылаясь на принадлежащее ему право на защиту репутации, воспрепятствовать созданию другими лицами соответствующих пародий и стилизаций, а также преградить дорогу критикам и комментаторам.

Следующим личным неимущественным правом автора является *право на обнародование произведения и на его отзыв*. Сущность данного права можно определить как *юридически обеспеченную автору возможность публичной огласки созданного им произведения*. При этом автор одновременно решает два вопроса. Во-первых, он сам определяет, готово ли его произведение для доведения до неопределенного круга лиц. Во-вторых, автор решает вопрос о времени, месте и способе обнародования. Например, автор литературного произведения может обнародовать его путем опубликования, публичного исполнения, передачи в эфир и т.п.

Право на обнародование выражает особый охраняемый законом интерес автора и потому является самостоятельным субъективным правом автора. Это обстоятельство необходимо

подчеркнуть специально, так как данное право всегда реализуется одновременно с каким-либо другим правом автора. В самом деле, обнародовать произведение, т.е. сделать его впервые доступным для всеобщего сведения, нельзя, не реализовав какое-либо другое право автора, например, право на опубликование, на публичный показ, на передачу в эфир и т.п.

С правом на обнародование неразрывно связано *право на отзыв произведения*. Закон предоставляет автору возможность отказаться от ранее принятого решения об обнародовании произведения либо, если произведение уже было обнародовано, он может дезавуировать действия по его доведению до всеобщего сведения, публично оповестив об отзыве произведения.

В качестве единственного условия реализации данного права закон устанавливает возмещение пользователю причиненных таким решением убытков, включая упущенную выгоду. Ранее изготовленные экземпляры произведения также изымаются из обращения за счет самого автора.

Причины, по которым автор аннулирует свое согласие на обнародование произведения или отзывает уже обнародованное произведение, могут быть самыми разными: это может быть трансформация творческих взглядов или мировоззрения автора, изменение внешних обстоятельств и т.д., но закон не требует от автора обосновывать уважительность причин отзыва произведения. Последствием реализации права на отзыв является сохранение (для еще не обнародованного произведения) или восстановление (для уже обнародованного произведения) правового режима необнародованного произведения. Произведение может быть вновь доведено до сведения публики только самим автором или с его согласия, на него не распространяются никакие изъятия из сферы авторского права и т.п.

В отличие от других личных неимущественных прав автора, право на обнародование способно переходить к другим лицам, что еще раз подчеркивает условность деления авторских прав на личные и имущественные.

Наконец, автор обладает таким личным неимущественным правом, как *право на опубликование*, хотя закон о нем специально и не упоминает. Между тем данное право, безусловно, принадлежит автору, так как выражает особый интерес автора, не опосредованный каким-либо другим правом.

Под правом на опубликование понимается *признаваемая за автором возможность выпуска в обращение экземпляров произведения в количестве, достаточном для удовлетворения разумных потребностей публики исходя из характера произведения*. Акцент в данном случае делается на том, что за автором признается возможность контроля за выпуском в обращение материальных носителей произведения. Реализация права на опубликование имеет своим последствием изменение правового режима произведения, так как опубликованное произведение может в определенных случаях использоваться без согласия автора, например репродуцироваться в единичных экземплярах библиотеками, архивами и учебными заведениями.

## **2. Droit de suite, или право следования**

Другим примером ограничения отчуждаемости авторских прав служит то, что во французском языке обозначено термином «droit de suite» или «право следования». Правом следования называется неотчуждаемое право художника получать определенный процент от перепродаж своего произведения. Бернской конвенцией право следования допускается, но не делается обязательным. С этим правом редко приходится иметь дело в англоязычных странах, но в других странах оно достаточно распространено. Аргументация в пользу этого права состоит в том, что тот, кто получает выгоду от перепродажи работы художника, должен с ним ею делиться, поскольку его именем и трудом создана основа для получения выгоды.

Вместе с тем есть достаточно сильные аргументы против использования этого права. Молодые начинающие художники будут получать меньше за свои работы, потому что они не могут продать все свои права. Старые известные художники могут выиграть, поскольку многие из их Ценных работ перепродаются. Таким образом, право следования представляет собой передачу благосостояния от бедных начинающих художников богатым и знаменитым, что является довольно странной формой социальной политики. Практически страна, в которой действует право следования, рискует потерять свой аукционный бизнес, который перетечет в такие известные аукционные центры, как Лондон или Нью-Йорк, расположенные в странах, где не существует права следования. Владельцу картины, стоимостью, скажем, в десять тысяч долларов, дешевле будет выставить ее для продажи в Лондоне за 5% комиссионных, чем платить по праву следования в той стране, где оно действует.

Поскольку право следования защищает имущественные интересы создателей произведений изобразительного искусства, оно принадлежит к числу имущественных прав авторов. Вместе с тем

следует подчеркнуть, что, хотя подразделение авторских прав на личные и имущественные закреплено законом, оно является весьма условным и относительным, так как во многих субъективных авторских правах, включая и право следования, личные и имущественные моменты теснейшим образом переплетены друг с другом.

## **Л. Уступка прав и лицензирование**

### **1. Общие принципы**

И Бернская конвенция, и Соглашение ТРИПС оставляют на усмотрение стран-участниц решение вопроса об уступке авторских прав и разрешении их использования, в связи с чем это решение варьируется от полной свободы заключения договора до очень строгих ограничений. Поэтому даже в странах, в целом приверженных к рыночной экономике, как правило, существуют ограничения в отношении уступок авторских прав и разрешения их использования.

Использование произведения автора другими лицами (пользователями) осуществляется на основании авторского договора, кроме случаев, специально указанных Законом РФ «Об авторском праве и смежных правах». Договорная форма использования произведений в большей степени, чем какая-либо другая, обеспечивает реализацию и охрану как личных, так и имущественных прав автора. Отвечает она и интересам пользователей, поскольку они приобретают определенные права по использованию произведений, которых не имеют другие лица, и в связи с этим могут окупить свои затраты по воспроизведению и распространению произведений и получить прибыль. В конечном счете в договорном использовании произведений заинтересовано и общество в целом, поскольку такой порядок стимулирует творческую активность его членов и способствует умножению духовного богатства общества.

Действующее авторское законодательство не содержит определения авторского договора, однако анализ его норм позволяет сформулировать следующее определение: *по авторскому договору автор передает или обязуется передать приобретателю свои права на использование произведения в пределах и на условиях, согласованных сторонами*. Авторский договор носит гражданско-правовой характер и является самостоятельным в ряду других гражданско-правовых договоров. Данный вывод имеет не только теоретическое, но и большое практическое значение. В частности, он означает, что на авторско-договорные отношения распространяются как общие положения гражданского права, например правила о формах и условиях действительности сделок, так и соответствующие нормы обязательственного права, касающиеся, например, порядка заключения и исполнения договоров, ответственности за их нарушение и т.п.

По общему правилу авторский договор носит консенсуальный, взаимный и возмездный характер. На протяжении многих лет в российской юридической литературе продолжается спор о природе авторского договора. Суть разногласий сводится к вопросу о том, уступает ли автор контрагенту свои имущественные права на произведение или лишь разрешает его использование на определенных условиях. В этой связи в литературе выдвинуты и подробно обоснованы теория уступки (передачи) и теория разрешения. Действующим законодательством, в котором неоднократно подчеркивается возможность перехода права на использование произведения от автора к другим лицам, данный спор однозначно решен в пользу теории уступки прав.

Выступая в качестве особого вида гражданско-правового договора, авторский договор, в свою очередь, подразделяется на ряд разновидностей, каждая из которых имеет свои особенности.

Прежде всего авторские договоры делятся на группы в зависимости от вида произведений, по поводу которых они заключаются. Выделяются, в частности, *авторские договоры на создание и использование литературных, музыкальных, аудиовизуальных, архитектурных и других произведений*. Даже если указанные договоры предусматривают один и тот же способ использования произведений, вид последних оказывает определенное влияние на содержание самого договора.

В зависимости от того, является ли предметом авторского договора уже готовое произведение или произведение, которое еще только необходимо создать, различаются *авторские договоры заказа и авторские договоры на готовое произведение*. Авторский договор заказа подробно регламентирует требования, предъявляемые к будущему произведению, в частности, устанавливает его жанр, назначение, объем и другие параметры, определяет сроки и форму представления работы заказчику, порядок устранения замечаний, предусматривает право автора на получение аванса и т.п. В тех случаях, когда предметом договора является уже готовое произведение, оно обычно рассматривается и одобряется пользователем до заключения договора. Поэтому все указанные выше вопросы для данного договора значения не имеют, и основное внимание уделяется проблеме использования произведения.

Авторские договоры могут быть связаны с использованием еще не обнародованного произведения или произведения, которое уже доведено до всеобщего сведения. Как правило, это оказывает существенное влияние на такие условия договора, как размер авторского гонорара и форма его выплаты. Авторы необнародованных произведений обычно получают особое вознаграждение за предоставление пользователю права на первое ознакомление публики с произведением. Специфической чертой договора, связанного с повторным использованием произведения, является право автора на внесение исправлений и изменений в созданное им произведение.

В зависимости от того, становится ли приобретатель авторских прав по договору единственным их обладателем или не становится, авторские договоры подразделяются на *договоры о передаче исключительных прав* и *договоры о передаче неисключительных прав*. Авторский договор о передаче исключительных прав разрешает использование произведения определенным способом и в установленных договором пределах только лицу, которому эти права передаются, и дает такому лицу право запрещать подобное использование произведения другим лицам. По авторскому договору о передаче неисключительных прав пользователю разрешается использовать произведение наравне с самим автором и другими лицами, получившими от автора разрешение на использование произведения аналогичным способом. Согласно п. 4 ст. 30 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», передаваемые по авторскому договору права считаются неисключительными, если в договоре прямо не установлено иное.

Наконец, большое практическое значение имеет подразделение авторских договоров в зависимости от *способа использования произведения*. В связи с этим выделяются издательские, постановочные, сценарные договоры, договоры о депонировании рукописи, художественного заказа, об использовании в промышленности произведений декоративно-прикладного искусства, о публичном исполнении, о передаче произведения в эфир или сообщении для всеобщего сведения по кабелю и т.д. Каждый из названных договоров имеет свои особенности, обусловленные как спецификой произведений, так и способами их использования.

## **2. Ограничение уступок и лицензирования авторских прав**

Причина, по которой часто возникают ограничения в отношении уступок и разрешения использования авторских прав, объясняется необходимостью охраны имущественных прав авторов от эксплуатации их издателями. Ограничения, как правило, состоят в формулировании специальных условий, которые должны (или не должны) включаться в лицензии, условий, которые определяют максимальные сроки действия лицензии и пр. В последние годы против подобных ограничений стали особенно активно выступать экономисты, поскольку они противоречат основам свободного рынка. Экономисты утверждают, что ограничения в части отчуждения прав, по сути дела, уменьшают доходы и авторов, и издателей, ибо не дают возможности совершать сделки, которые могут быть выгодны обеим сторонам. В условиях свободного рынка сделка может иметь место, только если она выгодна обеим сторонам; если закон запрещает сделку, которую хотят совершить обе стороны, то они обе теряют ожидаемую выгоду, тем самым обедняя и общество в целом. Тем не менее, ограничения существуют в законодательстве по авторскому праву большинства стран и поэтому юристы должны знать, как с этим вопросом обходиться.

Один из подходов может состоять в использовании законодательства конкретной страны. В советский период Александр Солженицын нанял швейцарского адвоката и выдал ему доверенность. По этой доверенности швейцарский юрист был уполномочен давать иностранным издателям разрешение на опубликование книги «Архипелаг ГУЛАГ». В доверенности было указано, что полномочия по ней определяются законодательством Швейцарии. Соответственно в решении английского суда, в котором оспаривалась законность издания книги в Англии, было указано, что доверенность выдана на основании законодательства Швейцарии, а потому любые ссылки на незаконность издания книги по советскому законодательству (ограничение права диссидента публиковать труды за рубежом) не были признаны. Очевидно, английскому суду претила мысль стать орудием советской цензуры. В других случаях может быть далеко не так просто использовать право выбора страны. Для избежания ограничений в части уступок авторского права и разрешений на его использование.

Современное российское авторское право исходит из *принципа свободы авторского договора*, в соответствии с которым стороны сами определяют свои взаимные права и обязанности и оговаривают иные условия договора. Вместе с тем Закон предъявляет к авторским договорам некоторые требования, сформулированные в виде диспозитивных и императивных правил. Первые из них вступают в действие тогда, когда в договоре не решены те или иные вопросы. В качестве примера можно привести правило о том, что действие передаваемого по договору права



ограничивается территорией Российской Федерации, если в авторском договоре отсутствует условие о территории, на которую передается право.

Императивные правила либо запрещают вводить в авторские договоры определенные условия, либо предписывают конкретное решение отдельных вопросов при выборе сторонами варианта своих взаимоотношений из числа возможных. Например, Закон заранее объявляет недействительным условие авторского договора, которым автор ограничивается в создании в будущем произведений на данную тему или в данной области. Примером императивной нормы предписывающего характера может служить требование обязательного установления максимального тиража произведения, если в авторском договоре об издании или ином воспроизведении произведения вознаграждение определено в виде фиксированной суммы.

Указанные правила выполняют, в сущности, ту же функцию, которая во многом была свойственна существовавшим в прошлом типовым авторским договорам и состояла в ограждении интересов авторов от диктата пользователей произведений. Наличие подобных гарантий, равно как и закрепление их на законодательном уровне, представляется вполне оправданной мерой, которая согласуется с принципом свободы договора и практикой правового регулирования авторских отношений в большинстве государств.

### **3. Соблюдение формальностей при уступке или лицензировании авторских прав**

Наряду с запрещением выдвигать требование соблюдения формальностей как условие охраны авторских прав Бернская конвенция разрешает странам-участницам вводить требование соблюдения формальностей при уступке или лицензировании авторских прав. Соблюдение этих формальностей требуется сразу по трем причинам: 1) для обеспечения понимания сторонами всей серьезности сделки; 2) для обеспечения доказательства факта сделки на случай возможных споров; 3) для того, чтобы третьи лица знали о факте сделки. Первые два пункта отвечают требованию совершения сделки в письменной форме. Третий может отвечать требованию об обязательной или необязательной регистрации определенных видов сделок. В связи с тем, что в договорах об уступке авторских прав или в лицензионных договорах могут фигурировать большие деньги, лучше соблюдать письменную форму, даже в тех случаях, когда закон не требует этого в обязательном порядке.

По сравнению с патентным авторское право создает меньше проблем, связанных с исключительными правами. Авторское право по своей сути не является монопольным. Даже если случится, что два поэта одновременно напишут одинаковые стихотворения, каждое из них будет защищено авторским правом. Оба автора могут выйти на рынок поэзии со своими произведениями. Если одна кинокомпания снимет фильм о шпионе с привлекательной внешностью, любимце женщин, другая свободно может использовать эти сюжетные линии в своей картине. Вопросы о нарушении антимонопольного законодательства могут возникнуть в двух случаях: 1) при накоплении в одних руках большого числа авторских прав и 2) в отношении действующих компьютерных систем.

В ряде стран обладатели авторских прав на наиболее популярные музыкальные и поэтические произведения создают союзы в целях оптимизации управления своими правами, для чего передают им право распоряжения исполнением авторских произведений. Наиболее известными в мире считается Американское общество композиторов, писателей и издателей — сокращенно на английском языке — ASCAP<sup>20</sup>. Собирая в блок авторские права на исполнение большинства популярных музыкальных произведений, такой союз по сути дела создает монополию в области развлекательной индустрии. Общество, обладающее правами на исполнение произведений, имеет две наиболее важные функции, выполнение которых для отдельного автора более чем затруднительно, а именно: 1) упрощение процесса лицензирования за счет выдачи бланкетных лицензий и 2) защита авторских прав путем преследования их нарушителей. И, тем не менее, даже такая монополизация прав на исполнение произведений авторов не спасает от нарушений, поскольку исполнение музыкальных произведений на радиостанциях и в ресторанах не лицензируется. Поэтому вполне разумным будет, если антимонопольными органами или в антимонопольном законодательстве будут выдвинуты определенные требования, например о справедливых отчислениях авторским союзам и организациям.

Другим бурно обсуждающимся вопросом является вопрос о действующих компьютерных компаниях. В отличие от киноиндустрии, от которой зрители ждут новых фильмов и новых идей, в компьютерной индустрии авторы программ и пользователи стремятся к стабильности. Пользователи хотели бы избежать потерь времени, связанных с изучением новых

<sup>20</sup> См. страницу в Интернете <http://www.ascap.com>.

операционных программ. Компании, разрабатывающие компьютерные программы, нацеливают их лишь на наиболее распространенные операционные системы, чтобы снизить затраты и расширить рынок. В результате сейчас 95% рынка персональных компьютеров занимает одна операционная система. В связи со стремлением к стандартизации, как только операционная система занимает доминирующее положение, перестают работать обычные движущие силы конкуренции. В США правительство предъявило иск к обладателю прав на операционную систему, в котором утверждалось, что он злоупотребил авторским правом для укрепления своего доминирующего положения на рынке программного обеспечения.

В соответствии со ст. 32 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» авторские договоры должны заключаться в *простой письменной форме*. Конечно, по желанию сторон договор может быть нотариально удостоверен, однако Закон этого не требует. Чаще всего авторский договор заключается путем составления сторонами единого документа. Обычно издательства, театры, студии и иные организации, использующие произведения, имеют разработанные с учетом норм Закона стандартные бланки договоров, которые заполняются и подписываются сторонами. Специфика конкретного договора отражается в разделе «Особые условия». По предложению автора договор может быть составлен и в иной форме. Важно лишь, чтобы он отражал все существенные условия, по которым должно быть достигнуто соглашение, и не ухудшал положение автора по сравнению с требованиями Закона.

Нередко авторский договор представляет собой по форме не единый документ, а их совокупность. Так, организации, использующие произведения, направляют авторам заказы на создание произведений. Если такой заказ содержит все существенные условия предлагаемого автору договора, он имеет значение оферты. Эти условия, меняющиеся в зависимости от вида произведения и способа его использования, во всех случаях включают: наименование сторон, характеристику вида произведения и формы его предполагаемого использования, наименование и (или) характеристику произведения, срок и форму передачи произведения, срок его использования, размер вознаграждения по договору. При всех обстоятельствах должны быть зафиксированы те условия, которые на основании действующего законодательства подлежат согласованию сторонами. Те условия, которые predeterminedены нормативными актами как определяющие минимальный уровень прав автора, могут и не воспроизводиться в таком заказе.

Несоблюдение письменной формы авторского договора само по себе не делает данный договор недействительным, но влечет за собой последствия, предусмотренные ст. 162 ГК. Иными словами, если одна из сторон будет оспаривать факт заключения договора, другая сторона не может ссылаться в подтверждение договора на свидетельские показания. Во внимание суд принимает лишь письменные доказательства, в частности переписку между автором и организацией, расписку в получении аванса, рецензии, утвержденные планы организации, бухгалтерские документы и т.п. Указанные письменные документы должны свидетельствовать именно о наличии авторского договора, а не о предварительных договорных контактах автора и организации.

Как исключение из общего правила, письменная форма не обязательна для договора об использовании произведения в периодической печати (п. 1 ст. 32 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»). Иначе говоря, авторский договор здесь может быть совершен в любой форме, в том числе в устной или конклюдентной, с возможным привлечением свидетелей для доказательства факта заключения договора. В частности, о заключении договора может свидетельствовать извещение автора редакцией о принятии его рукописи либо сам факт опубликования произведения. Напротив, если в орган периодической печати поступает незаказанная рукопись, предварительная работа над ней еще не доказывает, что между сторонами уже возникли договорные отношения.

При продаже экземпляров программ для ЭВМ и баз данных и предоставлении массовым пользователям доступа к ним допускается применение особого порядка заключения договоров, установленного Законом РФ «О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных». В частности, ст. 14 указанного Закона предусматривает возможность изложения типовых условий договора на передаваемых экземплярах программ для ЭВМ и баз данных.

Что касается договоров об уступке (передаче) прав на программу для ЭВМ или базу данных, то они, помимо письменного оформления, могут, а в некоторых случаях должны быть зарегистрированы в Российском агентстве по правовой охране программ для ЭВМ, баз данных и топологий интегральных микросхем (далее — Агентство. В настоящее время функции данного Агентства выполняются Роспатентом). Согласно п. 5 ст. 13 Закона РФ «О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных» обязательной регистрации в Агентстве подлежат договоры о полной уступке всех имущественных прав на зарегистрированную программу для ЭВМ или базу данных; договоры о передаче имущественных прав на зарегистрированную или незарегистрированную программу или базу данных могут быть зарегистрированы в Агентстве по

соглашению сторон. Более конкретно эти вопросы регламентированы в Правилах регистрации договоров на программы для ЭВМ, базы данных и топологии интегральных микросхем, утвержденных Роспатентом 31 декабря 1998 г.

Договор о полной уступке всех имущественных прав на зарегистрированную программу для ЭВМ или базу данных может быть заключен с даты его официальной регистрации в Агентстве и вступает в силу только с момента регистрации. Договор о передаче имущественных прав на программу для ЭВМ или базу данных может быть заключен в любое время и вступает в силу с указанной в нем даты.

При публичном исполнении, воспроизведении звукозаписи и некоторых других видах использования произведений, имущественными правами в отношении которых управляет Российское авторское общество (РАО) или иная подобная организация, авторский договор на использование произведений заключается в форме *лицензионного соглашения*. Организация, управляющая имущественными правами авторов на коллективной основе, не имеет права отказать пользователю в выдаче лицензии без достаточных оснований, а сами условия лицензий должны быть одинаковыми для пользователей одной категории. Заключаемое на таких началах лицензионное соглашение напоминает *публичный договор* (ст. 426 ГК ), хотя ввиду особого некоммерческого статуса организаций, управляющих имущественными правами авторов на коллективной основе, им в точном смысле считаться не может. Вместе с тем данное соглашение является *договором присоединения* (ст. 428 ГК ), поскольку его условия определяются такими организациями в стандартных формах и могут быть приняты пользователями не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом.

В лицензионном соглашении определяются разрешенные пользователю способы использования произведений; размер вознаграждения за использование, который обычно устанавливается на уровне утвержденных Правительством РФ минимальных ставок; порядок и периодичность представления отчетности об использовании произведений; условия досрочного прекращения действия соглашения; ответственность за нарушение его условий и др. Лицензия выдается, как правило, на один год с возможностью автоматического продления ее действия на новый срок.

Лицензионное соглашение носит общий характер, т.е. разрешает использовать предусмотренными им способами все произведения, имущественными правами в отношении которых управляет соответствующая организация. Если, однако, пользователь получает лицензию на воспроизведение фонограммы, он должен оформить специальную заявку на каждый альбом с указанием тиража, срока воспроизведения, вида материального носителя, репертуара и других реквизитов. Игнорирование данного требования рассматривается в судебной практике как бездоговорное использование произведения.

### **М. Гражданско-правовая защита авторских прав**

В гражданском процессе истец должен доказать что: 1) он обладает исключительными имущественными правами и 2) что это право нарушено. Далее он должен обосновать свое требование судебного запрета на неправомерное использование его прав и/или требование возмещения причиненного ему ущерба.

Под *способами защиты* авторских прав понимаются закрепленные законом материально-правовые меры принудительного характера, посредством которых производится восстановление (признание) нарушенных (оспариваемых) прав и воздействие на правонарушителя. Российское авторское законодательство предоставляет потерпевшим достаточно широкий выбор способов защиты, ряд из которых предусмотрен законодательством впервые. В соответствии со ст. 49 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» обладатели исключительных авторских прав вправе требовать от нарушителя:!) признания прав; 2) восстановления положения, существовавшего до нарушения права; 3) прекращения действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения; 4) возмещения убытков; 5) взыскания дохода, полученного нарушителем вследствие нарушения авторских и смежных прав; 6) выплаты компенсации в определенных законом пределах.

Указанные способы защиты не исчерпывают собой всех возможных мер, к которым может прибегнуть потерпевший для защиты своих авторских прав и охраняемых законом интересов. Авторские права по своей природе являются субъективными гражданскими правами, и поэтому их защита может осуществляться с помощью всех тех способов, которые применяются для защиты субъективных гражданских прав. В числе таких способов можно назвать требования о прекращении или изменении правоотношения, о признании недействительным не соответствующего законодательству ненормативного акта органа государственного управления или местного органа государственной власти, о возмещении морального вреда и некоторые другие.

Следует учитывать, что помимо способов защиты авторских прав в их точном смысле действующее авторское законодательство предусматривает возможность применения к нарушителям некоторых *дополнительных санкций*. Так, согласно п. 2 ст. 49 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» помимо возмещения убытков, взыскания незаконного дохода или выплаты компенсации в твердой сумме суд или арбитражный суд за нарушение авторских прав взыскивает штраф в размере 10% суммы, присужденной судом в пользу истца. При этом сумма штрафов направляется в установленном законодательством порядке в соответствующие бюджеты. Контрафактные экземпляры произведений или фонограмм подлежат обязательной конфискации по решению суда или судьи единолично, а также по решению арбитражного суда. Конфискованные контрафактные экземпляры произведений подлежат уничтожению, за исключением случаев их передачи обладателю авторских прав по его просьбе. Кроме того, суд или судья единолично, а также арбитражный суд могут вынести решение о конфискации материалов и оборудования, используемых для изготовления и воспроизведения контрафактных экземпляров произведений.

Указанные санкции носят административный, а не гражданско-правовой характер и гражданско-правовыми способами защиты авторских прав в строгом смысле не являются. Однако их введение в авторское законодательство является абсолютно оправданной, хотя и несколько запоздалой, мерой.

Как правило, обладатель нарушенного авторского права может воспользоваться *не любым, а вполне конкретным способом защиты* своего права. Зачастую способ защиты нарушенного права либо прямо определен специальной нормой закона, либо вытекает из характера совершенного правонарушения. Так, например, если при опубликовании произведения искажено имя его автора, он может требовать лишь внесения соответствующих исправлений. Чаще, однако, обладателю авторского права предоставляется возможность определенного выбора среди потенциальных способов защиты. Например, в случае, когда в результате нарушения авторских прав потерпевшему причинены убытки, он вправе по своему усмотрению либо потребовать их возмещения в полном объеме, либо взыскать в свою пользу доход, полученный нарушителем вследствие нарушения авторских прав, либо потребовать выплаты ему компенсации в пределах, установленных законом.

Предусмотренные законом способы защиты авторских прав *неоднородны по своей юридической природе*, что также оказывает существенное влияние на возможности их реализации. Наиболее распространенным в литературе является их подразделение *на меры защиты и меры ответственности*, которые различаются между собой по основаниям применения, социальному назначению, выполняемым функциям, принципам реализации и некоторым другим моментам. Практическую значимость при этом имеет то обстоятельство, что, по общему правилу, меры ответственности в отличие от мер защиты применяются лишь к виновным нарушителям авторских прав и выражаются в дополнительных обременениях в виде лишения правонарушителя определенных прав и (или) возложения на него дополнительных обязанностей. Напротив, меры защиты могут быть реализованы по отношению к любым лицам, которые своим поведением нарушают авторские права, хотя бы в субъективном плане их не в чем было упрекнуть. Среди гражданско-правовых способов защиты авторских прав, предусмотренных действующим законодательством, мерами ответственности могут быть признаны лишь возмещение убытков, взыскание незаконно полученного дохода, выплата компенсации, а также компенсация морального вреда; все остальные являются мерами защиты.

Российским законодательством прямо предусмотрены *специальные меры, направленные на обеспечение исков по данной категории дел*. Согласно ст. 50 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» суд или судья единолично, а также арбитражный суд могут вынести определение о запрещении ответчику либо лицу, в отношении которого имеются достаточные основания полагать, что оно является нарушителем авторских прав, совершать определенные действия и (или) о наложении ареста и изъятии всех экземпляров произведений, в отношении которых предполагается, что они являются контрафактными, а также материалов и оборудования, предназначенных для их изготовления и воспроизведения. Перечень действий, которые могут быть запрещены ответчику, включает изготовление, воспроизведение, продажу, сдачу в прокат, импорт и иное пользование, а также транспортировку, хранение или владение с целью выпуска в гражданский оборот экземпляров произведений, в отношении которых предполагается, что они являются контрафактными. Указанные меры рассматриваются в качестве дополнительных гарантий защиты интересов обладателей авторских прав, поскольку они направлены на обеспечение правильного рассмотрения дела и реального исполнения будущего судебного решения.

## **1. Доказывание права авторства**

Для того чтобы упростить доказывание права авторства, ст. 15 Бернской конвенции

формулирует презумпцию правообладания:

«(1) Для того, чтобы автор охраняемых настоящей Конвенцией литературных и художественных произведений рассматривался, при отсутствии доказательств противоположного, как таковой и в соответствии с этим допускался в странах Союза к возбуждению судебного преследования против нарушителей, достаточно, если имя автора будет обозначено на произведении обычным образом. Настоящий пункт применяется, даже если это имя является псевдонимом, когда псевдоним, принятый автором, не оставляет сомнений в его личности.

(1) Изготовителем кинематографического произведения считается, при отсутствии доказательства противоположного, физическое или юридическое лицо, имя или название которого обозначено на этом произведении обычным образом.

(2) В отношении произведений, выпущенных анонимно или под псевдонимом, кроме указанных выше в пункте (1), издатель, имя которого обозначено на произведении, признается, при отсутствии доказательств противоположного, представителем автора, и в этом качестве он правомочен защищать права автора и обеспечивать их осуществление. Действие положений настоящего пункта прекращается, когда автор раскроет свою личность и заявит о своем авторстве на произведение.

(3)/а/. Для неопубликованных произведений, автор которых неизвестен, но в отношении которых есть все основания предполагать, что он является гражданином страны Союза, за законодательством этой страны сохраняется право назначить компетентный орган, представляющий этого автора и правомочный защищать его права и обеспечивать их осуществление в странах Союза.

/б/. Страны Союза, которые в соответствии с этим положением произведут такое назначение, уведомляют об этом Генерального Директора путем письменного заявления, содержащего полную информацию о назначенном в таком порядке органе. Генеральный Директор немедленно сообщает это заявление всем другим странам Союза».

Необходимость в доказывании авторства возникает тогда, когда наличие у лица авторского права подвергается сомнению, авторское право оспаривается, отрицается или имеется реальная угроза таких действий. Зачастую неопределенность авторского права приводит к невозможности его использования или, по крайней мере, затрудняет такое использование. Например, если произведение опубликовано автором анонимно или под вымышленным именем, может возникнуть необходимость подтверждения в судебном порядке авторства на это произведение, без чего невозможно ни передать права на использование произведения по договору, ни защитить нарушенные права на произведение. Признание права авторства как раз и является средством устранения неопределенности во взаимоотношениях субъектов, создания условий для реализации иных прав и предотвращения со стороны третьих лиц действий, препятствующих их нормальному осуществлению.

Признание права как средство его защиты по самой своей сути может быть реализовано лишь в юрисдикционном порядке, но не путем совершения истцом каких-либо самостоятельных односторонних действий. Требование истца о признании права обращено не к ответчику, а к суду, который должен официально подтвердить наличие или отсутствие у истца данного права. В большинстве случаев требование о признании авторского права является необходимой предпосылкой применения иных предусмотренных законом способов защиты. Например, чтобы взыскать убытки, связанные с незаконным использованием произведения, истец должен доказать, что он обладает авторским правом на это произведение. Однако иногда требование о признании права авторства имеет самостоятельное значение и не поглощается другими способами защиты.

## **2. Доказывание нарушения права авторства**

Доказывание нарушения права авторства на художественное произведение в известном смысле сложнее, чем в случаях нарушений прав патентообладателя. Как указывалось выше, при доказывании нарушения прав патентообладателя нужно, чтобы ответчик либо что-то произвел, либо сделал что-то еще, что вторгается в формулу изобретения, охраняемого патентом. В случае нарушения прав автора нет такого инструмента, как формула изобретения, с помощью которого можно было бы определить объем охраны. Более того, при нарушении авторского права истец должен доказывать факт копирования его произведения. Простого факта, свидетельствующего о том, что два произведения одинаковы, недостаточно, поскольку 1) произведения могли быть созданы независимо друг от друга; 2) оба произведения могли иметь своим источником работу, которая входит в область общего достояния. Весьма вероятно, что два писателя независимо друг от друга напишут очень похожие книги. Поскольку сутью нарушения авторского права является его копирование, то в данном случае нарушения не происходит. Истец может столкнуться с

трудностями при доказывании факта копирования его произведения, хотя в некоторых случаях это не представляет особого труда. Если речь идет о тысячестраничных романах и полном совпадении их текстов, то такое совпадение доказывает копирование. Однако в двух мелодиях последовательность расположения нот может быть чистым совпадением. В таком случае важным элементом доказывания станет установление того, слышал или нет второй композитор мелодию первого.

Возможные нарушения права авторства могут состоять как в присвоении чужого авторства (плагиат), так и в отрицании авторства того лица, которым создано произведение. Наиболее грубым нарушением является полное или частичное присвоение чужого авторства. Чаще всего это является результатом умышленных действий нарушителя. Однако и тогда, когда право авторства нарушено по неосторожности либо вовсе без вины, оно подлежит восстановлению. Так, если издательство, опубликовавшее произведение, ошибочно приписало авторство на него другому лицу, оно должно исправить свою ошибку адекватным способом.

### **3. Средства защиты права авторства**

В соответствии с положениями Соглашения ТРИПС, в котором определены средства защиты всех типов интеллектуальной собственности, страны-участницы должны их применять в защите авторских прав в объеме, не меньшем, чем это предусмотрено Соглашением. Соглашением предусматривается, но не объявляется обязательным использование такого способа защиты, как взыскание штрафов, определенных законом, хотя это является довольно распространенной практикой в делах о нарушении авторских прав. Зачастую бывает трудно или даже невозможно подсчитать размер действительных убытков, причиненных нарушением. Вместе с тем очевидно, что убытки были. Отказ от применения каких бы то ни было мер был бы действием слишком мягким по отношению к нарушителю и несправедливым по отношению к правообладателю. Такие способы защиты, как восстановление положения, существовавшего до нарушения права и пресечение действий, нарушающих это право, могут предупредить причинение убытков в будущем, но оставляют уже полученную нарушителем прибыль у него и не предоставляют никакой компенсации правообладателю. По этой причине в законодательстве об авторских правах во многих странах действует положение о так называемом фиксированном объеме убытков, который устанавливается по усмотрению суда в пределах, предусмотренных законом об авторских правах. Зачастую размер возмещения устанавливается на довольно высоком уровне с тем, чтобы одновременно и карать правонарушителя, и действовать как устрашение для других. Существование в некоторых странах конституционных ограничений на использование квазимер уголовно-правового характера в гражданских делах может привести к отказу от института фиксирования значительного объема убытков.

Так же, как и в делах о патентных нарушениях, в делах о нарушении авторских прав может быть вынесено решение о возмещении убытков и в тех случаях, когда нарушитель не знал, что действует противоправно. Во многих странах не существует действующих систем регистрации авторских прав, наподобие систем регистрации патентов. Поэтому издатель, которому предлагается рукопись произведения, не может установить, что это плагиат. Даже в США, где авторские права регистрируются, фиксируется только названия произведений, что мало помогает в борьбе с плагиатом, поскольку плагиаторы чаще всего меняют именно название. И, тем не менее, в большинстве стран законодательством предусматривается возмещение убытков даже в случаях неумышленного нарушения авторских прав. По мере того, как через Интернет проходит все больший объем авторских работ, стало легче обнаруживать плагиат, поскольку можно проводить автоматизированный поиск кусков текста в вызывающих подозрение работах, используя для этого технические возможности Интернета<sup>21</sup>.

Возмещение убытков, взыскание с нарушителя незаконно полученного дохода или выплата им компенсации представляют собой один из наиболее действенных способов защиты авторских прав. В данном случае имущественный интерес потерпевшего удовлетворяется за счет денежной компенсации понесенных им имущественных потерь. При этом такая компенсация может быть либо прямо увязана с размером причиненного вреда (возмещение убытков), либо связана с ним лишь косвенным образом (взыскание незаконного дохода), либо вообще относительно независима от него (выплата компенсации). Следует отметить, что хотя возможность компенсации имущественных потерь допускалась и ранее действовавшим авторским законодательством, в настоящее время правила возмещения вреда в рассматриваемой сфере претерпели существенные изменения. В частности, если раньше размер убытков нередко ограничивался нормативными актами, а на

---

<sup>21</sup> См., например, страницу в Интернете, <http://www.altavista.com> или <http://www.rambler.ru> , или <http://www.aport.ru>

практике чаще всего сводился к взысканию в пользу потерпевшего того гонорара, который ему причитался бы при нормальном использовании произведения, сейчас появилась возможность взыскивать с нарушителя убытки в полном объеме. Кроме того, потерпевший может выбрать конкретный метод возмещения вреда, что во многом облегчает задачу по защите его нарушенных имущественных интересов. Наконец, правом на возмещение вреда стали пользоваться все обладатели авторских прав, в том числе и лица, которые приобретают эти права по договорам.

В соответствии с п. 1 ст. 49 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» основной формой компенсации причиненного потерпевшему ущерба является возмещение убытков. Под убытками разумеются расходы, произведенные лицом, право которого нарушено, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода). В рассматриваемой области в соответствии с общим правилом убытки возмещаются в полном объеме. В качестве примера реального ущерба можно указать на расходы, затраченные потерпевшим на устранение искажений произведения или на восстановление материального носителя, который поврежден или уничтожен нарушителем авторских прав. Возмещению подлежат также расходы на оказание юридической помощи по защите нарушенных авторских или смежных прав, на уплату пошлины при предъявлении иска в суд и т.п.

Гораздо чаще, однако, убытки в рассматриваемой области выражаются в той упущенной выгоде, которая могла быть получена в условиях нормальной реализации прав и обязанностей участников авторских правоотношений. Представляется, что в настоящее время этот вид убытков не может сводиться только к выплате того гонорара, который получил бы автор, если бы его права не были нарушены.

Во-первых, действующее авторское законодательство, как уже отмечалось, отказалось от нормирования авторского вознаграждения, сохранив лишь минимальные ставки, которые в соответствии с п. 3 ст. 31 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» устанавливаются Правительством РФ за отдельные виды использования произведений и объектов смежных прав. Вместе с тем ориентация на минимальные ставки была бы явно несправедливой мерой по отношению к потерпевшим. Взыскание же вознаграждения по максимальным ставкам, что практиковалось в прежние годы, сейчас невозможно. Во-вторых, если упущенная выгода сводилась бы к невыплаченному гонорару, эта мера ответственности становилась бы явно несоизмеримой по сравнению с другими предусмотренными законом способами компенсации упущенной выгоды. Поэтому в качестве упущенной выгоды должна рассматриваться по меньшей мере вся та прибыль, которая незаконно получена нарушителем авторского или смежного права.

Обоснование размера причиненных убытков, включая упущенную выгоду, является задачей самого потерпевшего. Им же доказывается сам факт нарушения принадлежащих ему авторских прав, а также причинная связь между нарушением его прав и возникшими убытками. Что касается субъективного условия ответственности, то нарушитель авторских прав предполагается виновным до тех пор, пока им не будет доказано противное.

По общему правилу, убытки взыскиваются в денежной форме. Вместе с тем следует иметь в виду, что авторское законодательство допускает передачу обладателю авторского права по его требованию контрафактных экземпляров произведения или фонограммы, за счет которых могут полностью или частично покрываться причиненные убытки. Если потерпевшего такая форма возмещения убытков не устраивает, он может настаивать на денежной компенсации его имущественных потерь.

Поскольку доказать наличие убытков и обосновать их размер, особенно в части упущенной выгоды, бывает не всегда просто, Закон РФ «Об авторском праве и смежных правах» предоставляет потерпевшим возможность компенсировать понесенные ими убытки двумя другими, более простыми способами.

Во-первых, они могут взыскать с нарушителя в свою пользу весь доход, полученный им вследствие нарушения авторских и смежных прав. Нетрудно заметить, что в данном случае ответственность нарушителя существенно повышается, так как речь идет о всем его незаконном доходе, а не о полученной им прибыли. Кроме того доказать размер дохода, по общему правилу, гораздо проще. В частности, это может быть сделано и расчетным путем, исходя, например, из объема тиража и стоимости одного экземпляра произведения.

Во-вторых, обладатели нарушенных авторских прав могут поступить еще проще, потребовав от нарушителя выплаты компенсации. Размер компенсации определяется по усмотрению суда или арбитражного суда на основании иска потерпевшего в сумме от 10 до 50 000 минимальных размеров оплаты труда, устанавливаемых законодательством РФ.

Как показывает судебная практика последних лет, требование о выплате компенсации

является самым распространенным методом возмещения убытков, причиненных нарушением авторских и смежных прав. Его популярность объясняется именно тем обстоятельством, что истец в данном случае должен доказать лишь сам факт нарушения его имущественных прав, что подразумевает и причинение ему убытков, но не обязан обосновывать их размер. Учитывая это обстоятельство, многие нарушители, особенно тогда, когда интересы потерпевших представляют организации, занимающиеся управлением авторскими (смежными) правами на коллективной основе, а само нарушение достаточно очевидно, выплачивают потерпевшим компенсацию в добровольном порядке. Размер компенсации колеблется в этом случае в интервале от 20 до 100 минимальных размеров оплаты труда за одно бездоговорное использование произведения. Когда же в процессе переговоров договориться не удается и дело доходит до суда, размер компенсации в абсолютном большинстве случаев значительно превышает указанные суммы.

При определении конкретного размера компенсации суды учитывают предполагаемый размер убытков потерпевшего, размер извлеченных нарушителем доходов, масштабность нарушения, количество потерпевших, степень вины нарушителя и некоторые другие факторы. На практике размер компенсации, назначенный судом, варьируется в большинстве случаев от 100 до 1000 минимальных размеров оплаты труда, хотя по крупным делам достигает и больших сумм. По общему правилу, компенсация назначается исходя из того размера минимальной оплаты труда, который действовал на момент нарушения права. Однако поскольку очень часто нарушения носят длящийся характер, а иногда не являются окончательными и на момент вынесения судебного решения, в расчет должно приниматься и изменение минимального размера оплаты труда.

#### **Н. Административные санкции за нарушение авторских прав путем импорта пиратской продукции**

Восстановление нарушенных прав в судах гражданской юрисдикции — не вполне достаточная защита в области авторских прав. Пираты действуют издалека, часто из «заморских стран». В случае ввоза пиратской продукции в страну не всегда есть возможность предотвратить ее распространение. Поэтому возникает серьезная потребность в способе блокирования пиратских товаров на границе. При этом честный импортер должен быть защищен, если он может доказать, что ввозимая им продукция не нарушает авторского права. Статья 16 Бернской конвенции содержит положение, открывающее возможность изымать контрафактную продукцию, но, к сожалению, статье недостает четкой регламентации:

«(1) Контрафактные экземпляры произведения подлежат аресту в любой стране Союза, в которой это произведение пользуется правовой охраной.

(2) Положения предшествующего пункта применяются также и к произведениям, происходящим из страны, в которой произведение не охраняется или перестало пользоваться охраной.

(3) Арест налагается в соответствии с законодательством каждой страны».

В связи с определенной нечеткостью данной статьи Конвенции, многие страны не ввели в свое законодательство статей, формулирующих механизм изъятия товара при таможенном досмотре. Частично эта ситуация исправлена Соглашением ТРИПС. В ст. 51 указывается:

«Страны-участницы должны в соответствии с изложенным ниже принять процедуры, дающие правообладателю, имеющему серьезные основания опасаться, что существует угроза ввоза контрафактной или поддельной по товарному знаку продукции, право обращаться с письменными заявлениями в компетентные административные или судебные органы для того, чтобы таможенные власти отсрочили таможенную очистку и свободное обращение подобной продукции».

Понятие «пиратская продукция» в Соглашении определено следующим образом:

«... Любая продукция, которая представляет собой копию оригинала, изготовленную без согласия правообладателя или лица, уполномоченного правообладателем в стране изготовления, и которая прямо или косвенно воспроизводит эту копию, чье изготовление уже явилось нарушением авторского или смежных прав в соответствии с законодательством страны импортера».

Таким образом, указанные процедуры прямо нацелены на случаи задержания на границе пиратской продукции, а не на разрешение спорных случаев признания авторских прав или



установления их нарушения. Для того чтобы защитить импортера, от обладателя авторского права требуется представить «адекватные доказательства» правообладания и обеспечить «безопасность или страхование» импортируемого груза. Соглашением ТРИПС предусматривается, что груз может быть задержан на срок до десяти дней, что дает правообладателю возможность обратиться в суд. Если груз хранится с нарушением правил, Соглашение предусматривает компенсацию за причиненный ущерб, выплачиваемую импортеру, грузоотправителю или владельцу.

По общему правилу, таможенные органы не должны распространять информацию о реквизитах этих лиц, равно как и о количестве импортируемого груза, как того требуют правила охраны коммерческой тайны. Однако Соглашение ТРИПС разрешает проведение инспекции груза по поручению обладателя авторского права. Оно также делает возможным раскрытие ему информации, если устанавливается факт нарушения его прав.

Условия и порядок применения мер административной ответственности за нарушение авторских прав в Российской Федерации устанавливаются ст. 48—49 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», ст. 10, 12, 22, 22<sup>1</sup>, 23, 24, 27, 28, 29 Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», ст. 150<sup>4</sup>, 157<sup>2</sup>, 202, 241, 290 КоАП. Закон РФ «Об авторском праве и смежных правах» помимо общей ссылки на то, что за нарушение предусмотренных настоящим Законом авторских прав наступает административная ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации (п. 1 ст. 48), предусматривает две конкретные административно-правовые санкции.

Прежде всего, согласно п. 2 ст. 49 Закона суд или арбитражный суд помимо возмещения убытков, взыскания дохода или выплаты компенсации в твердой сумме за нарушение авторских прав взыскивает *штраф* в размере 10% от суммы, присужденной судом в пользу истца. Сумма штрафов направляется в установленном законодательством порядке в соответствующие бюджеты. Как видим, указанная санкция, имеющая административно-правовую природу, является дополнительной карательной мерой воздействия на правонарушителей, действиями которых нарушены имущественные интересы обладателей авторских прав. Она применяется не самостоятельно, а лишь вместе со взысканием убытков в одной из допускаемых законом форм и прямо зависит от размера присужденной в пользу истца суммы возмещения.

По смыслу закона взыскание данного штрафа является не только *правом*, но и *обязанностью* суда, которая, однако, на практике в большинстве случаев судами не выполняется. На наш взгляд, подобная практика расходится с прямым требованием п. 2 ст. 49 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» и является одним из косвенных подтверждений того, что российские судьи пока еще не осознали в полной мере важность борьбы с пиратством. Между тем из Закона ясно следует, что указанная санкция должна применяться к правонарушителям автоматически, безотносительно к тому, просит ли об этом потерпевший или нет.

Другой административной санкцией является предусмотренная п. 4 ст. 49 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» *конфискация* контрафактных экземпляров произведения, а также материалов и оборудования, используемых для их воспроизведения. Однако данная санкция носит административно-правовой характер лишь тогда, когда по решению суда указанные предметы подлежат уничтожению. Если же по требованию потерпевшего контрафактные экземпляры произведения передаются ему (материалы и оборудование, которые использовались для их воспроизведения, могут быть лишь уничтожены), это следует рассматривать как одну из форм полного или частичного возмещения причиненных ему убытков.

Как и взыскание штрафа, *применение конфискации контрафактных экземпляров зависит от усмотрения суда*. Поскольку потерпевший также может быть заинтересован в реализации данной меры (причем не только тогда, когда он требует передачи ему конфискованных контрафактных экземпляров), он может настаивать на конфискации и последующем уничтожении контрафактной продукции, а также обжаловать судебное решение, не содержащее данной санкции. На практике рассматриваемая мера также пока не находит широкого применения. Конфискация материалов и оборудования, используемых для изготовления и воспроизведения контрафактных экземпляров, производится *по усмотрению суда*.

Закон РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» позволяет обладателям авторских прав обращаться за защитой своих нарушенных прав в антимонопольные органы РФ. Правовой базой для этого служит ст. 10 указанного Закона, которая признает одной из форм недобросовестной конкуренции «продажу товаров с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации юридического лица, индивидуализации продукции, выполнения работ, услуг». Государственные антимонопольные органы (Федеральный антимонопольный орган и его территориальные органы) имеют одной из своих задач «предупреждение, ограничение и пресечение монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции» (п. 1 ст. 11

Закона) и наделены полномочиями давать хозяйствующим субъектам обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушений антимонопольного законодательства и (или) об устранении их последствий и «принимать решения о наложении штрафов на коммерческие и некоммерческие организации и административных взысканий на их руководителей, граждан, в том числе индивидуальных предпринимателей» (ст. 12 Закона).

По своей сути антимонопольные органы являются органами исполнительной власти и обеспечивают административно-правовую защиту имущественных интересов хозяйствующих субъектов в рассматриваемой сфере. Это, в частности, означает, что обращаться с заявлениями в антимонопольные органы могут лишь те обладатели авторских прав, которые занимаются коммерческим использованием произведений. Как правило, такого рода деятельностью занимаются не сами создатели творческих результатов, а пользователи произведений, которые приобрели соответствующие права на основании закона (работодатели) или договора.

В соответствии со ст. 27 Закона заявления подаются в антимонопольный орган в письменной форме с приложением документов, свидетельствующих о фактах нарушения антимонопольного законодательства. В заявлении должны содержаться сведения о заявителе и о лице, в отношении которого подано заявление, описание нарушения антимонопольного законодательства, а также существо требования, с которым обращается заявитель. Порядок рассмотрения заявлений определяется Правилами рассмотрения дел о нарушениях антимонопольного законодательства, утвержденными приказом Государственного комитета РФ по антимонопольной политике и поддержке новых экономических структур от 25 июля 1996 г.

По общему правилу, поступившее заявление рассматривается специально созданной для этого комиссией в трехмесячный срок с момента вынесения определения о возбуждении дела по признакам нарушения антимонопольного законодательства (сам вопрос о возбуждении дела решается в месячный срок со дня поступления заявления). Для разъяснения возникающих при рассмотрении дела вопросов, требующих специальных знаний, комиссия вправе привлекать к участию в рассмотрении дела экспертов и специалистов. Рассмотрение дела производится с участием сторон, которые могут знакомиться с материалами дела, представлять доказательства, участвовать в их исследовании, заявлять ходатайства и давать устные и письменные объяснения. Решение принимается комиссией простым большинством голосов открытым голосованием в отсутствие лиц, участвующих в деле. Принятое решение объявляется немедленно по окончании рассмотрения дела, при этом может быть оглашена только резолютивная часть. Мотивированное решение направляется или вручается под расписку сторонам по делу в пятидневный срок со дня его вынесения.

На основании решения комиссии в соответствии со ст. 12 Закона «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» выносится предписание о прекращении нарушения антимонопольного законодательства, которое в установленном порядке направляется или вручается лицу, совершившему это нарушение. Предписание, в котором должны содержаться разумные сроки и конкретные действия по прекращению нарушений и (или) устранению их последствий, подлежит исполнению в установленный им срок. Неисполнение предписания, т.е. уклонение от исполнения, частичное исполнение или несвоевременное исполнение предписания, влечет за собой ответственность в виде штрафа в размере до 100 минимальных размеров труда за каждый день просрочки, но не более 25 тысяч минимальных размеров оплаты труда. При этом руководители организаций могут быть подвергнуты персональной административной ответственности в виде предупреждения или штрафа в размере до 8 минимальных размеров оплаты труда (ст. 157<sup>2</sup> КоАП).

Лица, не согласные с предписаниями антимонопольных органов и наложением штрафов, вправе в 6-месячный срок со дня вынесения соответствующих решений обжаловать их в суд (арбитражный суд). Подача жалобы приостанавливает исполнение решений (предписаний) на время ее рассмотрения в суде до вступления решения суда в законную силу.

Как показывает практика, обращения обладателей авторских и смежных прав за защитой их прав в антимонопольные органы — пока достаточно редкое явление. Как правило, это делается в случаях, когда нарушение авторских или смежных прав является очевидным и подтверждается бесспорными доказательствами. Кроме того, поскольку окончательную точку в споре о нарушении авторских или смежных прав все равно ставит суд, многие потерпевшие предпочитают обращаться за защитой своих прав непосредственно в суд.

Кодекс РСФСР об административных правонарушениях устанавливает административную ответственность за продажу, сдачу в прокат и иное незаконное использование экземпляров произведений и фонограмм (ст. 150). Место расположения ст. 150 КоАП (глава 12 КоАП «Административные правонарушения в области торговли и финансов») и анализ ее диспозиции

свидетельствуют о том, что, вводя данную статью, законодатель прежде всего преследовал цель поставить заслон *незаконному обороту контрафактной продукции*. Это вытекает хотя бы из того, что противоправными считаются в первую очередь продажа и сдача в прокат материальных носителей произведений и фонограмм, если они осуществляются с нарушением установленных ст. 150 КоАП правил. Однако диспозиция статьи сформулирована таким образом, что ею охватываются не только действия по распросу гранению экземпляров произведений и фонограмм, но и *иное незаконное их использование*. Поэтому в принципе административная ответственность по ст. 150 КоАП может наступать и за незаконное воспроизведение, импортирование, публичное исполнение и иное использование произведений и фонограмм. Ограничителями выступают лишь два обстоятельства, а именно связь правонарушения с материальными носителями произведений и фонограмм и преследование нарушителем коммерческих целей. В этой связи данная статья, как правило, не может быть применена к случаям незаконной передачи произведения или фонограммы в эфир или по кабелю, их переделки или иной переработки, публичного исполнения, если при этом используются правомерно введенные в оборот материальные носители произведений и фонограмм.

Охватываемые ст. 150<sup>4</sup> КоАП действия образуют состав административного правонарушения в случаях, если:

экземпляры произведений или фонограмм являются контрафактными в соответствии с законодательством РФ об авторском праве и смежных правах, или

на экземплярах произведений или фонограмм указана ложная информация об их изготовителях и о местах производства, а также иная информация, которая может ввести в заблуждение потребителей, или

на экземплярах произведений или фонограмм уничтожен или изменен знак охраны авторского права или знак охраны смежных прав, проставленные обладателем авторских или смежных прав.

Из приведенной гипотезы статьи видно, что административная ответственность может наступать не только когда нарушитель имеет дело с контрафактными экземплярами произведений и фонограмм, т.е. такими экземплярами, изготовление и распространение которых влекут за собой нарушение авторских или смежных прав. Противоправными с точки зрения закона считаются такие действия, которые хотя и не нарушают чужих авторских или смежных прав, но направлены на введение потребителей в заблуждение относительно происхождения материальных носителей произведений и фонограмм или правообладателей. Так, если даже на фонограмме зафиксированы неохранные произведения и (или) исполнения, но указаны ложные сведения об ее изготовителе или месте производства, воспроизведение или распространение такой фонограммы образует административное правонарушение. Введение ответственности за подобные действия имеет целью защиту прав как потребителей, так и обладателей авторских и смежных прав, поскольку ложная информация о происхождении материальных носителей значительно затрудняет борьбу с пиратством.

Субъектами ответственности по ст. 150<sup>4</sup> КоАП выступают физические лица, которые занимаются коммерческой деятельностью по использованию произведений и фонограмм либо в качестве индивидуальных предпринимателей (продавцы экземпляров произведений и фонограмм, лица, сдающие их в прокат, и т.п.), либо в качестве руководителей соответствующих организаций. Административной ответственности подлежат лица, достигшие к моменту совершения административного правонарушения 16-летнего возраста. Наряду с российскими гражданами административную ответственность несут находящиеся на территории РФ иностранцы и лица без гражданства.

При выявлении административного правонарушения, предусмотренного ст. 150<sup>4</sup> КоАП, уполномоченные должностные лица органов внутренних дел составляют протокол, в котором среди прочих данных указываются место, время и существо правонарушения. При необходимости допускается административное задержание нарушителя на срок до трех часов (ст. 241, 242 КоАП). Вопрос о наложении административного взыскания рассматривается судьями федеральных судов в порядке, установленном процессуальным законодательством.

В качестве санкции применяется штраф в размере от 5 до 10 минимальных размеров оплаты труда (в отношении граждан) или от 10 до 20 минимальных размеров оплаты труда (в отношении должностных лиц) с конфискацией контрафактных экземпляров произведений или фонограмм. Если лицо в течение года уже подвергалось административному взысканию на основании ст. 150<sup>4</sup> КоАП, размер штрафа увеличивается соответственно до 10—20 или 30—50 минимальных размеров оплаты труда. Конфискованные экземпляры произведений или фонограмм подлежат уничтожению, за исключением случаев их передачи обладателю авторских или смежных прав по его просьбе.

Практическая реализация административной ответственности, предусмотренной ст. 150<sup>4</sup>

КоАП, затруднена тем, что работники органов внутренних дел зачастую не в состоянии выявить контрафактную продукцию, так как определить это на основании лишь внешних признаков материальных носителей не всегда возможно. Выход видится в создании специализированных подразделений органов внутренних дел по борьбе с пиратством, которые работали бы в тесном контакте с обществами, управляющими имущественными правами авторов и обладателей смежных прав на коллективной основе, и иными объединениями правообладателей.

## **О. Уголовная ответственность за нарушение авторских прав**

В ст. 61 Соглашения ТРИПС сформулировано требование применения уголовной ответственности за пиратское использование авторских прав:

«Страны-участницы должны налагать уголовную ответственность и наказание, по крайней мере, за злоумышленное... пиратское коммерческое использование объектов авторского права. Меры уголовного наказания могут включать как лишение свободы, так и/или денежные штрафы, размеры которых должны быть достаточными, чтобы удерживать других от совершения подобных действий, и должны соответствовать уровню наказаний, налагаемых за преступления соответствующей тяжести. В соответствующих случаях меры борьбы с пиратством должны включать арест, конфискацию и уничтожение пиратской продукции и любых материалов и приспособлений, которые были использованы при совершении правонарушения. Страны-участницы могут использовать уголовно-правовые и уголовно-процессуальные меры в случаях нарушения прав интеллектуальной собственности, особенно, когда эти нарушения совершаются умышленно и с коммерческим размахом».

Уголовная ответственность за нарушение авторских прав необходима по той же причине, что и уголовная ответственность за кражу других видов собственности. Пиратов, нарушающих авторские права, очень трудно схватить за руку, и поэтому одних гражданско-правовых средств борьбы может быть недостаточно. Введение уголовной ответственности в отношении пиратов может служить двоякой цели: быть средством удержания пиратов от совершения действий и средством «выведения их из строя». Суровость наказания может убедить некоторых людей не заниматься пиратством. Тюремное заключение и уничтожение производственных мощностей для пиратской продукции может, хотя бы на время, физически предотвратить новые правонарушения.

Уголовной ответственности за нарушение авторских прав подлежат, как правило, лишь те, кто действовал с умыслом. Гражданско-правовые средства борьбы с нарушителями авторских прав используются также и в отношении тех, кто действовал неумышленно. Например, журнал, получивший рукопись статьи, публикует ее, не зная (и не будучи в состоянии знать), что это пиратская рукопись. Тем не менее, журнал может быть привлечен к гражданской ответственности за нарушение авторского права. Журнал может подать в суд на человека, представившего рукопись, с требованием возместить понесенные убытки, но будет очень затруднительно довести дело до конца. Издатель может ошибочно полагать, что какое-то произведение уже является частью общего достояния, а, опубликовав его, убедиться, что авторское право на эту вещь еще действует. В этом случае издатель несет гражданскую ответственность. В любом случае было бы совершенно неправильно привлекать к уголовной ответственности издателя, который действовал, не имея злого умысла.

Состав уголовного преступления по действующему российскому законодательству образуют лишь *незаконное использование объектов авторского права или смежных прав, а равно присвоение авторства, если эти деяния причинили крупный ущерб*. Нарушение иных прав авторов, в частности права на имя, права на обнародование, права на защиту репутации автора и т. д., уголовно наказуемого деяния не образует.

*Объективная сторона* рассматриваемого преступления может состоять из одного или нескольких действий, подпадающих под ст. 146 УК РФ, а именно заключаться: а) в присвоении авторства на произведение (исполнение, постановку), т.е. в выдаче чужого результата творческого труда за собственный; б) в совершении любого действия, связанного с незаконным использованием произведения или объекта смежных прав (т.е. их незаконное воспроизведение, распространение, передача в эфир и т.д.). Состав данного преступления *тлеет материальный характер*, т.е. сам факт совершения указанных выше действий еще не включает в себе состава оконченного преступления. Лишь при действительном причинении этими действиями крупного ущерба преступление считается совершенным. Поэтому противоправные действия, которые еще не привели к крупному ущербу, но могли его вызвать, образуют покушение на преступление. Те же действия, которые не привели и не могли привести к крупному ущербу, уголовным преступлением не признаются.

Камнем преткновения в практической реализации ст. 146 УК РФ является вопрос о понятии *крупного ущерба*. Закон его размера не определяет, что, безусловно, является серьезным пробелом.

Наиболее близкое решение данного вопроса содержится в примечании 2 к ст. 158 УК РФ, где применительно к преступлениям против собственности крупным размером считается стоимость имущества, в 500 раз превышающая минимальный размер оплаты труда, установленный законодательством на момент совершения преступления. На практике именно эта цифра и принята в качестве ориентира при оценке крупного ущерба, причиненного нарушением авторских и смежных прав. Вместе с тем на практике нет единства в самом понимании ущерба, а именно в том, должен ли трактоваться ущерб как прямые убытки обладателя авторских или смежных прав или как любые его потери, включая упущенную выгоду. На наш взгляд, сведение ущерба лишь к реальным убыткам сужает сферу применения ст. 146 УК РФ до таких пределов, когда ее существование во многом утрачивает практический смысл. К подавляющему большинству случаев откровенного пиратства данную статью применить будет невозможно. Основные имущественные потери обладателей авторских и смежных прав выражаются в той выгоде, которой они лишились из-за действий пиратов. Поэтому представляется, что понятие ущерба в ст. 146 УК РФ должно трактоваться так же, как и в авторском праве.

*Субъективная сторона* преступления, предусмотренного ст. 146 УК РФ, характеризуется прямым умыслом. Это означает, что лицо не только осознает, что, например, совершает плагиат или незаконно использует чужое произведение, но и желает этого. Отсутствие в действиях правонарушителя вины или неосторожная вина исключают привлечение его к уголовной ответственности.

Уголовную ответственность за нарушение авторских прав несут лица, достигшие 16 лет. Данное преступление наказывается штрафом в размере от двухсот до четырехсот минимальных размеров оплаты труда или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от двух до четырех месяцев, либо обязательными работами на срок от ста восьмидесяти до двухсот сорока часов, либо лишением свободы на срок до двух лет.

Те же действия, совершенные неоднократно либо группой лиц по предварительному сговору или организованной группой, наказываются штрафом в размере от четырехсот до восьмисот минимальных размеров оплаты труда или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от четырех до восьми месяцев, либо арестом на срок от четырех до шести месяцев, либо лишением свободы до пяти лет.

Статья 146 УК РФ пока еще не находит широкого применения. По неофициальным данным, за весь 1997 г. в Москве по данной статье было возбуждено лишь 37 уголовных дел, 11 из которых доведено до суда, а по трем вынесены приговоры. Аналогичная картина наблюдается в Санкт-Петербурге и некоторых других регионах страны.

Очевидно, что приведенные цифры — это лишь капля в том море пиратства, которое существует в России. Для сравнения: в США ежегодно возбуждается по этому поводу около 2500 уголовных дел. Во всех развитых странах борьба с пиратством ведется на государственном уровне, а не является делом лишь самих правообладателей. В нашей же стране данная проблема пока не только не решается, но и по-настоящему еще не осознана. Проведение эпизодических рейдов и облав на рынках сбыта контрафактной продукции и разгром нескольких киосков видеопроката — вот и все меры, которые предпринимаются государством силами практически не подготовленных к борьбе с пиратством правоохранительных органов. Эффективность большинства подобных мероприятий близка к нулевой отметке, так как в лучшем случае неблагоприятные последствия от них испытывают мелкие правонарушители. Поиском же настоящих пиратов, выявлением основных каналов поступления и сбыта контрафактной продукции никто серьезно не занимается. Безусловно, сказывается и такой фактор, как психологическая неготовность работников правоохранительных органов и судей рассматривать пиратов в качестве преступников, посягающих на чужую, хотя и интеллектуальную собственность. Между тем борьба с административными правонарушениями и преступлениями в рассматриваемой сфере должна вестись не менее активно, чем с кражами, мошенничеством и другими преступлениями.

## **II. Роль юриста в планировании и осуществлении охраны авторских прав**

### **1. Когда следует избирать авторско-правовую охрану**

В связи с тем, что авторское право возникает автоматически безо всяких формальностей, нет необходимости в том, чтобы сознательно выбирать форму охраны так, как это нужно делать в области патентования. Чаще всего требуется определиться в том, достаточно ли только охраны авторским правом или нужны еще какие-либо дополнительные виды охраны. Например,

поскольку идеи не могут охраняться авторским правом, публикация статьи с описанием нового технологического процесса не остановит от заимствования изложенных в ней идей для повторения этого процесса другими лицами. Поэтому в данной ситуации гораздо надежнее этот процесс либо охранять как коммерческую тайну, либо запатентовать его.

По той причине, что в США действует самый большой рынок охраняемых авторским правом произведений и что в этой стране предоставляется самая сильная охрана зарегистрированным произведениям, авторы художественных работ могут захотеть зарегистрировать их именно в США<sup>22</sup>. И хотя процесс регистрации сложен, не представляет, издатель, регистрирующий сразу несколько произведений, может воспользоваться услугами юриста для прояснения регистрационных формальностей. Юридическая помощь особенно важна при регистрации таких произведений, по которым могут возникнуть судебные споры.

## **2. Регулирование прав лиц, работающих по трудовому контракту и по временному соглашению**

Как уже говорилось выше, за исключением области кинематографии, международные договоры по авторскому праву не регулируют вопросов распределения имущественных прав между работодателями, с одной стороны, и работниками и подрядчиками — с другой. В национальном законодательстве отдельных стран содержатся положения, по которым имущественные права принадлежат работодателю, если произведение создается работником в ходе исполнения им своих служебных обязанностей. Но и в этом случае возникает ряд вопросов. Каков правовой статус автора произведения: является ли он действительно работником или независимым подрядчиком? Было ли произведение действительно создано в ходе выполнения служебных обязанностей?

Когда правовая охрана произведения испрашивается в другой стране, какое право будет служить основанием для определения взаимоотношений между работодателем и работником и сути их трудовых отношений: будет ли это право страны, где испрашивается охрана, право страны, где создан объект авторской охраны, трудовое законодательство или международное договорное право? Если работа сделана независимым подрядчиком на заказ, каковы будут отношения между ним и заказчиком?

Лучшим способом разрешения подобных проблем является письменный контракт между работодателем (или заказчиком) и каждым работником (или подрядчиком). Кроме того, может понадобиться подписание подобных контрактов с нанимаемыми на временную работу лицами.

## **3. Лицензирование и уступка авторских прав**

Важной задачей юристов, консультирующих по вопросам авторского права, является составление договоров о лицензировании и уступке авторских прав. Существует несколько типов таких договоров: 1) договоры с издательствами; 2) лицензионные договоры по компьютерному программному обеспечению; 3) бланкетные лицензии. Издатели обычно стараются принудить авторов к подписанию стандартных договоров. Известные авторы, обладая прочным авторитетом, могут выторговать себе необычно благоприятные условия. Некоторые удачливые авторы имеют своего агента, который ведет такие переговоры с издательством. Выше, в разделе о коммерческой тайне, мы уже говорили о том, что лицензионные договоры по компьютерному программному обеспечению имеют целью не предоставление, а ограничение прав за счет сокращения преимуществ, которые обычно получает лицо, приобретающее компьютерную программу. Бланкетные лицензии используются в тех случаях, когда затраты, связанные с ведением переговоров о получении лицензии, становятся неоправданно дорогими. Например, неоправданно дорогой может стать индивидуальная лицензия для радиостанции или ресторана на передачу в эфир или на исполнение в зале определенной песни. Во многих странах действуют специальные организации, управляющие авторскими правами, которые выдают радиостанциям, ресторанам и иным подобным учреждениям единую бланкетную лицензию сразу на исполнение широкого круга музыкальных произведений. Похожие организации представляют коллективные интересы и авторов журнальных статей.

---

<sup>22</sup> См страницу в Интернете <http://www.lcweb.loc.gov/copyright/>