

*М.В. Баранова*

*Баранова Марина Владимировна* – профессор кафедры теории и истории государства и права Нижегородской академии МВД России, доктор юридических наук, кандидат культурологи, профессор

E-mail: [gazxsw1232007@yandex.ru](mailto:gazxsw1232007@yandex.ru)

*А.В. Козлов*

*Козлов Александр Викторович* – начальник отдела академического развития, доцент кафедры уголовного права и уголовного процесса Нижегородского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», судья третейского суда при Автономной некоммерческой организации «Центр третейского разбирательства», кандидат юридических наук, доцент

E-mail: [kozloww@mail.ru](mailto:kozloww@mail.ru)

## **О соблюдении авторских прав при производстве и распространении рекламы**

### **Аннотация**

В целом ряде случаев **реклама** является объектом **авторского права**. Поэтому при **производстве и распространении** рекламы необходимо соблюдать **законодательство об авторском праве**. В статье авторы рассматривают вопросы урегулирования авторских прав между **рекламопроизводителем, рекламопроизводителем, рекламораспространителем** и третьими лицами при производстве и распространении рекламы.

In many cases, **advertising** is the subject of **copyright**. Therefore, the **production** and **distribution** of advertising must comply with **copyright laws**. In this article the authors consider the regulation of copyright between **advertisements** and third parties in the production and distribution of advertising.

Согласно п. 1 ст. 3 Федерального закона «О рекламе» от 13.03.2006 № 38-ФЗ (далее – Закон о рекламе) под рекламой понимается информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке<sup>1</sup>. Из определения рекламы следует, что ее основная цель – формирование или поддержание интереса адресатов рекламы (потребителей рекламы) к рекламодателю, его товарам, работам и услугам.

Для повышения эффективности рекламы с точки зрения ее воздействия на потребителя с тем, чтобы возбудить его интерес к рекламодателю, его товарам, работам и услугам, рекламопроизводитель часто при создании рекламы использует музыку, стихи и т.д.<sup>2</sup> В результате реклама в целом ряде случаев содержит в себе объекты авторского права. Такими объектами могут быть литературные произведения (если в рекламе, например, используются стихи); музыкальные произведения с текстом или без текста (если в рекламе есть музыка или песня); аудиовизуальные произведения (если реклама, например, распространяется по телевидению в виде клипа или рекламного ролика); фотографические произведения и произведения, полученные способами, аналогичными фотографии (если реклама, например, оформлена в виде плаката, на котором есть фотографии); географические, геологические и другие карты (например, если реклама размещена на картах маршрутов движения общественного транспорта) и др.

Именно поэтому в Закон о рекламе была включена ч. 11. ст. 5, согласно которой при производстве, размещении и распространении рекламы должны соблюдаться требования законодательства Российской Федерации, в том числе требования законодательства об авторском праве.

По сути, соблюдение требований законодательства об авторском праве означает урегулирование с авторами или иными правообладателями вопросов об исключительных правах на использование произведения, если рекламодатель, рекламопроизводитель или рекламораспространитель в ходе производства или

распространения рекламы используют произведение хотя бы одним из видов, указанных в ст. 1270 части 4 Гражданского кодекса РФ. Такими видами являются: 1) воспроизведение произведения, то есть изготовление одного и более экземпляра произведения; 2) распространение произведения путем продажи или иного отчуждения его оригинала или экземпляров; 3) публичный показ произведения; 4) импорт оригинала или экземпляров произведения в целях распространения; 5) прокат оригинала или экземпляра произведения; 6) публичное исполнение произведения; 7) сообщение произведения в эфир; 8) сообщение произведения по кабелю; 9) перевод или другая переработка произведения; 10) практическая реализация архитектурного, дизайнерского, градостроительного или садово-паркового проекта; 11) доведение произведения до всеобщего сведения.

Количество и комбинация видов использования произведений при производстве и распространении рекламы зависит от целого ряда обстоятельств, главными из которых являются вид рекламы, форма ее выражения, особенности производства и способ распространения. Так, например, если реклама распространяется путем расклеивания рекламных плакатов, то тиражирование рекламных плакатов рекламопроизводителем с точки зрения авторского права является воспроизведением произведения (изготовление одного и более экземпляров), передача рекламных плакатов от рекламопроизводителя рекламодателю и (или) рекламораспространителю с точки зрения авторского права является распространением произведения (отчуждение произведения), расклеивание плакатов с точки зрения авторского права является публичным показом произведения.

Урегулирование с авторами или иными правообладателями вопросов о правах на использование произведения означает получение рекламодателем, рекламопроизводителем и рекламораспространителем исключительного права на использование произведения. Способы и порядок получения такого права указаны в части 4 Гражданского кодекса РФ.

В том случае, если исключительное право на использование произведения

не получено, распространение рекламы, содержащей такие произведения, влечет гражданско-правовую, административную или уголовную ответственность.

Гражданское законодательство предусматривает общие (для всех объектов интеллектуальной собственности) и специальные способы защиты исключительных прав на использование произведения. Общие способы защиты перечислены в ст. 1252 части 4 Гражданского кодекса РФ, в соответствии с которой защита исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и на средства индивидуализации осуществляется, в частности, путем предъявления требования:

1) о признании права – к лицу, которое отрицает или иным образом не признает право, нарушая тем самым интересы правообладателя;

2) о пресечении действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения, – к лицу, совершающему такие действия или осуществляющему необходимые приготовления к ним;

3) о возмещении убытков – к лицу, неправомерно использовавшему результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации без заключения соглашения с правообладателем (бездоговорное использование) либо иным образом нарушившему его исключительное право и причинившему ему ущерб;

4) об изъятии материального носителя в соответствии с пунктом 5 ст. 1252 Гражданского кодекса РФ – к его изготовителю, импортеру, хранителю, перевозчику, продавцу, иному распространителю, недобросовестному приобретателю;

5) о публикации решения суда о допущенном нарушении с указанием действительного правообладателя – к нарушителю исключительного права.

Специальные способы защиты исключительных прав на использование произведения перечислены в ст. 1301 части 4 Гражданского кодекса РФ, в соответствии с которой в случаях нарушения исключительного права на произведение автор или иной правообладатель наряду с использованием других применимых способов защиты и мер ответственности, установленных Гражданским

кодексом РФ, вправе требовать по своему выбору от нарушителя вместо возмещения убытков выплаты компенсации:

- в размере от десяти тысяч рублей до пяти миллионов рублей, определяемом по усмотрению суда;

- в двукратном размере стоимости экземпляров произведения или в двукратном размере стоимости права использования произведения, определяемой исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование произведения.

Административная ответственность предусмотрена в ст. 7.12 КоАП РФ за любое нарушение авторских прав с целью извлечения прибыли. Уголовная ответственность предусмотрена в ст. 146 Уголовного кодекса РФ за незаконное использование объектов авторского права, совершенное в крупном размере, когда стоимость контрафактных экземпляров произведения или прав на использование произведения превышает сто тысяч рублей.

Теперь рассмотрим основные способы получения и закрепления исключительного права на использование произведения, являющегося составной частью рекламы. В ходе анализа мы будем исходить из того, что рекламодатель, рекламопроизводитель и рекламораспространитель – разные лица. На случаи совпадения рекламодателя и рекламораспространителя в одном лице или рекламодателя и рекламораспространителя либо рекламопроизводителя и рекламораспространителя в одном лице мы будем указывать в тексте статьи специально.

Начнем с рекламопроизводителя. Приступая к производству рекламы, рекламопроизводитель должен быть уверен в том, что: 1) он не нарушит авторские права в ходе производства рекламы (например, если производство рекламы включает в себя изготовление тиража рекламных плакатов с фотографиями, как видом объектов авторского права, то уже само по себе тиражирование является использованием произведения в виде воспроизведения, а, следовательно, требует согласия автора фотографии или иного правообладателя); 2) он не нарушит авторские права при передаче рекламного продукта (передача, например, DVD-диска с рекламным продуктом, содержащим объект авторского права, уже

сама по себе является таким видом использования произведения, как его распространение, и право на распространение нужно получить); 3) он уполномочен передать рекламодателю или рекламопроизводителю права на использование произведения при распространении рекламы (например, если реклама будет показана по телевидению, то у рекламопроизводителя должно быть право на сообщение произведения в эфир и полномочие на передачу этого права рекламодателю или рекламораспространителю).

А теперь перейдем непосредственно к юридическим аспектам проблемы. В случае, если рекламопроизводитель получил заказ на производство рекламы, которая будет содержать объект авторского права (произведение), может быть две ситуации: 1) объект авторского права уже создан; 2) объект авторского права только предстоит создать.

Если объект авторского права уже создан, то, в свою очередь, тут может быть 2 ситуации:

1. Права на объект авторского права принадлежат самому рекламораспространителю. В этом случае проблема исключительных прав на произведение на этапе производства рекламы решена.

2. Права на объект авторского права принадлежат третьим лицам (допустим, при создании рекламного ролика рекламопроизводитель планирует включить в него музыку из известной песни, исключительных прав на которую у него нет). На практике рекламопроизводитель в соответствии с договором, заключенным с рекламодателем, при создании рекламы, как правило, использует уже готовые произведения, исключительные права на которые принадлежат другим лицам. В этом случае приобрести такие права можно, заключив с автором или правообладателем один из двух видов договоров: договор об отчуждении исключительного права на произведение или лицензионный договор.

Согласно ст. 1285 Гражданского кодекса по договору об отчуждении исключительного права на произведение автор или иной правообладатель передает или обязуется передать принадлежащее ему исключительное право на произведение в полном объеме приобретателю такого права. Такой договор заключа-

ется в простой письменной форме и не подлежит государственной регистрации. Существенными условиями договора являются: предмет договора (исключительное право на произведение) и цена.

Е.А. Моргунова справедливо указывает на то, что предмет договора должен быть максимально определен путем указания на то, какой именно объект авторского права передается. Она, в частности, верно отмечает, что в некоторых случаях для детализации предмета договора целесообразно экземпляр или снимки произведения оформлять как приложение к договору, и приводит следующий пример из судебной практики: «В суде рассматривалось дело о нарушении авторских прав на фотографии. Ответчик утверждал, что использует произведение правомерно, т.к. получил право на использование произведения по договору. Суд попросил предоставить доказательства, что права получены именно на данные фотографии, однако доказать этого ответчик не сумел»<sup>3</sup>.

Рекламопроизводитель должен помнить, что по договору об отчуждении исключительного права на произведение это право может перейти либо с момента заключения договора, либо с даты, указанной в договоре.

С момента, когда права по договору об отчуждении исключительного права на произведение перешли к рекламопроизводителю, он может распоряжаться ими по своему усмотрению без ограничений.

Теперь о лицензионном договоре. Согласно ст. 1286 Гражданского кодекса РФ по лицензионному договору одна сторона – автор или иной правообладатель (лицензиар) предоставляет либо обязуется предоставить другой стороне (лицензиату) право использования этого произведения в установленных договором пределах. То есть, по сути, по лицензионному договору временно предоставляется право использовать произведение одним или несколькими способами. Такой договор также заключается в простой письменной форме и не подлежит государственной регистрации.

Существенными условиями лицензионного договора в рекламной сфере являются: предмет договора, способы использования произведения и цена. Что касается предмета договора и способов использования произведения, то если,

например, в рекламе будет использована песня, а сама реклама будет распространяться по радио, то в лицензионном договоре рекламораспространителю должно быть предоставлено право на сообщение песни в эфир. Если рекламопроизводитель планирует переделать в рекламных целях текст песни, то в лицензионном договоре нужно еще предусмотреть предоставление рекламопроизводителю права на переработку текста песни.

Если говорить о цене лицензионного договора, то в договоре может быть указан размер вознаграждения за использование произведения или порядок исчисления такого вознаграждения. Мы рекомендуем рекламопроизводителю настаивать на указании в договоре цены в виде фиксированного единовременного платежа.

В лицензионный договор помимо существенных условий могут быть включены и иные условия, не являющиеся существенными, например территория и срок действия договора. При этом, если территория использования произведения в договоре не указана, то рекламопроизводитель вправе использовать произведение на всей территории Российской Федерации (п. 3 ст. 1235 ГК). А если в договоре не указан срок, то договор считается заключенным на 5 лет, за исключением лицензионного договора на использование произведения в составе аудиовизуального или иного сложного произведения. Последний договор считается заключенным на весь срок и в отношении всей территории действия соответствующего исключительного права<sup>4</sup>.

Выделяются два вида лицензионных договора: исключительная лицензия и простая (неисключительная лицензия)<sup>5</sup>. При исключительной лицензии лицензиату (в нашем случае – рекламопроизводителю) предоставляется право использования произведения без сохранения за лицензиаром права выдачи лицензии третьим лицам. При неисключительной лицензии лицензиату предоставляется право использования произведения с сохранением за лицензиаром права выдачи лицензии третьим лицам на тот же способ использования и на той же территории.

Лицензиары неохотно идут на выдачу исключительной лицензии. Но мы



рекомендуем рекламопроизводителю попытаться заключить лицензионный договор именно на условиях исключительной лицензии. В противном случае, если лицензиар разрешит третьим лицам использовать произведение тем же способом и на той же территории, это может обернуться убытками в виде упущенной выгоды при распространении рекламы.

Если объект авторского права, который рекламопроизводитель планирует включить в рекламу, только предстоит создать, то тут может быть три варианта: 1) рекламопроизводитель сам создаст произведение (если он – физическое лицо); 2) произведение будет создано рабочими рекламопроизводителя-работодателя; 3) рекламопроизводитель обратиться по поводу создания произведения к третьим лицам.

В первом случае вопрос о получении рекламопроизводителем исключительных прав на произведение решается автоматически.

Если рекламопроизводитель поручает создание произведения своим рабочим, он должен быть уверен, что исключительные права на вновь созданное произведение будут принадлежать ему. А для этого созданное произведение должно быть служебным. Согласно п. 1 ст. 1295 произведение, созданное работником, будет служебным, если работник создал данное произведение в пределах своих трудовых обязанностей. Факт того, что создание произведения является именно трудовой обязанностью, подтверждается трудовым договором, дополнительными соглашениями, а также иными документами, например, служебным заданием, поручением и т.д. Рекламопроизводителю в документации на создание произведения следует отразить вид произведения и требования к нему (если это музыкальное произведение, то необходимо отразить жанр, стиль, продолжительность звучания), сроки создания произведения и др.

Если рекламопроизводитель обращается с целью создания произведения, которое станет составной частью рекламы, к третьим лицам, то это лучше оформить договором авторского заказа. Согласно п. 1 ст. 1288 Гражданского кодекса РФ договор авторского заказа – это договор, по которому автор обязуется по заказу другой стороны (заказчика) создать обусловленное договором

произведение науки, литературы или искусства на материальном носителе или в иной форме. А. Фалалеев указывает, что договор авторского заказа является самостоятельным видом договоров, который давно и активно применяем в сфере интеллектуальной деятельности<sup>6</sup>.

Н. Лапин выделяет следующие признаки договора авторского заказа:

- объектом договора являются произведения науки, литературы или искусства;
- произведение может быть создано только физическим лицом;
- цель договора заключается в создании произведения науки, литературы или искусства<sup>7</sup>.

В.А. Хохлов указывает, что договор авторского заказа может быть заключен только в отношении произведения, которое не существует на момент заключения договора. Но этому не противоречит практика заключения соглашений в отношении произведений, над которыми автор уже размышлял, работал и которые частично воплотил в жизнь<sup>8</sup>.

Существенными условиями договора авторского заказа являются предмет и срок его представления.

Предметом договора является как само произведение, так и работа по его созданию. Как верно отмечает В.А. Хохлов, используемое в названии договора слово «заказ» означает, что заказчик должен выразить намерение о создании произведения с определенными характеристиками. Такое намерение может представлять собой отдельное письмо с требованиями к произведению или перечень условий, обозначенных непосредственно в тексте договора авторского заказа. Обычно указываются вид и назначение произведения, его форма, способ представления, объем, жанр и другие характеристики<sup>9</sup>.

Если в договоре авторского заказа не указан срок передачи заказчику произведения, такой договор согласно абз. 2 п. 1 ст. 1289 Гражданского кодекса РФ не считается заключенным. Согласно п. 2-4 ст. 1289 Гражданского кодекса РФ в случае, когда срок исполнения договора авторского заказа наступил, автору при необходимости и при наличии уважительных причин для завершения

создания произведения предоставляется дополнительный льготный срок продолжительностью в одну четвертую часть срока, установленного для исполнения договора, если соглашением сторон не предусмотрен более длительный льготный срок. По истечении льготного срока заказчик вправе в одностороннем порядке отказаться от договора авторского заказа. Заказчик также вправе отказаться от договора авторского заказа непосредственно по окончании срока, установленного договором для его исполнения, если договор к этому времени не исполнен, а из его условий явно вытекает, что при нарушении срока исполнения договора заказчик утрачивает интерес к договору.

В п. 2. ст. 1288 Гражданского кодекса РФ указано, что договором авторского заказа может быть предусмотрено отчуждение заказчику исключительного права на произведение, которое должно быть создано автором, или предоставление заказчику права использования этого произведения в установленных договором пределах. На основании данного положения Е.А. Моргунова выделяет три вида договоров авторского заказа:

1. Договор авторского заказа, по которому не предусмотрено ни отчуждение исключительного права на произведение, ни предоставление исключительного права. По такому договору заказчик приобретает только право собственности или право временного владения и пользования на материальный носитель произведения.

2. Договор авторского заказа с условием о предоставлении заказчику права использования произведения в установленных договором пределах. К такому договору соответственно применяются положения о лицензионных договорах.

3. Договор авторского заказа, предусматривающий отчуждение заказчику исключительного права на произведения на условиях, предусмотренных лицензионным договором. К такому договору применяются правила о договоре об отчуждении исключительного права на произведение, если из существа договора не вытекает иное<sup>10</sup>.

С точки зрения рекламопроизводителя первый вид договора авторского заказа нежелателен (т.к. впоследствии рекламопроизводителю для избежания

нарушения авторских прав придется заключать с создателем произведения договор об отчуждении произведения либо лицензионный договор), второй вид допустим, а третий – наиболее приоритетен.

Если рассматривать взаимоотношения между рекламодателем и рекламопроизводителем по поводу создания рекламы, то начальным этапом построения договорных отношений в сфере рекламной деятельности является заключение договора на создание рекламного продукта. По своей природе договор на создание рекламы является договором подряда. В случае, если реклама содержит объекты авторского права, то регламентация передачи исключительных прав на них может осуществляться путем включения условий об этом в договор о создании рекламы или путем заключения самостоятельных договоров. Последний способ более приоритетен.

Такими самостоятельными договорами могут быть договор авторского заказа (если произведение к моменту договора о создании рекламы еще не существует) либо договор об отчуждении исключительных прав на произведение или лицензионный договор (если произведение к моменту заключения договора о создании рекламы не создано либо в договоре авторского заказа не было условия о передаче исключительных прав на произведение или о распоряжении исключительными правами). Эти три договора уже анализировались нами ранее. Отметим только, что в договоре авторского заказа рекламодателю следует максимально подробно сформулировать требования к произведению как составной части рекламы (вид, жанр произведения, его содержание и т.д.). Эти требования должны логически вписываться в требования к самой рекламе, описанные в договоре о создании рекламы. Они могут быть прописаны в самом договоре авторского заказа или оформлены как приложение к нему.

Целесообразно в договоре авторского заказа помимо окончательного срока создания произведения предусмотреть, если это возможно, промежуточные этапы его создания. При создании рекламы в виде рекламного ролика (аудиовизуального произведения) такими этапами могут, например, быть: утверждение рекламодателем сценария произведения, утверждение музыкального произве-

дения как составной части, согласование исполнителей, декораций и т.д. При этом рекламодатель может с целью уточнения в рабочем режиме его видения рекламы согласовать с рекламопроизводителем вопрос о включении в рабочую группу по созданию рекламы представителя рекламодателя.

При заключении лицензионного договора рекламодатель должен быть уверен, что переданных ему исключительных прав на использование произведения должно быть достаточно для распространения рекламы теми способами, в те сроки и на той территории, которые он запланировал.

В основе договорных отношений между рекламодателем и рекламопроизводителем лежит договор о распространении рекламы, который, как правило, носит характер договора о возмездном оказании услуг. Передача исключительных прав на использование произведения в составе рекламы от рекламодателя к рекламопроизводителю может осуществляться путем включения условий об этом в договор о распространении рекламы либо путем заключения договора об отчуждении исключительных прав на произведение или лицензионного договора. Рекламораспространитель должен убедиться в том, что полученные им исключительные права на произведение позволяют распространять рекламу способами (в срок, на территории и т.д.), указанными в договоре о распространении рекламы, без нарушения авторских прав.

В завершении следует отметить, что регламентация прав на использование произведения упрощается в случае, если рекламодатель и рекламопроизводитель совпадают в одном лице, так же как если совпадают в одном лице рекламодатель и рекламораспространитель либо рекламопроизводитель и рекламораспространитель. Кроме того, между рекламодателем и рекламопроизводителем может быть достигнута договоренность о том, что последний передает исключительные права на произведение непосредственно рекламораспространителю.

Примечания:

<sup>1</sup> Собрание законодательства РФ. – 2006. – 12. – Ст. 1232.

<sup>2</sup> См.: *Хужин А.М.* Правовые проблемы использования объектов интеллектуальной собственности в рекламе / А.М. Хужин, М.В. Карпычев // Рекламный бизнес, законодательство, экономическая безопасность личности и государства в современной России: Сборник статей / Под ред. В.М. Баранова. – Н. Новгород, 2005. – С. 205.

<sup>3</sup> См.: *Моргунова Е.А.* Авторское право: учебное пособие; отв. ред. В.П. Мозолин. – М.: Норма, 2009. – С. 176–177.

<sup>4</sup> См.: *Моргунова Е.А.* Авторское право: учебное пособие; отв. ред. В.П. Мозолин. – М.: Норма, 2009. – С. 196.

<sup>5</sup> См.: *Абрамова Н.* Лицензионный договор: некоторые правовые аспекты распоряжения исключительным правом на произведение // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2011. – № 2. – С. 26.

<sup>6</sup> *Фалалеев А.* Суть договора авторского заказа по Гражданскому кодексу Российской Федерации // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2011. – № 1. – С. 15.

<sup>7</sup> *Лапин Н.* Регулирование договора авторского заказа в законодательстве России // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2011. – № 3. – С. 56–60.

<sup>8</sup> *Хохлов В.А.* Договор авторского заказа в гражданском праве России // Журнал российского права. – 2011. – № 4. – С. 27.

<sup>9</sup> *Хохлов В.А.* Договор авторского заказа в гражданском праве России // Журнал российского права. – 2011. – № 4. – С. 32.

<sup>10</sup> См.: *Моргунова Е.А.* Авторское право: учебное пособие; отв. ред. В.П. Мозолин. – М.: Норма, 2009. – С. 182.