

Международный исследовательский институт

# ВОПРОСЫ ПРАВОВЕДЕНИЯ

---

Всероссийский научно-теоретический журнал  
издается с 2009 г., выходит 4 раза в год

---

4(8)

---

2010



WE SUPPORT



МИИ

Всероссийский научный журнал  
“Вопросы правоведения”  
зарегистрирован в Федеральной службе  
по надзору в сфере связи и массовых коммуникаций.  
Свидетельство о регистрации  
ПИ № ФС77-35637 от 17 марта 2009 г.

**Журнал включен**

в Перечень ведущих рецензируемых научных журналов и изданий,  
в которых должны быть опубликованы основные научные результаты  
диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук  
(решение Президиума Высшей аттестационной комиссии  
Минобрнауки России от 19 февраля 2010 года № 6/6)

**Учредитель и издатель:**

Международный исследовательский институт, г. Москва

**Адрес редакции:**

115563, Москва, а/я 77, МИИ  
Тел. +7-495-509-67-82

[www.mii-nauka.com](http://www.mii-nauka.com)  
[info@mii-nauka.com](mailto:info@mii-nauka.com)

**Подписные индексы:**

Объединенный каталог “Пресса России” - 11892, 40661

© Составление.

Международный исследовательский институт, 2010

## Содержание

### Вопросы правовой доктрины

- Чиркин В. Е.* (доктор юридических наук, профессор) Вызовы времени и конституционные модели 8
- Братко А. Г.* (доктор юридических наук, профессор) О гражданском обществе 33
- Бачило И. Л.* (доктор юридических наук, профессор) Освоение наследия М. М. Сперанского в теории юридической науки и законодательстве современной России 52
- Туманова А. С.* (доктор юридических наук, доктор исторических наук, профессор) Свобода личности в политико-правовой доктрине российского консерватизма второй половины XIX – начала XX вв. 67
- Васильев А. А.* (кандидат юридических наук) Государственно-правовые взгляды почвенников (Ф. М. Достоевского, А. А. Григорьева, Н. Н. Страхова) 91

### Точка зрения

- Бринчук М. М.* (доктор юридических наук, профессор) «Скоро гражданское право поглотит земельное...» 111
- Коршунов Н. М.* (доктор юридических наук, профессор), 129
- Мареев Ю. Л.* (кандидат юридических наук, доцент) Право на рекламу: соотношение частного и публичного
- Мионов А. Н.* (кандидат юридических наук, доцент) Пути совершенствования юридической технологии подготовки нормативных правовых актов 137
- Осипян Б. А.* (кандидат юридических наук, доцент) О охраняемых духовно-нравственных ценностях, которые конституционализируют жизнь каждого человека и народа 150
- Панченко П. Н.* (доктор юридических наук, профессор) Презумпции знания уголовного закона и его реализация 167
- Сорокина Е. А.* (кандидат юридических наук) Влияние римского права на развитие правовой системы Англии 185
- Биюшкина Н. И.* (кандидат юридических наук, доцент) Иерархия нормативно-правовых актов охранительного характера в период правления Александра III 196
- Дейнеко А. Г.* Интернет-радио: проблемы правовой квалификации 205



## Интернет-радио: проблемы правовой квалификации

интернет; радио; квалификация; право; регулирование

*А. Г. Дейнеко*

*аспирант Российского государственного института интеллектуальной собственности*

В начале XXI столетия Интернет предоставлял любителям музыки весьма ограниченный круг возможностей для ознакомления с новыми музыкальными произведениями. По сути, все возможности пользователей сводились к двум распространенным вариантам: приобретению в интернет-магазине музыкального носителя, или скачиванию электронной копии произведения из Интернета, которые в зависимости от источника и способа приобретения могли квалифицироваться как легальное, или нелегальное использование музыкального произведения. Наряду с этими способами традиционно высокой была (и остается) популярность радиостанций, вещающих в FM/AM диапазоне, количество которых только на федеральном уровне в 2010 году составляло 53 радиостанции (из которых 9 – имеют статус международных)<sup>1</sup>.

В юридическом смысле самым простым способом «приобретения» композиции является покупка материального носителя. В соответствии со ст. 1273 Гражданского Кодекса РФ<sup>2</sup> (здесь и далее – ГК РФ), если произведение обнародовано правомерным путем, пользователь получает право свободно воспроизводить

<sup>1</sup> По данным [http://ru.wikipedia.org/wiki/Радиостанции\\_России](http://ru.wikipedia.org/wiki/Радиостанции_России)

<sup>2</sup> Гражданский Кодекс РФ (часть четвертая) от 18.12.2006 №230-ФЗ в ред. от 24.02.2010.

его в личных целях. Для радиостанций, вещающих в FM / AM диапазоне ГК РФ использует специальный правовой институт – эфирного и кабельного вещания. Размещение же произведений в Интернете до недавнего времени практически не находило своего отражения в законодательстве РФ. С принятием IV части ГК РФ в п. 2 ст. 1270, в п. 2 ст. 1317, в п. 2 ст. 1324 и в п.2 ст. 1330 был закреплён такой способ использования произведения, как доведение до всеобщего сведения.

Правовой институт доведения произведения до всеобщего сведения оказался востребованным, поскольку «закрыл» собой довольно значительный пробел в правовом регулировании авторских прав в сети Интернет. Однако Интернет – среда, которая в любом обществе всегда находится на переднем крае инноваций и является благодатной почвой для внедрения и развития новых технологических решений, часто опережает свое законодательное регулирование. И с ростом скоростей доступа в Интернет его пользователи получили новый способ доступа к музыке – интернет – радиотрансляции. Рост скорости доступа к Интернету предоставил пользователю новую возможность – возможность забыть про схему «скачал – прослушал» и, доверившись ротации радио и вкусу звукорежиссера, прослушивать музыку в потоковом режиме. Более того, технические характеристики Интернета позволили пользователям не ограничиваться рамками национальных радиостанций. Теперь для прослушивания Швейцарских, Немецких, или Японских радиостанций, вовсе необязательно находиться в той стране, из которой осуществляется вещание. Такие возможности поспособствовали росту популярности сетевых ресурсов, размещающих в Интернете ссылки на соответствующие аудиопотоки. По оценкам сайта d-j.ru, на главной странице которого размещены ссылки на аудиопотоки более чем 250 радиостанций, посещаемость данного ресурса составляет около 10 000 уникальных пользователей в сутки<sup>1</sup>. Сайт guzei.com разместил на

<sup>1</sup> Данные взяты из коммерческого предложения сайта <http://www.d-j.ru> // <http://www.djforum.ru/showthread.php?t=3166>



главной странице более 3 000 (!) радиопотоков<sup>1</sup>, однако данных о количестве посетителей не предоставляет<sup>2</sup>. Сайт [online-radio.org](http://online-radio.org) говорит о более чем 1 300 радиостанциях<sup>3</sup>. В целом, автором данной статьи был осуществлен мониторинг еще трех десятков аналогичных русскоязычных сайтов. Ни на одном из ресурсов не было обнаружено пользовательского соглашения, или иного акта, который мог бы разъяснить пользователю правила доступа к данным ресурсам<sup>4</sup>. При этом все без исключения ресурсы пестрят рекламой, которая, очевидно, размещается на данных сайтах на возмездной основе. Налицо очевидное коммерческое, причем довольно масштабное использование произведений.

С точки зрения правоприменительной практики на первое место встает вопрос о юридической квалификации подобного способа использования произведений. Является ли подобная деятельность использованием произведений? Несомненно, является. Однако к какому из поименованных в ГК РФ способов использования произведений возможно отнести такую деятельность? В IV части ГК РФ содержатся два правовых режима, которые, на первый взгляд, могут быть применены к трансляции радиопотока через Интернет: сообщение в эфир, или по кабелю, и доведение до всеобщего сведения. Как уже было сказано, правовой институт доведения до всеобщего сведения был специально инкорпориро-

---

<sup>1</sup> В рамках данной статьи термины «аудиопоток» и «радиопоток» употребляются автором в несколько упрощенном виде, продиктованном характером данной статьи. С технической точки зрения указанные термины означают процесс передачи звука в цифровом формате, преобразования его в аналоговый сигнал и последующего воспроизведения на устройстве пользователя в потоковом режиме, преимущественно по схеме «станция (генератор потока) – сервер (повторитель потока) – клиент (адресат потока)» – прим. авт.

<sup>2</sup> Информация о количестве посетителей отсутствовала на главной странице сайта на момент обращения автора к ресурсу [http://www.guzei.com/online\\_radio](http://www.guzei.com/online_radio)

<sup>3</sup> Информация о количестве радиостанций используется сайтом <http://ru.online-radio.org/> в качестве рекламного слогана и размещена на его главной странице. Данная ситуация, впрочем, не является уникальной для подобных сайтов – прим. авт.

<sup>4</sup> При этом в ответ на запросы по e-mail о правовой основе такого интернет-вещания к руководству некоторых сайтов ответов автору не поступило – прим. авт.

ван в ГК РФ с целью урегулирования правоотношений в интернет – среде. В связи с этим многие отечественные правоведы квалифицируют интернет – использование сообщения радио- и телепередач как доведение до всеобщего сведения. Однако в первых фундаментальных комментариях к IV части ГК РФ, изданных под редакцией д.ю.н., профессора А.И.Маковского, в этом отношении сделана специальная оговорка:

*«...необходимо различать две ситуации вещания в Интернете. Если речь идет о вещании, которое впервые осуществлено через Интернет, то такое вещание использованием вещания, как объекта исключительного права не является. Здесь мы имеем дело с самим вещанием, как таковым...»<sup>1</sup>*

Профессор Маковский предлагает квалифицировать в качестве доведения до всеобщего сведения только ситуацию, при которой вещание осуществлено в эфире, а уже затем в качестве записи доводится до всеобщего сведения. Данное разграничение, безусловно, имеет место, однако в связи с этим возникают другие вопросы. Ведь уровень техники на сегодня позволяет интернет-сайтам транслировать потоки радиостанций и телепрограмм как в режиме «он-лайн», так и с задержкой, которая может составлять от нескольких долей секунды до нескольких часов. Таким образом, владелец сайта, изменяя параметры работы оборудования, может изменять правовой режим такой трансляции от передачи в эфир, или по кабелю до доведения до всеобщего сведения. Данная конструкция представляется нелогичной и способной породить различные проблемы при правоприменении. Более того, если представить ситуацию, в которой законодатель закрепит в ГК РФ временное значение задержки сигнала (например, если задержка менее 0,99 секунды, это считается прямой трансляцией радио, а если 1 секунда и более – доведение до всеобщего сведения), то даже такое разграничение не разрешит проблему правовой квалификации, поскольку технические возможности интер-

<sup>1</sup> См.: Комментарии к Гражданскому Кодексу РФ часть IV / Под ред. А. Л. Маковского; вступ. ст. В. Ф. Яковлева; Иссл. центр частного права. М.: Статут, 2008. С. 482.



нета позволяют использовать различные способы для установления времени задержки сигнала<sup>1</sup>.

Авторы других комментариев к IV части ГК РФ воспринимают данную проблему неоднозначно. Например, в комментариях под редакцией д.ю.н., профессора Э. П. Гаврилова применительно к ч.2 ст. 1270 ГК РФ, в которой перечисляются способы использования произведений, содержится следующий тезис:

*«Передача в сети интернет «в режиме реального времени» (или с задержкой во времени) есть сообщение в эфир, или по кабелю»<sup>2</sup>.*

Данный тезис в указанных комментариях никак не обосновывается и не находит своего дальнейшего развития. Комментарии под редакцией профессоров Института Государства и Права РАН напротив, вообще не упоминает термина «Интернет» в комментариях к пунктам 7 и 8 ч. 2 ст. 1270 ГК РФ<sup>3</sup>, используя его только в комментарии к п.11 ч.2 ст. 1270 ГК РФ (доведение до всеобщего сведения). В комментариях к последующим статьям ГК РФ, устанавливающих способы использования объектов авторских и смежных прав также ничего не говорится о возможности (или невозможности) приравнивания Интернет-радио к какому-либо из правовых режимов. Исключение составляет комментарий к ст. 1317 ГК РФ, в котором прямо указано:

*«Кабельное телевидение, Интернет, радио и телевидение к сообщению в эфир не относятся»<sup>4</sup>.*

С учетом подобной неопределенности (а зачастую даже и противоречивости) в российской цивилистической доктрине, ста-

---

<sup>1</sup> В частности, при потоковой трансляции радио в Интернете, владелец сайта может создать «каскадную» систему, при которой часть клиентов транслирующего сервера будут, в свою очередь, являться серверами. И если для пользователей, прослушивающих радио «напрямую» от первичного сервера, задержка будет составлять 0,7 сек., то для последующих пользователей –  $0,7 + 0,7 = 1,4$  сек. – прим. авт.

<sup>2</sup> Комментарий к ГК РФ (постатейный) часть 4 Гаврилов Э. П., Городов О. А. и др. М.: Велби, 2008. С. 283.

<sup>3</sup> Комментарии к ГК РФ в 2-х т. Т.2. части 3, 4. (Профессиональные комментарии) / Под ред. Т. Е. Абовой, М. М. Богуславского, А. Г. Светланова; Ин-т государства и права РАН. М.: Юрайт, 2010. С. 304–307.

<sup>4</sup> Там же. С. 362.



новится очевидным вывод о необходимости установления единого правового режима для Интернет – радиотрансляций и Интернет – телевидения<sup>1</sup>. Но прежде чем перейти к непосредственному рассмотрению достоинств и недостатков применения того, или иного правового режима, представляется необходимым проанализировать исторические предпосылки появления вышеуказанных правовых режимов. Только изучив условия появления в законодательстве данных правовых режимов можно сделать выводы об их первоначальной сущности, а, следовательно, о возможности их практического применения к деятельности Интернет-радио.

По нашему мнению, начинать анализ правовых режимов доведения до всеобщего сведения и сообщения в эфир, или по кабелю необходимо с Закона РФ от 9 июля 1993 г. «Об авторском праве и смежных правах» № 5351-1 (здесь и далее – Закон об АП). Данный закон, пусть даже и в последней своей редакции не содержащий терминов «Интернет», «сайт» и т.п., тем не менее, содержал в себе определенные критерии для разграничения исследуемых правовых режимов. В своей первоначальной редакции Закон об АП в качестве правомочий автора по использованию произведений называл, среди прочего, право на передачу в эфир, и право на сообщение для всеобщего сведения по кабелю. При этом при сообщении для всеобщего сведения по кабелю возможно было использовать не только кабель, но и «провода и иные аналогичные средства»<sup>2</sup>. При этом, статьи 37–40 Закона об АП (регулирующие права исполнителя на фонограмму, права организаций эфирного и кабельного вещания и т.п.), используя формулировки «сообщение в эфир» и «доведение до всеобщего сведения по кабелю» не упоминали и не раскрывали понятия иных аналогичных средств. Очевидно, это было вызвано тем обстоятельством, что законодатель, принимая Закон об АП (в 1993 г.) не вполне ясно представлял себе перспективы развития Интернета.

<sup>1</sup> Сходные правовые проблемы возникают и при попытке установить единый правовой режим для интернет-телевидения. Однако в рамках данной статьи предлагается сосредоточиться на правоотношениях в сфере интернет-радиотрансляций – прим. авт.

<sup>2</sup> Абз. 8 п. 2 ст. 16 Закона об АП.



К тому же, в 90-е годы прошлого века набирали обороты и многие другие способы коммуникации, часть из которых получили широкое распространение (сотовая связь), а часть из которых была со временем забыта (пейджинговая связь, телетекст и т.п.). Поэтому было сложно ожидать от законодателя подробных норм, касающихся Интернета

К попыткам урегулировать правоотношения в Интернете законодатель приступил только в следующем столетии. С 1 сентября 2006 г. в Законе об АП появились новые нормы, введенные Федеральным Законом № 72-ФЗ<sup>1</sup>. В статье 16 Закона об АП, регулирующей права автора на использование произведения, появился новый пункт – право на доведение до всеобщего сведения, а именно, право «сообщать произведение таким образом, при котором любое лицо может иметь доступ к нему в интерактивном режиме из любого места и в любое время по своему выбору». При том, что данный способ использования несколько сливался с сообщением для всеобщего сведения по кабелю, стремление законодателя урегулировать использование произведений в Интернете было очевидно. Аналогичные изменения были внесены в статьи 37–40 Закона об АП, но и они до конца не раскрывали сущности нового правового института.

Развитие Интернета к 2006 г., когда указанные поправки вступили в силу, превышало самые оптимистические прогнозы. Количество пользователей Интернета в России превышало 28 млн. человек, или 23% от взрослого населения страны<sup>2</sup>. Аналогичные темпы роста Интернет демонстрировал и во всем мире. Международное сообщество отреагировало на развитие Интернета на десятилетие раньше, еще 20 декабря 1996 г. Дипломатической конференцией ВОИС был принят Договор ВОИС по авторскому праву<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Федеральный Закон «О внесении изменений в Закон РФ «Об авторском праве и смежных правах» от 20.07.2004 №72-ФЗ // РГ. 2004. 28 июля.

<sup>2</sup> Опросы «Интернет в России». Основные результаты / Фонд «Общественное мнение» <http://www.fom.ru/projects/23.htm>

<sup>3</sup> Договор ВОИС по авторскому праву и согласованные заявления в отношении Договора ВОИС по авторскому праву – приняты Дипломатической конференцией ВОИС 20.12.1996 г. Вступил в силу в РФ с 05.02.2009 г. <http://www.wipo.int/treaties/ru/ip/wct/wct.html>

(здесь и далее – ДАП). Данный договор в рамках данной работы можно расценивать, как первую попытку установить единообразные принципы для правового регулирования авторских прав в Интернете. В силу трансграничности самого Интернета, очевидно, что базой для развития национальных законодательств в данной сфере должна стать международно-правовая база.

Ст. 8 ДАП, упоминая о праве на сообщение для всеобщего сведения автора произведения, ссылается на статьи 11(1)(ii), 11 *bis*(1)(i) и (ii), 11 *ter*(1)(ii), 14(1)(ii) и 14 *bis* (1) Бернской конвенции<sup>1</sup>. Формулировка «сообщение» используется в ДАП именно по причине корреспонденции ДАП и Бернской Конвенции. В Бернской конвенции, принятой в 1886 г., даже с учетом последних изменений от 1979 г. не упоминается (да и не могло упоминаться) о доведении до всеобщего сведения. Во всех статьях Бернской Конвенции, регулирующих использование музыкальных произведений, используется формулировка «сообщение для всеобщего сведения». Очевидно, что она подразумевает использование произведения путем передачи его в эфир, или сообщения по кабелю, но никак не при помощи Интернета. Поэтому авторы ДАП воспользовались терминологией Бернской Конвенции, чтобы исключить правовые коллизии между данными нормативными актами. Задача распространить действие ДАП на отношения по использованию произведений в сети Интернет была решена авторами ДАП путем расширения понятия «сообщения для всеобщего сведения». В соответствии со ст. 8 ДАП, сообщение для всеобщего сведения *включает в себя* доведение произведения до всеобщего сведения. Таким образом, логика авторов ДАП становится очевидной. Сохраняя прежние устоявшиеся институты авторского права (право на передачу в эфир и др.), доведение произведения до всеобщего пользования (в первую очередь, через Интернет), становится одним из новых способов использования произведения. Таким образом, можно сделать вывод, что не только авторы IV части ГК РФ, но и авторы ДАП, внедряя новый правовой институт – доведение

<sup>1</sup> Бернская Конвенция об охране литературных и художественных произведений от 09.09.1986 с изм. от 28.09.1979 г., <http://www.wipo.int/treaties/ru/ip/berne/berne.html>



произведения до всеобщего сведения – преследовали цель урегулировать использование произведений (в том числе, музыкальных) в сети Интернет. При этом, ДАП, как основополагающий международный акт, не содержит подробных критериев разграничения доведения до всеобщего сведения и сообщения в эфир произведения. Аналогичный подход прослеживается и в Договоре ВОИС по исполнениям и фонограммам<sup>1</sup> (здесь и далее – ДИФ), указывающем в ст. 2, что «сообщение для всеобщего сведения означает передачу исполнения, или фонограммы для публики любым другим способом, кроме передачи в эфир». А, следовательно, вынуждает нас обратиться к IV части ГК РФ.

В качестве квалифицирующих признаков для доведения до всеобщего пользования ГК РФ (ст. 1270, 1317, 1324 и 1330) называет возможность:

- Получать доступ к произведению любым лицом;
- Получать доступ к произведению в любое время;
- Получать доступ к произведению из любого места;
- Получать доступ к произведению по собственному выбору.

Выявить квалифицирующие признаки для сообщения произведения в эфир, или по кабелю также не составляет труда:

Произведение сообщается для всеобщего сведения с помощью кабеля, провода, оптического волокна, или других аналогичных средств, а также при передаче через спутник (подп. 7-8 п.2 ст. 1270 ГК РФ);

Сообщением является любое действие, посредством которого произведение становится доступным для слухового, или зрительского восприятия публикой (подп. 7 п.2 ст. 1270 ГК РФ);

Доступность восприятия произведения не зависит от фактического восприятия произведения пользователем. Применительно к радиотрансляциям в Интернете это означает, что прием сигнала с радиопотоком посредством компьютера считается восприятием произведения, вне зависимости от того, включены в этот момент у пользователя аудиокolonки, или нет.

<sup>1</sup> Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам и согласованные заявления к нему – приняты Дипломатической конференцией ВОИС 20.12.1996 г. Вступил в силу в РФ с 05.02.2009 г. <http://www.wipo.int/treaties/ru/ip/wppt/wppt.html>

Организации, осуществляющие эфирное, или кабельное вещание обладают смежными правами на вещание, не зависящими от наличия и действия авторских прав, прав исполнителей и прав на фонограмму. Указанные права действуют в течение 50 лет (ст. 1330 и 1331 ГК РФ).

Итак, в отношении проведенного анализа законодательства можно сделать вывод о том, что российское право, воспринимая и присоединяясь к общим принципам защиты авторских прав в Интернете, установленным, в частности, ДАП, не содержит в себе четкого правового регулирования интернет-радиотрансляций. А, следовательно, вопрос о правовой квалификации использования произведений в интернет-радио еще только предстоит разрешить.

Исходя из вышеперечисленных критериев, можно сделать вывод, что использование произведения в интернет-радиотрансляции не может быть приравнено к доведению произведения до всеобщего сведения. Это следует как минимум по двум причинам.

Важнейшим из свойств интернет-радио является потоковый характер передачи данных. В связи с этим такой признак доведения до всеобщего сведения, как возможность доступа к произведению по выбору пользователя, не соблюдается. Пользователь не может выбирать из радиопотока интересующие композиции, также лишен он возможности выбирать место, с которого начнется трансляция. Данное свойство представляется ключевым, поскольку пользователь, в случае отсутствия непрерывного потока будет иметь дело с принципиально другими объектами авторского права – с набором музыкальных произведений, размещенных на сайте, которые он может воспроизводить по своему усмотрению.

Критерий возможности доступа к произведению в любое время, характерный для доведения до всеобщего сведения, также не соблюдается в отношении интернет – радиостанций. Пользователь не может получать доступ к нужным ему программам в любое время по той простой причине, что каждая из программ выходит в эфир в свое определенное время. А, следовательно, для



Материалы конференции «Информационные технологии в науке»

буется, поскольку при деятельности интернет-сайта не используются технические средства эфирного, проводного, или кабельного телерадиовещания (абзац 8 п. 6 указанного Постановления).

Напрашивается очевидное и самое простое решение: изменить редакцию пунктов 7) и 8) ч. 2 ст. 1270 ГК РФ<sup>1</sup> таким образом, чтобы в понятие сообщения в эфир, или передачи по кабелю было бы включено использование произведения «... посредством интернета, радио, или телевидения». Однако такой способ решения проблемы породит проблемы куда более значительные. Подобная редакция статьи 1270 ГК РФ (и других аналогичных статей ГК РФ) будет противоречить международным обязательствам РФ, поскольку ДАП, ДИФ и Бернская Конвенция содержат формулировки, текстуально совпадающие с действующей редакцией ст. 1270 ГК РФ, и не предусматривающие использование иных технических средств, кроме, собственно, радио или телевидения, при сообщении произведения в эфир, или передаче по кабелю. Даже если предложенные изменения будут внесены в ГК РФ, в этой части указанные нормы будут недействительны в силу п. 4 ст. 15 Конституции РФ, устанавливающей приоритет норм международных договоров над национальным законодательством.

Таким образом, интернет-радиотрансляции по своим объективным и юридическим характеристикам не могут быть приравнены в правовом режиме ни к доведению до всеобщего сведения, ни к сообщению в эфир, или передаче по кабелю. Выход из сложившейся ситуации дает все тот же пункт 2 ст. 1270 ГК РФ, согласно которому «Использованием произведения, ... считается, в частности...». Избранная законодателем формулировка «в частности» означает, что перечень способов использования произведения является открытым, а значит, во-первых, использование произведения может осуществляться и иными способами, не упомянутыми в ГК РФ, а во-вторых, юридическая конструкция

---

<sup>1</sup> Также в целях устранения противоречий в ГК РФ аналогичные изменения пришлось бы внести в пункты 1) и 2) ч. 2 ст. 1317 ГК РФ, пункты 2) и 3) ч. 2 ст. 1324 ГК РФ, ч. 3 ст. 1330 ГК РФ (далее по тексту – «статьи, связанные со ст. 1270») – прим. авт.



части 2 ст. 1270 ГК РФ не запрещает, а, напротив, *допускает появление новых подпунктов*, включающих новые способы использования произведений.

Необходимость дополнения ч. 2 ст. 1270 ГК РФ (и связанных с ней статей) пунктом о возможности использования произведения в интернет – радиотрансляции<sup>1</sup> обусловлена также и тем, что использование произведений способом, не поименованным в законе, лишает правообладателей возможности контроля за использованием произведений таким способом. Например, действующие аккредитации<sup>2</sup> Российского Авторского Общества (здесь и далее - РАО) предусматривают возможность получать вознаграждение за осуществление прав композиторов, являющихся авторами музыкальных произведений, использованных в аудиовизуальном произведении за публичное исполнение или сообщение в эфир или по кабелю такого аудиовизуального произведения (пункт 2 ч.1 ст. 1244 ГК РФ), а также за публичное исполнение, сообщение в эфир, или по кабелю, в том числе, путем ретрансляции обнародованных музыкальных и музыкально-драматических произведений (пункт 1 ч. 1 ст. 1244 ГК РФ). Использование произведений в интернет-радио, не будучи поименованным в ст. 1270 ГК РФ, отсутствует и в ст. 1244 ГК РФ, которая определяет возможные виды лицензируемой деятельности для организаций по коллективному управлению авторскими правами. Таким образом, РАО лишено возможности получать вознаграждение за использование произведений в интернет – радиотрансляциях в общем порядке. Действующее законодательство предоставляет организациям, осуществляющим коллективное управление авторскими правами такую возможность лишь в том случае, если такой способ использования произведения будет прямо указан в договоре организации с автором произведения. Между тем, масштабы

<sup>1</sup> В рамках данной статьи, автор не проводил исследования интернет – телевидения. Однако есть основания полагать, что в силу сходства объективных характеристик указанных способов использования произведений, они могут быть сгруппированы в один подпункт – прим. авт.

<sup>2</sup> Свидетельство №15 от 15.08.2008 г. и Свидетельство №16 от 15.08.2008 г. – пункт 1.1. Устава РАО. <http://rao.ru/orao/ustav>



использования охраняемых объектов авторского права в интернет – радио (о которых говорилось выше) не оставляют сомнения в том, что контроль за их использованием должен осуществляться в силу закона, а не в силу договора (договоров).

Вопрос о правовой квалификации интернет – радио актуален не только с точки зрения установления контроля за использованием охраняемых законом объектов авторского права, но и с точки зрения правового статуса лиц, осуществляющих вещание радиостанций в Интернете. Статья 1329 ГК РФ называет в качестве особого субъекта авторского права организации эфирного, или кабельного вещания. У данных организаций в силу ст. 1330 ГК РФ возникает особый вид смежных прав – исключительное право на сообщение радио- или телепередач. Очевидно, что организация, осуществляющая вещание посредством интернет – радиотрансляции не может быть признана организацией эфирного, или кабельного вещания и смежных прав, предусмотренных ст. 1330 ГК РФ у нее не возникает. Однако организация, правомерно осуществляющая интернет – радиотрансляцию должна приобрести права на трансляцию сообщений радиопередач в Интернете у радиостанции. В силу того, что радиопоток используется для последующей передачи пользователям, возможно, следует говорить о наличии у таких организаций производных смежных прав, или смежных прав второго рода. Закрепление новой категории смежных прав в законе предоставит законодателю наделить организации, осуществляющие Интернет – радиотрансляции, особым правовым статусом, например, установив для подобных организаций ответственность за содержание информации, размещаемой на сайте. При этом, закрепление новой категории смежных прав в ГК РФ лишено смысла до внесения поправок в ст. 1270 ГК РФ.

Проблематика данной статьи не исчерпывается вышеописанными решениями. При попытке решения проблемы интернет-радио указанным способом – введением в ч. 2 ст. 1270 ГК РФ (и связанные с ней статьи) нового способа использования произведений – правоприменительная практика столкнется с куда более



фундаментальными проблемами, вытекающими из важнейшего свойства Интернета, а именно, его трансграничности. Отсутствие как государственных, так и юрисдикционных границ в Интернете составляет главное препятствие для привлечения к ответственности нарушителей, в том числе, нарушителей авторских прав. Ведь даже если предложенные поправки будут внесены в ст. 1270 ГК РФ (а затем, надо полагать, и в ст. 1244 ГК РФ), и РАО (или любая другая организация по коллективному управлению авторскими правами) получит государственную аккредитацию по данному виду деятельности, то это не значит, что такая организация сможет эффективно управлять использованием произведений в интернет-радио.

Конечно, в отношении использования произведений российских авторов на радиостанциях, расположенных в зоне .ru, находящихся на сервере, расположенном в РФ, принадлежащему российскому собственнику и вещающих на территории РФ, у организации по коллективному управлению авторскими правами появится возможность привлекать правонарушителей к ответственности. Однако стоит такому сайту осуществлять вещание исключительно на территории любого другого государства (при этом, необязательно участника ДАП, или Бернской Конвенции), как проблема трансграничности становится актуальной. И если такую ситуацию возможно урегулировать при помощи межправительственных соглашений, то в отношении множественности иностранного элемента такое соглашение не решит проблемы. Множественность иностранного элемента не является редкостью для интернет – радиостанций. Сайты с музыкальным (и не только) контентом зачастую размещаются на серверах на территории островных государств, «государств-карликов»<sup>1</sup> с целью уберечь содержимое сайта от воздействия со стороны правоохранительных органов. В качестве источника радиопотока все чаще выби-

---

<sup>1</sup> Среди интернет-радиостанций в последнее время стал популярным домен .fm – домен верхнего уровня для Микронезии, совпадающий с аббревиатурой частотной модуляции (FM = Frequency Modulation) Регистрация доменов второго уровня (например, radio№1.fm) возможна и для нерезидентов Микронезии – прим. авт.

раются зарубежные радиостанции, которые невозможно найти в FM-диапазоне на территории РФ. Доменная зона, выбранная для сайта, также не дает юридических оснований для определения «национальности» сайта, и в этом смысле домен .ru ничем не отличается от доменов .com, .org и др., поскольку не имеет территориальной привязки к территории РФ. Таким образом, в сфере интернет – радиостанций встречаются уникальные с точки зрения международного права ситуации, когда, например, вещание испанской радиостанции на территории РФ осуществляет сервер, расположенный на Кипре, принадлежащий хозяйственному обществу, зарегистрированному в Украине, через сайт .fm, зарегистрированный в Микронезии.

Представляется, что оптимальным выходом из подобных юридических коллизий могут стать международные соглашения, устанавливающие единые критерии для определения «национальности» интернет – радиостанций, и условий привлечения их к ответственности за нарушение авторских прав. По нашему мнению, в качестве возможного источника для поиска таких критериев, следует проанализировать Конвенцию Совета Европы о преступности в сфере компьютерной информации<sup>1</sup>. Согласно ст. 10 Конвенции о киберпреступности, каждая страна-участник Конвенции принимает меры для того, чтобы квалифицировать нарушения авторских прав в качестве уголовных преступлений, когда действия, нарушающие авторские права, совершаются: умышленно, в коммерческом масштабе, с помощью компьютерной системы, не являются нарушением исключительно моральных авторских прав.

Очевидно, что нарушение авторских прав посредством использования произведений в интернет – радиотрансляции отвечает всем вышеназванным признакам. В качестве условий привле-

---

<sup>1</sup> Конвенция Совета Европы о преступности в сфере компьютерной информации – заключена в Будапеште 23.11.2001 г. (далее по тексту – Конвенция о киберпреступности). Вступила в силу 01.07.2004 г. В 2005 г. было принято решение о подписании РФ данной Конвенции (Распоряжение Президента РФ от 15.11.2005 № 557-ПП), однако в 2008 г. это распоряжение утратило силу (Распоряжение Президента РФ от 22.03.2008 № 144-ПП) – прим. авт.



чения к ответственности за правонарушения, предусмотренные Конвенцией о киберпреступности (в том числе за правонарушения в сфере авторских прав), ст. 22 Конвенции называет распространенные в международном праве формулы прикрепления.

При том, что Конвенция о киберпреступности не называет четких условий привлечения нарушителей авторских прав к ответственности, в ней содержится ряд важнейших положений, которые могут поспособствовать решению проблем Интернет-радио. Например, Конвенция устанавливает обязанность поставщиков услуг Интернет (провайдеров) оказывать содействие правоохранительным органам государств в сборе доказательств, связанных с киберпреступлениями. В отношении Интернет – радиостанций интерес представляет ст. 20 Конвенции, обязывающая провайдеров сотрудничать с компетентными органами и помогать им собирать или записывать в реальном режиме времени данные о потоках информации, связанные с конкретными сообщениями на территории государства, передаваемыми по компьютерной системе. То есть применительно к Интернет – радио, страны-участники Конвенции получают возможность потребовать от провайдеров фиксации и последующего предоставления правоохранительным органам записей радиопотоков, которые впоследствии могут послужить доказательственной базой для дел о нарушении авторских прав. Таким образом, даже с учетом того, что Конвенция о киберпреступности относится к международному уголовному праву, необходимо отметить важность общих принципов, закрепленных в данной Конвенции.

Указанные юридические конструкции могут послужить основой для разработки международного акта, посвященного установлению общих условий привлечения к ответственности лиц, неправомерно использующих охраняемые законом произведения в Интернете. Необходимость же принятия подобной Конвенции, как впрочем и внесения поправок в российское законодательство, по нашему мнению, не вызывает сомнений. Как отмечал еще в 1998 г. профессор М. А. Федотов, «если мы хотим обеспечить законные интересы – справедливое вознаграждение и защиту моральных прав – тех, кто работает в мире интеллектуального творчества, и чьи произведения используются в локальных и глобаль-

ных сетях, то мы должны развивать международное и национальное авторское право не изолированно, а в общем контексте формирования правовой базы киберпространства».<sup>1</sup>

Подводя итог данной статье, хотелось бы еще раз обратить внимание на высокую актуальность рассматриваемой проблемы. Использование музыкальных произведений частными пользователями в Интернете вряд ли в ближайшее время перестанет быть источником нарушения авторских прав. Однако использование музыкальных произведений в интернет-радиотрансляциях очевидно носит коммерческий (при том, довольно масштабный) характер. Судебная практика на момент написания данной статьи еще не дала ответа на вопрос о правовой квалификации интернет – радиотрансляций. По нашему мнению, именно отечественная доктрина должна поспособствовать решению этого вопроса. Установление контроля за использованием охраняемых законом произведений, а также выявление и пресечение нарушений авторских прав в данной сфере станет новым, значительным шагом на пути к установлению правопорядка в Интернете.

#### Библиографический список:

1. Федотов М. А. Киберпространство как сфера обитания права // Бюллетень ЮНЕСКО по авторскому праву. 1998. № 3. Комментарий к ГК РФ (постатейный) часть 4 Гаврилов Э. П., Городов О. А. и др. М.: Велби, 2008.

2. Комментарии к ГК РФ в 2-х т. Т.2. части 3, 4. (Профессиональные комментарии) / Под ред. Т. Е. Абовой, М. М. Богуславского, А. Г. Светланова; Ин-т государства и права РАН. М.: Юрайт, 2010.

---

<sup>1</sup> Федотов М. А. Киберпространство как сфера обитания права // Бюллетень ЮНЕСКО по авторскому праву. 1998. № 3.