

ГК РФ как единой технологии) допустима только тогда, когда они представляют собой или имеют в своем составе ОИС.

Содержание термина РНТД, вытекающее из указанных Методических рекомендаций (оборотоспособность РНТД), отлично от понятия, вводимого Положением о госучете и включающего такие необоротоспособные объекты, как охраноспособные РНТД (п. 5).

Указанное противоречие, по всей видимости, может быть преодолено лишь с помощью толкования понятий, предусмотренных этими актами. Так, для целей учета РНТД, способных к гражданскому обороту, следует рассматривать только охраняемые РИД, а для более полной оценки научно-технических результатов — и такие РИД, которым правовая охрана не предоставлена, но относительно которых установлено свойство охраноспособности. Соответственно должно быть признано, что понятия «охраноспособность» и «оборотоспособность» значительно отличаются по своему правовому объему и значению для гражданского оборота.

Рассмотренный перечень подзаконных актов, предметом регулирования которых являются права на РНТД, неисчерпывающий. Однако иные акты органов исполнительной власти в отношении РНТД не вносят в обсуждаемое понятие дополнительные существенные свойства.

Таким образом, все указанные определения термина РНТД могут рассматриваться как комплекс различных характеристик РНТД, являющихся специфическим видом РИД. Важнейшие признаки РНТД таковы:

- это продукт отношений между научной организацией, заказчиком и иными потребителями научной и (или) научно-технической продукции, в том числе государственными органами исполнительной власти;
- отношения возникают исключительно по поводу создания, передачи и использования научной и (или) научно-технической продукции, выполнения (оказания) научных, научно-технических, инженерно-консультационных и иных работ (услуг);
- обязательно требование получения РНТД с использованием бюджетного финансирования;
- РНТД либо представляют собой объекты авторского, патентного или иного интеллектуального права, предусмотренного частью четвертой ГК РФ, либо совмещают в себе охраняемые РИД с неохраняемыми, либо это РИД, которые потенциально способны к правовой охране.

Оборотоспособность РНТД возможна только для РИД, которым предоставлена правовая охрана в соответствии с частью четвертой ГК РФ.

В. КОЛЧАНОВ,
начальник юридического отдела ИПХФ РАН

Устное произведение и живое исполнение: проблемы объективной формы

АННОТАЦИЯ

Сопоставляя нормы ГК РФ, определяющие правовые требования к объективной форме устных произведений и живых исполнений, автор статьи показывает, как эти требования конфликтуют с нормами международного права и основными

ANNOTATION

Comparing propositions of Civil Code of Russia that determine legislative requirements for objective form of oral works and live performances the author of article point out, how these requirements come into conflict with the standards of international law and

принципами охраноспособности произведений и исполнений, устанавливаемыми ГК РФ.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: авторское право, смежные права, устная форма произведения, живое исполнение, критерии охраноспособности произведений, способ выражения, требование фиксации произведения.

ground principles of copyright protection and protection of neighboring rights that were established by Civil Code.

KEY WORDS: copyright, neighboring rights, oral works, live performance, criteria of protectability of works and performances, form of expression, tangible form.

Общепризнано, что произведение становится объектом авторского права только при условии, что оно приняло некую объективную форму, доступную для восприятия. Это положение кажется бесспорным, если бы не п. 3 ст. 1259 ГК РФ (требование публичности) и подп. 1 п. 1 ст. 1304 ГК РФ (требование воспроизводимости), ставящие под сомнение основной принцип авторского права: любая форма, воспринимаемая чувствами человека непосредственно или с помощью технических устройств, является объективной¹.



Некоторые российские цивилисты поныне считают, что авторское право имеет дело только с воспроизводимыми формами и что устная форма произведений недостаточно объективна для придания таким произведениям охраноспособности², а живые исполнения предлагается и вовсе не признавать в качестве объектов³.

Настоящее исследование посвящено анализу п. 3 ст. 1259 ГК РФ [авторские права распространяются как на обнародованные, так и на необнародованные произведения, выраженные в какой-либо объективной форме, в том числе в устной форме (в виде публичного произнесения, публичного исполнения и иной подобной форме)] и подп. 1 п. 1 ст. 1304 ГК РФ (объектами смежных прав являются исполнения артистов-исполнителей и дирижеров, постановки режиссеров-постановщиков спектаклей (исполнения), если эти исполнения выражаются в форме, допускающей их воспроизведение и распространение с помощью технических средств).

В таком сочетании объекты выбраны неслучайно, потому что вне живых исполнений устные произведения не существуют, они в них выражаются. Суть проблемы: нематериальные объекты (произведения) выражены в нематериальной форме (публичные исполнения), права на которую возникают не у авторов произведения, а у других субъектов (артистов-исполнителей), чьим творческим трудом она и создается (авторы исполнений — ст. 1313 ГК РФ). Публичное исполнение — уникальное явление, поскольку одновременно является объективной формой произведения, его способом выражения и способом использования. В отличие от произведений, для которых устная форма является альтернативной, без живых исполнений нет исполнений вообще, нет и устных произведений. В российской цивилистике совершенно не изучен вопрос, какие элементы при изменении способа выражения произведения в случае публичного исполнения создаются автором, а какие — артистами-исполнителями⁴.

Соответственно устная форма произведений — комплексное явление, складывающееся на пересечении норм авторского и смежных прав.

В доктрине существуют два подхода к определению понятия «устное произведение».

¹ Здесь необходимо сделать ссылку на ст. 16 (1) Договора Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) по исполнениям и фонограммам (Женева, 20 декабря 1996 г.): «Договаривающиеся Стороны могут предусмотреть в своем национальном законодательстве те же виды ограничений или исключений в отношении охраны прав исполнителей и производителей фонограмм, которые они предусматривают в своем национальном законодательстве в отношении охраны авторского права на литературные и художественные произведения».

² Отказ от устной формы поддерживается, например, С. Судариковым. — См.: Судариков С. А. Основы авторского права. — М., 2000, с. 182.

³ См., например: проект раздела V ч. III Гражданского кодекса РФ // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права, 2000, № 1. Отказ от устной формы и живых исполнений, относящийся к традиции англосаксонского права, более последователен, чем позиция, занятая авторами проекта.

⁴ В. Ионас считал, что изображение актером персонажа пьесы нетрудно отделить от изображения данного персонажа драматургом. — См.: Ионас В. Я. Произведения творчества в гражданском праве. — М., 1972, с. 61.



В узком смысле под устными произведениями подразумеваются лекции, выступления, проповеди, судебные речи⁵, что аналогично ст. 2 bis Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений от 9 сентября 1886 года (далее — Бернская конвенция), которая особо выделила именно эти объекты как разновидности устных произведений. Но большинство специалистов по авторскому праву под устными произведениями понимают любые произведения, не имеющие вещественного закрепления, то есть существующие в нематериальной форме⁶.

К ним относятся те, которые могут быть выражены в устной форме: литературные, драматические и музыкально-драматические произведения, сценарии, хореографические произведения и пантомимы, музыкальные произведения с текстом или без текста. Основную группу устных произведений составляют те, которые требуют сценического воплощения (сценические произведения). Аудиовизуальные произведения, произведения изобразительного искусства, декоративно-прикладного и сценографического искусства, архитектуры, фотографические произведения, программы для ЭВМ и тому подобное воплощаются только в форме вещественного носителя. В настоящей статье имеются в виду устные произведения в широком смысле.

При существовании произведения в устной форме сложно обозначить тонкие грани, во-первых, между устной формой произведения и его содержанием и, во-вторых, между творчеством автора и артиста-исполнителя. Установление этих граней важно для определения охраноспособности произведения и квалификации нарушений авторского права в зависимости от того, что нарушено — художественная форма произведения, позаимствованы ее элементы или всего лишь содержание. Устная форма подвижна. Конечно, она, как и любая другая форма, носит отпечаток личности автора и в художественной форме, и в содержании, но даже если произведение исполняет автор, то вследствие импровизационного и творческого характера исполнения неизбежно внесение новых элементов художественной формы произведения. Иногда исполнение существенно меняет замысел автора, и тогда устное произведение способно «растерять» элементы художественной формы, оставив идею автора без охраны.

Речь идет о том, что вследствие перечисленных обстоятельств сложно устанавливать:

- степень охраноспособности устных произведений, авторство (соавторство);
- идентичность устного произведения.

В связи с первой проблемой отмечу, что философия определяет произведение как единство формы и содержания. Произведение несет в себе элементы того и другого, но было признано, что охрана содержания (идеи) может в значительной степени ограничить свободу творчества⁷, с точки зрения авторского права сюжет, тема, идея сами по себе не являются произведением⁸, а значит, и не охраняются (п. 5

⁵ См., например: Дюма Р. Литературная и художественная собственность. Авторское право Франции. — М., 1993, с. 35–36.

⁶ В авторском праве понятия материи в философском и юридическом смысле разделились в 60-е годы XX века, поэтому в дальнейшем, дабы избежать путаницы при упоминании материи как вещи в юридическом смысле, вместо слова «материя» буду употреблять слово «вещь», «вещественный». Философия разделяет понятия «вещество» и «материя». Материя — это все, что существует объективно, независимо от нашего сознания. Вещество охватывает только те объекты системы, которые обладают массой покоя. — См.: Философский энциклопедический словарь. — М., 1983, с. 354. С точки зрения философии электромагнитные, электрические волны, цифровая среда материальны, следовательно, и формы, созданные с их помощью, также материальны, значит, цифровая форма произведений и передача их в эфир также являются материальными формами.

⁷ Оставим вопрос об определенной повторяемости сюжетов, тем, стилей, которые по известной теории имеют исчерпывающий перечень (подробнее см.: Липчик Д. Авторское право и смежные права. — М., 2002, с. 55–56; Бенгли Л., Шерман Б. Право интеллектуальной собственности: Авторское право. — М., 2004, с. 294–295). Подобное может относиться и к мелодии. Например, известны случаи заимствования мелодий классиками музыки (в «Метаморфозах» Р. Штрауса цитируется траурный марш из «Героической симфонии» Л. ван Бетховена).

⁸ Согласно п. 5 ст. 1259 ГК РФ часть произведения, его название, персонаж произведения подлежат правовой охране, если по своему характеру они могут быть признаны самостоятельным результатом творческого труда автора. Иными словами, ГК РФ признает за идеями статус произведений, если идею можно использовать отдельно от произведения.

ст. 1259 ГК РФ)⁹. Охраняется только оригинальное художественное выражение идеи (ст. 2 Договора ВОИС по авторскому праву) (Женева, 20 декабря 1996 г.).

На самом деле форма произведения состоит из большего числа элементов, чем описаны в юридической литературе. При доказывании прав на произведение или обстоятельств нарушения авторского права трудно разграничить элементы творчества автора и артиста-исполнителя и оценить степень охраноспособности оригинального произведения (в достаточной ли степени оригинально выражение идеи)¹⁰, либо факт создания нового (производного) произведения¹¹, либо факт соавторства¹².

Решение о распределении прав на устное произведение зависит от того, что в российском праве понимается под объективной формой произведения.



Сложность проблемы, точнее, ее запутанность можно проследить при сравнении следующих формулировок, разработанных Э. Гавриловым: «... охрана, предоставляемая авторским правом, возникает лишь с того момента, как этот идеальный результат будет выражен в какой-либо объективной (материальной) форме. Объективная (материальная) форма выражения произведения не входит в понятие «произведение», это не форма произведения. Материальный объект, в котором произведение выражено (или в котором произведение заключено), охраняется правом собственности... а не авторским правом»¹³. Позже тот же автор выразил, казалось бы, прямо противоположную мысль: «Объективная форма выражения произведения, строго говоря, является частью понятия «произведение»; это и есть само произведение: если какая-то мысль, идея существует лишь в голове, а объективно не выражена, то произведения еще нет. В этом смысле объективная форма произведения не является материальным объектом»¹⁴.

При анализе приведенных положений следует учитывать, что в Законе РФ от 9 июля 1993 года № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах» (далее — Закон об авторском праве) (п. 1 и абз. 1 п. 2 ст. 6) и ГК РФ (п. 3 ст. 1259) законодатель разделил понятия «форма произведения» и «способ выражения произведения»¹⁵. Сопоставление п. 1 и п. 3 ст. 1259 ГК РФ не позволяет отождествить способ выражения произведения и форму произведения, поскольку способ выражения относится к произведению, а объективная форма произведения — к способам его восприятия иными лицами. Другими словами, способы выражения одной и той же формы могут быть разными, и наоборот. Если буквально понимать ст. 1259 ГК РФ, то к способам выражения относятся: литературные; драматические и музыкально-драматические, сценарные произведения; хореографические произведения и пантомимы; музыкальные произведения с текстом или без текста; аудиовизуальные произведения и т. д. (п. 1).

Однако помимо формы произведения и способа выражения произведения существует то, что раньше в юридической литературе по авторскому праву называлось

⁹ В законодательстве России и СССР, действовавшем до принятия Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», подобной нормы не было.

¹⁰ В связи с тем, что запретить высказывание различными авторами сходных идей невозможно, появилось предложение в тексте п. 5 ст. 1259 ГК РФ указать, что на идеи как таковые не распространяются авторские права, но идеи конкретные, высказанные в произведении того или иного автора, авторским правом охраняются. — См.: Авторские и смежные с ними права: постатейный комментарий глав 70 и 71 Гражданского кодекса Российской Федерации (комментарий к п. 5 ст. 1259) / Под ред. П. В. Крашенинникова // СПС «КонсультантПлюс».

¹¹ Авторское право не охраняет элементы содержания произведения, если они выражены в иной форме, чем в самом произведении. Созданное таким образом произведение считается новым произведением. В. Ионас описал картину «перевода» литературного произведения в исполнение. — См.: Ионас В. Я. Критерий творчества в авторском праве и судебной практике. — М., 1963, с. 63.

¹² Рассказчик может стать соавтором произведения, если помимо сообщений фактов и событий собственной жизни (сюжет рассказа) им даны образные характеристики действующих лиц. — Подробнее см.: Ионас В. Я. Указ. соч., с. 123.

¹³ Гаврилов Э. П. Комментарий к Закону РФ «Об авторском праве и смежных правах»: Судебная практика. — М., 2005, с. 40.

¹⁴ Гаврилов Э. П., Еременко В. И. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) (комментарий к п. 3 ст. 1259 ГК РФ) // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁵ Под способом выражения разные авторы понимают разное: от полного совпадения понятий (например, «А что такое способ выражения, как не форма?» — См.: Корчагин А., Бейнфест Б., Подшибихин Л. Патентное право и его связь с авторским правом // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права, 2000, № 2, с. 5) до полного разделения.

художественной формой. Этим объясняется тот факт, что изменение устной формы произведения на письменную, то есть создание новой объективной формы, не влечет за собой возникновение нового объекта авторского права, поскольку объективная форма произведения — это нечто внешнее для самого произведения, а художественная форма — это внутренне присущее только определенному произведению и являющееся продуктом творчества, именно она охраняется по сложившейся международной традиции авторским правом, но только после того, как найдет выражение в какой-либо объективной (воспринимаемой) форме.

Способ выражения является частью художественной формы, поскольку в результате его изменения возникают новые объекты: невозможно изменить способ выражения, не изменив в какой-либо степени художественную форму. Для исполнений главное — перевод произведения из литературной формы в форму публичного исполнения¹⁶ либо согласно п. 3 ст. 1259 ГК РФ придание произведению объективной формы для приобретения охраноспособности. Поэтому артисты-исполнители, создавая своим творческим трудом новый способ выражения произведения, меняют элементы художественной формы произведения, порой довольно существенно.

Судя по оценке законодателем «результатов исполнительской деятельности» артистов-исполнителей, российское право признает только внешнюю объективную форму произведений и считает, что исполнение артистом произведения — обычный способ доведения произведения до сведения публики и что артист-исполнитель ничего не может изменить в самом произведении. Такой подход повлиял на ограничение интеллектуальных прав артистов-исполнителей, поскольку из объема указанных прав в пользу всех остальных субъектов авторского и смежных прав (помимо публичных интересов) установлены многочисленные изъятия.

Каждое незаписанное исполнение неповторимо или его невозможно повторить в точности, если оно не зафиксировано на пленке. С содержанием устных произведений, особенно крупных форм, происходит то же самое, так как они не существуют вне исполнений. Более того, даже литературное произведение, имеющее вещественную форму, никогда не тождественно спектаклю, а запись живого исполнения устного произведения всегда будет отличаться от самих исполнения и произведения.

Таким образом, что-то появляется, а что-то исчезает из устного произведения. С течением времени оно способно сильно измениться. Отсюда вытекает вторая проблема — идентичности — доказывания (определения) тождественности оригинального произведения используемому.

Нематериальная объективная форма произведения имеет меньшую доказательственную силу, чем вещественная. Слишком сложна задача анализа невещественной формы произведения: кому принадлежит авторство того или иного элемента художественной формы устного произведения во время исполнения.

Авторское право на произведение, по существу, означает ограничение свободного его использования и правовые последствия несоблюдения прав авторов и артистов-исполнителей. В этой ситуации при применении санкций суды предпочитают иметь дело с вещественными доказательствами, а относительно устных произведений и живых исполнений, не имеющих вещной формы фиксации, суды могут полагаться только на свидетельские показания для подтверждения тождества произведения. В публичных интересах для судов свидетельские показания не всегда достаточны.

Именно в силу этого обстоятельства Бернская конвенция и ряд национальных законодательств содержат некоторые оговорки.

¹⁶ По словам В. Дозорцева, «исполнительское творчество является нематериальным объектом, поэтому на него должно закрепляться исключительное право. Для него существенной является форма, поэтому его охрана производится по созидательной схеме». — См.: Дозорцев В. А. Тенденции развития исключительных прав в Российской Федерации. Место авторского права в системе исключительных прав // Авторское и смежное право в Европейском Союзе и РФ. Вып. 1. — М., 1997, с. 56.

Статья 2 (2) Бернской конвенции сохранила за законодательством стран Бернского союза, образованного странами, где применяется Бернская конвенция (ст. 1), право предписать, что литературные и художественные произведения или какие-либо определенные их категории не подлежат охране, если они не закреплены в той или иной материальной форме. И в продолжение этой оговорки Бернская конвенция в ст. 5(2) устанавливает, что пользование авторскими правами и их осуществление не связаны с выполнением каких бы то ни было формальностей; такое пользование и осуществление не зависят от существования охраны в стране происхождения произведения.

Следовательно, объем охраны, равно как и средства защиты¹⁷, предоставляемые автору для охраны его прав, регулируются исключительно законодательством страны, в которой истребуется охрана.



Эти положения были внесены в Бернскую конвенцию под давлением США, в законодательстве которых предусмотрено, что охрана авторским правом предоставляется оригинальным авторским произведениям, закрепленным каким-либо материальным способом выражения (§ 102 Закона об авторском праве и смежных правах)¹⁸. В США считается, что если существование произведения может быть подтверждено только свидетельскими показаниями, то эта форма не считается достаточно объективной. Похожее положение и в законодательстве Великобритании: авторское право не распространяется на литературные, драматические и музыкальные произведения, которые не выражены в письменной форме и не записаны другим способом¹⁹. Законодательство обеих стран не рассматривает устные произведения, так же как и живые исполнения, в качестве объектов авторских или исполнительских прав. Другими словами, если представления «живьем» были импровизированными, не использовался сценарий или лежащий в их основе текст и не была сделана запись на пленке, они считаются находящимися вне области действия авторского права²⁰. Требования фиксации в указанных странах довольно мягкие: достаточно, чтобы к моменту рассмотрения дела в суде такая запись была сделана по воле автора или без его согласия, а сохранилась она или нет, значения не имеет.



В СССР признание устной формы некоторых произведений устанавливалось с трудом: ст. 475 ГК РСФСР 1964 года в свое время закрепила такие ограничения в отношении хореографических произведений и произведений пантомимы, признав охраноспособными только те постановки, о которых сделаны указания, изложенные письменно или иным способом, например, записью на киноленту. Однако нельзя не согласиться с мнением Б. Кайтмазовой, что основная цель кинематографии — сохранение хореографии для дальнейшего ее воспроизведения, а не необходимость установления самого факта создания нового произведения хореографии. Законодатель не должен исходить из презумпции плагиата, ставя под сомнение факт создания оригинального хореографического произведения²¹. Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик (п. 2 ст. 134) это ограничение сняли, устранив таким образом необходимость их вещественного закрепления: последнее препятствие признания охраноспособности устных произведений, передаваемых только путем исполнений, было снято. Вопрос, признавать устные произведения или нет охраноспособными объектами вследствие трудностей доказывания, не должен обсуждаться, поскольку это проблема доказывания, а не охраны.

¹⁷ Но национальные законодательства стран — участниц Бернского союза не могут устанавливать формальности, иначе нарушается принцип автоматической охраны произведений.

¹⁸ § 102 Copyright Law of the United States of America and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code (Circular 92): «Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression...».

¹⁹ Section 3 (2) Copyright, Designs and Patents Act 1988: «Copyright does not subsist in a literary, dramatic or musical work unless and until it is recorded, in writing or otherwise; and references in this Part to the time at which such a work is made are to the time at which it is so recorded».

²⁰ Луцкер А. Авторское право в цифровых технологиях и СМИ. — М., 2005, с. 21.

²¹ Кайтмазова Б. В. Авторское право на произведение хореографического искусства: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1979, с. 19.

Произведения хореографии и пантомимы традиционно выделяют в отдельную группу, поскольку эти виды искусства, как правило, не являются объектами описания, так как средств объемной фиксации пока не существует²².



В некоторых законодательствах мира в отношении произведений хореографии и пантомимы для предоставления охраны сохранилось требование о наличии письменных указаний (или в иной форме) (например, ст. L. 112-2(4) Кодекса интеллектуальной собственности Франции от 1 июля 1992 года, ст. 10 (4) Акта об авторском праве Нидерландов от 23 сентября 1912 года, ст. 2.3 Закона Италии о предоставлении охраны авторскому праву и смежным правам от 22 апреля 1941 года). Эти акты подвергаются критике в связи с тем, что они не следуют логике предоставления авторской охраны только на основе самого факта создания произведения без соблюдения каких-либо формальностей. К тому же такое требование не предъявляется к другим устным произведениям²³.

Кстати, в ст. 2 Договора ВОИС по авторскому праву на языке оригинала слово «форма» вообще не употребляется²⁴, что обусловлено общеевропейской тенденцией. Оно встречается только в конкретных случаях, связанных с уточнениями (например, в отношении компьютерных программ и цифровой формы). Отсюда согласно ст. 2 этого Договора «авторско-правовая охрана распространяется на (объективные) выражения (идей), но не на идеи ... как таковые»²⁵. Европейское право пришло к признанию факта создания произведения достаточным основанием для предоставления авторско-правовой охраны — в этом ее смысл. Форма произведения перестала иметь значение, главное, чтобы она в принципе воспринималась: все, что можно услышать, увидеть, пощупать, является охраноспособным. Следовательно, нелогично было бы упоминать форму в нормах законодательства. В Договоре ВОИС по исполнению и фонограммам слово «форма» встречается в двух случаях: в отношении фонограмм и права на репродуцирование.

Поскольку в ст. 1259 и 1304 ГК РФ сохраняется требование объективной формы, возникает вопрос: до какой степени она должна быть объективной? Для российского законодателя оказалось недостаточным, чтобы устные произведения и живые исполнения можно было только увидеть и услышать. Из формулировок этих статей не вытекает, что объективная форма должна быть именно вещественной, но явно следует, что она должна быть воспроизводимой. Часть четвертая ГК РФ несет на себе отпечаток представлений 60-х годов прошлого века, когда основные понятия авторского права только начали разрабатываться.



Авторское право России традиционно признавало обязательный критерий воспроизводимости произведения, который был закреплен в ст. 475 ГК 1964 года. Этот критерий вызывал наибольшие споры в юридической литературе того времени. Существовало множество подходов к трактовке критерия воспроизводимости как необходимого элемента объективной формы — от самого жесткого²⁶ до довольно мягкого²⁷. Далее последовали практически единодушные выводы, что объективная форма всегда

²² Есть общеизвестные системы записи хореографии, но в основном хореографы используют систему, изобретенную ими самими. Передать хореографию путем записи иногда не представляется возможным, особенно в современном танце.

²³ В этой статье не будет обсуждаться вопрос регистрации и депонирования оригиналов или копий произведений с целью обеспечения доказательств. Такие правила предусмотрены во всех национальных законах, они носят как факультативный, так и обязательный характер. Иногда необходимость регистрации связана с осуществлением автором и артистом-исполнителем определенных прав (например, США), иногда с существованием их прав (страны Латинской Америки), но всегда цель — обеспечение аутентичности и безопасности объектов интеллектуальной собственности и, как следствие, сделок.

²⁴ Вместо слова «форма» в международных актах и национальных законодательствах континентального права используется слово «выражение» (expression), а далее в зависимости от степени признания творческого вклада это может быть и творчество, и оригинальность, и отражение личности автора, и просто интеллектуальный вклад.

²⁵ Article 2 WIPO Copyright Treaty: «Scope of Copyright Protection Copyright protection extends to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such». Таким образом, русский перевод Договора не соответствует его тексту.

²⁶ Произведение, во-первых, должно быть отделимым от автора и, во-вторых, существовать в любой вещной форме.

²⁷ Способ воспроизведения не имеет значения (письменная, устная), главное, чтобы произведение было доступно для восприятия человеком (помимо автора).

воспроизводима, поскольку может быть повторена в другой объективной форме²⁸; что любая объективная форма произведения всегда является формой материальной, в том числе такие формы, как слово (устная речь), движение (танец), жест, мимика. Отделимость устного произведения от автора выражается в том, что, приобретая внешнее выражение, облекаясь, например, в жесты, звуки, произведение фиксируется в памяти людей и в дальнейшем воспроизводится по памяти без помощи автора, поэтому любая объективная форма является материальной²⁹. Все произведения сценического искусства имеют способность к передаче по памяти³⁰.

В ходе дискуссии 60-х годов о воспроизводимости высказывалось мнение, что неотделимые от автора или артиста-исполнителя результаты не могут считаться воспроизводимыми, по этой причине и живым исполнениям отказывалось в охраноспособности. В результате победила точка зрения, что требования отделимости и воспроизводимости неадекватны принципам современного законодательства и не влияют на охраноспособность произведений, поскольку признаком формы является объективность, а не отделимость от обладателя. Закон об авторском праве отказался от критерия воспроизводимости и покончил с дебатами по поводу роли воспроизводимости в создании объективной формы. В отношении живых исполнений данный критерий не был установлен: согласно Закону об авторском праве они признавались охраноспособными.

Но в п. 2 ст. 6 Закона об авторском праве появилось требование публичности устной формы, которое перешло в п. 3 ст. 1259 ГК РФ. Статья 475 ГК РСФСР не устанавливала требование публичности устной формы: публичное произнесение или исполнение рассматривались как способы воспроизведения. Статья 134 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик определила только, что произведения должны быть выражены в устной, письменной или иной объективной форме, допускающей их воспроизведение. Таким образом, предыдущие акты не ставили охраноспособность устных произведений в зависимость от способа воспроизведения и использования, но позже российский законодатель счел, что устные произведения только тогда могут считаться созданными в материализованной, объективной форме, когда они доведены либо предоставлена возможность их доведения до сведения неограниченного круга лиц путем публичного произнесения, публичного исполнения и в иной подобной форме³¹.

Пункт 4 ст. 1259 ГК РФ закрепил, что для возникновения, осуществления и защиты авторских прав не требуется регистрации произведения или соблюдения каких-либо иных формальностей, но на самом деле в отношении устных произведений этот принцип не действует, так же как и распространение действия авторского права на необнародованные произведения, выраженные в какой-либо объективной форме (п. 3 ст. 1259).

Требование публичности к устной форме — это, по сути, установление формальностей, не присущих авторско-правовой охране, поскольку способ использования произведения не может выступать критерием его охраноспособности. Ни в Бернской конвенции, ни в европейских законодательствах требование публичности к устной форме не предъявляется. Статья 2 bis Бернской конвенции специально выделяет судебные, политические речи, лекции «и другие произнесенные публично произведения того же рода» (как правило, в законодательствах стран — членов Бернского союза эти объекты также выделяются в отдельные нормы). Но ими устные произведе-

²⁸ См., например: Советское гражданское право. Т. II. — М., 1951, с. 343; Чернышева С. А. Правоотношения в сфере художественного творчества. — М., 1979, с. 77; Гаврилов Э. П. Авторское право: Издательские договоры. Авторский гонорар. — М., 1988, с. 11.

²⁹ См., например: Антимонов Б. С., Флейшиц Е. А. Авторское право. — М., 1957, с. 12; Ионас В. Я. Указ. соч., с. 70; Бромберг Г. В., Розов Б. С. Интеллектуальная собственность: действительность переходного периода и рыночные перспективы. — М., 1998, с. 18; Петроцкий С. В. Исключительное право и интеллектуальная собственность в российском законодательстве. — М., 1988, с. 28.

³⁰ Процесс запоминания — профессиональное качество в любом виде деятельности. Профессиональная память артиста-исполнителя позволяет, один раз просмотрев балет или прослушав оперу, без особых усилий запомнить их целиком и на длительный срок.

³¹ Определение публичности установлено в подп. 6 п. 2 ст. 1270 ГК РФ и п. 32 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2006 № 15 «О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах».

дения не исчерпываются. Непонятны причины, по которым требование публичности российским законодателем распространено на все виды устных произведений. Публичное исполнение произведения — это его представление для значительного числа лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи (подп. б п. 2 ст. 1270 ГК РФ). Фактически в РФ устные произведения, исполняемые только в кругу семьи, — это всего лишь идеи.

К тому же согласно п. 3 ст. 1259 ГК РФ авторские права не распространяются на необнародованные устные произведения. Устные произведения до публичного исполнения считаются не только необнародованными, но и объективно несуществующими. Поэтому если российское законодательство признает устные произведения охраноспособными, то лишение автора устного произведения авторско-правовой защиты в связи с несоблюдением им «публичности» не соответствует требованиям международного права.

В современном праве не стоит вопрос, надо ли вообще охранять устные произведения и живые исполнения, так как способы фиксации и распространения стали легки и доступны, а конкуренция автора и артиста-исполнителя с вещественными носителями их произведений и исполнений высока. По этой причине, несмотря на риски, наметилась интернациональная тенденция: создатели сознательно отказываются от фиксации своих объектов, считая, что они лучше обеспечат свою монополию, если исключат оцифровывание произведений (исполнений). Устная форма не препятствует использованию произведения (исполнения), а гонорары не уплывают в руки иных субъектов. Ради сохранения контроля над своим произведением (исполнением) авторы (артисты-исполнители) отказываются от большей части своих полномочий, так как отсутствие фиксации не дает им возможности пользоваться всем объемом авторских и исполнительских прав.

В ГК РФ фигурируют два понятия: исполнение и публичное исполнение. Поскольку публичное исполнение — это способ использования произведения, право на публичное исполнение произведения — это исключительное правомочие автора: надо же как-то обеспечивать интересы авторов сценических произведений, а без постановок и исполнений эти произведения могут существовать только в форме литературных произведений. Публичные исполнения для этих произведений — объективная форма выражения. Нередко сами авторы и исполняют эти произведения, особенно в музыке и в балете, проходя самостоятельно все стадии создания полноценной формы произведения. И в случаях синкретизма³² не возникает особых проблем: автор приобретает помимо авторских прав права артиста-исполнителя. Однако автор не способен заменить собой симфонический оркестр, хор или театральную (балетную) труппу, ему необходимо передать права на публичное исполнение симфонии, спектакля, балета режиссерам-постановщикам, дирижерам, артистам-исполнителям, ставя таким образом авторские права в определенную зависимость от исполнительских прав³³. Переводя произведение в новую форму выражения и создавая новые элементы художественной формы, артист-исполнитель должен был бы приобретать, как и автор произведения, право на публичное исполнение. К тому же ст. 1313 ГК РФ признает артиста-исполнителя автором исполнения. Но таких прав у него не возникает, более того, редакция ст. 1304 ГК РФ создает проблемы с правами на исполнение в целом.

Согласно подп. б п. 2 ст. 1270 ГК РФ публичное исполнение произведения — это, в частности, представление произведения в живом исполнении, интеллектуальные

³² Синкретизм (греч. *synkretismos* — соединение). В истории и искусстве под синкретизмом понимается недифференцированность, первоначальная слитность в каком-то явлении, впоследствии расчлняющаяся в самостоятельные ряды (науч.). В статье под синкретизмом понимается неразделенность авторства и исполнительства. Она является естественной и исторической (первоначальной) формой существования искусства и остается востребованной во всех формах сценических искусств.

³³ Такая зависимость отвергается только юристами, но не самими авторами, не философами, не специалистами в области искусства, не творческими деятелями.

права на которое, по идее, должны возникать у артиста-исполнителя. Согласно ст. 1304 Кодекса артист-исполнитель обладает правом на исполнение, причем не всякое исполнение признается объектом, а только такое, которое выражается в форме, допускающей его воспроизведение³⁴, а также распространение с помощью технических средств (подп. 1 п. 1). У юристов появились обоснованные сомнения по поводу охраноспособности живых исполнений: для того, чтобы быть способным одновременно к тому и другому, это исполнение должно быть записано.

В данной формулировке отразилось влияние противников охраны живых исполнений, участвовавших в разработке части четвертой ГК РФ.

Сторонники отказа от охраноспособности живых исполнений объясняют свою позицию так: право на живое публичное исполнение вообще не должно предоставляться артисту-исполнителю, поскольку живое выступление артиста-исполнителя физически никак не состоится без его присутствия. Его присутствие и есть разрешение на публичное исполнение, и соответственно интересы артиста-исполнителя соблюдены. Живое исполнение никто кроме артиста-исполнителя использовать не может, отсюда логика ст. 1304 и 1317 ГК РФ: раз исполнение от артиста-исполнителя неотчуждаемо, значит, без него нечего и использовать, а все права на живое исполнение в конечном счете будут сведены к праву контролировать запись этого исполнения.

В этом отличие артиста-исполнителя от автора, результаты творческой деятельности которого способны существовать независимо от своего создателя, передаваться в том числе путем исполнений. Но делимость творческого результата от создателя в авторском праве не рассматривается как признак объективной формы.

Если согласиться с тем, что живые исполнения неохраноспособны, то вероятны следующие ситуации:

1) живое исполнение устного произведения в кругу семьи или во время репетиции: оба объекта неохраноспособны, хотя отвечают общим критериям охраноспособности;

2) публичное исполнение устного произведения. Произведение охраноспособно, живое исполнение — нет;

3) во время публичного исполнения устного произведения происходит запись. Оба объекта охраноспособны, но устная форма прекращает свое существование, хотя у автора могли быть другие планы на произведение.

Ни в одном случае не возникает баланса интересов!

Действительно ли живые исполнения неохраноспособны или мы имеем дело с недостатками формулировки подп. 1 п. 1 ст. 1304 ГК РФ, поскольку законодатель в общих положениях всячески подчеркивает вспомогательную роль артистов-исполнителей (ст. 1303)?

Комплексный анализ п. 1 ст. 1225, статей §§ 1 и 2 главы 71 ГК РФ показывает, что все же дело в недостатке формулировки: Кодекс предусматривает право артиста-исполнителя использовать исполнение (ст. 1317), в том числе разрешать его запись. Статья 1318 ГК РФ разделяет исполнение и запись исполнения. Следовательно, согласно Кодексу живые исполнения охраноспособны. Иной подход вступал бы в противоречие не только с юридической, а с обычной логикой.

1. Если охраняются только записанные или переданные в эфир исполнения, то живые исполнения могут охраняться только как услуга (ст. 779 ГК РФ). В этом случае

³⁴ Подпункт 1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ: воспроизведение произведения, то есть изготовление одного и более экземпляра произведения или его части в любой материальной форме, в том числе в форме звуко- или видеозаписи, изготовление в трех измерениях одного и более экземпляра двухмерного произведения и в двух измерениях одного и более экземпляра трехмерного произведения. При этом запись произведения на электронном носителе, в том числе запись в память ЭВМ, также считается воспроизведением, кроме случая, когда такая запись является временной и составляет неотъемлемую и существенную часть технологического процесса, имеющего единственной целью правомерное использование записи или правомерное доведение произведения до всеобщего сведения.

к правам артиста-исполнителя нельзя применять «созидательную схему» части четвертой Кодекса.

2. Для возникновения условий защиты авторского и смежных прав речь должна идти об охраняемом объекте. Иначе, как справедливо отмечают некоторые авторы, возникает безобъектное правоотношение; правовая конструкция, «допускающая оборотоспособность элементов, которые не считаются объектом гражданских прав»³⁵. Что в случае признания неохраняемым живого исполнения становится объектом охраны прав артиста-исполнителя? Ведь без живых исполнений исполнений в принципе не может быть. Вывод следующий: живое исполнение охраняется, потому что законодательно закреплены права артиста-исполнителя на него, иначе пришлось бы говорить о праве на право, у которого нет объекта. Безобъектное правоотношение так же бессмысленно, как и беспредметная деятельность, на что неоднократно указывалось в литературе³⁶.

3. Если живые исполнения неохраноспособны, а точнее, не являются объектами, нельзя придавать им значение юридического факта, с которым связано начало течения срока охраны исключительных прав артистов-исполнителей.

4. Если живые исполнения неохраноспособны, то крайне непоследовательно признавать за публичными живыми исполнениями возможности объективной формы устного произведения, потому что, как правило, не автор ее создает. Произведение, существующее в форме живого публичного исполнения, подлежит правовой охране, а само живое исполнение — нет, другими словами, произведение охраняется, а форма выражения, в которой оно существует, — нет.

5. Также непоследовательно признавать за явлением, которым законодатель пренебрег, значение юридического факта обнародования произведения, поскольку публичное исполнение неотделимо от самого исполнения.

6. Авторское право возникает у автора с момента создания произведения (хотя это положение не распространяется на устные произведения). Если охраняются только записанные исполнения, то с какого момента возникает право артиста-исполнителя разрешать использование исполнения, если объекта прав еще не существует, то есть право есть, а объекта нет.

Круг аргументов можно расширить, но и сказанного достаточно, чтобы сделать однозначный вывод: живые исполнения охраноспособны, а формулировка подп. 1 п. 1 ст. 1304 ГК РФ — это неудачная попытка определить, что такое объективная форма исполнений, причем сделанная с использованием недопустимых критериев и в противоречие нормам международных договоров, в частности Международной конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций (Рим, 26 октября 1961 г.) и Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам, поэтому в случае сомнений должна действовать ч. 4 ст. 15 Конституции РФ.

В международных смежных правах традиционно проводится различие между записью исполнения и воспроизведением такой записи. Уже первая запись исполнения считается его воспроизведением в более широком смысле слова, ибо объект охраны — исполнение как таковое, а не его запись³⁷. Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам специально выделяет регулирование прав артистов-исполнителей на незаписанные исполнения (ст. 5, 6).

Оба варианта приведенной схемы «баланса интересов» выглядят более логично: в первом случае, даже если признать, что устное произведение неохраноспособно, охраноспособно живое исполнение, а здесь невозможно нарушить права артиста-

³⁵ Гаврилов Э. П., Еременко В. И. Указ. соч. (комментарий к ст. 17).

³⁶ Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. — М., 1974, с. 212.

³⁷ Вальтер Мишель М. Связь и сопоставления Римской конвенции, Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам (ДВИФ) и Соглашения об аспектах прав интеллектуальной собственности, связанных с торговлей (Соглашение ТРИПС); эволюция и возможное совершенствование охраны смежных прав, признаваемых Римской конвенцией // Бюллетень по авторскому праву, 2001, т. XXXV, № 1, с. 37.

исполнителя, не нарушив права автора; во втором, при публичном исполнении, оба объекта охраноспособны, что правильно, учитывая неопределенное расширение аудитории.

К устным произведениям, не отвечающим критерию публичности, применимы аналогичные аргументы: ведь права автора устного произведения могут быть нарушены и в кругу семьи, и во время репетиций. Если такой объект записан против воли автора, но его согласно ГК РФ не существует, значит, у автора есть только право запрещать распространение записи, а разрешать или запрещать запись несуществующего объекта он не может.

Таким образом, критерий публичности привел к дискриминации авторов устных произведений и нарушению основных принципов международного авторского права, а критерий воспроизводимости — к двусмысленной трактовке правоотношений с артистами-исполнителями. Однозначные правовые критерии оценки конструкций объектов авторского права и смежных прав позволили бы достичь значительно большей четкости и определенности в правовом регулировании данных правоотношений. Без ясного правового регулирования нет уверенности в справедливости судебного решения. А пока судебная практика полностью отсутствует, и не потому, что нет нарушений прав авторов или артистов-исполнителей в отношении обсуждаемых объектов, а по той причине, что нельзя применить на практике не признанное даже в теории.

С. КОКИНА,
доцент кафедры предпринимательского права ГУ-ВШЭ,
кандидат юридических наук