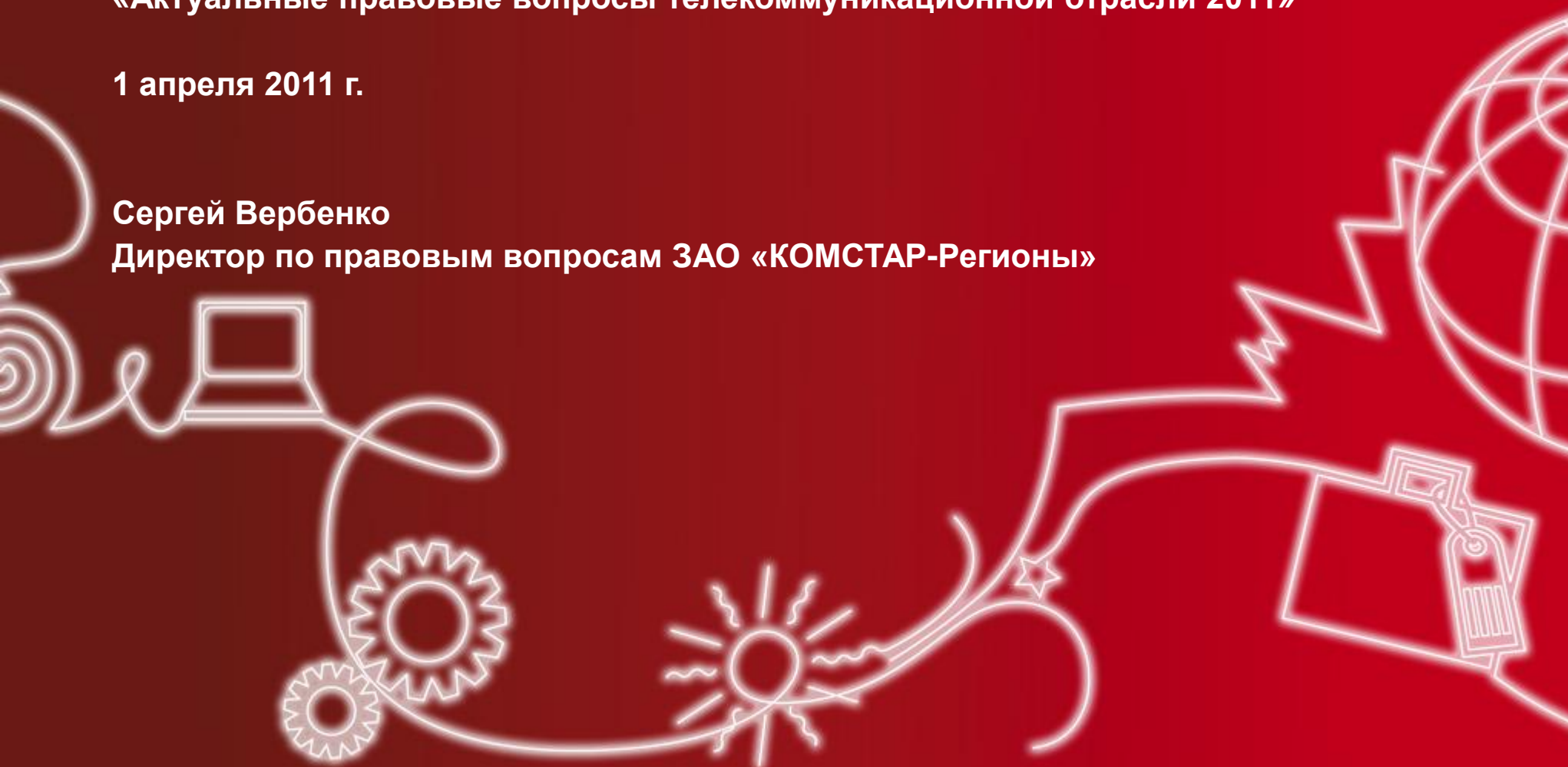


Взаимоотношения операторов связи и авторских обществ

Материалы к выступлению на 4-й Всероссийской конференции
«Актуальные правовые вопросы телекоммуникационной отрасли 2011»

1 апреля 2011 г.

Сергей Вербенко
Директор по правовым вопросам ЗАО «КОМСТАР-Регионы»



- **Оператор связи** – юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, оказывающие услуги связи на основании соответствующей лицензии (ст.2 ФЗ «О связи»).
- **Лицензирование деятельности Операторов по оказанию услуг связи** регламентировано статьями 29-40 Федерального закона №126-ФЗ от 07.07.2003г. "О связи" (Федеральный закон от 08.08.2001 "О лицензировании отдельных видов деятельности" - не распространяется на деятельность в области связи и на использование радиочастот для осуществления телерадиовещания) и Перечнем лицензионных условий осуществления деятельности в области оказания услуг связи для целей кабельного, эфирного и проводного вещания, утвержденным Постановлением Правительства РФ от 18.02.2005 № 87.
- **Оператору связи необходимо получить, в зависимости от используемой технологии по доставке сигнала телепрограммы, следующие лицензии на оказание услуг связи:**
 - - Услуг связи для целей кабельного вещания;
 - - Услуг связи для целей эфирного вещания;
 - - Услуг связи по передаче данных, за исключением услуг связи по передаче данных для целей передачи голосовой информации;
 - - Телематических услуг связи.
- **Деятельность Операторов связи по оказанию услуг связи для целей телерадиовещания регулируется:**
 - - Федеральным законом №126-ФЗ от 07.07.2003г. "О связи";
 - - Правилами оказания услуг связи для целей телевизионного вещания и (или) радиовещания, утвержденными Постановлением Правительства РФ от 22.12.2006 №785;

- Организации, осуществляющие коллективное управление авторскими и смежными правами – основанные на членстве некоммерческие организации, на которые в соответствии с полномочиями, предоставленными им правообладателями (авторы, исполнители, изготовители фонограмм и иные обладатели авторских и смежных прав), возлагается управление соответствующими правами на коллективной основе (организации по управлению правами на коллективной основе) (ст.1242 ГК РФ).
- **Деятельность Организаций по управлению правами на коллективной основе регулируется:**
- Частью IV Гражданского Кодекса Российской Федерации, законами о некоммерческих организациях и уставами соответствующих организаций.
- Основанием полномочий организации по управлению правами на коллективной основе является договор о передаче полномочий по управлению правами, заключаемый такой организацией с правообладателем в письменной форме, за исключением случая, предусмотренного абзацем первым п.3 ст. 1244 ГК РФ (п.3 ст.1242 ГК РФ).
- Организация по управлению правами на коллективной основе, получившая государственную аккредитацию (аккредитованная организация), вправе наряду с управлением правами тех правообладателей, с которыми она заключила договоры в порядке, предусмотренном п.3 ст.1242 ГК РФ, осуществлять управление правами и сбор вознаграждения для тех правообладателей, с которыми у нее такие договоры не заключены.

- Государственную аккредитацию на осуществление деятельности в следующих сферах коллективного управления правами (п.1 ст.1244 ГК РФ) получили:
- **Общероссийская общественная организация «Российское Авторское Общество»**
 - 1) управление исключительными правами на обнародованные музыкальные произведения (с текстом или без текста) и отрывки музыкально-драматических произведений в отношении их публичного исполнения, сообщения в эфир или по кабелю, в том числе путем ретрансляции (пп.6-8 п.2 ст. 1270);
- 2) осуществление прав композиторов, являющихся авторами музыкальных произведений (с текстом или без текста), использованных в аудиовизуальном произведении, на получение вознаграждения за публичное исполнение или сообщение в эфир или по кабелю такого аудиовизуального произведения (п.3 ст.1263);
- **Общероссийская общественная организация "Общество по коллективному управлению смежными правами «Всероссийская Организация Интеллектуальной Собственности»:**
 - 5) осуществление прав исполнителей на получение вознаграждения за публичное исполнение, а также за сообщение в эфир или по кабелю фонограмм, опубликованных в коммерческих целях (ст.1326);
 - 6) осуществление прав изготовителей фонограмм на получение вознаграждения за публичное исполнение, а также за сообщение в эфир или по кабелю фонограмм, опубликованных в коммерческих целях (ст.1326).

С учетом сложившейся практики и особенностей применения действующего законодательства можно выделить следующие типовые схемы оформления взаимоотношений между Операторами связи и Вещателями:

- Договор об оказании услуг связи
- Лицензионный договор;
- Лицензионный договор + Договор об оказании услуг связи.

Взаимоотношения между Операторами связи и Авторскими обществами

- Могут возникнуть только в случае наличия между Операторами связи и Вещателями лицензионных договоров (схемы 2 и 3).

Схема – Договор об оказании услуг связи Оператором связи Вещателю:

- Взаимоотношения Операторов связи и Вещателей регулируются Правилами оказания услуг связи для целей телевизионного вещания и (или) радиовещания, утвержденными Постановлением Правительства РФ от 22.12.2006 №785 (далее – Правила).
- Заключаемый договор предусматривает оказание Оператором связи услуг связи Вещателю по доставке сигнала телеканала до абонентов Оператора связи.
- К отношениям Вещателя и Оператора связи по заключению договора применяются правила направления оферты и получения акцепта, при этом Оператор связи вправе отказать в заключении договора с Вещателем при отсутствии технической возможности предоставления Вещателю доступа к сети связи телерадиовещания или отсутствия у Вещателя лицензии на вещание, дающей право осуществлять распространение продукции средства массовой информации с использованием технических возможностей сети связи телерадиовещания Оператора связи.
- Оператор связи не несет ответственность за содержание телерадиопрограмм, распространяемых по сети связи телерадиовещания (п.68 Правил).
- Взаимоотношения между Операторами связи и Авторскими обществами в данном случае – не возникают.

Схема – Лицензионный договор:

- По Лицензионному договору Вещатель передает Оператору связи права на распространение своих телепрограмм или доведение их сигнала абонентам Оператора связи, за которые Оператор связи платит лицензионные платежи Вещателю.

Схема – Лицензионный договор и договор оказания услуг связи:

- По Лицензионному договору Вещатель передает Оператору связи права на распространение своих телепрограмм или доведение их сигнала абонентам Оператора связи, за которые Оператор связи платит лицензионные платежи Вещателю.
- По договору оказания услуг связи предусматривается оказание Оператором связи услуг связи Вещателю по доставке сигнала телеканала до абонентов Оператора связи.

По первому договору (лицензионному) происходят реальные расчеты и взаимодействие, второй (оказания услуг связи) делается фактически для прикрытия от претензий Роскомнадзора, требующего наличия между Оператором связи и Вещателем такого договора .

- **Данные схемы – взаимоисключающие (применяется либо та, либо другая), и по ним имеется риск предъявления претензий Авторскими обществами Операторам связи .**

Аргументы Авторских обществ:

- Автору произведения или иному правообладателю принадлежит исключительное право использовать произведение в соответствии со ст.1229 ГК РФ в любой форме и любым не противоречащим закону способом (исключительное право) (ст.1317 ГК РФ).
- Использованием произведения считается сообщение по кабелю, то есть сообщение произведения для всеобщего сведения по радио или телевидению с помощью кабеля, провода, оптического волокна или аналогичных средств (в том числе путем ретрансляции). Сообщение кодированных сигналов признается сообщением по кабелю, если средства декодирования предоставляются неограниченному кругу лиц организацией кабельного вещания или с ее согласия (пп.8 п.2 ст.1270 ГК РФ).

Контраргументы Операторов связи:

- **1. Вещатель и Оператор связи – 2 различных субъекта правоотношений**, т.к. они должны получить две лицензии: лицензию на оказание услуг связи для целей телерадиовещания (Оператор связи - ст. 29 Закона «О связи») и лицензию на телерадиовещание (Вещатель - ст. 31 Закона «О СМИ»), при этом Вещатель до получения лицензии на телерадиовещание еще и обязан зарегистрироваться как СМИ. Оператор связи, у которого отсутствует лицензия на вещание, не может являться вещателем. Кроме этого, Перечнем лицензионных условий осуществления деятельности в области оказания услуг связи для целей кабельного, эфирного и проводного вещания (утверждены Постановлением Правительства РФ от 18.02.2005 N 87), **предусмотрено наличие у Оператора связи лицензии (лицензий) на вещание или договоров с лицензиатами-Вещателями.**
- **«Вещатель - пользователь услугами связи для целей телерадиовещания, с которым заключен договор об оказании услуг связи для целей телерадиовещания и который составляет телепрограммы и (или) радиoproграммы для их приема неограниченным кругом лиц и на основании лицензии на вещание распространяет их либо обеспечивает их распространение в полной и неизменной форме третьим лицом», а операторы связи оказывают вещателям услуги связи, предоставляя доступ к своей сети связи телерадиовещания.** (Правила оказания услуг связи для целей телевизионного вещания и (или) радиовещания, утв. Постановлением Правительства РФ от 22.12.2006 N 785) .
- В соответствии с пунктом 68 Правил **«Оператор связи не несет ответственность за содержание телерадиопрограмм, распространяемых по сети связи телерадиовещания».**

- 2. Отчисления авторским обществам за использование авторских и смежных прав должны производить только Вещатели.
- В соответствии с п. 2 Правил сбора, распределения и выплаты вознаграждения исполнителям и изготовителям фонограмм за использование фонограмм, опубликованных в коммерческих целях (утв. Постановлением Правительства РФ от 29.12.2007 г. № 988), плательщиками вознаграждения за сообщение фонограмм в эфир или по кабелю являются **организации эфирного или кабельного вещания**, осуществляющие передачу фонограмм по радио или по телевидению либо их ретрансляцию.
- Согласно ст. 1329 ГК РФ "**организацией эфирного или кабельного вещания** признается юридическое лицо, осуществляющее сообщение в эфир или по кабелю радио- или телепередач (совокупности звуков и (или) изображений или их отображений)".
- В соответствии со статьей 1225 ГК РФ, к результатам интеллектуальной деятельности юридических лиц, которым предоставляется правовая охрана, являются:
«б) **сообщение в эфир или по кабелю радио- или телепередач (вещание организаций эфирного или кабельного вещания)**».
- В соответствии со статьей 1303 ГК РФ «Интеллектуальные права на сообщение в эфир или по кабелю радио- и телепередач (вещание организаций эфирного и кабельного вещания), являются смежными с авторскими правами (смежными правами)».

- Таким образом, исходя из данного в ст. 1329 ГК РФ определения понятия «Организация эфирного или кабельного вещания», в совокупности со ст.1225 ГК РФ, можно сделать вывод, что любой Оператор связи, осуществив передачу сигнала телепрограммы от Вещателя к абоненту, стал владельцем смежных прав на данную телепрограмму? Представляется, что данный казус вызван неточностью терминов и формулировок, примененных в данных определениях, и смешением понятий - Вещатель и Оператор связи.
- Между тем, в соответствии со **статьей 1304 ГК РФ** объектами смежных прав являются **«сообщения передач организаций эфирного или кабельного вещания, в том числе передач, созданных самой организацией эфирного или кабельного вещания либо по ее заказу за счет ее средств другой организацией»**. Таким образом, исходя из данной статьи, **защищаются авторским правом только права на сами созданные радио- или телепередачи**. А так как из двух лиц – Оператора и Вещателя, только Вещатель является лицом, осуществляющим создание телепередач, то именно он и будет владельцем смежных прав на это произведение, и только он будет являться **«Организацией эфирного или кабельного вещания»** в соответствии с частью 4 Гражданского Кодекса.
- В соответствии со статьей 1330 ГК РФ **Организации эфирного или кабельного вещания принадлежит исключительное право использовать** правомерно осуществляемое или осуществленное ею сообщение в эфир или по кабелю передач в соответствии со статьей 1229 настоящего Кодекса **любым не противоречащим закону способом** (исключительное право на сообщение радио- или телепередачи), в том числе способами, указанными в пункте 2 настоящей статьи.

- На мой взгляд, ни один из 6 указанных в пункте 2 данной статьи способов использования сообщения радио- или телепередачи (вещания) не подходит к данным правоотношениям, в том числе и подпункт 4) «использованием является» **«ретрансляция, то есть сообщение в эфир (в том числе через спутник) либо по кабелю радио- или телепередачи одной организацией эфирного или кабельного вещания одновременно с получением ею такого сообщения этой передачи от другой такой организации, т.к. исходя из выше сделанного заключения, что именно Вещатель является организацией эфирного или кабельного вещания, этот подпункт прямо касается взаимоотношений только между двумя Вещателями, а никак не их взаимоотношений с Операторами связи.**
- Более того, «Если лицензионный договор с пользователем заключает непосредственно правообладатель, организация по управлению правами на коллективной основе **может собирать вознаграждение за использование объектов авторских и смежных прав только при условии, что это прямо предусмотрено указанным договором**» (п.2 ст.1243 ГК РФ). В лицензионном договоре, заключаемом Оператором связи с Вещателем (правообладателем), как правило не предусматривается передача таких прав Авторским обществам, следовательно – **авторские общества не имеют права собирать вознаграждения, если у Оператора связи есть лицензионный договор с правообладателем - Вещателем.**

- В соответствии с ч.3 ст.1243 ГК РФ «**Пользователи обязаны по требованию организации по управлению правами на коллективной основе представлять ей отчеты об использовании объектов авторских и смежных прав, а также иные сведения и документы, необходимые для сбора и распределения вознаграждения, перечень и сроки представления которых определяются в договоре**».
- Между тем, **Оператор связи не сможет исполнить такое требование в виду того, что он доставляет сигнал телепрограммы от Вещателя до абонента в неизменном виде** (такое условие есть во всех лицензионных договорах) и, соответственно, **не имеет никакого представления о его содержании и о том, чьи авторские права там могут содержаться или затрагиваться**.
- **Физическая невозможность выполнения Оператором связи вышеуказанной обязанности пользователя не позволит** в свою очередь и **организации по управлению правами на коллективной основе выполнить свою обязанность перед авторами, предусмотренную ч.4 ст.1243 ГК РФ**, в соответствии с которой «**Организация по управлению правами на коллективной основе производит распределение вознаграждения за использование объектов авторских и смежных прав между правообладателями, а также осуществляет выплату им указанного вознаграждения**».

- ФЗ №221-ФЗ от 27.07.2010г. внес изменения в ФЗ «О связи» №126-ФЗ от 07.07.2003г., в соответствии с которыми «трансляция телеканалов и (или) радиоканалов - прием и доставка до пользовательского оборудования (оконечного оборудования) сигнала, посредством которого осуществляется распространение телеканалов и (или) радиоканалов, или прием и передача в эфир данного сигнала», т.е. **оператор**, осуществляя доставку сигнала телепрограммы до абонента **осуществляет «трансляцию»**, а не «ретрансляцию» в понятии, придаваемой данному термину ч.4 ГК РФ.
- Следовательно, вопросы, связанные с охраной авторских и смежных прав должны решаться авторскими обществами непосредственно с Вещателями телерадиоканалов, а не с Операторами связи. **Оператор связи, не являющийся Вещателем, не должен иметь никаких отношений с авторскими обществами и не должен производить им никаких отчислений за использование авторских прав.**
- **Дополнительный аргумент:** - При работе по схеме **Лицензионный договор + Договор об оказании услуг связи** можно ссылаться на то, что все отношения по доставке сигнала телеканала до абонента происходят по договору оказания услуг связи Вещателю, а лицензионный договор заключается с Вещателем с целью оплаты ему вознаграждения за возможность получить сигнал его телепрограммы, без целей дальнейшей передачи прав.
- **Рекомендация:** При заключении лицензионных договоров с Вещателями исключать из них обязанность по уплате Оператором связи платежей Авторским обществам за Вещателя (см. решение Арбитражного суда г.Москвы по спору ФНС и ОАО «Дальсвязь» по делу №А40-69515/10-76-347 от 19.01.2011г.)

Отсутствие вины нарушителя не освобождает его от обязанности прекратить нарушение интеллектуальных прав, а также не исключает применение в отношении нарушителя мер, направленных на защиту таких прав (п.3 ст.1250 ГК РФ).

Гражданско-правовая

возмещение убытков (нарушение прав на объекты интеллектуальной деятельности) (Статья 1252 ГК РФ)

ликвидация юридического лица (Статья 1253 ГК РФ)

Административная

Нарушение авторских и смежных прав, изобретательских и патентных прав (Статья 7.12. КоАП РФ)

Уголовная

Нарушение авторских и смежных прав (Статья 146 УК РФ)

Спасибо за внимание!

Сергей Вербенко

Директор по правовым вопросам ЗАО «КОМСТАР-Регионы»

Дополнительная информация:

Тел.: + 7 495 228 63 80 (доб.13972)

E-mail: s.verbenko@comstar-r.ru