



## ПРАВО НА ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ФОНОГРАММ, ОПУБЛИКОВАННЫХ В КОММЕРЧЕСКИХ ЦЕЛЯХ

Александр БАСАЙ,

кандидат юридических наук, докторант кафедры права интеллектуальной собственности и корпоративного права  
Национального университета «Одесская юридическая академия»

### Summary

The article investigates the legal regulation of the use of entrepreneurial activity of phonograms published for commercial purposes. Author analyzed the legal status of collective management of copyright and related rights that provide collection and distribution of remuneration for the use of the phonogram. Investigated contracts available property rights in a phonogram which conclude users with collective management organizations. Revealed implications of phonograms published for commercial purposes without a contract and payment of remuneration.

**Key words:** phonogram, copyright, related rights, collective management of copyright and related rights.

### Аннотация

Статья посвящена исследованию правового регулирования использования в предпринимательской деятельности фонограмм, опубликованных в коммерческих целях. Проанализирован правовой статус организаций коллективного управления авторскими и смежными правами, которые обеспечивают сбор и распределение вознаграждения за использование фонограммы. Исследованы договоры о распоряжении имущественными правами на фонограмму, которые заключают пользователи с организациями коллективного управления. Раскрыты последствия использования фонограмм, опубликованных в коммерческих целях, без заключения договора и выплаты вознаграждения.

**Ключевые слова:** фонограмма, авторские права, смежные права, организации коллективного управления авторскими и смежными правами.

**Постановка проблемы.** Важным условием использования фонограмм как объектов смежных прав является соблюдение прав и интересов правообладателей. Учитывая постоянное увеличение спроса на результаты творческой деятельности, в том числе и фонограммы, расширение сфер их использования, заключение лицензионных договоров непосредственно с их создателями, авторами музыкальных произведений (их правопреемниками) существенно усложняется, особенно если речь идет об иностранных правообладателях. В связи с этим предусмотрены специальные условия использования в предпринимательской деятельности фонограмм, опубликованных в коммерческих целях, учитывающие интересы и пользователей, и правообладателей. Специфика заключается в том, что фонограммы могут использоваться без разрешения правообладателя, но с обязательной выплатой вознаграждения. При этом за сбор и распределение вознаграждения отвечают уполномоченные организации коллективного управления авторскими и смежными правами.

Актуальность исследования обусловлена тем, что в научных исследованиях не уделяется достаточного внимания проведению сравнительных исследований правового регулирования использования фонограмм, опу-

бликованных в коммерческих целях, по законодательству разных стран. Вместе с тем изучение опыта разных государств по обеспечению и защите прав и интересов правообладателей и пользователей фонограмм позволит выделить общие тенденции и расхождения, определить основные направления усовершенствования национальной практики в данной сфере.

**Состояние исследования.** Отдельные аспекты создания, использования, охраны фонограмм, реализации смежных прав исследовались в работах А.Н. Боярчука, О.В. Иевини, О.А. Подпригоры, А.П. Сергеева, Е.И. Харитоновой, Н.Е. Яркиной.

**Изложение основного материала.** В соответствии со ст. 43 Закона Украины «Об авторском праве и смежных правах» допускается без согласия изготовителей фонограмм, фонограммы которых опубликованы для использования в коммерческих целях, и исполнителей, исполнения которых зафиксированы в этих фонограммах, но с выплатой вознаграждения, следующее прямое или опосредствованное коммерческое использование фонограмм и их экземпляров:

- публичное исполнение фонограммы или ее экземпляра;
- публичное сообщение исполнения, зафиксированного в фонограмме и ее экземплярах, в эфир; по кабелю [1].

При использовании фонограмм, опубликованных в коммерческих целях, возникает несколько важных вопросов, которые не получили полной регламентации на законодательном уровне, что становится причиной многочисленных конфликтов между правообладателями и пользователями таких фонограмм.

В первую очередь, это определение фонограмм, которые считаются опубликованными в коммерческих целях.

В законе не указывается, какие именно фонограммы следует считать опубликованными в коммерческих целях, а какие таковыми не являются. В Рекомендациях для телерадиоорганизаций и провайдеров программной услуги относительно публичного использования объектов авторского права и смежных прав указано, что опубликованными в коммерческих целях являются фонограммы, ставшие доступными через торговую сеть (продажа), имущественный наем, прокат, а также через электронные системы информации, телевидение, радио, Интернет и прочее. Под опубликованием «в коммерческих целях» подразумевается опубликование фонограмм с целью получения прибыли (дохода) [2].

Перечень субъектов, которые должны заключать договоры о выплате вознаграждения за использование фонограмм, опубликованных в коммер-



ческих целях, закреплен в Постановлении Кабинета Министров Украины «Об утверждении размера, порядка и условий выплаты вознаграждения (роялти) за коммерческое использование опубликованных в коммерческих целях фонограмм, видеogramм, их экземпляров и зафиксированных в них исполнений» [3]. К ним отнесены, в частности, субъекты хозяйствования, которые являются владельцами учреждений культуры, игорно-развлекательных заведений, выставочных залов и других подобных заведений, спортивных сооружений, предприятий и организаций торговли, бытового обслуживания, пассажирского транспорта и прочее, кроме тех, которые находятся в государственной или коммунальной собственности; субъекты хозяйствования, которые на праве хозяйственного ведения владеют, пользуются и распоряжаются или на правах аренды пользуются помещениями театров, спортивно-оздоровительными учреждениями, дискотеками, танцевальными и концертными площадками, кинотеатрами, видеосалонами, выставочными залами и другими подобными заведениями, предприятиями и организациями торговли, бытового обслуживания, пассажирского транспорта, предприятий общественного питания и т. д., которые находятся в государственной или коммунальной собственности; субъекты хозяйствования, которые являются организаторами фестивалей, конкурсов, выставок и других подобных мероприятий, при проведении которых осуществляется прямое или опосредствованное коммерческое использование опубликованных с коммерческой целью фонограмм; юридические лица, в том числе государственные и коммунальные телерадиоорганизации, осуществляющие публичное сообщение путем трансляции и ретрансляции указанных объектов смежных прав в передачах эфирного, спутникового, кабельного телевидения и радиовещания или через Интернет, частности провайдеры программной услуги, а также другие субъекты хозяйствования.

Вторым важным моментом является определение субъекта, которому может быть выплачено вознаграждение за использование фонограмм. На практике сложилось два подхода: во-первых, это признание права на сбор

вознаграждение за использование фонограмм, опубликованных в коммерческих целях, только за уполномоченными организациями коллективного управления; во-вторых, это признание правомерным получение вознаграждения или непосредственно правообладателями или организациями коллективного управления.

В Законе Республики Молдова «Об авторском праве и смежных правах» предусмотрено, что право на справедливое вознаграждение за использование фонограмм, опубликованных в коммерческих целях, может осуществляться правообладателем или через организацию по управлению имущественными правами на коллективной основе. Если соглашением между исполнителями и изготовителями фонограмм не установлено иное, вознаграждение собирается организацией по управлению имущественными правами на коллективной основе, наделенной такими функциями совместным соглашением представителей заинтересованных правообладателей [4].

В соответствии с ч. 2 ст. 43 Закона Украины «Об авторском праве и смежных правах» сбор вознаграждения за использование фонограмм и контроль за их правомерным использованием осуществляется уполномоченными организациями коллективного управления. В Постановлении Кабинета Министров Украины, устанавливающим порядок выплаты вознаграждения за использование фонограмм, опубликованных в коммерческих целях, указано, что субъекты коммерческого использования обязаны до начала осуществления коммерческого использования опубликованных с коммерческой целью фонограмм, их экземпляров и зафиксированных в них исполнений заключить с уполномоченной организацией коллективного управления договор о выплате вознаграждения (роялти) за прямое или опосредствованное коммерческое использование фонограмм, их экземпляров и зафиксированных в них исполнений [3]. Таким образом, исходя из положений законодательства, право на сбор вознаграждения за использование фонограмм, опубликованных в коммерческих целях, предоставлено уполномоченным организациям коллективного управления.

Уполномоченные организации коллективного управления осуществляют сбор вознаграждения на основании закона. При этом получение соответствующих полномочий от правообладателей не является обязательным. Как указано в письме Высшего хозяйственного суда Украины, уполномоченная организация коллективного управления независимо от наличия или отсутствия у нее договоров с субъектами смежных прав имеет право на сбор вознаграждения (роялти) за прямое или опосредствованное коммерческое использование опубликованных с коммерческой целью фонограмм, видеogramм, их экземпляров и зафиксированных в них исполнений на основании договора, обязательность заключения которого установлена действующим законодательством [5].

Учитывая, что контроль выплаты вознаграждения за использование фонограмм возлагается на уполномоченные организации коллективного управления, следует определить, какие именно организации наделены таким статусом.

Определение уполномоченных организаций осуществляется по следующим видам коммерческого использования фонограмм, видеogramм, опубликованных с коммерческой целью: публичное исполнение фонограммы или ее экземпляра или публичная демонстрация видеogramмы или ее экземпляра; публичное сообщение исполнения, зафиксированного в фонограмме или видеogramме и их экземплярах, в эфир; публичное сообщение исполнения, зафиксированного в фонограмме или видеogramме и их экземплярах, по проводам (кабелю).

По каждому из указанных видов использования фонограмм, видеogramм, опубликованных с коммерческой целью, определяется одна уполномоченная организация. При этом одна уполномоченная организация может быть определена по нескольким видам использования фонограмм, видеogramм, опубликованных в коммерческих целях. О признании организации коллективного управления уполномоченной организацией по одному или нескольким видам использования фонограмм, видеogramм, опубликованных в коммерческих целях, и их экземпляров, Государственная служба интеллекту-



альной собственности издает приказ, который действует в течение одного года с даты его издания [6].

По нашему мнению, предоставление статуса уполномоченной организации коллективного управления только на один год имеет больше негативных моментов, чем позитивных. Во-первых, в случае изменения уполномоченной организации через год, пользователи будут вынуждены перезаключать договоры. Во-вторых, возникнет необходимость перезаключения договоров организациям коллективного управления с новой уполномоченной организацией коллективного управления. В-третьих, частые смены уполномоченных организаций коллективного управления создадут неудобства и в сфере международного сотрудничества с аналогичными организациями зарубежных стран. В связи с этим необходимо увеличить срок предоставления организациям коллективного управления статуса уполномоченной, как минимум, до трех лет.

Собранные за использование фонограмм средства распределяются между организациями коллективного управления, состоящими на учете в Государственной службе интеллектуальной собственности, на основе договоров, которые уполномоченные организации заключают со всеми организациями коллективного управления. Полученное от уполномоченной организации вознаграждение распределяется соответствующей организацией коллективного управления следующим образом: исполнителям – 50 процентов, производителям фонограмм – 50 процентов.

Следует отметить, что обязанность начисления и выплаты вознаграждения возлагается на пользователей фонограмм. Вознаграждение (роялти) начисляется и выплачивается субъектами коммерческого использования с доходов, полученных ими от того вида деятельности, в процессе которой осуществлялось прямое или опосредствованное коммерческое использование опубликованных в коммерческих целях фонограмм, их экземпляров и зафиксированных в них исполнений.

В зависимости от характера коммерческого использования фонограмм, уполномоченные организации коллективного управления по согласованию с лицами, которые могут управлять иму-

щественными правами на указанные объекты смежных прав, имеют право уменьшать размер вознаграждения (роялти), который определяется, исходя из ставок, установленных в Постановлении Кабинета Министров Украины «Об утверждении размера, порядка и условий выплаты вознаграждения (роялти) за коммерческое использование опубликованных в коммерческих целях фонограмм, видеограмм, их экземпляров и зафиксированных в них исполнений».

Также надлежащее внимание следует уделять договорам, которые заключаются пользователями с организациями коллективного управления. В соответствии со ст. 49 Закона Украины «Об авторском праве и смежных правах» среди функций, которые должны выполнять организации коллективного управления от имени субъектов авторского права и (или) смежных прав и на основе полученных от них полномочий, предусмотрено заключение договоров об использовании прав, переданных в управление. Организации коллективного управления предоставляют любым лицам путем заключения с ними договоров неисключительные права на использование объектов авторского права и (или) смежных прав. Следует отметить, что в законодательстве договоры, заключаемые организациями коллективного управления с пользователями, не выделяются в самостоятельную категорию. В соответствии с Законом «Об авторском праве и смежных правах» условия таких договоров должны соответствовать положениям ст. ст. 31–33 указанного Закона. По нашему мнению такой подход не отображает надлежащим образом специфику договорных отношений, которые складываются при участии организаций коллективного управления, что обусловлено следующим. Ст. ст. 31–33 Закона предусматривают виды договоров, которые существенно различаются по сути и содержанию. Так, ст. 31 устанавливает требования к договору о передаче (отчуждении) имущественных прав, на заключение которых организации коллективного управления не имеют права. Ст. 32–33 регулируют вопросы заключения договоров на право использования произведений, которые делятся на две категории: договор о передаче исключительного права и до-

говор о передаче неисключительного права на использование произведений. При этом за лицом, передающим неисключительное право, сохраняется право на использование произведения и на передачу неисключительного права на использование произведения другим лицам. По своей сути такой договор является лицензионным договором, предусмотренным Гражданским кодексом Украины, по которому предоставляется неисключительная лицензия. В соответствии с предписаниями закона организации коллективного управления имеют право заключать договоры о передаче неисключительного права, по которому передается другому лицу право использовать произведение определенным способом и в установленных пределах.

Итак, из приведенных в ст. ст. 31–33 договоров к договорам, которые заключаются организациями коллективного управления, могут применяться положения, касающиеся договора о передаче неисключительного права (согласно ГК Украины – неисключительной лицензии).

Следует отметить, что договоры, которые заключаются организациями коллективного управления с пользователями объектов авторского права и смежных прав можно разделить на две категории: договоры о предоставлении права на использование результатов творческой деятельности (лицензионные договоры) и договоры, определяющие порядок выплаты вознаграждения за использование фонограмм, видеограмм, опубликованных в коммерческих целях. Такое разделение обусловлено тем, что право на использование фонограмм, опубликованных в коммерческих целях, предусмотрено законом и не зависит от получения разрешения от правообладателей или организаций коллективного управления. Поэтому договоры, заключаемые с уполномоченной организацией коллективного управления, регулируют отношения по выплате вознаграждения, а не предоставлению права на использование фонограмм, опубликованных в коммерческих целях.

Вместе с тем заключение такого договора является обязательным для субъектов хозяйствования, которые желают использовать фонограммы, опубликованные в коммерческих целях.



Существенными условиями договора о выплате вознаграждения за использование фонограмм, опубликованных в коммерческих целях, являются:

- способ коммерческого использования опубликованных с коммерческой целью фонограмм, их экземпляров и зафиксированных в них исполнений;
- размер вознаграждения (роялти) и срок его выплаты;

- ответственность субъектов за просрочку срока выплаты вознаграждения (роялти); несвоевременное предоставление или предоставление недостоверных сведений, необходимых для сбора и распределения вознаграждения (роялти), в том числе относительно правильности указания наименования использованных фонограмм, их экземпляров и зафиксированных в них исполнений, исполнителей, продолжительности каждого использования указанных объектов смежных прав, размера доходов, полученных в результате осуществления деятельности, связанной с их использованием, или размера расходов на использование таких объектов; неправильное начисление подлежащей выплате суммы вознаграждения (роялти);
- срок действия договора.

Использование фонограмм без заключения соответствующего договора с уполномоченной организацией коллективного управления является нарушением законодательства. В случае выявления использования фонограмм без выплаты вознаграждения и заключения договора, субъект коммерческого использования выплачивает вознаграждение в двойном размере за период, начиная с даты, когда установлен (зафиксировано) факт коммерческого использования фонограмм, до даты заключения договора о выплате вознаграждения (роялти) с уполномоченной организацией коллективного управления.

**Выводы.** Таким образом, условием правомерного использования фонограмм, опубликованных в коммерческих целях, в предпринимательской деятельности является заключение договора о выплате вознаграждения с уполномоченной организацией коллективного управления. Право на использование таких фонограмм возникает на основании положений законодательства, при этом не требуется получение

специальных разрешений от правообладателей или организаций коллективного управления.

Контроль выплаты вознаграждения за использование фонограмм осуществляют уполномоченные организации коллективного управления, которые могут действовать без поручения правообладателей.

С целью обеспечения прав и интересов правообладателей, пользователей фонограмм, опубликованных в коммерческих целях, организаций коллективного управления, которые осуществляют выплату вознаграждения, считается необходимым увеличить срок, на который организации предоставляется статус уполномоченной, с одного года до трех лет.

#### Список использованной литературы:

1. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23 грудня 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 13. – Ст. 64.

2. Рекомендації для телерадіоорганізацій та провайдерів програмної послуги щодо публічного використання об'єктів авторського права і суміжних прав [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://sips.gov.ua/ua/gecmetod.html>.

3. Про затвердження розміру, порядку та умов виплати винагороди (роялті) за комерційне використання опублікованих з комерційною метою фонограм, відеограм, їх примірників та зафіксованих у них виконань : Постанова Кабінету Міністрів України від 18 січня 2003 р. № 71 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/71-2003-%D0%BF>.

4. Об авторском праве и смежных правах : Закон Республики Молдова [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=2&id=336156>.

5. Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти інтелектуальної власності (за матеріалами справ, розглянутих у касаційному порядку Вищим господарським судом України) : Огляд лист Вищого господарського суду України від 04 квітня 2012 р.

№ 01-06/417/2012 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v\\_417600-12](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v_417600-12).

6. Про затвердження Порядку визначення уповноважених організацій колективного управління, які здійснюватимуть збирання і розподіл винагороди (роялті) за використання опублікованих з комерційною метою фонограм і відеограм : Наказ Міністерства освіти і науки України від 30 серпня 2013 р. № 1249 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z1528-13>.