



United Nations  
Educational, Scientific and  
Cultural Organization

Организация  
Объединенных Наций по  
вопросам образования,  
науки и культуры



ВЫСШАЯ ШКОЛА ЭКОНОМИКИ  
НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ



HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS  
NATIONAL RESEARCH UNIVERSITY



The UNESCO Chair on copyright  
and other intellectual property rights  
Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву  
и другим правам интеллектуальной собственности

Исх. \_\_\_\_\_ от \_\_\_\_\_ 20\_\_ г.

## ЮРИДИЧЕСКОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ

### по вопросу определения понятия «переработка фонограммы»

В связи с запросом от 19 декабря 2017 г., поступившим от начальника Отдела правового обеспечения филиала ВГТРК «Гостелерадиофонд» О.А. Коломиец (далее – запрос), Научно-методический центр «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности» Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (далее – Кафедра ЮНЕСКО), исходя из анализа действующего российского законодательства, международно-правового инструментария, доктринального толкования и правоприменительной практики, полагает возможным дать нижеследующее юридическое заключение.

Научно-методический центр НИУ ВШЭ  
«Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности»

Почтовый адрес: Российская Федерация, 101000, г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20.

Для посещения: Российская Федерация, г. Москва, ул. М. Ордынка, д. 17, ауд. 221.

Тел./Факс: +7 (499) 238 3139

E-mail: [unescochair@hse.ru](mailto:unescochair@hse.ru); [unesco.chair.copyright@mtu-net.ru](mailto:unesco.chair.copyright@mtu-net.ru); Web-site: [www.unescochair.ru](http://www.unescochair.ru)

При подготовке данного заключения Кафедра ЮНЕСКО исходит из того, что представленные в запросе вопросы права интеллектуальной собственности в полном объеме относятся к сфере научной деятельности Кафедры ЮНЕСКО, как она определена Соглашением об учреждении Кафедры ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности, подписанным в Париже Генеральным директором Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры (ЮНЕСКО) 12 июня 1998 года.

## **1. ВОПРОСЫ, ПОСТАВЛЕННЫЕ ДЛЯ ИССЛЕДОВАНИЯ**

Является ли перевод фонограмм с магнитной ленты в цифровую форму с улучшением качества звучания – переработкой, то есть созданием новых фонограмм?

Возникают ли смежные права на такие новые фонограммы у лица, осуществляющего такую переработку фонограмм?

## **2. НОРМАТИВНО-ПРАВОВАЯ БАЗА**

При подготовке настоящего заключения была использована следующая нормативно-правовая и прецедентная база:

- Конвенция об охране прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций (Римская конвенция) 1961 года;

- Конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм (Женевская фонограммная конвенция) 1971 года;

- Договор ВОИС об исполнениях и фонограммах 1996 г;

- Конституция Российской Федерации, принятая всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. (с учетом поправок, внесенных Законами Российской Федерации о поправках к Конституции Российской Федерации от 30 декабря 2008 г. № 6-ФКЗ, от 30 декабря 2008 г. № 7-ФКЗ, от 5 февраля 2014 г. № 2-ФКЗ, от 21 июля 2014 г. № 11-ФКЗ);

- Часть Четвертая Гражданского кодекса Российской Федерации, введенная в действие Федеральным законом № 230-ФЗ от 18 декабря 2006 г. в редакции от 1 июля 2017 г. (с изменениями и дополнениями, вступившими в силу с 1 января 2018 г.), далее – ГК РФ.

### **3. АНАЛИЗ ПОЛОЖЕНИЙ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА**

По результатам исследования Кафедра ЮНЕСКО пришла к следующим выводам.

Согласно ст. 1225 ГК РФ фонограммы отнесены к результатам интеллектуальной деятельности, а п. 2 ст. 1304 ГК РФ раскрывает понятие фонограммы, как любой исключительно звуковой записи исполнений или иных звуков либо их отображений, за исключением звуковой записи, включенной в аудиовизуальное произведение.

В соответствии с подп. 9 п. 2 ст. 1324 ГК РФ в содержание исключительного права на фонограмму включено право на переработку. В отличие от сходной нормы подп. 9 п. 2 ст. 1270 ГК РФ, относящейся к переработке произведения, законодательство не содержит пояснений насчет того, какие действия признаются переработкой фонограммы. Уточнений не содержалось и в ранее действовавшей норме подп. 2 п. 2 ст. 38 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» (от 9 июля 1993 г. № 5351-1, утратил

силу), закреплявшей исключительное право переделывать или любым иным способом перерабатывать фонограмму. Международные договоры, участницей которых является Российская Федерация, вовсе не оперируют понятием переработки фонограммы и, соответственно, не содержат его определения. Таким образом, буквальное толкование норм российского права не позволяет сделать однозначный вывод о содержании понятия переработки фонограммы.

В силу данного положения и вне зависимости от того факта, что творчество в явном виде не упомянуто в качестве критерия охраноспособности фонограмм, изготовление фонограмм является интеллектуальной (творческой) деятельностью, а не только организационно-техническим мероприятием. Следовательно все базовые принципы системы интеллектуальных прав в полной мере применимы к фонограммам, в том числе и те, что касаются переработки объектов интеллектуальных прав.

Поэтому обратимся к ст. 1270 ГК РФ, в которой раскрывается понятие переработки произведения. Под переработкой произведения понимается создание производного произведения (обработки, экранизации, аранжировки, инсценировки и тому подобного).

Обратимся к расширенным толкованиям категории «производное произведение»:

*Производное произведение, являющееся результатом переделки оригинального произведения в другой жанр или приспособления его к другой читательской аудитории, в результате чего меняется композиция и форма выражения первоначального произведения.* (согласно Системе стандартов по информации, библиотечному и

издательскому делу. ИЗДАНИЯ. ОСНОВНЫЕ ЭЛЕМЕНТЫ. Термины и определения. ГОСТ Р 7.0.3-2006)

*Производное произведение — это произведение, основанное на одном или нескольких ранее существовавших произведениях, включающие такие элементы как перевод на другой язык, музыкальную аранжировку, постановку на сцене, художественную обработку, кинопостановку, звукозапись, художественное воспроизводство, конспектирование, сокращение, или любые другие действия, при которых произведение может принять новую форму, трансформироваться или адаптироваться. Произведение, состоящее из редакторских исправлений, аннотаций, уточнений, или других изменений, которые в целом представляют исходное авторское произведение, также является производным.* (производное произведение - производная работа, в соответствии с Законом об авторском праве США от 1976 года, раздел 101)

Из правового смысла статей 1270, 1260 ГК РФ, а также приведенных расширенных толкований следует, что производное произведение, а следовательно и производная фонограмма, создаётся в результате интеллектуальной деятельности по (творческой) переделке исходного произведения, достаточно глубокой для того, чтобы на выходе иметь произведение, относящееся к другому жанру, с иной композицией, либо ориентированное на иную аудиторию.

Производное произведение (фонограмма) – это новое произведение (фонограмма), а не то же самое произведение (фонограмма) с улучшенными потребительскими свойствами сигнала или носителя, как, например, более чистый звук («снижения заметности дефектов, посторонние шумы, трески, щелчки, шум

магнитной ленты...) или более высокое качество печати, если использовать аналогию с бумажным носителем.

Если строго следовать букве закона, то перевод фонограммы из аналогового в цифровой вид (форму представления, способ машинной реализации, организации данных) – не является переработкой фонограммы. Следовательно интеллектуальных прав у лица, осуществившего оцифровку фонограммы, не возникает.

Повышение качества звука, сигнала, исправление дефектов исходного монтажа также не является переработкой фонограммы. Следовательно, и в этом случае интеллектуальных прав у лица, осуществившего усовершенствование фонограммы, не возникает.

Вместе с тем, толкование, согласно которому упомянутые действия не являются переработкой фонограммы, не препятствует их правовой квалификации в качестве способов использования фонограммы, поскольку п. 1 ст. 1324 ГК РФ говорит о неисчерпывающем характере перечня способов использования фонограмм, приведенного в п. 2 указанной статьи. Такого рода действия можно отнести к непоименованным способам использования фонограмм, вследствие чего они могут осуществляться только с согласия изготовителя фонограммы или иного правообладателя.

Используя аналогию с переработкой (модификацией) программ для ЭВМ в п. 9 ст. 1270 ГК РФ, осуществляемую оцифровку фонограмм, можно сопоставить с «адаптацией, то есть внесением изменений, осуществляемых исключительно в целях функционирования программы для ЭВМ или базы данных на конкретных технических средствах пользователя или под

управлением конкретных программ пользователя», которые не признаются переработкой.

Под переработкой фонограммы, упомянутой в подп. 9 п. 2 ст. 1324 ГК РФ, следует понимать изготовление производной фонограммы посредством переделки оригинальной фонограммы в результате чего меняется её композиция. Под композицией в данном случае следует понимать построение художественного произведения (фонограммы), обусловленное его содержанием, характером, назначением и во многом определяющее его восприятие. Композиция - важнейший, организующий элемент художественной формы, придающий произведению единство и цельность, соподчиняющий его компоненты друг другу и целому.

Однако, следует углубиться в понятие фонограммы, как самой записи, так и звуков при воспроизведении. Не следует игнорировать позицию ряда правоведов, полагающих, что переработка представляет собой всякое изменение формы фонограммы, независимо от того, носит такое изменение творческий характер или нет. Данная позиция может строиться на следующих формально-правовых основаниях.

1. Критерий творческого труда при создании фонограммы не упоминается в ст.ст. 1322-1328 ГК РФ, регулирующих права на фонограммы.

2. Обработка (произведения, фонограммы), в том числе всего лишь техническая обработка сигнала для его улучшения и/или преобразования из аналоговой в цифровую форму, включена в п. 9 ст. 1270 ГК РФ в перечень действий, в результате которых возникает производное произведение, а следовательно и производная фонограмма и права на неё.

3. Все несовершенства фонограммы (посторонние шумы, трески, щелчки, шум магнитной ленты, копирэффект, фон и др.) составляют её содержание (являются частью содержания фонограммы). Так же как и ошибки в коде программы для ЭВМ, составляют её содержание. Таким образом, работа по удалению несовершенств и/или восстановлению утраченного полезного сигнала вносит изменение в форму и содержание исходной фонограммы. Отсюда следует, что в результате усовершенствования исходной фонограммы создаётся производная фонограмма на которую возникают права у её производителя.

Специалисты используют понятие звукоряда, которое отражает единство формы и содержания, т.е. композицию фонограммы. Звукоряд фонограммы наглядно визуализируется на экране компьютера с помощью информативной диаграммы звукового сигнала. Изменение звукоряда фонограммы в результате удаления шумов или восстановления утраченного сигнала фиксируется и наглядно отображается на такой диаграмме, что может быть предъявлено в суде в качестве доказательства изменения формы и содержания фонограммы, т.е. её полноценной переработки, и возникновения прав у лица, которое осуществило эту переработку.

Действия по использованию компьютерных программ, которые сводятся лишь к конвертации звукозаписи в другой формат, изменению битрейта (количества бит, используемых для хранения одной секунды звукозаписи), сжатию цифрового файла и другие подобные им действия не охватываются понятием переработки фонограммы. Эти действия приводят лишь к созданию нового экземпляра, т.е. представляют собой воспроизведение фонограммы. К переработке же относятся действия по изменению формы



фонограммы, которые выходят за рамки простейших операций со звукозаписью, требуют применения профессиональных знаний и навыков, организационных усилий или привлечения инвестиций.

Также следует помнить, что переработка фонограммы требует разрешения правообладателя, при отсутствии которого считается неправомерной и не приводит к возникновению смежных прав на новую фонограмму. В то же время смежные права на правомерно переработанную фонограмму осуществляются независимо от воли правообладателя оригинальной звукозаписи, что существенно отличает правовой режим производных фонограмм от других производных объектов авторских и смежных прав. Согласно ст. 1327 ГК РФ исключительное право на фонограмму действует в течении 50 лет, считая с 1 января года, следующего за годом, в котором осуществлена запись.

**Таким образом, при рассмотрении вопроса, является ли перевод фонограмм с магнитной ленты в цифровую форму с улучшением качества звучания – переработкой, то есть созданием новых фонограмм, Кафедра может ответить, что если при переводе фонограмм с магнитной ленты в цифровую форму требуется применение профессиональных знаний, навыков, организационных усилий и привлечения инвестиций, при этом убираются несовершенства фонограммы, то эти действия можно охарактеризовать как переработка.**

Настоящее юридическое заключение подготовлено при участии доктора юридических наук А.А. Тедеева и кандидатов юридических наук А.В. Антоновой, Р.А. Будника, А.Г. Дейнеко и

утверждено на заседании Научно-методического центра «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности» Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» 19 января 2018 года.

**М.А.ФЕДОТОВ,**

Директор НМЦ «Кафедра ЮНЕСКО по  
авторскому праву и другим правам  
интеллектуальной собственности»  
НИУ «Высшая школа экономики»,  
доктор юридических наук, профессор,  
заслуженный юрист Российской Федерации,  
лауреат Премии Правительства РФ