

УДК 347

## ИСПОЛНИТЕЛЬСКИЕ ПРАВА В ЦИФРОВОЙ СРЕДЕ

© 2020 г.

*Н.В. Бузова*

Российский государственный университет правосудия, Москва

nbuzova@yandex.ru

*Поступила в редакцию 20.01.2020*

Делается попытка проанализировать возможности правовой охраны исполнений, созданных при помощи современных технологий, а также созданных современными технологиями. Также обозначены некоторые правовые риски, которые могут возникнуть при использовании исполнений в цифровой среде.

*Ключевые слова:* автор, исполнитель, исключительное право, правообладатель, программа для ЭВМ, цифровая среда.

Столетие назад, когда появились технические устройства и носители, позволяющие записывать и воспроизводить записанное исполнение артиста-исполнителя, представители творческих профессий начали активно заявлять о необходимости защиты их интересов и предоставления прав на результаты их творческой деятельности, в том числе на международном уровне. Во время международных дискуссий обсуждалась возможность изменения Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений (Берн, 1896 г.; далее – Бернская конвенция) посредством дополнения ее положениями о правах артистов-исполнителей. По итогам затянувшихся на десятилетия обсуждений было принято решение о разработке самостоятельного международного документа, в котором нашли отражение международные нормы в отношении объектов иной категории, чем авторские произведения. Таким международным договором стала Международная конвенция об охране исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций (Рим, 1961 г.; далее – Римская конвенция). В соответствии с Римской конвенцией исполнителям предоставляется исключительное право, позволяющее контролировать передачу в эфир своего исполнения, сообщение его для всеобщего сведения, запись своего исполнения, воспроизведение записи (ст. 7). В этот же период исключительные права начинают предоставляться исполнителям и на национальном уровне европейских государств, и такие права, как правило, относят к категории смежных прав.

Необходимость предоставления правовой охраны исполнениям и, как следствие, появление прав на исполнения (назовем их для целей настоящей статьи исполнительскими правами) были вызваны в большей степени тем, что технологии посягнули на экономические интересы

исполнителей, поскольку в связи с использованием записей уменьшилась потребность в «живых» исполнениях и сократились доходы исполнителей, получаемые за их творческий труд.

С распространением информационно-телекоммуникационных сетей, в том числе сети Интернет, расширяется среда использования исполнений; использование в новой, цифровой среде потребовало расширения правовой охраны и предоставления дополнительных правомочий, поскольку появляется новый способ использования исполнения. Записи исполнений все чаще и чаще размещаются в сети Интернет, и у представителей публики появляются новые возможности по прослушиванию и просмотру таких исполнений. Обеспечению контроля за размещением записей исполнений (за предоставлением доступа) в сети Интернет посредством предоставления нового правомочия, введения запрета обхода технических средств защиты установленных правообладателей исполнения в сети Интернет в отношении записей исполнений, а также удаления или изменения информации об управлении правами на исполнение способствовали положения Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам (Женева, 1996 г.; далее – ДИФ). Возможность контролировать использование исполнений в сети Интернет обеспечивалась наделением исполнителя правом сделать записанные исполнения доступными<sup>1</sup> (ст. 10). Кроме того, в ДИФ предусмотрены личные неимущественные права исполнителя (ст. 5), о которых не упоминалось в Римской конвенции.

В настоящее время шагнувшие вперед технологии, с одной стороны, расширяют возможности исполнителей, а с другой – снова затрагивают их интересы. Объединение результатов науки и искусства породило новый вид художественной деятельности – «цифровое искусство» [1]. В ре-

зультате симбиоза технологий и творчества создаются новые музыкальные инструменты, усовершенствованные способы исполнения и даже более технологичные «исполнители». Например, результатом совместной деятельности японского художника и инженера Тошио Иваи и представителя компании Yamaha Center Ю Нисибори стал электронный музыкальный инструмент Tenori-on. Нельзя отрицать, что новые технологии, например, применяемые в современных музыкальных инструментах, в частности в электронной арфе, расширяют возможности исполнителей. Gypsy-midi-костюм фактически является музыкальным инструментом: надев его, танцор движениями своих рук направляет звук и создает мелодии.

Новые технологии могут также компенсировать физические ограничения исполнителя. В частности, исполнения сложных трюков в экзоскелетах создают дополнительную безопасность и расширяют свободу творчества исполнителя. Роботизированный протез на руке барабанщика Джейсона Барнса позволяет ему играть на ударных инструментах в технике, которая недоступна даже профессионалам без ограничений физических возможностей. Хотя без такого протеза исполнение барабанщика не было бы столь выдающимся. Но протез и использованные технологии только оказывают содействие человеку при осуществлении им творческой деятельности, следовательно, налицо творческий результат, подлежащий правовой охране в режиме смежных прав, и наделение барабанщика исполнительскими правами.

Еще одним примером использования современных технологий для создания оригинальных исполнений могут являться 3D-мультфильмы. К особенностям данных мультфильмов можно отнести тот факт, что для создания движений персонажа требуется исполнитель-человек. Фактически персонаж мультипликационного фильма только отображает те действия, включая мимику, жесты, которые изображает актер-исполнитель. Специальное программное обеспечение позволяет зафиксировать действия актера и перенести их на трехмерную модель персонажа. То есть, несмотря на то что, просматривая мультипликационный фильм, мы видим неодушевленный персонаж, каждое его движение – это творческий труд актера, как если бы актер играл в костюме данного персонажа. В описанном случае мы также будем иметь дело с результатом интеллектуальной деятельности и субъектом исполнительских прав – актером-исполнителем.

Но в настоящее время говорят не об изменении среды использования исполнений, как это

имело место при появлении информационно-телекоммуникационных сетей, меняется сама исполнительская деятельность и исполнители.

При этом следует различать объекты, которые являются результатом творчества человека, но в которых программы для ЭВМ и иные технологии оказывают техническое содействие для формирования новых возможностей, спецэффектов и расширения функционала, а также объекты, созданные непосредственно программами для ЭВМ и иными технологиями. Такие инновации имеют место и в исполнительской деятельности.

В практике имеют место случаи, когда зрители наблюдали за исполнением «поющей голограммы», например, В. Цоя или Уитни Хьюстон. Представляется, что в таких случаях речь идет не об исполнительской деятельности и возникновении исполнительских прав на исполнение, а об использовании фонограммы и изображения исполнителя. Если в отношении использования фонограммы имеется правовая определенность как на национальном, так и на международном уровне (помимо Римской конвенции положения об охране фонограмм нашли отражение и в ДИФ) и ее использование допускается с разрешения обладателя исключительного права на нее, то изображение (внешний вид) человека относится к нематериальным благам, и в настоящее время использование изображений человека специально не регламентировано международными договорами в области авторского права и смежных прав. Охрана изображений и порядок их использования определяются национальными актами. В Российской Федерации охране изображений посвящена ст. 152.1 ГК РФ, которая предусматривает получение согласия лица на использование его изображения, а после его смерти использование изображения допускается с согласия детей и пережившего супруга, а в случае их отсутствия с согласия родителей.

Исполнять произведения способны и роботы, примером такого исполнителя может служить драм-машина Polyend Perc Pro – робот-барабанщик или Shimon Robotic – робот-музыкант «Шимон», играющий на мирамбе, созданный в Технологическом университете Джорджии, который исполняет оригинальные мелодии.

В Японии большой популярностью пользуются исполнения виртуальной певицы Хацуне Мики. Таких искусственно созданных исполнителей именуют вокалоидами. Непосредственно вокалоид представляет собой программу для ЭВМ, которая создает аудиовизуальные изображения, проецирующие голографическое изобра-

жение поющей девушки с внешностью, похожей на героиню из рисованного мультипликационного фильма. Хацуне Мики не единственный существующий в настоящее время вокалоид. Сама программа для ЭВМ, создающая аудиовизуальные отображения, охраняется авторским правом, но за авторами (правообладателями) программы для ЭВМ (а это, как правило, целый творческий коллектив) признаются права именно на программу для ЭВМ. Если обратиться к российскому законодательству, то порождаемые программой для ЭВМ аудиовизуальные отображения также являются программой для ЭВМ (ст. 1261 ГК РФ). Как отмечается специалистами, аудиовизуальные отображения рассматриваются как некая «последовательность изображений и/или звуков, сопровождающих организационную структуру компьютерной программы, путем их вывода на экран монитора пользователя» [2, с. 54]. То есть если программа для ЭВМ порождает вокалоид, то такой вокалоид в соответствии с ГК РФ рассматривается как сама программа ЭВМ.

Ни Бернская конвенция, ни Договор ВОИС по авторскому праву (Женева, 1996 г.; далее – ДАП) не раскрывают понятия программы для ЭВМ (компьютерной программы). В статье 4 ДАП только указывается на то, что компьютерные программы охраняются как литературные произведения в смысле ст. 2 Бернской конвенции. Не раскрывается понятие программы для ЭВМ и в Соглашении о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности, в п. 1 ст. 10, так же как и в ДАП, дается отсылка к охране в соответствии с Бернской конвенцией, хотя отмечается, что охраняется как исходный текст, так и объектный код. Определение понятия «компьютерная программа» содержалось в Типовых положениях ВОИС по охране компьютерных программ 1978 г., в соответствии с п. 1 ст. 1 которых «компьютерная программа» означала набор инструкций, способных при включении в машиночитаемый носитель заставить машину, имеющую возможности обработки информации, указывать, выполнять или достигать конкретной функции, задачи или результата<sup>2</sup>. Однако это определение так и не нашло отражения в действующих международных договорах.

Подходы, используемые в национальных законодательствах государств, относительно содержания понятия «компьютерная программа» имеют некоторые отличия. В законодательных актах европейских государств, например в Германии, Франции, понятие «компьютерная программа» охватывает в том числе подготовительные (подготовительные проектные) матери-

алы, что нашло закрепление в положениях сначала Директивы Совета Европейских сообществ от 14 мая 1991 года № 91/250/ЕЭС «О правовой охране компьютерных программ» (ст. 1) и далее в Директиве Европейского парламента и Совета Европейского союза №2009/24/ЕС от 23 апреля 2009 года «О правовой охране компьютерных программ (кодифицированная версия)» (п. 1 ст. 1). Но такой подход не характерен для Японии и США. В Японии под «компьютерной программой» понимается выражение совокупности инструкций, обеспечивающих функционирование ЭВМ и получение определенного результата (ст. 2 Закона Японии «Об авторском праве») [3, с. 32].

Как отмечают специалисты, например М. Фичор, понятие «компьютерная программа», используемое в европейской директиве, не распространяется на результаты работы компьютерных программ. Не распространяется понятие «компьютерные программы» согласно ст. 4 ДАП и на изображения, генерируемые компьютерными программами на экране [4, с. 197]. По законодательству США изображения, порождаемые компьютерными программами, рассматриваются как самостоятельные объекты авторского права, имеющие отдельную правовую охрану.

Таким образом, единообразного подхода к охране порождаемых программами для ЭВМ результатов на международном уровне до настоящего времени не заложено, и национальные подходы в отношении порождаемых программами для ЭВМ аудиовизуальных отображений и иных результатов функционирования программ для ЭВМ могут существенным образом отличаться.

Несмотря на то что вокалоид способен петь, танцевать и иным образом исполнять произведение, исполнения вокалоида не могут рассматриваться с точки зрения права результатом интеллектуальной деятельности человека, подлежащей охране, какими бы оригинальными они ни были. А самого вокалоида или программу для ЭВМ, создающую этого вокалоида, не следует рассматривать в качестве исполнителя, субъекта, наделенного какими-либо гражданскими, включая интеллектуальные, или иными правами. Тот же подход будет применим и к поющим голограммам.

Возникает вопрос: все ли результаты исполнительской деятельности с применением современных технологий охраняются нормами национального и международного права? Как следует из п. «а» ст. 3 Римской конвенции, исполнителями признаются актеры, певцы, музыканты, танцоры и другие лица, которые играют роль,

поют, читают, декламируют, исполняют или каким-либо иным образом участвуют в исполнении литературных или художественных произведений. Определение понятия «исполнитель» приведено в п. «а» статьи 2 ДИФ, фактически оно повторяет положения Римской конвенции, с небольшими дополнениями. В нем указывается, что к исполнителям также относятся лица, которые играют на музыкальном инструменте и интерпретируют, а также исполняют выражения фольклора. Говоря о лицах, и в Римской конвенции, и в ДИФ упоминаются именно физические лица<sup>3</sup>. Степень технологичности музыкального инструмента, на котором играет музыкант, или костюма, в котором играет роль актер, не влияет на возможность отнесения такого музыканта или актера как создателя исполнения к исполнителям, наделенным исключительным правом в соответствии с упомянутыми международными договорами. Ни животные, ни роботы не рассматриваются как субъекты исполнительской деятельности, несмотря на оригинальность исполнения. Такой же подход заложен и в национальном законодательстве, в том числе в ст. 1313 ГК РФ, согласно которой исполнителем признается гражданин, творческим трудом которого создано исполнение.

Таким образом, в случаях когда исполнительская деятельность связана с использованием современных технологий, в процессе правоприменения, в том числе при судебном рассмотрении дел, касающихся нарушенных или оспоренных прав на результаты интеллектуальной деятельности, важно разграничивать объекты, созданные человеком с применением технологий, которые будут охраняться в качестве интеллектуальной собственности, и объекты, возникающие в результате функционирования технологии без творческого участия человека, которые сами по себе интеллектуальной собственностью не являются, но возможны факты использования, включая неправомерное, охраняемых технологий.

Вне зависимости от среды использования исполнения – аналоговой или цифровой – права исполнителей должны соблюдаться как в стране, в которой имело место исполнение (если исполнительские права признаются за исполнителем), так и в других государствах – участниках международных договоров (в частности, Римской конвенции, ДИФ, Соглашения ТРИПС).

Но использование технических средств упрощает внесение изменений в исполнение. Современные технологии позволяют синтезировать голоса, в том числе известных исполнителей, и создать исполнения без участия конкретного исполнителя, голос которого исполь-

зуется. Кроме того, возможно изменение при помощи графики образа актера и использование в аудиовизуальном произведении.

Право на переработку исполнения (на внесение в исполнение изменений) международными актами в области авторского права и смежных прав не находит отражения, в п. 1 ст. 5 ДИФ предусмотрено право возражать против всякого извращения, искажения или иного изменения своих исполнений, способного нанести ущерб его репутации, отнесенное, так же как и право на неприкосновенность исполнения по ГК РФ, к личным неимущественным правам исполнителя. В этой связи исполнителю, разрешая использование исполнения в зарубежных странах, целесообразно детально изучить особенности национального законодательства и оговорить возможность и порядок согласования возможных изменений в его исполнение.

В тех случаях когда в исполнение вносятся изменения, следует определить характер таких изменений. Возможно создание на основе исполнения нового результата интеллектуальной деятельности в жанре пародии. В этом случае такое использование подпадает под ограничение и исключение из исключительного права исполнителя. В соответствии со ст. 16 ДИФ исключения и ограничения, которые предусмотрены для объектов авторского права, могут быть применены в отношении исполнений на национальном уровне. В Российской Федерации допускается создание произведений в жанре пародии без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты ему вознаграждения. Такое положение о пародии согласно ст. 1306 ГК РФ применимо и к исполнениям. То есть исполнение было использовано для создания исполнения, носящего пародийный характер, внесение изменений в исполнение допустимо по российскому законодательству. Но при этом должны быть соблюдены личные неимущественные права исполнителя, в том числе право на неприкосновенность исполнения (подп. 4 п. 1 ст. 1315 ГК РФ), изменения, внесенные в исполнение, не должны привести к извращению смысла или к нарушению целостности восприятия исполнения.

Изменения в исполнение могут быть внесены правообладателем, не являющимся исполнителем. В этом случае запретить исполнителю использование измененного исполнения будет проблематично, поскольку правообладатель может использовать исполнение любым не противоречащим закону способом, в том числе посредством его переработки, несмотря на то, что переработка как способ использования специально не поименована в п. 2 ст. 1317 ГК РФ. Применение

мер защиты (в данном случае мер, предусмотренных статьями 12 и 1251 ГК РФ) в таком случае возможно, если только при внесении изменений нарушаются личные неимущественные права, например право на неприкосновенность.

Если внесение изменений осуществляется лицом, использующим исполнение по лицензионному договору, то возможность внесения изменений должна быть предусмотрена лицензионным договором, так как согласно абз. 2 п. 1 ст. 1235 ГК РФ не указанное в лицензионном договоре право использования не считается предоставленным. В том случае если внесение изменений в исполнение не предусмотрено лицензионным договором, такое использование будет рассматриваться как бездоговорное и правообладатель будет вправе применить способы защиты, предусмотренные статьями 12, 1252 и 1311 ГК РФ. Но запретить такое неправомерное использование может именно правообладатель, который может и не являться исполнителем.

Таким образом, новые технологии создают новые вызовы для законодателей и правоприменителей. В то же время существующие международные акты, в целом, создают основу для использования исполнений в новых цифровых условиях. Насколько целесообразно создавать специальные международные акты для регулирования правоотношений по использованию исполнений в цифровой среде, покажет накоп-

ленный опыт правоприменения на национальном уровне различных государств.

#### Примечания

1. В Гражданском кодексе Российской Федерации указанное право именуется правом на доведение до всеобщего сведения (п. 2 ст. 1317).
2. Model Provisions on the Protection of Computer Software. Copyright. Monthly Review of the World Intellectual Property Organization. 1978. № 1. P. 12. WIPO [Электронный ресурс]. URL: [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/120/wipo\\_pub\\_120\\_1978\\_01.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/120/wipo_pub_120_1978_01.pdf) (дата обращения: 16.01.2020).
3. Что однозначно следует, в частности, из редакции текста на английском языке: other persons, где слово persons означает не что иное, как физические лица.

#### Список литературы

1. Гирфанова О.В. Музыка в эпоху цифровых технологий [Электронный ресурс]. Научное обозрение: электронный журнал. 2018. № 1. URL: <https://cyberleninka.ru/article/v/muzyka-v-epohu-tsifrovyyh-tehnologiy> (дата обращения: 18.01.2020).
2. Смирнова Е.Ю. Правовая охрана элементов, составляющих программу для ЭВМ // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2015. № 7. С. 50–54.
3. Подшибихин Л.И. Правовая охрана программ для ЭВМ. М.: ИНИЦ «ПАТЕНТ», 2010. 152 с.
4. Фичор М. Руководство к договорам ВОИС в области авторского права и смежных прав. Публикация ВОИС № 891 (1). Женева, 2003. 322 с.

## RIGHTS OF PERFORMERS IN DIGITAL ENVIRONMENT

*N.V. Buzova*

The article attempts to analyze the possibilities of legal protection of performances created using modern technologies, as well as those created by modern technologies. Some legal risks that may arise when using performances in digital environment are also discussed.

*Keywords:* author, performer, exclusive right, copyright holder, computer program, digital environment.

#### References

1. Girfanova O.V. Muzyka v epohu cifrovyyh tekhnologiy [Elektronnyj resurs]. Nauchnoe obozrenie: elektronnyj zhurnal. 2018. № 1. URL: <https://cyberleninka.ru/article/v/muzyka-v-epohu-tsifrovyyh-tehnologiy> (data obrashcheniya: 18.01.2020).

2. Smirnova E.Yu. Pravovaya ohrana elementov, sostavlyayushchih programmu dlya EVM // Zhurnal Suda po intellektual'nyh pravam. 2015. № 7. S. 50–54.
3. Podshibihin L.I. Pravovaya ohrana programm dlya EVM. M.: INIC «PATENT», 2010. 152 s.
4. Fichor M. Rukovodstvo k dogovoram VOIS v oblasti avtorskogo prava i smezhnyh prav. Publikaciya VOIS № 891 (1). Zheneva, 2003. 322 s.