

В Верховный Суд Российской Федерации
№308-ЭС15-17811
Дело №А53-25852/2013

Ответчик: ООО "ПолеТ"
346800, Ростовская обл, село Чалтырь
ул Социалистическая, 24

Процессуальный истец: ООО «ВОИС»
127055, г.Москва, ул. Новослободская, д.73, стр.1

Материальные истцы:
Не установлены и не извещены

Третьи лица: ИП Кураян Агоп Богосович
Ростовская область, ОГРНИП 304612207600015

ИП Кураян Каспар Богосович
Ростовская область, ОГРНИП 306612219400013

ОТЗЫВ

**на кассационную жалобу ООО «ВОИС»
на решение Арбитражного суда Ростовской области от 11.03.2015,
постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 17.06.2015
и постановление Суда по интеллектуальным правам от 22.09.2015**

Уважаемый суд,

Определением №308-ЭС15-17811 от 29.02.2016 судья Верховного Суда Российской Федерации Попов В.В. определил передать кассационную жалобу ООО «ВОИС» с делом для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации.

Определение обосновано доводами ООО «ВОИС» о том, что:

- судами не применены положения Договора Всемирной организации интеллектуальной собственности по исполнениям и фонограммам, принятого 20.12.1996 в Женеве,

- неправильно истолкованы нормы Международной конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций, заключенной в г. Риме 26.10.1961,

- нарушены положения статьи 30 Конвенции о праве международных договоров, принятой в Вене 23.05.1969, части 4 статьи 15 Конституции Российской Федерации и пункт 1 статьи 1231 Гражданского кодекса Российской Федерации.

- поскольку пятидесятилетний срок охраны смежных прав исполнителей и изготовителей фонограммы "Time After Time" (исполнитель Cyndi Lauper и изготовитель фонограммы Sony Music Entertainment), опубликованных в США в 1984 году к моменту присоединения Российской Федерации (с 05.02.2009) и США (с 20.05.2002) к Женевскому договору не истек, правообладателям должен быть обеспечен уровень охраны в соответствии с положениями Женевского договора и национального права.

- судебные акты противоречат правовой позиции изложенной в Справке по вопросам, связанным с особенностями предоставления правовой охраны фонограммам, в соответствии с положениями Гражданского кодекса Российской Федерации и международно-правовых договоров, утвержденной постановлением Президиума Суда по интеллектуальным правам от 28.09.2015 №СП-23/26.

РЕТРОСПЕКТИВНАЯ ОХРАНА

Рассмотрение вопроса толкования Римской конвенции в части предоставлении правовой охраны **праву на вознаграждение** за использование фонограммы, опубликованной в США, которые не являются членом Римской конвенции, не имеет правового смысла в контексте предмета рассматриваемого спора в его обжалуемой части.

Кроме того, обоснование придания обратной силы положениям Римской конвенции путем толкования ДИФ ВОИС (Женевского договора) во взаимосвязи с пунктами 3 и 4 статьи 30 Венской конвенции о праве международных договоров от 23.05.1969 г. является неверным как в силу **различия состава участников** Римской конвенции и ДИФ ВОИС, так и в силу **различия вопросов регулирования** (ДИФ ВОИС разрешался вопрос правовой охраны исполнений и фонограмм в сети Интернет).

Вопрос предоставления ретроспективной охраны **исключительных прав** на исполнения и фонограммы, странами первой публикации которых являются участники Римской конвенции, **прямо разрешен** в пункте 6 статьи 14 Соглашения ВТО по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС), которое подлежит прямому применению в силу статьи 15 (часть 4) Конституции Российской Федерации¹ начиная с 3 сентября 2012 г.²

Согласно пункту 6 статьи 14 Соглашения ВТО ТРИПС положения статьи 18 Бернской конвенции (1971 г.) также применяются *mutatis mutandis* к правам исполнителей и производителей фонограмм в фонограммах.

Согласно статье 18 Бернской конвенции настоящая Конвенция применяется ко всем произведениям, которые к моменту ее вступления в силу не стали еще общественным достоянием в стране происхождения вследствие истечения срока охраны.

¹ См. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации № 17-П от 9 июля 2012 года.

² В силу статьи 6 Федерального закона от 14 июня 1994 г. №5-ФЗ "О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания" 3 августа 2012 г. вступил в силу Федеральный закон Российской Федерации №126-ФЗ «О ратификации Протокола о присоединении Российской Федерации к Марракешскому соглашению об учреждении Всемирной торговой организации от 15 апреля 1994 г.», опубликованный 23 июля 2012 г. в «Российской Газете» - Федеральный выпуск №5839.

Согласно п.8 Части III Протокола он вступает в силу на тридцатый день после дня принятия Российской Федерацией настоящего протокола, (т.е. с 3 сентября 2012 г.).

Однако, если вследствие истечения ранее предоставленного произведению срока охраны оно стало уже общественным достоянием в стране, в которой истребуется охрана, то охрана этого произведения не возобновляется.

Таким образом, ретроспективная охрана **исключительных прав** на исполнения и фонограммы иностранных лиц, странами первой публикации которых являются участники одновременно ВТО и Римской конвенции, **прямо предусмотрена в пункте 6 статьи 14 Соглашения ВТО ТРИПС.**

Что касается ретроспективной охраны **исключительных прав** на исполнения и фонограммы иностранных лиц, странами первой публикации которых являются участники Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам (ДИФ ВОИС), то следует учитывать, что **Соглашение ВТО ТРИПС в силу хронологии принятия не распространяет свое регулирование в отношении более позднего ДИФ ВОИС**, что прямо следует из статьи 1 Соглашения ВТО ТРИПС «Сущность и сфера применения обязательств», согласно которой члены предоставляют режим, предусмотренный в настоящем Соглашении, гражданам других членов [1]. В отношении соответствующего права интеллектуальной собственности под гражданами других членов понимаются те физические или юридические лица, которые отвечали бы критериям предоставления охраны, предусмотренным в Парижской конвенции (1967 г.), Бернской конвенции (1971 г.), Римской конвенции и Договоре об интеллектуальной собственности в отношении интегральных микросхем.

Тем не менее, ретроспективная охрана **исключительных прав** на исполнения и фонограммы иностранных лиц, странами первой публикации которых являются участники Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам (ДИФ ВОИС), предоставляется в странах-участницах этого Договора в силу пункта 1 статьи 22, согласно которому Договаривающиеся Стороны, с учетом соответствующих изменений, применяют положения Статьи 18 Бернской конвенции к правам исполнителей и производителей фонограмм, предусмотренным в настоящем Договоре.

Таким образом, на территории Российской Федерации предоставляется ретроспективная охрана **исключительных прав** на исполнения и фонограммы иностранных лиц, странами первой публикации которых являются участники:

- Международной (Римской) Конвенции об охране прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций от 26.10.1961г.;

- Марракешского соглашения об учреждении Всемирной торговой организации от 15 апреля 1994 г.;

- Женевского Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам от 20.12.1996г.

ПРИНЦИП ВЗАИМНОСТИ ИЛИ НАЦИОНАЛЬНОГО РЕЖИМА ОХРАНЫ

Правительством Российской Федерации издано распоряжение от 14 июля 2008 г. N 998-р о присоединении Российской Федерации к Договору ВОИС по исполнениям и фонограммам (ДИФ).

При этом была сделана следующая оговорка:

"Российская Федерация в соответствии с пунктом 3 статьи 15 Договора: не будет применять пункт 1 статьи 15 Договора в отношении фонограмм, производитель которых не является гражданином или юридическим лицом другой Договаривающейся Стороны; ограничит предоставляемую в соответствии с пунктом 1 статьи 15 Договора охрану в отношении фонограмм, производитель которых является гражданином или юридическим лицом другой Договаривающейся Стороны, в объеме и на условиях, предоставляемых этой Договаривающейся Стороной фонограммам, впервые записанным гражданином или юридическим лицом Российской Федерации".

Однако, в частности, США присоединились к Договору ВОИС по исполнениям и фонограммам со следующей оговоркой:³

«В соответствии с пунктом 3 статьи 15 ДИФ США будут применять положения пункта 1 статьи 15 ДИФ только в отношении отдельных видов сообщений и доведения до всеобщего сведения при помощи цифровых устройств, за прием которых взимается плата прямым или косвенным образом, и для других ретрансляций и загрузок цифровых звукозаписей, как это установлено законодательством США» .

Таким образом, США не предоставляют права иностранным (в том числе российским) исполнителям и производителям фонограмм на вознаграждение за те виды использования, в отношении которых изданы оспариваемые Приказы Министерства культуры со ссылкой на пп.5 и 6 п.1 статьи 1244 ГК РФ.

Между тем, согласно оговорке, сделанной Российской Федерацией при присоединении к ДИФ, **предоставление права на вознаграждение согласно пункту 1 статьи 15 ДИФ на территории Российской Федерации осуществляется на основании принципа взаимности, а не на основании национального режима** – то есть, в объеме и на условиях, предоставляемых этой Договаривающейся Стороной фонограммам, впервые записанным гражданином или юридическим лицом Российской Федерации.

³ WPPT Notification No. 8, Ratification by the United States of America:

"Pursuant to Article 15(3) of the WIPO Performances and Phonograms Treaty, the United States will apply the provisions of Article 15(1) of the WIPO Performances and Phonograms Treaty only in respect of certain acts of broadcasting and communication to the public by digital means for which a direct or indirect fee is charged for reception, and for other retransmissions and digital phonorecord deliveries, as provided under the United States law."

http://www.wipo.int/treaties/en/notifications/wppt/treaty_wppt_8.html

ОСНОВАНИЯ ДЛЯ ОТМЕНЫ СУДЕБНЫХ АКТОВ

Тем не менее, ООО "Полет" полагает, что обжалуемые судебные акты подлежат отмене по иным, в том числе, безусловным основаниям:

- 1) Суды неправильно истолковали пп. 5, 6 п. 1 ст. 1244 и статью 1326 ГК РФ, как позволяющие Процессуальному истцу предъявлять требования в суде в защиту исключительных прав на исполнения (1317 ГК РФ) и фонограммы (1324 ГК РФ), в то время, как пп. 5, 6 п.1 ст.1244 и статья 1326 ГК РФ регулируют деятельность в иных сферах коллективного управления - осуществления прав исполнителей и изготовителей фонограмм на получение вознаграждения, что *per se* исключает допустимость заявления требований в защиту исключительных прав (включая применение специальных мер ответственности в виде взыскания компенсации за их нарушение по статье 1311 ГК РФ), поскольку ООО «ВОИС» управляет только правом на получение вознаграждения (в отличие от ООО «РАО», получившего соответствующую государственную аккредитацию по пп.1 п.1 статьи 1244 ГК РФ). Такой сферы коллективного управления, как управление исключительными правами на исполнения и фонограммы без договора с правообладателями, статьей 1244 ГК РФ не установлено, государственная аккредитация в указанной несуществующей сфере не проводилась.
- 2) Суды неправильно применили положения статей 1252 и 1311, которые исключают *per se* право требовать применения специальных мер ответственности в виде взыскания компенсации за нарушение права на вознаграждение по статье 1311 ГК РФ, поскольку указанная норма не содержит оговорки о ее распространении на право на вознаграждение, а вступившая в силу с 1 октября 2014 года новая редакция пп.3 п.1 статьи 1252 ГК РФ, предусматривающая возможность заявления требования о возмещении убытков к лицу, нарушившему право правообладателя на вознаграждение, предусмотренное статьей 1326 ГК РФ, в силу статьи 54 (часть 1) Конституции и п.1 статьи 4 ГК РФ как норма, устанавливающая или отягчающая ответственность, обратной силы не имеет. Требования о взыскании вознаграждения ООО «ВОИС» не заявлялось.
- 3) Суды неправильно применили нормы процессуального права, согласно которым ООО «ВОИС», действуя в суде в качестве процессуального истца (статья 53 АПК РФ), не обладающего субъективным правом, предъявленным к защите, не может *per se* заявлять требования о получении присужденного по иску в чужом интересе без соблюдения процессуальных требований, предъявляемых АПК РФ к полномочиям представителя, особо оговариваемых согласно ч.2 статьи 62 АПК РФ (п.21 Постановления Пленумов ВС и ВАС РФ №5/29 от 26 марта 2009 года, п.1, 2, 6 Постановления Пленума ВАС РФ №51 от 18 июля 2014 г.).
- 4) Судами не были применены статьи 14 и 65 АПК РФ, 7, 1231, 1304, 1321, 1328 ГК РФ, оговорки, сделанные Российской Федерацией при присоединении к Римской конвенции и Договору ВОИС об исполнениях и фонограммах в отношении статей 12 Римской конвенции и 15 ДИФ ВОИС, согласно которым в отношении исполнений и фонограмм, впервые записанных гражданином или юридическим лицом другого государства-

участника указанных международных договоров, Российская Федерация предоставляет охрану на началах принципа взаимности, что требует установления и доказывания ООО «ВОИС» содержания норм иностранного права в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве.

- 5) Суды нарушили положения статей 53 и 125 АПК РФ, статьи 981 ГК РФ о том, что суд, установив на основании анализа представленных ООО «ВОИС» доказательств и применимого российского и международного права (в том числе, в порядке статьи 14 АПК РФ) лиц, обладающих субъективным правом, предъявленным процессуальным истцом к защите, должен известить их о времени и месте предварительного и основного судебного заседания, вопреки разъяснениям Постановления Пленума ВАС РФ от 18 июля 2014 г. №51 в результате неправильного применения норм процессуального права и разъяснения указанными актами судебного толкования норм части 1 статьи 136, части 3 статьи 156 АПК РФ, которые действуют начиная с 1 сентября 2002 г. (даты введения в действие нынешней редакции АПК РФ), лишив заявленных в иске лиц права на судебную защиту, что противоречит статье статьи 4 АПК РФ, статье 46 Конституции РФ и не могло быть целью законодателя, введившего с 1 сентября 2002 г. неправильно истолкованные судами нормы процессуального права.
- 6) Суды неправильно применили абзац 2 п.5 статьи 1242 ГК РФ, как позволяющий Процессуальному истцу при отсутствии договоров с правообладателями лишь на основании Свидетельства о государственной аккредитации предъявлять требования в суде от своего имени, а не от имени неопределенного круга правообладателей.
- 7) Суды неправильно применили положения ч.1 статьи 55.1, ч.2 статьи 87.1, 82, 83 и 68 АПК РФ, как допускающие заочное участие в судебных заседаниях без соблюдения надлежащего порядка привлечения специалиста, который судом не вызывался, разрешения суда знакомиться с материалами дела не получал, предоставил вместо консультации в устной форме заключение в письменной форме, подготовленное на основании доказательств, полученных не из материалов дела, выступив фактически в роли эксперта, применившего вместо своих специальных познаний программу для ЭВМ «Shazam» и сопоставлявшего контрольную запись не с оригиналами, законно опубликованными с согласия правообладателя, а с неустановленными записями, совпадающими по названию на различных неофициальных интернет-сервисах. При этом лица, участвующие в деле, в виду неправильного применения указанных процессуальных норм были лишены права на судебную защиту, включая возможность задавать вопросы указанному специалисту/эксперту, который, помимо прочего, не давал подписку об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения. При этом сами суды представленные в дело доказательства непосредственно не исследовали и не давали им оценку в нарушение ч.1 статьи 71 АПК РФ.
- 8) Суды в нарушение п.2 и п.3 ч.4 статьи 170 АПК РФ не давали оценки и не указывали в мотивировочной части судебного решения мотивы, по которым суды отвергли те или иные доказательства, приняли или отклонили приведенные в обоснование своих требований и возражений доводы лиц,

участвующих в деле, а также законы и иные нормативные правовые акты, которыми руководствовался суд при принятии решения, и мотивы, по которым суд не применил законы и иные нормативные правовые акты, на которые ссылались лица, участвующие в деле, а именно:

1. Невозможно нарушить то, что прямо разрешено законом – статья 1326 ГК РФ прямо разрешает публичное исполнение фонограмм без согласия правообладателя. Нарушает же исключительное право не ожидание вознаграждения, а незаконное использование объекта смежных прав.
2. ООО «ВОИС» в нарушение п.1 ст. 1250, пп.3 п.1 ст. 1252 ГК РФ выбрало ненадлежащий способ защиты не своих прав, заявив требования о защите исключительных прав применительно к праву на получение вознаграждения.
3. ООО «ВОИС» никак не обосновало соразмерность затребованных мер ответственности в виде компенсации с необходимым восстановлением прав указанных в иске лиц, о правах которых судом вынесено решение.
4. ООО «ВОИС» не направило в адрес материальных истцов (правообладателей) исковое заявление о защите принадлежащих им прав, что привело к принятию решения о правах и об обязанностях лиц, не привлеченных к участию в деле.
5. ООО «ВОИС» не исполнило требований АПК РФ по указанию в исковом заявлении наименований и адресов правообладателей, что привело к рассмотрению дела в отсутствие лиц, не извещенных надлежащим образом о времени и месте судебного заседания.
7. ООО «ВОИС» не доказало, что перечисленные в исковом заявлении правообладатели существуют и обладают дееспособностью.
8. ООО «ВОИС» не доказало, что предъявленные к защите исключительные права принадлежат перечисленным в исковом заявлении лицам.
10. ООО «ВОИС» обосновало свои доводы при помощи доказательства, полученного с нарушением ст. 1278 ГК РФ⁴, ч.3 ст. 64 АПК РФ и ч.2 ст. 50 Конституции РФ.

ИНОСТРАННОЕ ПРАВО

Присоединение Российской Федерации к Договору ВОИС по исполнениям и фонограммам (далее ДИФ), участниками которого является и США и Российская Федерация, было осуществлено Распоряжением Правительства Российской Федерации от 14 июля 2008 г. N 998-р о присоединении Российской Федерации к Договору ВОИС по исполнениям и фонограммам (ДИФ) со следующей оговоркой:

"Российская Федерация в соответствии с пунктом 3 статьи 15 Договора: не будет применять пункт 1 статьи 15 Договора в отношении фонограмм, производитель которых не является гражданином или юридическим лицом другой Договаривающейся Стороны; ограничит предоставляемую в соответствии с пунктом 1 статьи 15 Договора охрану в отношении фонограмм, производитель которых является гражданином или юридическим

⁴ См. Постановление Суда по интеллектуальным правам по делу №А76-13283/2012 «Белоснежка и Леший» о недопустимости расширительного толкования норм, ограничивающих исключительные права.

лицом другой Договаривающейся Стороны, **в объеме и на условиях, предоставляемых этой Договаривающейся Стороной фонограммам, впервые записанным гражданином или юридическим лицом Российской Федерации**".

Упомянутые ООО «ВОИС» США также присоединились к ДИФ с оговоркой:

«В соответствии с пунктом 3 статьи 15 ДИФ США будут применять положения пункта 1 статьи 15 ДИФ только в отношении отдельных видов сообщений и доведения до всеобщего сведения при помощи цифровых устройств, за прием которых взимается плата прямым или косвенным образом, и для других ретрансляций и загрузок цифровых звукозаписей, как это установлено законодательством США»⁵.

Таким образом, США предоставили право иностранным (в том числе российским) исполнителям и производителям фонограмм на вознаграждение только за отдельные виды сообщений и доведение до всеобщего сведения при помощи цифровых устройств, за прием которых взимается плата прямым или косвенным образом, и для других ретрансляций и загрузок цифровых звукозаписей.

Между тем, согласно оговорке, сделанной Российской Федерацией при присоединении к ДИФ, предоставление права на вознаграждение согласно пункту 1 статьи 15 ДИФ на территории Российской Федерации осуществляется на основании принципа взаимности – то есть, в объеме и на условиях, предоставляемых этой Договаривающейся Стороной фонограммам, впервые записанным гражданином или юридическим лицом Российской Федерации.

Поскольку ООО «ВОИС» не доказало в установленном статьей 14 АПК РФ порядке наличие и содержание соответствующих норм иностранного права США, предоставляющих по мнению ООО «ВОИС» право на вознаграждение исполнителям и изготовителям фонограмм, впервые записанным гражданином или юридическим лицом Российской Федерации, то **у ООО «ВОИС» не имеется никаких правовых оснований требовать вознаграждение** за публичное исполнение исполнений и фонограмм, впервые записанных гражданином или юридическим лицом США на территории Российской Федерации.

ИЗВЕЩЕНИЕ ИНОСТРАННЫХ ЛИЦ

Согласно ч. 5 ст. 121 АПК РФ иностранные лица извещаются арбитражным судом по правилам, установленным в Арбитражном процессуальном кодексе РФ или международным договором Российской Федерации.

В силу п. 3 ст. 253 АПК РФ иностранные лица, находящиеся вне пределов РФ, извещаются о судебном разбирательстве определением арбитражного суда путем направления поручения в учреждение юстиции или иной компетентный орган иностранного государства.

⁵ WPPT Notification No. 8, Ratification by the United States of America:

"Pursuant to Article 15(3) of the WIPO Performances and Phonograms Treaty, the United States will apply the provisions of Article 15(1) of the WIPO Performances and Phonograms Treaty only in respect of certain acts of broadcasting and communication to the public by digital means for which a direct or indirect fee is charged for reception, and for other retransmissions and digital phonorecord deliveries, as provided under the United States law."

http://www.wipo.int/treaties/en/notifications/wppt/treaty_wppt_8.html

В этом случае **срок рассмотрения дела продлевается** арбитражным судом на срок, установленный договором о правовой помощи для направления поручений в учреждение юстиции или другой компетентный орган иностранного государства, а при отсутствии в договоре такого срока или при отсутствии указанного договора - не более чем **на шесть месяцев**.

Условием надлежащего извещения иностранного лица являются:

- | |
|--|
| <ul style="list-style-type: none">-Оформление судебного поручения в установленной международным договором форме;-Извещение лица, одним из традиционных путей передачи документов за границу.-Наличие документа компетентного органа, констатирующего факт вручения судебного поручения с указанием способа, места, даты вручения, а также лица, которому был доставлен документ. |
|--|

Согласно ст. 54 ГК РФ место нахождения юридического лица определяется местом его государственной регистрации. Государственная регистрация юридического лица осуществляется по месту нахождения его постоянно действующего исполнительного органа. Наименование и место нахождения юридического лица указываются в его учредительных документах.

Высший Арбитражный суд РФ неоднократно в своих Постановлениях (в том числе № 1185/от 30.06.1998, № 3696/00 от 21.11.2000, № 4460/99 от 06.02.2001) высказывал свою позицию о недопустимости извещения иностранных лиц заказными письмами с уведомлением, поскольку, несмотря на фактическую передачу информации, действия по извещению иностранного лица считаются совершенными ненадлежащим образом и поэтому не влекут юридических последствий, так как совершены с нарушением порядка по извещению иностранного лица.

Невозможно нарушить то, что прямо разрешено законом

<p>Статья 1326 ГК РФ прямо допускает использование фонограмм и зафиксированных в них исполнений без согласия правообладателя.</p>

<p>При этом согласно абзацу 3 п.1 статьи 1229 ГК РФ ответственность за нарушение исключительного права наступает <u>за исключением</u> случаев, когда такое использование допускается без согласия правообладателя.</p>

Согласно п.5 статьи 1229 ГК РФ **ограничения исключительных прав** на результаты интеллектуальной деятельности и на средства индивидуализации, в том числе в случае, когда использование результатов интеллектуальной деятельности допускается **без согласия** правообладателей, но с **сохранением за ними права на вознаграждение**, устанавливаются настоящим Кодексом.

Ограничение исключительного права подразумевает **не только отсутствие необходимости получать разрешение** от правообладателя на соответствующие способы использования объекта исключительных прав в виде лицензионного или иного договора, но и **отсутствие** у правообладателя или иных лиц, действующих в защиту его ограниченного права, **права требовать применения мер гражданско-**

правовой ответственности за такое использование.

Это прямо следует из общей нормы абзаца 3 пункта 1 статьи 1229 ГК РФ, согласно которому **ответственность** за нарушение **исключительного права** наступает **только в случае использования исключительного права без согласия правообладателя, за исключением случаев**, когда такое использование без согласия правообладателя **допускается Гражданским Кодексом**.

Таким образом, исковые требования о применении мер ответственности за использование фонограмм, когда такое использование без согласия правообладателя допускается Гражданским Кодексом, противоречат абзацу 3 п.1 статьи 1229 ГК РФ и являются незаконными.

Нарушение или неправильное применение норм материального права является основанием для изменения или отмены решения арбитражного суда первой инстанции (п.4 ч.1 статьи 288 АПК РФ).

Ненадлежащий способ защиты не своих прав

Актом обязательного судебного толкования - Постановлением Пленумов ВС и ВАС РФ №5/29 от 26 марта 2009 года установлено:

10.1. По смыслу положений пункта 5 статьи 1229 ГК РФ право на вознаграждение входит в состав исключительного права.

*10.2. В случаях, установленных положениями части четвертой ГК РФ, **право на вознаграждение сохраняется** у автора, исполнителя, изготовителя фонограммы **и тогда, когда исключительное право ему не принадлежит**, а равно у обладателя исключительного права, **если оно существенно ограничено** (например, статьи 1245, 1263, **1326** Кодекса).*

Таким образом, **право на вознаграждение не является исключительным правом**, хотя и может входить в его состав.

В состав исключительного права входит также **право на распоряжение** таким правом (п.1 статьи 1229 ГК РФ). Однако **незаконное распоряжение исключительным правом не влечет за собой ответственности за незаконное использование** исключительного права, включая выплату компенсации.

Это прямо следует из п.1 статьи 1250 ГК РФ - интеллектуальные права защищаются **способами, предусмотренными настоящим Кодексом**, с учетом существа нарушенного права и последствий нарушения этого права.

Для права на получение вознаграждения по статье 1326 ГК РФ такого способа защиты и меры ответственности, как компенсация, статьями 1252, 1301, 1311 ГК РФ не предусмотрены.

Расширительное толкование сферы применения специальной санкции в виде компенсации за пределами предусмотренной законом защиты исключительного права, ухудшающее положение лиц, привлекаемых к гражданско-правовой ответственности, недопустимо, поскольку согласно п.3 статьи 1252 ГК РФ такое требование может быть заявлено только в случаях, прямо и недвусмысленно предусмотренных ГК РФ.

Вступившая в силу с 1 октября 2014 года новая редакция пп.3 п.1 статьи 1252 ГК РФ, предусматривает возможность заявления требования о возмещении убытков к лицу, нарушившему право правообладателя на вознаграждение.

Однако согласно статье 54 Конституции РФ **никто не может нести ответственность за деяние, которое в момент его совершения не признавалось правонарушением**, а закон, устанавливающий или отягчающий ответственность, обратной силы не имеет.

При этом судопроизводство в арбитражных судах осуществляется в соответствии с федеральными законами, действующими во время разрешения спора и рассмотрения дела (далее - рассмотрение дела), совершения отдельного процессуального действия или исполнения судебного акта (ч.4 статьи 4 АПК РФ).

Защита права на получение вознаграждения может осуществляться лишь в порядке статьи 12 ГК РФ.

Недопустимость применения мер ответственности в виде компенсации за нарушение исключительного права к защите права на получение вознаграждение следует и из **устойчивой практики судов общей юрисдикции**, которым до недавнего времени были подведомственны споры с участием организаций по управлению правами на коллективной основе.

Так в Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 19 июня 2006 г. №15 г. «О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах» указывается:

*12. При решении вопроса о том, может ли автор являться истцом по делу о неправомерном использовании произведения, исключительные права на которое переданы другому лицу, суду необходимо учитывать, что абзац второй пункта 2 статьи 30 Закона Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах" предоставляет автору **право запрещать** неправомерное использование произведения, если лицо, которому переданы исключительные права на произведение, не осуществляет защиту этого права.*

*В указанном случае **автор не вправе требовать компенсации** за неправомерное использование произведения по пункту 2 статьи 49 Закона Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах". Однако он не лишен права требовать от нарушителя возмещения **морального вреда** (пункт 3 статьи 49 Закона).*

*33. Автор музыкального произведения (с текстом или без текста) **имеет право на вознаграждение за публичное исполнение** музыкального произведения при каждом публичном показе аудиовизуального произведения (пункт 3 статьи 13 указанного выше Закона), в том числе в кинотеатрах. **В случае невыплаты этого вознаграждения он имеет право лишь на его получение.** Заявленные таким лицом требования, предусмотренные статьей 49 Закона Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах", **не могут быть удовлетворены.***

Нарушение или неправильное применение норм материального права является основанием для изменения или отмены решения арбитражного суда первой инстанции (п.4 ч.1 статьи 288 АПК РФ).

Пределы полномочий ООО «ВОИС»

по свидетельству о государственной аккредитации

Как следует из материалов дела государственная аккредитация ООО «ВОИС» произведена на основании приказов Росохранкультуры №136 и №137 от 06 августа 2009 года **не в отношении исключительных прав.**

ООО «ВОИС» аккредитовано на осуществление **прав исполнителей и изготовителей фонограмм на получение вознаграждения** за публичное исполнение, сообщение в эфир или по кабелю фонограмм, опубликованных в коммерческих целях (пп. 5, 6 п. 1 ст. 1244, статьи 1326 ГК РФ).

Это также подтверждается свидетельствами №РОК-04/09 №РОК-05/09 о государственной аккредитации ООО «ВОИС» в качестве организации, осуществляющей **права исполнителей и изготовителей фонограмм на получение вознаграждения** за публичное исполнение, а также за сообщение в эфир или по кабелю фонограмм, опубликованных в коммерческих целях.

Как следует из указанных документов, государственная аккредитация дает ООО «ВОИС» полномочия только **на получение вознаграждения за публичное исполнение фонограмм и исполнений.**

Права на управление **исключительными правами** на фонограммы и исполнения государственная аккредитация ООО «ВОИС» **не предоставляет.**

Согласно п.5 статьи 1242 ГК РФ и параграфу 1218 Доклада Рабочей Группы по вступлению России в ВТО ООО «ВОИС» **вправе предъявлять требования в суде для защиты только тех прав, которые переданы ему в управление.**

Таким образом, ООО «ВОИС» не наделено в силу государственной аккредитации правом управлять исключительными правами исполнителей и изготовителей фонограмм, а также правом на обращение в суд с требованием о взыскании компенсации за их нарушение.

Такое право предоставлено в порядке пп.1 п.1 статьи 1244 ГК РФ лишь ООО «Российское авторское общество» **в отношении исключительных прав** 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 (подпункты 6 - 8 пункта 2 статьи 1270) согласно приказу Росохранкультуры №16 от 15.08.2008г. и Свидетельству о государственной аккредитации №РОК-01\08 от 24.12.2008г.

В материалах дела **договоры с правообладателями и иные источники полномочий ООО «ВОИС» отсутствуют.**

Подмена иска в защиту неопределенного круга лиц

на иск в защиту конкретных лиц

ООО «ВОИС» подменяет объем полномочий аккредитованных и неаккредитованных организаций по коллективному управлению.

Вот, как определены эти полномочия законом:

Организация	Правомочия
Обычная	<p><u>Управляет</u> только правами, переданными по договору с правообладателем. (п.3 статьи 1243 ГК РФ)</p> <p><u>Защищает</u> от имени <u>правообладателей</u> или от <u>своего имени</u> только права, <u>переданные</u> ей в управление.</p> <p>(абзац 1 п.5 статьи 1243 ГК РФ)</p>
Аккредитованная	<p><u>Управляет</u> наряду с правами, переданными по договору с правообладателями, и собирает вознаграждение для тех, <u>кто не заключил договор</u> на передачу прав</p> <p>(п.3 статьи 1244 ГК РФ).</p> <p><u>Защищает</u> от имени <u>неопределенного</u> круга <u>правообладателей</u> права, управление которыми осуществляет такая организация (абзац 2 п.5 статьи 1243 ГК РФ).</p>

Из закона со всей очевидностью следует, что в том случае, когда ООО «ВОИС» обращается в суд, как обычная организация, она может защищать переданные ей права как от своего имени, так и от имени правообладателей, предоставляя в суд заключенные с ней соответствующие договоры.

Однако если ООО «ВОИС», как в настоящем иске, действует в суде, как аккредитованная организация, она вправе защищать управляемые ею права только от имени неопределенного круга лиц.

ООО «ВОИС» всегда, независимо от того, выступает она в суде от имени правообладателей или от своего имени, **действует в защиту не своих прав, а прав лиц, передавших ей право** на управление соответствующими правами на коллективной основе (п.21 Постановления Пленумов ВС и ВАС РФ № 5/29), то есть является «Процессуальным истцом»⁶ (ч.4 статьи 53 АПК РФ).

⁶ «Особую группу среди лиц, участвующих в деле, занимают прокурор, а также государственные органы, органы местного самоуправления и иные органы, обратившиеся в арбитражный суд в случаях, предусмотренных АПК РФ.

Эти лица выступают в делах в защиту чужих интересов, что обуславливает специфику их процессуального положения (см. комментарии к ст. ст. 52, 53 АПК РФ). В этих случаях прокурор, государственные органы, органы местного самоуправления и иные органы, обратившиеся в арбитражный суд в

Как следует из материалов дела и искового заявления ООО "ВОИС" в результате государственной аккредитации **исключительные права** в управление не передавались.

Свидетельство о государственной аккредитации не передает ООО «ВОИС» никаких прав, а **лишь** позволяет ему **действовать в чужом интересе без поручения**, что предполагает одобрение заключенных ООО «ВОИС» сделок лицом, в чьих интересах они заключены (статьи 982 и 983 ГК РФ) или в случае обращения в суд - его извещение судом (ч.5 статьи 53, 125 АПК РФ).

Следовательно, ООО «ВОИС» не может быть признано **надлежащим истцом** по заявленному **от своего имени** требованию о взыскании компенсации за нарушение исключительного права **ввиду отсутствия у него субъективного права, подлежащего защите**, что соответствует правовой позиции Президиума ВАС РФ в Постановлении №13537/12 от 19 марта 2013 г.

ООО «ВОИС», подтверждая свои полномочия **лишь свидетельством о государственной аккредитации**, не вправе обращаться в суд **от своего имени** (абзац 2 п.5 статьи 1243 ГК РФ).

Таким образом, исковое заявление предъявлено **от своего имени** в защиту прав, свобод или законных интересов других лиц организацией, которой АПК РФ или другими федеральными законами не предоставлено такое право (ч.2 статьи 53, п.5 ч.1 статьи 126, ч.1 статьи 128, п.4 ч.1 статьи 129 АПК РФ).

Процессуальная недопустимость подмены иска в защиту неопределенного круга лиц на иск в защиту конкретных лиц

В силу закона ООО «ВОИС» осуществляет свою деятельность в защиту неопределенного круга лиц только в тех случаях, когда действует, как аккредитованная организация (п.5 ст. 1242 ГК РФ), т.е. в интересах лиц, договоры с которыми у ООО «ВОИС» не заключены (п.3 ст. 1242 ГК РФ), однако:

В настоящем судебном процессе перечень фонограмм и исполнений, а также соответствующие **правообладатели прямо поименованы** на основе имеющихся в деле доказательств, предоставленным самим Процессуальным истцом.

Судебная практика однозначно **дифференцирует** ситуации, когда иск заявлен в защиту **«значительного числа лиц»** и **«неопределенного круга лиц»**⁷.

*целях защиты чужих интересов, выступают квазиистцами, **процессуальными истцами. Настоящими истцами по делу являются те, в чьих интересах заявлен иск.***

- Постатейный комментарий к АПК РФ под редакцией П.В.Крашенинникова. Изд. «Статут», 2007 г. Комментарий к статье 40 АПК РФ, с.117.

⁷ См., например:

Под неопределенным кругом лиц понимается такой **круг лиц, который невозможно индивидуализировать (определить)**, привлечь в процесс в качестве истцов, указать в решении, а также решить вопрос о правах и обязанностях каждого из них при разрешении дела. По такому иску в случае его удовлетворения прямым **выгодоприобретателем** является **неопределенная группа лиц в целом**, в пользу которой принимается решение.

Целью введения законодателем **правовой конструкции иска «в защиту неопределенного круга лиц»** является признание незаконными и пресечение действий, нарушающие **общие** интересы защищаемого таким иском неопределенного круга лиц.

Иск «в защиту неопределенного круга лиц» позволяет осуществить защиту нарушенных прав не конкретного лица, а **неперсонифицированного круга лиц, для которого характерна количественная неопределенность**.

В этих случаях **состав потенциальных истцов** не поддается точному установлению **не только до начала** судебного разбирательства, но и **после его окончания**, но существует **тождество предмета и основания** иска для всех истцов, **общий** способ защиты права, общий для всех лиц ответчик. Иными словами, устанавливается факт **массового** нарушения прав неопределенного круга лиц⁸.

При этом иск «в интересах неопределенного круга лиц» определяется, как дело, представляющее публичный интерес, в котором **нет субъекта материального правоотношения (определенного истца)**. В таком деле заявитель не должен соблюдать внесудебный порядок урегулирования спора, поскольку не является стороной в нем. Он не вправе распоряжаться материальным правом, в частности не может заключить мировое соглашение. По этим же основаниям к заявителю нельзя предъявить встречный иск. Ответчик может предъявить встречный иск к лицу, в интересах которого возбуждено дело⁹.

Понятия же «значительное число лиц» и «неопределенный круг лиц» не равнозначны.

При наличии пусть и значительного, но вполне определенного числа лиц у подателя искового заявления есть возможность в исковом заявлении указать фамилию, имя, отчество, место жительства каждого из истцов, каждый из них индивидуально должен быть извещен судом о времени и месте судебного заседания.

При этом ссылка на п.21 Постановления Пленумов ВС и ВАС РФ №5/29 от 26 марта 2009 года о том, что «спор с участием организации, осуществляющей коллективное управление авторскими правами, может быть рассмотрен судом и без участия конкретного правообладателя» не отменяет требований АПК РФ об

- Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за I квартал 2004 года по гражданским делам, утвержденный постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 23 и 30 июня 2004 г.

- Кассационное определение судебной коллегии по гражданским делам Архангельского областного суда по Делу №33-3326 от 10 ноября 2008,

- Кассационное определение судебной коллегии по гражданским делам Амурского областного суда по Делу №33-1544/08 от 25 июля 2008 года

⁸ Артамонова Е. Защита прав неопределенного круга лиц // Законность. 2003. N 8. С. 2 - 4.

⁹ Гражданское процессуальное право. Учебник / Под ред. М.С. Шакарян. М.: Проспект, 2005. С. 94 - 96.

обязательном указании в иске и извещении лиц, в интересах которых начато дело, **вне зависимости от их решения** воспользоваться или не воспользоваться своими процессуальными правами, предоставленными им законом.

Предъявление в рамках иска в защиту **неопределенного круга лиц** требований о присуждении **денежной компенсации в пользу Процессуального истца в интересах определенного круга лиц** является недопустимым выходом за пределы осуществимого права, противоречит правовому назначению указанного процессуального инструмента и содержит признаки **злоупотребления процессуальными правами путем совершения действий в обход закона** за пределами установленной цели процессуального права, устанавливающего совершенно различные требования к заявителю и порядок рассмотрения дел в защиту определенного и неопределенного круга лиц.

При этом ни АПК РФ, ни статьями 1242-1244 ГК РФ, ни другими федеральными **законами ООО «ВОИС» не предоставлено право** на предъявление заявлений в защиту прав, свобод или законных интересов **определенного** лица **путем подачи иска в защиту неопределенного круга лиц**.

Таким образом, исковое заявление ООО «ВОИС», недобросовестно заявившего настоящий **неосновательный иск в обход закона**, предъявлено в защиту прав, свобод или законных интересов другого лица организацией, которой настоящим Кодексом или другими федеральными **законами не предоставлено такое право**, в нарушение принципа добросовестности использования процессуальных прав и в противоречии цели укрепления законности и правопорядка, закрепленной в статье 2 АПК РФ.

Осуществление коллективного управления без ведома и согласия правообладателей уже привело к возникновению **значительных сумм нераспределённого авторского вознаграждения** с последующим взысканием налога на прибыль и признанием собранного, но не выплаченного авторского вознаграждения кредиторской задолженностью с истекшим сроком исковой давности¹⁰.

Соразмерность компенсации последствиям предполагаемого нарушения

Процессуальный истец просил у взыскать компенсацию в размере 60 000 рублей за менее, чем 15 минут 3-х прозвучавших фонограмм, т.е. 20 000 рублей за каждую.

Однако никаких доказательств, которые позволили бы суду определить утерянное правообладателями имущественное положение, подлежащее восстановлению, ООО «ВОИС» не представило, как и доказательств наступления у перечисленных в исковом заявлении лиц, предположительно являющихся правообладателями, каких-либо убытков включая упущенную выгоду.

Поскольку в нашем случае речи об экземплярах фонограмм не идет, то, применяя по аналогии статью 1311 ГК РФ (вместо 1301 ГК РФ, ошибочно примененной арбитражным судом первой инстанции), в качестве критерия соразмерности следовало бы принять стоимость права использования объекта

¹⁰ Постановление ФАС МО по делу №А40-127535/2011 от 31 мая 2013 года.

смежных прав, определяемой исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование такого объекта.

Но и в отношении стоимости права никаких доказательств, подтверждающих обычность запрошенного размера такой цены (по 14000 рублей за голову правообладателя, или по 40000 рублей за фонограмму), в материалах дела нет.

Между тем, согласно правовой позиции, выраженной в Постановлении Президиума ВАС РФ № 8953/12 от 20 ноября 2012 г, **размер компенсации за неправомерное использование произведения должен определяться исходя из необходимости восстановления имущественного положения правообладателя.** Это означает, что он должен быть поставлен в то имущественное положение, в котором он находился бы, если бы произведение использовалось правомерно.

В то же время соотношение размера компенсации и стоимости права, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование, можно понять, изучив судебную практику ООО «ВОИС»:

Определением о прекращении производства по делу №А40-116209/12 Арбитражного суда г.Москвы от 05 декабря 2012 года утверждено мировое соглашение, согласно которому **вместо компенсации в размере 280 000 рублей** ответчик выплатил компенсацию в **6 916** (Шесть тысяч девятьсот шестнадцать) рублей, рассчитанную в двукратном размере стоимости права использования фонограмм, определенном исходя из суммы **ежемесячного платежа (3 458 рублей)**, т.е. **115 рублей в день.**

Определением Арбитражного суда г.Москвы от 25.01.2013 г по делу №А40-139309/12 утверждено мировое соглашение, по которому ответчик выплатил ООО «ВОИС» **вместо компенсации в 450 000 рублей** сумму в размере **88 000** (Восемьдесят восемь тысяч) рублей, рассчитанную с учетом того, что бездоговорное публичное исполнение фонограмм осуществлялось в течение **265** календарных дней в двукратном размере стоимости права использования фонограмм за указанный период, т.е. по **166 рублей в день.**

В настоящем деле в качестве доказательства ООО «ВОИС» приобщена скрытые видеозаписи, которые имеют длительность **15 минут.**

За эти 15 минут ООО «ВОИС» требует взыскать компенсацию в размере 60 000 рублей, т.е. **более 172 миллионов рублей в месяц.**

В силу статьи 1 Гражданского кодекса Российской Федерации основополагающим принципом гражданского законодательства является принцип обеспечения восстановления нарушенных прав, а согласно статье 4 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации обращение в арбитражный суд должно быть обусловлено **необходимостью защиты нарушенных прав и иметь целью их восстановление.**

В силу статей 11, 12 Гражданского кодекса Российской Федерации, в арбитражном суде осуществляется защита нарушенных или оспоренных гражданских прав способами, перечисленными в статье 12 названного Кодекса, а также иными способами, предусмотренными законом.

Истец свободен в выборе способа защиты своего нарушенного права, однако избранный им способ защиты должен соответствовать содержанию нарушенного права и спорного правоотношения, характеру нарушения. В тех случаях, когда **закон предусматривает для конкретного правоотношения определенный способ защиты**, лицо, обращающееся в суд, вправе воспользоваться именно этим способом защиты.

Способ защиты права должен соответствовать характеру и последствиям правонарушения и обеспечивать восстановление нарушенных прав. **Если истец избрал способ защиты права, не соответствующий нарушению, и не обеспечивающий восстановление прав, его требования не могут быть удовлетворены.**¹¹

Выбранный ООО «ВОИС» способ защиты права на получение вознаграждения не предусмотрен законом, а затребованный размер компенсации в нарушение положений п.1 статьи 1250 ГК РФ рассчитан произвольным образом, не является соразмерным последствиям предполагаемого нарушения, представляя собой **попытку получения неосновательного обогащения** ООО «ВОИС» за счет Ответчика.

Это особенно очевидно с учетом его прямой материальной заинтересованности в виду установленного Уставом ООО «ВОИС» безусловного отчисления до 40% процентов от собранных сумм на свое содержание и ведение уставной деятельности, а также 20% в т.н. «специальные фонды».

Принятие решения о правах и об обязанностях лиц, не привлеченных к участию в деле

Согласно ч.1 статьи 44 АПК РФ **сторонами** в арбитражном процессе **являются истец и ответчик.**

Частью 2 статьи 44 АПК РФ установлено, что **истцами** являются организации и граждане, предъявившие иск **в защиту своих прав** и законных интересов.

В случаях, предусмотренных АПК РФ и другими федеральными законами, **организации вправе обратиться** в арбитражный суд **в защиту** прав и законных интересов **других лиц** (ч.2 статьи 53 АПК РФ). Согласно статье 40 АПК РФ **такие организации**, обратившиеся в арбитражный суд в случаях, предусмотренных АПК РФ, **не отнесены к сторонам** в арбитражном процессе.

При этом организации, обратившиеся в защиту прав и законных интересов других лиц, **пользуются процессуальными правами и несут процессуальные обязанности истца, т.е. истцами не являются** (ч.4 статьи 53 АПК РФ).

Таким образом, **Процессуальный истец** обратился в суд с исковым заявлением по настоящему делу в интересах лиц, указанных в иске в качестве правообладателей.

В силу ч.1 статьи 44 АПК РФ **именно правообладатели являются истцами – сторонами по настоящему делу**, что прямо следует из ч.5 статьи 53 АПК РФ:

¹¹ Постановление 18 арбитражного апелляционного суда от 04 марта 2013 года № 18АП-1731/2013

«Отказ органов, организаций и граждан, указанных в частях 1 и 2 настоящей статьи, от предъявленного иска не лишает истца права требовать рассмотрения дела по существу.»

То есть, даже если ООО «ВОИС» отказывается от иска полностью или в части, лица, в защиту прав которых подано исковое заявление (правообладатели), вправе требовать рассмотрения дела по существу.

В настоящем деле иск заявлен на основании п.5 статьи 1242, п.3 статьи 1244 ГК РФ, **пункта 21** Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ №5/29 от 26 марта 2009 года, **согласно которому** организация, управляющая имущественными правами на коллективной основе, независимо от того, выступает она в суде от имени правообладателей или от своего имени, действует в защиту не своих прав, а прав лиц, передавших ей в силу пункта 1 статьи 1242 Кодекса право на управление соответствующими правами на коллективной основе.

Данная правовая позиция подтверждена в Постановлении Президиума ВАС РФ № 9132/09 от 24 ноября 2009 года¹², который указал, что организация, управляющая имущественными правами на коллективной основе, при обращении в суд не является истцом, поскольку выступает в защиту не своих прав.

Истцами по делу в указанном случае выступают обладатели авторских и (или) смежных прав, в защиту интересов которых обратилась организация.

Таким образом, процессуальный статус ООО «ВОИС», как организации, обратившейся в арбитражный суд в защиту прав и законных интересов других лиц, определен, как «процессуальный истец».

Соистцами по настоящему делу **являются правообладатели**, в защиту прав и законных интересов которых обратилось ООО «ВОИС».

С учетом положений статьи 40 АПК РФ лицами, участвующими в настоящем деле, являются:

- **процессуальный истец** - организация, обратившаяся в арбитражный суд в случае, предусмотренном ч.2 ст. 53 АПК РФ (**ООО «ВОИС»**).
- **Материальные истцы** - **правообладатели** в порядке статьи 46 АПК РФ, поскольку предметом спора являются однородные права;
- Ответчик;
- третьи лица;

Указанные лица имеют права и несут обязанности лиц, участвующих в деле, в предусмотренные, в частности, статьями 8, 14 и 41 АПК РФ.

Арбитражный суд не вправе своими действиями ставить какую-либо из сторон в преимущественное положение, равно как и умалять права одной из сторон (ч.3 статьи 8 АПК РФ).

¹² Постановление Президиума ВАС РФ № 9132/09 от 24 ноября 2009 г. по делу А07-10428/2008

Согласно пункту 2 части 2 статьи 125 АПК РФ в исковом заявлении должны быть указаны, в том числе:

- наименования **соистцов-правообладателей**,
- их место нахождения;
- если истцом является гражданин, его место жительства,
- дата и место его рождения,
- место его работы
- или дата и место его государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя,
- номера телефонов, факсов,
- адреса электронной почты соистцов-правообладателей.

Процессуальный истец - организация, обратившаяся в арбитражный суд в случае, предусмотренном ч.2 статьи 53 АПК РФ, пользующаяся процессуальными правами и несущая процессуальные обязанности истца, обязана направить другим лицам, участвующим в деле (в том числе, **соистцам-правообладателям**, в интересах которых заявлен иск), копии искового заявления и прилагаемых к нему документов, которые у них отсутствуют, заказным письмом с уведомлением о вручении (часть 3 статьи 125 АПК РФ).

При этом согласно ч.1 статьи 126 АПК РФ к исковому заявлению должны быть, в частности, приложены:

- уведомление о вручении или иные документы, подтверждающие направление другим лицам (**включая соистцов правообладателей**), участвующим в деле, копий искового заявления и приложенных к нему документов, которые у других лиц, участвующих в деле, отсутствуют;

- **копии свидетельства о государственной регистрации** в качестве юридического лица или индивидуального предпринимателя (**в том числе, в отношении соистцов-правообладателей**);

- **выписка** из единого государственного реестра юридических лиц или единого государственного реестра индивидуальных предпринимателей с **указанием сведений о месте нахождения или месте жительства истца (в том числе, в отношении соистцов-правообладателей)** и ответчика и (или) приобретения физическим лицом статуса индивидуального предпринимателя либо прекращения физическим лицом деятельности в качестве индивидуального предпринимателя или иной документ, подтверждающий указанные сведения или отсутствие таковых. Такие документы должны быть получены **не ранее чем за тридцать дней до дня обращения истца в арбитражный суд.**

Согласно материалам дела **исковое заявление ООО «ВОИС» не содержит предусмотренного п.2 части 2 статьи 125 АПК РФ указания лиц**, в защиту прав которых подано исковое заявление, в частности, наименований истцов, их места нахождения; если истцом является гражданин, его место жительства, дата и место его

рождения, место его работы или дата и место его государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя, номера телефонов, факсов, адреса электронной почты истцов.

В нарушение ч. 1 ст. 126 АПК РФ к исковому заявлению не приложены, в частности уведомление о вручении или иные документы, подтверждающие направление другим лицам (включая соистцов правообладателей), участвующим в деле, копий искового заявления и приложенных к нему документов, которые у других лиц, участвующих в деле, отсутствуют, а также копии свидетельств о государственной регистрации и выписки из единого государственного реестра юридических лиц или единого государственного реестра индивидуальных предпринимателей с указанием сведений о месте нахождения или месте жительства соистцов-правообладателей.

Исковое заявление не содержит установленной АПК РФ информации о лицах, в защиту прав которых подано исковое заявление, т.е. **надлежащих кредиторах деликтного обязательства**, в пользу которых суд должен издать судебный акт о выплате компенсации и **в пользу которых должно вестись исполнительное производство.**

Таким образом, **невозможно достоверно установить и идентифицировать заявленных в иске правообладателей, а также установить и проверить их правоспособность**, в том числе для целей прекращения производства по делу в порядке п.4 и п.5 ч.1 статьи 150 АПК РФ;

Ответчик в виду изложенного лишен права на состязательную судебную защиту, в частности, права выдвигать возражения против надлежащих кредиторов, заключать с ними мировое соглашение, оспаривать наличие у них исключительных прав и осуществлять иные права, предоставленные ему процессуальным законодательством.

Ответчик не располагает возможностью получения иным способом доказательств наличия одобрения со стороны правообладателя действий ООО «ВОИС» в их интересах без поручения.

Это, в свою очередь, лишает Ответчика ясности в отношении точного перечня кредиторов - лиц, участвующих в деле (что, в частности, умаляет **право Ответчика выдвигать против требований конкретных кредиторов возражения, основанные на отношениях Ответчика с такими кредиторами**), а также объема полномочий процессуального истца в части действий в их интересе.

Согласно п.1 статьи 983 ГК РФ действия в чужом интересе, совершенные после того, как тому, кто их совершает, стало известно, что они **не одобрятся заинтересованным лицом**, не влекут для последнего обязанностей ни в отношении совершившего эти действия, ни в отношении третьих лиц.

При этом обязанности по сделке, заключенной в чужом интересе, переходят к лицу, в интересах которого она совершена, **при условии одобрения им этой сделки и если другая сторона не возражает против такого перехода либо при заключении сделки знала или должна была знать о том, что сделка заключена в чужом**

интересе (ст. 986 ГК РФ). При переходе обязанностей по такой сделке к лицу, в интересах которого она была заключена, **последнему должны быть переданы и права по этой сделке.**

В частности, для завершения спора мировым соглашением Ответчик не имеет достаточных оснований полагать, что сделка совершается с одобрения правообладателей, а также соответствующих оснований для возражения против заключения мирового соглашения в отношении прав тех лиц, которые не одобрили действия ООО «ВОИС».

Основаниями для отмены решения, постановления арбитражных судов первой и апелляционной инстанций **в любом случае** является, в частности:

принятие судом решения о правах и об обязанностях лиц (**включая правообладателей-соистцов**), не привлеченных к участию в деле (п.4 ч.4 статьи 288 АПК РФ);

7. Рассмотрение дела в отсутствие лиц, не извещенных надлежащим образом о времени и месте судебного заседания

В пункте 21 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ №5/29 от 26 марта 2009 года говорится, что **спор** с участием организации, осуществляющей коллективное управление авторскими и смежными правами, **может (но не должен)** быть **рассмотрен** судом и **без участия** конкретного правообладателя.

Если не рассматривать это указание, как **новую норму, позволяющую суду в нарушение Конституции РФ¹³ произвольным образом лишать участников дела принадлежащих им процессуальных прав**, то отсылочной нормой для такого разъяснения Пленумами ВАС и ВС РФ действующего законодательства является **ч.3 статьи 156 АПК РФ:**

«...**при неявке** в судебное заседание арбитражного суда истца и (или) ответчика, **надлежащим образом извещенных** о времени и месте судебного разбирательства, суд вправе **рассмотреть** дело в их отсутствие.

Аналогичное положение содержится в ч.1 статьи 136 АПК РФ, согласно которой **при неявке** в предварительное судебное заседание **надлежащим образом извещенных** истца и (или) ответчика, других заинтересованных лиц, которые могут быть привлечены к участию в деле, **заседание проводится** в их отсутствие.

Однако ч.1 статьи 136 АПК РФ допускает **не рассмотрение** спора в отсутствие правообладателя, в интересах которого подан иск, а лишь **действия по подготовке дела к судебному разбирательству.**

Таким образом, **упомянутый пункт 21 Пленумов ВАС и ВС РФ касается только стадии рассмотрения дела (Глава 19 АПК РФ), но не стадии подготовки дела к судебному разбирательству (Глава 14 АПК РФ), и никоим образом не отменяет императивных требований АПК РФ об обязательном указании в иске и**

¹³ В частности, ч.1 статьи 19 («Все равны перед законом и судом»), ч.1 статьи 46 («Каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод»), ч.3 статьи 55 («Права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены **федеральным законом**»)

извещения лиц, в интересах которых начато дело, вне зависимости от их последующего намерения воспользоваться своими процессуальными правами, предоставленными им Конституцией и законами.

Согласно ч. 5 ст. 121 АПК РФ иностранные лица извещаются арбитражным судом по правилам, установленным в Арбитражном процессуальном кодексе РФ или международным договором Российской Федерации.

В силу п. 3 ст. 253 АПК РФ иностранные лица, находящиеся вне пределов РФ, извещаются о судебном разбирательстве определением арбитражного суда путем направления поручения в учреждение юстиции или иной компетентный орган иностранного государства.

В этом случае срок рассмотрения дела продлевается арбитражным судом на срок, установленный договором о правовой помощи для направления поручений в учреждение юстиции или другой компетентный орган иностранного государства, а при отсутствии в договоре такого срока или при отсутствии указанного договора - не более чем на шесть месяцев.

Условием надлежащего извещения иностранного лица являются:

-Оформление судебного поручения в установленной международным договором форме;

-Извещение лица, одним из традиционных путей передачи документов за границу.

-Наличие документа компетентного органа, констатирующего факт вручения судебного поручения с указанием способа, места, даты вручения, а также лица, которому был доставлен документ.

Высший Арбитражный суд РФ неоднократно в своих постановлениях (в том числе № 1185/от 30.06.1998, № 3696/00 от 21.11.2000, № 4460/99 от 06.02.2001) высказывал свою позицию о недопустимости извещения иностранных лиц, заказными письмами с уведомлением, поскольку, несмотря на фактическую передачу информации, действия по извещению иностранного лица считаются совершенными ненадлежащим образом и поэтому не влекут юридических последствий, так как совершены с нарушением порядка по извещению иностранного лица.

Уведомление лица, уполномоченного на ведение дела, находящегося на территории Российской Федерации, не освобождает суд от обязанности соблюдения порядка уведомления иностранного лица.

Согласно ст. 54 ГК РФ место нахождения юридического лица определяется местом его государственной регистрации. Государственная регистрация юридического лица осуществляется по месту нахождения его постоянно действующего исполнительного органа. Наименование и место нахождения юридического лица указываются в его учредительных документах.

Согласно ст. 19 ГК РФ гражданин приобретает и осуществляет права и обязанности под своим именем, включающим фамилию и собственно имя, а также отчество, если иное не вытекает из закона или национального обычая. Приобретение прав и обязанностей под именем другого лица не допускается.

Местом жительства признается место, где гражданин постоянно или преимущественно проживает (п.1 ст. 20 ГК РФ).

ООО «ВОИС» утверждает, что осуществляет управление правом на получение вознаграждение в отношении лиц, указанных в исковом заявлении.

Согласно п.4 статьи 1243 ГК РФ распределение вознаграждения и выплата вознаграждения должны производиться **регулярно** в сроки, предусмотренные уставом организации по управлению правами на коллективной основе, и пропорционально фактическому использованию соответствующих объектов авторских и смежных прав, определяемому на основе сведений и документов, получаемых от пользователей, а также других данных об использовании объектов авторских и смежных прав, в том числе сведений статистического характера.

Одновременно с выплатой вознаграждения организация по управлению правами на коллективной основе **обязана представить правообладателю отчет**, содержащий сведения об использовании его прав, в том числе о размере собранного вознаграждения и об удержанных из него суммах.

Соответственно, **ООО «ВОИС» обязана знать** точное наименование правообладателей и их адреса, включая банковские реквизиты и иные сведения, необходимые для выплаты им вознаграждения и удержания установленных законом налогов.

Согласно статье 1322 ГК РФ изготовителем фонограммы признается лицо, взявшее на себя инициативу и ответственность за первую запись звуков исполнения или других звуков либо отображений этих звуков. При отсутствии доказательств иного изготовителем фонограммы признается лицо, имя или наименование которого указано обычным образом на экземпляре фонограммы и (или) его упаковке.

Между тем в материалах дела доказательства, из которых можно получить такие сведения, отсутствуют.

Однако такие сведения необходимы, в том числе, в связи со следующим:

- к правам на исполнение, созданное исполнителем в порядке выполнения служебного задания, в том числе к правам на созданное в таком порядке совместное исполнение, соответственно применяются правила статьи 1295 настоящего Кодекса (статья 1320 ГК РФ). Согласно статье 1295 ГК РФ **исключительное право на произведение принадлежит работодателю** автора, и именно **работодатель осуществляет выплату автору вознаграждения.**

- по истечении срока действия исключительного права на исполнение это право переходит в общественное достояние. К исполнению, перешедшему в общественное достояние, соответственно применяются правила статьи 1282 настоящего Кодекса (п.5 статьи 1318 ГК РФ). Согласно статье 1282 ГК РФ **произведение, перешедшее в общественное достояние, можно использовать без согласия правообладателя и без выплаты вознаграждения.**

- согласно статье 1328 ГК РФ исключительное право на фонограмму действует на территории Российской Федерации в случаях, когда:

изготовитель фонограммы является гражданином Российской Федерации или российским юридическим лицом;

фонограмма обнародована или ее экземпляры впервые публично распространялись на территории Российской Федерации;

в иных случаях, предусмотренных международными договорами Российской Федерации.

При отсутствии сведений о правообладателях защищаемых исполнений и фонограмм установить, действуют ли исключительные права, в защиту которых заявлен настоящий иск, не представляется возможным.

Отсутствие доказательств первой публикации фонограмм в коммерческих целях в странах-членах Римской конвенции и Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам

Согласно п.1 статьи 1326 ГК РФ выплата вознаграждения осуществляется только за публичное исполнение фонограмм, опубликованных в коммерческих целях.

На территории Российской Федерации действуют исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности и на средства индивидуализации, установленные международными договорами Российской Федерации и ГК РФ (п.1 статьи 1231 ГК РФ).

Согласно п.1 статьи 5 Международной конвенции об охране прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций (Римской конвенции 1961 года)

1. Каждое Договаривающееся государство предоставляет производителям фонограмм национальный режим при соблюдении одного из следующих условий:

(а) производитель фонограмм является гражданином другого Договаривающегося государства (критерий гражданства производителя);

(b) первая запись звука осуществлена в другом Договаривающемся государстве (критерий места первой записи);

(c) фонограмма впервые опубликована в другом Договаривающемся государстве (критерий места первой публикации).

Кроме того, поскольку Российская Федерация участвует в Римской конвенции только с 26 мая 2003 г., то охрана в соответствии с положениями этой конвенции на территории Российской Федерации предоставляется только тем иностранным фонограммам, которые записаны после этой даты.

Согласно пункту (d) статьи 3 Римской Конвенции "публикация" означает предоставление публике **экземпляров фонограммы в достаточном количестве.**

Аналогично, согласно п.1 статьи 1268 ГК РФ опубликованием (выпуском в свет) является **выпуск в обращение экземпляров** произведения, представляющих собой копию произведения в любой материальной форме, **в количестве, достаточном** для удовлетворения разумных потребностей публики исходя из характера произведения.

Согласно общеизвестному определению «**коммерция**»¹⁴ - это торговля, торговые операции; **предпринимательская деятельность** по купле-продаже и обороту товаров.

Предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке (абзац 3 п.1 статьи 2 ГК РФ).

Таким образом, ООО «ВОИС» должно было доказать, что спорные иностранные фонограммы:

- 1) Опубликованы в странах-членах Римской конвенции путем выпуска в обращение экземпляров в достаточном количестве организацией, ведущей предпринимательскую деятельность и зарегистрированной в этом качестве в установленном законом порядке.
- 2) Опубликованы до 26 мая 2003 г.,

При этом согласно п.42 при рассмотрении судом дела о защите авторских прав надлежит исходить из того, что пока не доказано иное, автором произведения (обладателем исключительного права на произведение) считается лицо, указанное в качестве такового на экземпляре произведения.

Однако ни одного экземпляра с указанием лиц, в защиту которых подано исковое заявление, в материалах дела нет.

Презумпции опубликования фонограммы в странах Римской Конвенции, а также в коммерческих целях **законом или актами обязательного судебного толкования не установлено.**

Указанные обстоятельства согласно закону (статья 1257 ГК РФ) **должны быть подтверждены определенными доказательствами**, как того требует статья 68 АПК РФ. Неисполнение процессуальных обязанностей (включая обязанность доказывания в порядке статьи 65 АПК РФ) лицами, участвующими в деле, влечет за собой для этих лиц предусмотренные настоящим Кодексом последствия (ч.3 статьи 41 АПК РФ).

Недоказанность имеющих значение для дела обстоятельств, которые суд считал установленными и неполное выяснение обстоятельств, имеющих значение для дела, несоответствие выводов, изложенных в решении, обстоятельствам дела являются основаниями для изменения или отмены решения арбитражного суда первой инстанции (п.1, 2, 3 ч.1 статьи 288 АПК РФ).

Недоказанная дееспособность правообладателей

Согласно п.2 статьи 17 ГК РФ правоспособность гражданина возникает в момент его рождения и **прекращается смертью.**

Правоспособность юридического лица возникает в момент его создания и **прекращается в момент внесения записи о его исключении** из единого государственного реестра юридических лиц (п.3 статьи 49 ГК РФ).

Исключительное право на исполнение действует в течение всей жизни исполнителя, но не менее **пятидесяти лет**, считая с 1 января года, следующего за годом, в котором **осуществлены исполнение**, либо запись исполнения, либо

сообщение исполнения в эфир или по кабелю (п.1 статьи 1318 ГК РФ).

По истечении срока действия исключительного права на исполнение это право переходит в общественное достояние. К исполнению, перешедшему в общественное достояние, соответственно применяются правила статьи 1282 настоящего Кодекса (п.5 статьи 1318 ГК РФ).

Исключительное право на фонограмму действует в течение **пятидесяти лет**, считая с 1 января года, следующего за годом, в котором была **осуществлена запись**. В случае обнаружения фонограммы исключительное право действует в течение пятидесяти лет, **считая с 1 января года, следующего за годом, в котором она была обнаружена** при условии, что фонограмма была обнаружена в течение пятидесяти лет после осуществления записи (п.1 статьи 1327 ГК РФ).

По истечении срока действия исключительного права на фонограмму она переходит в общественное достояние. К фонограмме, перешедшей в общественное достояние, соответственно применяются правила статьи 1282 настоящего Кодекса. (п.3 статьи 1327 ГК РФ).

Однако ни одного доказательства, подтверждающего наличие правоспособности указанных в иске лиц, дат осуществления исполнения и записи, или опубликования спорных фонограмм в материалах дела нет.

Презумпции дееспособности или неистечения срока правовой охраны фонограммы законом или актами обязательного судебного толкования не установлено.

Указанные обстоятельства согласно закону (статьи 17, 49, 1318, 1327 ГК РФ) **должны быть подтверждены определенными доказательствами**, как того требует статья 68 АПК РФ.

Неисполнение процессуальных обязанностей (включая обязанность доказывания в порядке статьи 65 АПК РФ) лицами, участвующими в деле, влечет за собой для этих лиц предусмотренные настоящим Кодексом последствия (ч.3 статьи 41 АПК РФ).

Недоказанность имеющих значение для дела обстоятельств, которые суд считал установленными и неполное выяснение обстоятельств, имеющих значение для дела, несоответствие выводов, изложенных в решении, обстоятельствам дела являются основаниями для изменения или отмены решения арбитражного суда первой инстанции (п.1, 2, 3 ч.1 статьи 288 АПК РФ).

Кому принадлежат исключительные права.

Согласно Постановлению Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 19 июня 2006 г. №15 г. «О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и

смежных правах»:

14. ...Истец должен подтвердить факт принадлежности ему авторского права и (или) смежных прав или права на их защиту, а также факт использования данных прав ответчиком.

12. При решении вопроса о том, может ли автор являться истцом по делу о неправомерном использовании произведения, исключительные права на которое переданы другому лицу, суду необходимо учитывать, что абзац второй пункта 2 статьи 30 Закона Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах" предоставляет автору право запрещать неправомерное использование произведения, если лицо, которому переданы исключительные права на произведение, не осуществляет защиту этого права.

В указанном случае автор не вправе требовать компенсации за неправомерное использование произведения по пункту 2 статьи 49 Закона Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах". Однако он не лишен права требовать от нарушителя возмещения морального вреда (пункт 3 статьи 49 Закона).

Как указывал ВАС РФ в Постановлении Пленумов ВС и ВАС РФ №5/29 от 26 марта 2009 года:

10.2. В случаях, установленных положениями части четвертой ГК РФ, **право на вознаграждение сохраняется у автора, исполнителя, изготовителя фонограммы и тогда, когда исключительное право ему не принадлежит**, а равно у обладателя исключительного права, если оно существенно ограничено (например, статьи 1245, 1263, **1326** Кодекса).

Таким образом, ВАС и ВС РФ прямо указали, что право на вознаграждение может принадлежать лицу, не обладающему исключительным правом. При этом такое лицо не вправе требовать компенсации за нарушение исключительного права.

Согласно п.1 статьи 1233 ГК РФ правообладатель может распорядиться принадлежащим ему исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации любым не противоречащим закону и существу такого исключительного права способом, в том числе путем его отчуждения по договору другому лицу (договор об отчуждении исключительного права) или предоставления другому лицу права использования соответствующих результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации в установленных договором пределах (лицензионный договор).

Изготовителем фонограммы признается **лицо, взявшее на себя инициативу и ответственность за первую запись звуков исполнения или других звуков либо отображений этих звуков**. При отсутствии доказательств иного изготовителем фонограммы признается **лицо, имя или наименование которого указано обычным**

образом на экземпляре фонограммы и (или) его упаковке (статья 1322 ГК РФ).

Однако ни одного экземпляра с указанием лиц, в защиту которых подано исковое заявление, в материалах дела нет.

Презумпции наличия исключительных прав у любых лиц, которых бездоказательно укажет ООО «ВОИС» в своем исковом заявлении, законом или актами обязательного судебного толкования не установлено.

Указанные обстоятельства согласно закону (статья 1322 ГК РФ) **должны быть подтверждены определенными доказательствами**, как того требует статья 68 АПК РФ. Неисполнение процессуальных обязанностей (включая обязанность доказывания в порядке статьи 65 АПК РФ) лицами, участвующими в деле, влечет за собой для этих лиц предусмотренные настоящим Кодексом последствия (ч.3 статьи 41 АПК РФ).

Представленные ООО «ВОИС» распечатки из сети Интернет в отношении фонограмм и исполнений, предъявленных к защите, свидетельствуют о наличии целого ряда различных юридических лиц, осуществлявших запись фонограмм с различными исполнениями с идентичным наименованием в разное время.

Недоказанность имеющих значение для дела обстоятельств, которые суд считал установленными и неполное выяснение обстоятельств, имеющих значение для дела, несоответствие выводов, изложенных в решении, обстоятельствам дела являются основаниями для изменения или отмены решения арбитражного суда первой инстанции (п.1, 2, 3 ч.1 статьи 288 АПК РФ).

Доказательство, полученное с нарушением закона.

Согласно сложившейся судебной практике при назначении экспертизы в связи с необходимостью исследования объектов авторского права и (или) смежных прав суды должны соблюдать требования **о недопустимости привлечения в качестве экспертов или специалистов лиц, связанных трудовыми или договорными отношениями с правообладателями**. В случае необходимости получения информации о специальных формах защиты объектов авторского и смежного права (специальные метки на дисках, художественных произведениях и т.д.), которые известны только правообладателю, его сотрудники и иные связанные с ним лица могут быть вызваны в суд **только в качестве свидетелей**¹⁵.

Из искового заявления следует, что Представитель ВОИС осуществлял фиксацию, находясь в невыясненных трудовых или договорных отношениях с Процессуальным истцом.

Фактически физическим лицом самоуправно были осуществлены оперативно-розыскные мероприятия с использованием видео- и аудиозаписи в целях дальнейшего использования их результатов в качестве доказательств для подготовки и осуществления судебных действий в интересах общественного объединения ООО "ВОИС".

¹⁵ П.15 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2006 г. №15.

Между тем указанные действия по обеспечению доказательств были осуществлены с нарушением целого ряда федеральных законов Российской Федерации как в части полномочий лиц, осуществлявших такие действия, так и в части установленного законом порядка обеспечения доказательств для целей гражданского судопроизводства.

Довод ООО «ВОИС» о том, что ведение видеозаписи (в том числе, и скрытой камерой) в местах, очевидно и явно открытых для общего посещения и не исключенных в силу закона или правового обычая от использования видеозаписи, является элементом самозащиты гражданского права является неправомерным¹⁶.

В настоящем деле представитель Истца занимался не самозащитой гражданских прав, а фиксацией доказательств, но:

Российскому праву известен механизм досудебного обеспечения доказательств, он существует с 1993 года, с момента вступления в силу Закона РФ от 11 февраля 1993 года N 4462-1 «Основы законодательства РФ о нотариате».

Указанный нормативный акт содержит главу 20 «Обеспечение доказательств», где в ст.ст.102-103 указаны основания сбора и фиксации доказательств в досудебном порядке, содержатся условия, при которых досудебное обеспечение доказательств допустимо, а также закреплены виды доказательств, обеспечение которых возможно нотариусом, и процедуры совершения таких нотариальных действий.

Данный правовой механизм досудебного обеспечения доказательств существует достаточно давно, в штате ООО «ВОИС» с момента его создания в 1993 году работают сотрудники, обязанные в силу занимаемой должности иметь достаточную юридическую квалификацию для того, чтобы **знать о существующем механизме надлежащего досудебного обеспечения доказательств** и уметь его реализовывать при совершении юридических действий, направленных на защиту нарушенных прав. На то указывают иные судебные дела с участием ООО «ВОИС» в арбитражных судах.

При этом согласно статье 102 Закона РФ от 11 февраля 1993 года N 4462-1 «Основы законодательства РФ о нотариате» **нотариус обеспечивает доказательства по просьбе заинтересованных лиц**. Однако из содержания искового заявления не следует, что Коненкова А.Ю. является лицом, чьи права и обязанности могут быть затронуты решением по настоящему делу, или по иным основаниям относятся к заинтересованным лицам, участвующим в деле (статья 40 АПК РФ).

¹⁶ 1) защита осуществляется **в своих** интересах самим лицом, чьи права нарушаются, т.е. **самостоятельно и непосредственно**;

2) защита осуществляется только **своих, а не чужих**, прав (поскольку действия в чужом интересе без поручения и по поручению не являются **самозащитой**, Главы 50 и 49 ГК РФ);

3) защита осуществляется способами, соразмерными нарушению и **не выходящими за пределы действий, необходимых для его пресечения** (в частности, **не нарушающими права третьих лиц**, абзац 2 статьи 14 ГК РФ);

4) эти способы должны быть направлены **на пресечение, а не на возмещение убытков или получение компенсации**, поскольку указанные виды защиты прав прямо поименованы в статье 12 ГК РФ и не относятся к самозащите (самостоятельному пресечению действий, нарушающих собственное право).

Обеспечение доказательств и сыскная деятельность, осуществляемая с нарушением конституционных прав граждан и юридических лиц (ч.1 статьи 44 Конституции РФ) **путем незаконного воспроизведения** (изготовления экземпляров) фонограмм без согласия правообладателей прямо запрещена законом (ч.1 статьи 1229 ГК РФ).

При этом организации по управлению правами на коллективной основе не вправе использовать (в том числе, путем изготовления экземпляров при помощи видеозаписи) объекты авторских и смежных прав, исключительные права на которые переданы им в управление (п.4 статьи 1242 ГК РФ). Такое обеспечение доказательств допустимо производить в порядке статьи 1278 ГК РФ, не подлежащей расширительному толкованию, как норма, ограничивающая исключительное право.

В то же время арбитражный суд по заявлению организации или гражданина вправе принять меры по обеспечению доказательств **до предъявления иска** в порядке, предусмотренном статьей 99 настоящего Кодекса (ч.4 статьи 72 АПК РФ), и, следовательно, **Истец не был лишен возможности соблюдения действующего законодательства для обеспечения доказательств** в порядке АПК РФ, Федерального закона №2487-1 от 11 марта 1992 года «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации» и Закона РФ от 11 февраля 1993 года N 4462-1 «Основы законодательства РФ о нотариате».

Лица, участвующие в деле, несут риск наступления последствий совершения или несовершения ими процессуальных действий.

ООО «ВОИС» не воспользовалось предусмотренными законом способами обеспечения доказательств, и вместо этого использует доказательство, полученное с нарушением целого ряда федеральных законов в нарушение ч.3 статьи 64 АПК РФ и ч.2 статьи 50 Конституции РФ.

СПЕЦИАЛИСТ

Суды в нарушение ч.1 статьи 71 АПК РФ не дали правовой оценки полученному с нарушением авторских и смежных прав в обход статьи 1278 ГК РФ доказательству – записи контрольного прослушивания помещения ответчика.

Для целей рассмотрения настоящего иска по статье 1326 ГК РФ из указанного доказательства никак не следует, что оно подтверждает наличие в зафиксированных на видеозаписи звуках именно фонограмм, а не музыкальных видеоклипов (аудиовизуальных произведений), да к тому же еще и опубликованных в коммерческих целях.

Имеющееся «заключение специалиста» также не отвечает на данный вопрос,

вызвавший обоснованные сомнения у суда.

В разделе «Метод исследования» для данного вопроса указано, что **определение наличия фонограмм осуществлялось путем прослушивания записи**:

Контрольное тестирование результатов идентификации производилось с помощью следующих музыкальных интернет-сервисов:

- www.allmusic.com - содержит информацию о более чем трех миллионах альбомах - релизов и более тридцати миллионах треков - фонограмм (источник - <http://www.rovicorp.com>)
- <http://music.yandex.ru/> - содержит информацию о более чем 4,4 миллионах треках - фонограмм (источник- <http://music.yandex.ru/>).

С целью идентификации фонограмм, во время воспроизведения видеофайла вблизи динамиков Акустической системы, на расстоянии не более 15 см, был размещен планшетный компьютер iPad (микрофоном по направлению к динамикам). На планшетном компьютере iPad была загружена программа «Shazam Encore». Во время звучания каждого из музыкальных произведений в программе «Shazam Encore» была активирована функция онлайн-распознавания музыкального произведения.

В результате **онлайн-распознавания** установлено следующее:

Порядковый номер очереди звучания фонограммы	Название фонограммы
1(01:35-06:08)	Идентифицировать не представилось возможным
2(06:12-10:00)	Hiroshima
3(10:05-14:18)	Time after time
4(14:21-19:56)	Fast love

В качестве контрольного тестирования был произведен поиск фонограмм № 2,3,4 по названию на интернет-сервисах: <http://music.yandex.ru>, <http://www.allmusic.com>, www.youtube.com и других, представляющих возможность прослушивания фонограмм, содержащихся в их базах данных.

Исполнителями фонограмм (музыкальных произведений), запись исполнения которых зафиксирована в файле «MOV_0001.mp4» являются:

Порядковый номер звучания фонограммы	Название фонограммы	Исполнитель	Время начала звучания	Время окончания звучания
1.	Идентифицировать не представилось возможным	Идентифицировать не представилось возможным	01:35	06:08
2.	Hiroshima	Sisters Of Avalon	06:12	10:00
3.	Time after time	Cyndi Lauper	10:05	14:18
4.	Fast love	Re:Lounge	14:21	19:56

Однако **указанное голословное утверждение противоречит закону**, поскольку согласно статьям 1300 ГК РФ и 1310 ГК РФ **идентификация фонограмм возможна только при установлении наличия соответствующей информации**, которая идентифицирует объект смежных прав или правообладателя, либо информации об условиях использования этого объекта, которая содержится на соответствующем материальном носителе, приложена к нему или появляется в связи с сообщением в эфир или по кабелю либо доведением этого объекта до всеобщего сведения, **а также любых цифр и кодов**, в которых содержится такая информация (информация о смежном праве).

Само по себе прослушивание звуков без установления наличия в них указанной информации, предусмотренной статьями 1300 и 1310 ГК РФ, не позволяет сделать вывод об идентификации в них фонограмм.

Таким образом, **вывод судов** о наличии в зафиксированных на видеозаписи звуках именно **фонограмм с конкретными исполнениями**, да к тому же еще и опубликованных в коммерческих целях, **противоречит закону** (статьям 1300 и 1310 ГК РФ) **и имеющимся в материалах дела доказательствам**.

Более того, далее специалист указывает, что в качестве контрольного тестирования им был произведен поиск фонограмм(!) по названию на интернет-сервисах, и исходя из **прослушивания(!)** найденных там фонограмм(!) (которые никак в исследовании не идентифицируются при помощи ссылок на них), специалист делает однозначный вывод о полной идентичности с фонограммами, содержащимися в исследуемом видеофайле.

Опустив очевидные пороки данной методики, основанные на **сравнении с источниками неизвестного происхождения**, неуказание которых в принципе делает невозможным оценку правильности выводов специалиста, **следует учесть**, что согласно пп.2 п.1 статьи 1304 ГК РФ **фонограммами являются любые исключительно звуковые записи** исполнений или иных звуков либо их отображений, **за исключением звуковой записи, включенной в аудиовизуальное произведение**.

Между тем, посетителям интернет-сервиса <http://www.youtube.com/> общеизвестно¹⁷, что он позволяет размещать **не аудио, а видеофайлы**, то есть не исключительно звуковые записи, а зафиксированные серии связанных между собой изображений (с сопровождением или без сопровождения звуком) и предназначенное для зрительного и слухового (в случае сопровождения звуком) восприятия с помощью соответствующих технических устройств.

¹⁷ Статья «Ежедневное количество просмотров на YouTube достигло четырех миллиардов»
«...Представители сервиса указывают, что каждую минуту пользователи загружают по 60 часов **видео**. В мае 2011 года это значение составляло 48 часов. 20 декабря 2011 года количество годовых просмотров на YouTube достигло **триллиона**. Если нынешнее количество ежедневных просмотров сохранится, то триллион в 2012 году будет достигнут уже в августе...»

http://wlna.info/hi_tech/26515-ezhednevnoe-kolichestvo-prosmotrov-na-youtube-dostiglo-chetyreh-milliardov.html

При этом **звуковую запись (фонограмму)** одного и того же музыкального произведения, **исполненного в разное время** как одним и тем же, так и иным исполнителем, **можно изготовить неограниченное число раз, при этом изготовители получившихся фонограмм также могут быть совершенно различными лицами**, и, следовательно, помимо обладателей исключительных прав будут отличаться также и даты изготовления и опубликования получившихся фонограмм, как и **наличие или отсутствие существенного условия – опубликования указанных фонограмм в коммерческих целях, отсутствие которого исключает возможность ООО «ВОИС» обращаться в суд** с требованиями в их отношении.

Судами также неоднократно признавалась недопустимость определения фонограмм на основании сведений, полученных из интернет-сайтов, не гарантирующих юридически значимой **публичной достоверности** опубликованных на них сведений (по сравнению с иными официальными государственными реестрами прав и юридических фактов, такими, как ЕГРЮЛ, реестры Роспатента и т.п.):

При этом довод заявителя о том, что истец предоставил сведения о том, что спорные фонограммы опубликованы в сети Интернет на сайте iTunes, отклоняется судом кассационной инстанции. Представленная информация не содержит сведений, позволяющих установить факт предоставления правовой охраны на территории Российской Федерации спорным исполнениям и фонограммам исходя из требований названных международных правовых актов.

При этом судом апелляционной инстанции было справедливо отмечено, что из представленных распечаток с сайтов музыкальных магазинов iTunes, GooglePlayMusic невозможно установить правообладателя (изготовителя фонограммы), поскольку они содержат сведения об иных изготовителях фонограмм, чем те, в защиту прав которых выступает истец в настоящем споре.

Довод представителя истца, озвученный им в судебном заседании суда кассационной инстанции о том, что в уточненном исковом заявлении имеется указание на получателя вознаграждения (а не на изготовителя фонограммы) в соответствии с реестром ВОИС, в связи с чем различия в названных сведениях отсутствуют; а ВОИС, являясь аккредитованной организацией, осуществляющей управление правами, в том числе, на безоговорной основе, не должна представлять доказательства в подтверждение исключительных прав названных лиц, не обоснован.

...действующее законодательство не содержит положений, освобождающих аккредитованную организацию в силу наличия самого факта аккредитации от необходимости представления доказательств наличия исключительного права, в защиту которого предъявлен иск.

В силу статьи 65 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации ВОИС не может быть освобождена от необходимости доказывания обстоятельств, на которые она ссылается.¹⁸

Исходя из того, что бремя доказывания наличия права на обращение с иском в защиту нарушенных прав исполнителей и изготовителей музыкальных произведений возлагается на истца, осуществляющего на профессиональной основе деятельность по управлению такими правами на коллективной основе, и, принимая во внимание, что истец не представил доказательств того, когда имели место первые исполнения и записи спорных фонограмм (до или после начала действия Римской

¹⁸

Постановление Суда по интеллектуальным правам от 20 февраля 2015 года по делу №А41-14145/2013

конвенции), являются ли исполнители и изготовители спорных фонограмм гражданами или юридическими лицами государства-участника Римской конвенции (критерий национальной принадлежности), имели ли место исполнения и первые публикации фонограмм в государстве-участнике Римской конвенции (критерий публикации), были ли спорные фонограммы впервые опубликованы в государстве, не являющемся участником Римской конвенции, но в течение тридцати дней со дня их первой публикации они также были опубликованы в государстве-участнике Римской конвенции (одновременная публикация), суд апелляционной инстанции, вопреки доводам апелляционной жалобы истца, приходит к выводу о том, что ВОИС своего права на обращение с настоящим требованием не подтвердил.

Представленные ВОИС сведения о правообладателях, в интересах которых подано исковое заявление, не содержат доказательств (с учетом статьи 68 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации) о том, что исполнители и изготовители спорных фонограмм являются гражданами или юридическими лицами государства-участника Римской конвенции (критерий национальной принадлежности); исполнения и первые публикации фонограмм имели место в государстве-участнике Римской конвенции (критерий публикации).

Представленные истцом в материалы дела сведения о размещении фонограмм на интернет сервисе iTunes и Google Play в отсутствие доказательств первой публикации в странах – членах Римской конвенции и договора Всемирной организации интеллектуальной собственности по исполнениям и фонограммам от 20.12.1996 г. в силу статьи 68 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации не могут быть признаны допустимыми доказательствами.

Суд апелляционной инстанции соглашается с доводами отзыва третьего лица о том, что с учетом сделанных Российской Федерацией и США оговорок при присоединении к договору Всемирной организации интеллектуальной собственности по исполнениям и фонограммам от 20.12.1996 г., ВОИС не доказало в установленном статьей 14 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации порядке наличие и содержание соответствующих норм иностранного права США, предоставляющих по мнению истца право на вознаграждение исполнителям и изготовителям фонограмм, впервые записанным гражданином или юридическим лицом Российской Федерации.

...правообладатель, в интересах которого предъявляется требование аккредитованной организацией, должен быть идентифицирован, поскольку взысканные суммы подлежат распределению в его пользу (постановление Суда по интеллектуальным правам от 31.10.2014 г. по делу №А56-61369/2013).

Между тем, в материалах дела отсутствует и истцом несмотря на неоднократные определения суда первой инстанции не представлена информация, позволяющая идентифицировать правообладателей, в защиту прав которых предъявлено требование о взыскании компенсации в настоящем споре, в то время как такая организация должна принимать разумные и достаточные меры по установлению таких правообладателей.

Ни из искового заявления, ни из дополнительных пояснений не усматривается, что ВОИС установлены правообладатели, в интересах которых предъявлены требования: в отношении физических лиц – исполнителей фонограмм отсутствует информация, позволяющая установить, являются ли названные ВОИС имена сценическими псевдонимами или именами и фамилиями исполнителей, отсутствует иная информация, необходимая для их идентификации; в отношении организаций – изготовителей фонограмм отсутствует какая-либо информация, позволяющая идентифицировать названных ВОИС лиц.

При указанных обстоятельствах отсутствует возможность установить, в интересах каких лиц ВОИС заявлено требование в настоящем споре.

Бремя доказывания наличия права на обращение с иском в защиту нарушенных прав исполнителей и изготовителей музыкальных произведений возлагается на истца, осуществляющего на профессиональной основе деятельность по управлению такими правами на коллективной основе.¹⁹

«Методика» ООО «ВОИС» по определению фонограмм на записях контрольного прослушивания также не признается судебной практикой:

В материалы дела как доказательство нахождения доверенного лица истца в указанном помещении представлена видеозапись, в подтверждение тождества музыкальных произведений, использованных ответчиком и охраняемых фонограмм, представлено заключение специалиста в области фонографического и музыковедческого исследования.

Согласно ст. 1323 ГК РФ исключительное право на фонограмму принадлежит изготовителю фонограммы. В соответствии со ст. 1322 ГК РФ изготовителем фонограммы признается лицо, взявшее на себя инициативу и ответственность за первую запись звуков исполнения или других звуков либо отображений этих звуков. При отсутствии доказательств иного изготовителем фонограммы признается лицо, имя или наименование которого указано обычным образом на экземпляре фонограммы и (или) его упаковке. Между тем, каких-либо доказательств, что первая запись звуков исполнения, выпущенная в свет, тождественна записям исполнений, зафиксированных в фитнес клубе «Зебра» истец не привел.

При этом **таким доказательством не может служить заключение специалиста** в области фонографического и музыковедческого исследования, поскольку **из данного заключения не усматривается, какие именно специальные познания в области фонографии и музыковедения были применены специалистом.**

Как следует из методологии исследований специалистом каких-либо **собственных выводов** в отношении совпадения представленных исполнений и оригинальных записей фонограмм **не сделано.**

Более того, **оригинальные записи фонограмм,** в отношении которых заявлен иск, **специалисту, как следует из заключения, вообще не представлялись.**

По сути, исходя из содержания метода исследования, **роль специалиста-музыковеда свелась к компьютерному посредничеству между планшетным компьютером iPad с загруженной программой "Shazam Encore" и музыкальными интернет-сервисами www/allmusic.com и http://music.yandex.ru/.**

Таким образом, музыкальным специалистом была проведена лишь коммуникация компьютерной программы с музыкальными интернет-сайтами.

Каких-либо доказательств, что компьютерная программа "Shazam Encore" является надлежащей специализированной программой, имеющей, согласно ГОСТам, техническим условиям, иным техническим стандартам цель идентифицировать неизвестные исполнения с выпущенными в свет фонограммами (сертификаты соответствия, аттестации и т.д. и т.п.), ни истец, ни специалист в заключении не привели.

Также **отсутствуют какие-либо доказательства,** что на музыкальных интернет-сервисах www/allmusic.com и http://music.yandex.ru/ оригинальные **экземпляры фонограмм были размещены их правообладателями либо с согласия последних.**

При таких обстоятельствах суд апелляционной инстанции приходит к выводу, что специалистом-музыковедом **посредством неизвестной компьютерной программы сравнивались неизвестные исполнения,** зафиксированные в фитнес клубе «Зебра», с таким же неизвестным музыкальным контентом, содержащимся на указанных музыковедом интернет-сервисах, в связи с чем в удовлетворении настоящего иска ввиду недоказанности нарушения прав на вознаграждение изготовителей фонограмм и исполнителей фонограмм следует отказать (ст. 65 АПК РФ).²⁰

¹⁹ Постановление 9ААС от 06 февраля 2015 года по делу № А40-35153/2013.

²⁰ Постановление 9ААС от 27 апреля 2015 года по делу № А40-113451/14, Постановление 9ААС от 27 апреля 2015 года по делу № А40-101620/14, Постановление 10 ААС от 17 марта 2015 года по делу № А41-30871/14, Постановление 13 ААС от 4 февраля 2015 года по делу №А56-43231/2014, Постановление 13 ААС от

С учетом изложенного, просим Уважаемый Суд:

- решение Арбитражного суда Ростовской области от 11.03.2015, постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 17.06.2015 и постановление Суда по интеллектуальным правам от 22.09.2015 отменить;

- отправить дело на новое рассмотрение в Арбитражный суд Ростовской области.

С уважением,
Представитель по доверенности



17 февраля 2015 года по делу №А56-43222/2014, Постановление 10 ААС от 09 декабря 2014 года по делу № А41-51252/13, Постановление 9 ААС от 08 сентября 2014 года по делу № А40-40348/14, Постановление 9ААС от 25 августа 2014 года по делу № А40-14550/14 и др.