



## СУД ПО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫМ ПРАВАМ

Огородный проезд, д. 5 стр. 2, Москва, 127254

<http://ipc.arbitr.ru>

### ПОСТАНОВЛЕНИЕ

Москва

18 июня 2019 года

Дело № А40-224162/2017

Резолютивная часть постановления объявлена 11 июня 2019 года.

Полный текст постановления изготовлен 18 июня 2019 года.

Суд по интеллектуальным правам в составе:

председательствующего Васильевой Т.В.,

судей Погадаева Н.Н., Рогожина С.П.,

рассмотрел в судебном заседании кассационную жалобу общества с ограниченной ответственностью «ЮрБИЗ» на постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 27.02.2019 (судьи Пирожков Д.В., Захарова Т.В., Головкина О.Г.) по делу № А40-224162/2017

по иску общества с ограниченной ответственностью «ЮрБИЗ» (пер. Палашевский Б., д. 9, стр.1, Москва, 123104, ОГРН 1037739396749)

к акционерному обществу «Первый канал» (ул. Академика Королева, д. 19, Москва, 127427, ОГРН 1027700222330)

третьи лица: Кавалерян К.А. (Москва), Кобылянский Е.Б. (Москва), общество с ограниченной ответственностью «Телекомпания «Игра-ТВ» (просп. Кутузовский, д. 19, Москва, 121151, ОГРН 5077746855313),

о защите прав исключительных на музыкальное произведение, взыскании компенсации за нарушение исключительных прав на музыкальное



произведение; о взыскании компенсации за вред, причиненный деловой репутации;

при участии в судебном заседании представителей:

от общества с ограниченной ответственностью «ЮрБИЗ» – Ялковский А.В. (генеральный директор, решение от 09.01.2019),

от акционерного общества «Первый канал» – Шарапов Д.А. (по доверенности от 29.12.2018),

#### УСТАНОВИЛ:

общество с ограниченной ответственностью «ЮрБИЗ» (далее – общество «ЮрБИЗ», истец) обратилось в Арбитражный суд города Москвы с исковым заявлением к акционерному обществу «Первый канал» (далее – общество «Первый канал», ответчик) о защите прав на музыкальное произведение и взыскании компенсации в размере 400 000 руб., а также компенсации за вред, причиненный деловой репутации, в размере 100 000 руб.

На основании статьи 51 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации к участию в деле в качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечены Кавалерян К.А., Кобылянский Е.Б., общество с ограниченной ответственностью «Телекомпания «Игра-ТВ» (далее – общество «Телекомпания «Игра-ТВ»).

Решением Арбитражного суда города Москвы от 20.12.2018 заявленные требования удовлетворены частично: с общества «Первый канал» в пользу общества «ЮрБИЗ» взыскана компенсация в размере 60 000 руб. В удовлетворении остальной части требований отказано. Кроме того, с общества «Первый канал» в пользу общества «ЮрБИЗ» взысканы расходы по оплате госпошлины в размере 1 560 руб.

Постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 27.02.2019 решение суда первой инстанции отменено, по делу принят новый судебный акт, которым в удовлетворении иска отказано.

Не согласившись с постановлением суда апелляционной инстанции, общество «ЮрБИЗ» обратилось в Суд по интеллектуальным правам с кассационной жалобой, в которой, ссылаясь на нарушение судом апелляционной инстанции норм материального и процессуального права, несоответствие выводов суда фактическим обстоятельствами дела, просит его отменить и принять по делу новый судебный акт об удовлетворении исковых требований в полном объеме.

В обоснование кассационной жалобы общество «ЮрБИЗ» ссылается на ошибочность следующих выводов суда апелляционной инстанции: спорное произведение не является собственным произведением Е. Кобылянского, так как создано в соавторстве с К. Кавалеряном, следовательно, договор на такое произведение не может распространяться в силу пункта 5 статьи 1229 и статьи 1258 Гражданского кодекса Российской Федерации»; о недоказанности факта нарушения исключительных прав путем переработки спорного произведения, а также путем воспроизведения, распространения и доведения произведения до всеобщего сведения на сайте [www.ltv.ru](http://www.ltv.ru); о «реабилитирующем» ответчика обстоятельстве – наличии лицензионного договора от 27.02.2008 № 463-08/ТВ/57, заключенного между обществом «Первый канал» и РАО.

Кроме того, заявитель кассационной жалобы обращал внимание на то, что размер компенсации им был заявлен исходя из двукратной стоимости прав использования произведения, определяемой из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование (пункт 3 статьи 1301 Гражданского кодекса Российской Федерации, далее – ГК РФ), а суд первой инстанции произвольно снизил размер компенсации до 60000 руб., применив норму права, не подлежащую применению – пункт 1 статьи 1301 ГК РФ. Этот довод был также заявлен и в апелляционной жалобе истца.

В судебном заседании суда кассационной инстанции представитель общества «ЮрБИЗ» поддержал кассационную жалобу по доводам, в ней изложенным.

Представитель общества «Первый канал» возражал против удовлетворения кассационной жалобы по мотивам, изложенным в отзыве.

Третьи лица, извещенные надлежащим образом о времени и месте рассмотрения кассационной жалобы, в судебное заседание не явились, что не является препятствием для рассмотрения кассационной жалобы в их отсутствие в порядке части 3 статьи 284 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Выслушав представителей истца и ответчика, обсудив доводы кассационной жалобы и отзыва на нее, проверив в порядке статей 286, 287 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации законность обжалуемого судебного акта, а также соответствие выводов, содержащихся в нем, установленным фактическим обстоятельствам и имеющимся в деле доказательствам, и исходя из доводов, содержащихся в кассационной жалобе, суд кассационной инстанции приходит к следующим выводам.

Заявителем кассационной жалобы не оспариваются выводы суда апелляционной инстанции, согласно которым основания для удовлетворения искового требования о защите деловой репутации отсутствуют.

Поскольку в силу части 1 статьи 286 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации суд кассационной инстанции проверяет законность обжалуемых судебных актов в пределах доводов, изложенных в кассационной жалобе, постановление суда апелляционной инстанции в отношении вышеназванных выводов суда не проверяется.

Как следует из материалов дела, обществом «ЮрБИЗ» установлено, что 30.11.2014 в эфире Первого канала в первой игре зимней серии игр «Что? Где? Когда?» – [http://www.1tv.ru/video\\_archive/projects/chto/p85024](http://www.1tv.ru/video_archive/projects/chto/p85024), в период с 32 по 35 мин. телепередачи в качестве музыкальной паузы в

бездоговорном порядке было использовано музыкальное произведение «Танго разбитых сердец» (автор музыки Евгений Кобылянский, автор текста Карен Кавалерян) в исполнении арт-группы «Сопрано Турецкого».

Истец ссылаясь на то, что он является обладателем исключительных авторских прав на музыку к произведению «Танго разбитых сердец» на основании авторского договора о передаче исключительных авторских прав № 018 от 21.08.2000 и согласно статье 1229 ГК РФ может по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности. Отсутствие запрета не считается согласием (разрешением).

Как указывал истец, он как правообладатель не давал обществу «Первый канал» разрешение на использование музыкального произведения «Танго разбитых сердец» в составе сложного объекта, которым является аудиовизуальное произведение – телепередача «Что? Где? Когда?», равно как и не давал разрешений на переработку указанного произведения. Следовательно, такое использование является неправомерным, поскольку согласно пункту 1 статьи 1240 ГК РФ ответчик должен был предварительно приобрести право использования указанного результата интеллектуальной деятельности у обладателя исключительных прав, то есть у истца.

Общество «ЮрБИЗ» отмечало, что включение произведения в состав сложного объекта (Телепередачи) при его создании предшествует последующему сообщению в эфир этой Телепередачи. Данные этапы являются последовательными по отношению друг к другу и представляют собой самостоятельные способы использования результатов интеллектуальной деятельности. Использование музыкального произведения в другом произведении требует заключения лицензионного договора с правообладателем этого произведения.

Как следует из искового заявления, истец полагал, что телепередача «Что? Где? Когда?» является сложным объектом, в частности аудиовизуальным произведением, так как состоит из зафиксированной

серии связанных между собой изображений, сопровождается звуком и музыкальными произведениями, воспринимается с помощью соответствующих технических устройств зрительно и на слух, в ее создании принимает участие большой творческий коллектив авторов, сценаристов, звукорежиссеров, художников-постановщиков и так далее, и воспринимается как сложный объект в понимании статьи 1240 ГК РФ.

На свой письменный запрос общество «ЮрБИЗ» от общества «Первый канал» получило ответ, в котором было указано, что использование всех музыкальных произведений в эфире Первого канала осуществляется на основании лицензионного договора с РАО «о сообщении в эфир обнародованных произведений».

На претензию общества «ЮрБИЗ» исх. № 01-09/17 от 21.09.2017 общество «Первый канал» не ответило.

Истец, полагая, что ответчик осуществил внедоговорное использование музыкального произведения «Танго разбитых сердец» путем:

переработки музыкального произведения;

включения в состав аудиовизуального произведения;

воспроизведения;

распространения;

сообщения в эфир;

доведения до всеобщего сведения на сайте,

– чем нарушил исключительные права общества «ЮрБИЗ», обратился в арбитражный суд с вышеназванными требованиями.

Суд первой инстанции, частично удовлетворяя исковые требования, исходил из того, что ответчиком не представлено в материалы дела документов, подтверждающих законность использования музыкального произведения «Танго разбитых сердец» (автор музыки Евгений Кобылянский, автор текста Карен Кавалерян) в составе сложного объекта.

При этом судом первой инстанции обращено внимание на то, что ответчик в своих письменных пояснениях признал факт использования музыкального произведения «Танго разбитых сердец» в составе телепередачи «Что? Где? Когда?» от 29.11.2014 и согласно пункту 3 статьи 70 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации данное обстоятельство не подлежит доказыванию в суде.

Кроме того, суд первой инстанции согласился с доводами истца о том, что согласно пункту 2.6. лицензионного договора № 165 от 20.03.2008 и Приложения № 8 от 22.08.2014 к этому лицензионному договору Телепередача «Что? Где? Когда?», вышедшая в прямом эфире Первого канала 29.11.2014, является созданной по заказу ответчика. Суд первой инстанции пришел к выводу о том, что общество «Первый канал» осуществляло контроль за созданием телепередачи, в частности, осуществляло контроль музыкального материала и являлось организатором создания сложного объекта – телепередачи «Что? Где? Когда?» от 29.11.2014.

Ссылка ответчика на договор с РАО, согласно которому он считает себя «...вправе использовать любые музыкальные произведения, в том числе музыкальное произведение «Танго разбитых сердец», в своих передачах путем сообщения в эфир и доведения до всеобщего сведения», была признана судом первой инстанции несостоятельной, так как для правомерного использования музыкального произведения «Танго разбитых сердец» путем сообщения в эфир обществу «Первый канал» следовало выполнить требования пункта 1 статьи 1240 ГК РФ и получить соответствующее разрешение на включение музыкального произведения в состав аудиовизуального произведения (телепередачи) от общества «ЮрБИЗ». Кроме того, суд первой инстанции, исходя из анализа пункта 2.1. договора с РАО, отметил, что ответчику по названному договору не предоставлено право на доведение до всеобщего сведения, предусмотренное подпунктом 11) пункта 2 статьи 1270 ГК РФ.

Суд первой инстанции также проанализировал выводы эксперта по результатам проведения назначенной определением Арбитражного суда города Москвы от 31.05.2018 автороведческой экспертизы, согласно которым спорное музыкальное произведение, исполненное коллективом «Сопрано Турецкого» в телепередаче «Что?Где?Когда?» от 29.11.2014, имеет как сходство, так и различие с оригинальной фонограммой, представленной истцом. Таким образом, экспертизой было установлено, что спорное произведение является переработкой музыкального произведения Г. Лепса «Танго разбитых сердец» (стр. 4-5 экспертного заключения).

Учитывая изложенное, суд первой инстанции пришел к выводу, что истец, воспользовавшись правом, установленным статьей 1301 ГК РФ, правомерно требует взыскать с ответчика компенсацию в размере 400 000 рублей. Однако, исходя из характера нарушения, степени вины нарушителя, недоказанности вероятных убытков, а также, исходя из принципов разумности и справедливости, соразмерности компенсации последствиям нарушения, суд первой инстанции посчитал возможным уменьшить сумму компенсации до 60 000 рублей.

Вместе с тем суд первой инстанции отказал в удовлетворении требований общества «ЮрБИЗ» в части обязания общества «Первый канал» прекратить действия, связанные с бездоговорным использованием музыкального произведения, поскольку на дату рассмотрения дела доступ к спорной телепередаче был прекращен.

Отменяя решение суда первой инстанции и принимая по делу новый судебный акт об отказе в удовлетворении исковых требований в полном объеме, суд апелляционной инстанции исходил из следующего.

Истец представил в материалы дела договор № 018 от 21.08.2000 (далее – Договор), приложение № 2 к Договору (далее – Приложение № 2), соглашение о продлении срока действия Договора, заключенные между обществом «ЮрБИЗ» (компания) и Кобылянским Евгением Борисовичем (автор) о передаче исключительных авторских прав.

Согласно пункту 2.1 предметом Договора является передача автором исключительных имущественных авторских прав на собственные произведения компании с целью дальнейшего самостоятельного владения и распоряжения ими на правах собственника в течение срока действия договора, а также для обеспечения полноправной защиты произведений (авторских прав) от неправомерного использования.

Передача исключительных авторских прав на зарегистрированные в каталоге произведения, означает абсолютное право компании разрешать или запрещать пользователям осуществлять в отношении означенных произведений следующие действия:

- а) воспроизводить произведение (право на воспроизведение);
  - б) распространять экземпляры произведения любым способом, а именно продавать, сдавать в прокат и т.д. (право на распространение);
  - в) импортировать экземпляры произведения в целях распространения (право на импорт);
  - г) публично исполнять произведение (право на публичное исполнение);
  - д) сообщать произведение (включая показ, исполнение или передачу в эфир) для всеобщего сведения путем передачи в эфир и (или) последующей передачи в эфир (право на передачу в эфир);
  - е) сообщать произведение (включая показ, исполнение или передачу в эфир) для всеобщего сведения по кабелю, проводам или с помощью аналогичных средств (право на сообщение для всеобщего сведения по кабелю);
  - ж) переводить произведение (право на перевод);
  - з) переделывать, аранжировать или другим образом перерабатывать произведение (право на переработку),
- а также осуществлять сбор авторского вознаграждения с пользователей за каждый вид использования произведений.

Признавая неправомерным вывод суда первой инстанции о том, что права на спорное произведение в отношении заявленных истцом способов использования принадлежат истцу, а ответчик незаконно использовал спорное произведение указанными способами, суд апелляционной инстанции отметил, что «спорное произведение не является собственным произведением Е. Кобылянского, так как создано в соавторстве с К. Кавалерьяном, следовательно, договор на такое произведение не может распространяться в силу пункта 3 статьи 1229 и статьи 1258 ГК РФ».

Доводы истца в части незаконной переработки ответчиком спорного произведения суд апелляционной инстанции со ссылкой на положения подпункта 9 пункта 2 статьи 1270 ГК РФ счел необоснованными, поскольку истец не представил в материалы никаких доказательств того, что спорное произведение было переработано именно ответчиком.

Суд апелляционной инстанции также пришел к выводу, что включение спорного произведения в состав Телепрограммы ответчиком не производилось, поскольку он не являлся создателем сложного аудиовизуального произведения.

Указанный вывод суд апелляционной инстанции мотивировал тем, что общество «Первый канал» приобретало Телепрограмму, также как и право ее использования, у общества «Телекомпания «Игра-ТВ» по договору № 165 от 20.03.2008, в то время как любые действия, связанные с физическим включением одного объекта охраны в другой, возможны только на этапе создания Телепрограммы. При сообщении телепередачи любого телеканала в эфир такие действия, как отдельное от нее воспроизведение и распространение входящих в нее объектов (в данном случае спорного произведения), невозможно произвести.

Отметив, что в соответствии со статьей 1270 ГК РФ под «распространением» понимается продажа или иное отчуждение оригинала произведения или его экземпляров, а под «воспроизведением» – изготовление одного и более экземпляра произведения или его части в

любой материальной форме, при этом запись произведения на электронном носителе, в том числе запись в память ЭВМ, также считается воспроизведением, суд апелляционной инстанции сделал вывод о том, что ответчик никогда подобных действий в отношении спорного произведения не совершал и каких-либо доказательств этого не существует.

Единственное действие ответчика, которое, по мнению суда апелляционной инстанции, могло бы соответствовать определению «воспроизведение произведения» – это краткосрочная запись Произведения в составе телепередачи в память ЭВМ для дальнейшего сообщения телепередачи в эфир, но в соответствии с подпунктом 1 пункта 2 статьи 1270 ГК РФ такое действие не считается «воспроизведением произведения», так как составляет неотъемлемую и существенную часть технологического процесса.

Кроме того, суд апелляционной инстанции отметил, что в нарушение положений статьи 65 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации истцом не представлено каких-либо доказательств незаконного доведения ответчиком спорного произведения на сайте.

Отметив, что в соответствии с пунктом 1 статьи 1244 ГК РФ вознаграждение, причитающееся автору при сообщении произведения в эфир, выплачивается именно через организацию по управлению правами на коллективной основе, получившую государственную аккредитацию на осуществление деятельности в этой сфере коллективного управления, суд апелляционной инстанции указал, что ответчик имеет с РАО лицензионный договор от 27.02.2008 № 463-08/ТВ/57, на основании которого он получает права на сообщение произведений в эфир по телевидению (в данном случае на Первом канале) и выплачивает соответствующее вознаграждение РАО.

Таким образом, суд апелляционной инстанции пришел к выводам о том, что общество «Первый канал» не осуществляло незаконным образом использование произведения перечисленными истцом способами, и

оснований для взыскания компенсации за нарушение исключительных авторских прав не имеется.

Суд кассационной инстанции не может согласиться с выводами суда апелляционной инстанции в обжалуемой части ввиду нижеследующего.

Согласно разъяснениям, изложенным в пункте 14 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 19.06.2006 № 15 «О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах», при разрешении вопроса о том, какой стороне надлежит доказывать обстоятельства, имеющие значение для дела о защите авторского права или смежных прав, суду необходимо учитывать, что ответчик обязан доказать выполнение им требований законодательства об авторском праве и смежных правах при использовании произведений и (или) объектов смежных прав. В противном случае физическое или юридическое лицо признается нарушителем авторского права и (или) смежных прав, и для него наступает гражданско-правовая ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации. Истец должен подтвердить факт принадлежности ему авторского права и (или) смежных прав или права на их защиту, а также факт использования данных прав ответчиком.

Таким образом, исходя из характера спора о защите авторских прав на истце лежит обязанность доказать факты принадлежности ему авторских прав и использования данных прав ответчиком, на ответчике – выполнение им требований действующего законодательства при использовании соответствующих произведений.

Как разъясняется в пункте 24 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – постановление Пленума ВС РФ № 10 от 23.04.2019) часть четвертая ГК РФ введена в действие с 1 января 2008 года. В силу статьи 4 ГК РФ и статьи 5

Федерального закона от 18 декабря 2006 года № 231-ФЗ «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» она применяется к правоотношениям, возникшим после введения ее в действие. По правоотношениям, возникшим до 1 января 2008 года, она применяется к тем правам и обязанностям, которые возникли после 31 декабря 2007 года.

Федеральным законом от 12 марта 2014 года № 35-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее - Федеральный закон № 35-ФЗ) в часть четвертую ГК РФ внесены изменения. При этом в силу статьи 4 ГК РФ и части 7 статьи 7 Федерального закона № 35-ФЗ положения части четвертой ГК РФ (в редакции Федерального закона № 35-ФЗ) применяются к правоотношениям, возникшим после дня вступления в силу данного федерального закона. По правоотношениям, возникшим до дня вступления в силу Федерального закона № 35-ФЗ, положения части четвертой ГК РФ (в редакции этого федерального закона) применяются к тем правам и обязанностям, которые возникли после дня вступления в силу данного федерального закона.

Согласно пункту 25 постановления Пленума ВС РФ № 10 от 23.04.2019 меры ответственности за нарушение прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации применяются исходя из законодательства, действовавшего на момент совершения нарушения.

В отношении нарушений, носящих длящийся характер, применяются положения законодательства, действующего на дату их обнаружения или, если нарушение прекращено на момент обнаружения, - на последний день, когда нарушение совершалось.

Если на сайте в сети «Интернет» неправомерно доводилось до всеобщего сведения произведение, а впоследствии доведение до всеобщего

сведения прекращено, применяется законодательство, действовавшее на дату прекращения доведения до всеобщего сведения.

В соответствии с пунктом 2 статьи 1270 ГК РФ использованием произведения независимо от того, совершаются ли соответствующие действия в целях извлечения прибыли или без такой цели, считается, в частности:

1) воспроизведение произведения, то есть изготовление одного и более экземпляра произведения или его части в любой материальной форме, в том числе в форме звуко- или видеозаписи, изготовление в трех измерениях одного и более экземпляра двухмерного произведения и в двух измерениях одного и более экземпляра трехмерного произведения. При этом запись произведения на электронном носителе, в том числе запись в память ЭВМ, также считается воспроизведением. Не считается воспроизведением краткосрочная запись произведения, которая носит временный или случайный характер и составляет неотъемлемую и существенную часть технологического процесса, имеющего единственной целью правомерное использование произведения либо осуществляемую информационным посредником между третьими лицами передачу произведения в информационно-телекоммуникационной сети, при условии, что такая запись не имеет самостоятельного экономического значения;

2) распространение произведения путем продажи или иного отчуждения его оригинала или экземпляров;

3) публичный показ произведения, то есть любая демонстрация оригинала или экземпляра произведения непосредственно либо на экране с помощью пленки, диапозитива, телевизионного кадра или иных технических средств, а также демонстрация отдельных кадров аудиовизуального произведения без соблюдения их последовательности непосредственно либо с помощью технических средств в месте, открытом для свободного посещения, или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи, независимо от того,

воспринимается произведение в месте его демонстрации или в другом месте одновременно с демонстрацией произведения;

4) импорт оригинала или экземпляров произведения в целях распространения;

5) прокат оригинала или экземпляра произведения;

6) публичное исполнение произведения, то есть представление произведения в живом исполнении или с помощью технических средств (радио, телевидения и иных технических средств), а также показ аудиовизуального произведения (с сопровождением или без сопровождения звуком) в месте, открытом для свободного посещения, или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи, независимо от того, воспринимается произведение в месте его представления или показа либо в другом месте одновременно с представлением или показом произведения;

7) сообщение в эфир, то есть сообщение произведения для всеобщего сведения по радио или телевидению, за исключением сообщения по кабелю. При этом под сообщением понимается любое действие, посредством которого произведение становится доступным для слухового и (или) зрительного восприятия независимо от его фактического восприятия публикой. При сообщении произведений в эфир через спутник под сообщением в эфир понимается прием сигналов с наземной станции на спутник и передача сигналов со спутника, посредством которых произведение может быть доведено до всеобщего сведения независимо от его фактического приема публикой. Сообщение кодированных сигналов признается сообщением в эфир, если средства декодирования предоставляются неограниченному кругу лиц организацией эфирного вещания или с ее согласия;

8) сообщение по кабелю, то есть сообщение произведения для всеобщего сведения по радио или телевидению с помощью кабеля, провода, оптического волокна или аналогичных средств. Сообщение кодированных

сигналов признается сообщением по кабелю, если средства декодирования предоставляются неограниченному кругу лиц организацией кабельного вещания или с ее согласия;

8.1) ретрансляция, то есть прием и одновременное сообщение в эфир (в том числе через спутник) или по кабелю полной и неизменной радио- или телепередачи либо ее существенной части, сообщаемой в эфир или по кабелю организацией эфирного или кабельного вещания;

9) перевод или другая переработка произведения. При этом под переработкой произведения понимается создание производного произведения (обработки, экранизации, аранжировки, инсценировки и тому подобного). Под переработкой (модификацией) программы для ЭВМ или базы данных понимаются любые их изменения, в том числе перевод такой программы или такой базы данных с одного языка на другой язык, за исключением адаптации, то есть внесения изменений, осуществляемых исключительно в целях функционирования программы для ЭВМ или базы данных на конкретных технических средствах пользователя или под управлением конкретных программ пользователя;

10) практическая реализация архитектурного, дизайнерского, градостроительного или садово-паркового проекта;

11) доведение произведения до всеобщего сведения таким образом, что любое лицо может получить доступ к произведению из любого места и в любое время по собственному выбору (доведение до всеобщего сведения).

Пунктом 1 статьи 1229 ГК РФ предусмотрено, что гражданин или юридическое лицо, обладающие исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (правообладатель), вправе использовать такой результат или такое средство по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом. Правообладатель может распоряжаться исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство

индивидуализации (статья 1233), если названным Кодексом не предусмотрено иное.

Правообладатель может по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. Отсутствие запрета не считается согласием (разрешением).

Другие лица не могут использовать соответствующие результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации без согласия правообладателя, за исключением случаев, предусмотренных названным Кодексом. Использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации (в том числе их использование способами, предусмотренными тем же Кодексом), если такое использование осуществляется без согласия правообладателя, является незаконным и влечет ответственность, установленную этим Кодексом, другими законами, за исключением случаев, когда использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации лицами иными, чем правообладатель, без его согласия допускается указанным Кодексом.

В соответствии с пунктом 1 статьи 1263 ГК РФ аудиовизуальным произведением является произведение, состоящее из зафиксированной 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. Аудиовизуальные произведения включают кинематографические произведения, а также все произведения, выраженные средствами, аналогичными кинематографическим (теле- и видеофильмы и другие подобные произведения), независимо от способа их первоначальной или последующей фиксации.

При публичном исполнении либо сообщении в эфир или по кабелю, в том числе путем ретрансляции, аудиовизуального произведения авторы

музыкального произведения (с текстом или без текста), использованного в аудиовизуальном произведении, сохраняют право на вознаграждение за указанные виды использования их музыкального произведения (пункт 3 статьи 1263 ГК РФ).

В соответствии с пунктом 84 постановления Пленума ВС РФ № 10 от 23.04.2019 право на получение вознаграждения принадлежит не только тем авторам, чьи музыкальные произведения специально созданы для этого аудиовизуального произведения, но и авторам, чьи музыкальные произведения существовали ранее и вошли составной частью в аудиовизуальное произведение.

По правилу пункта 1 статьи 1240 ГК РФ лицо, организовавшее создание сложного объекта, включающего несколько охраняемых результатов интеллектуальной деятельности (кинофильма, иного аудиовизуального произведения, театрально-зрелищного представления, мультимедийного продукта, базы данных), приобретает право использования указанных результатов на основании договоров об отчуждении исключительного права или лицензионных договоров, заключаемых таким лицом с обладателями исключительных прав на соответствующие результаты интеллектуальной деятельности.

При рассмотрении настоящего дела суд апелляционной инстанции, делая вывод о том, что «спорное произведение не является собственным произведением Е. Кобылянского, так как создано в соавторстве с К. Кавалерьяном, следовательно, договор на такое произведение не может распространяться в силу пункта 3 статьи 1229 и статьи 1258 ГК РФ», не определил нормы материального права, подлежащие применению при решении вопроса о наличии у истца исключительных прав на музыкальное произведение с учетом даты заключения Договора, и не установил объект прав каждого из соавторов, а также возможность их отдельного использования каждым из соавторов. Данное нарушение могло привести к

ошибочному выводу об отсутствии исключительных авторских прав на произведение у истца.

Установив, что включение спорного произведения в состав телепрограммы ответчиком не производилось, поскольку он не являлся создателем сложного аудиовизуального произведения, и действия ответчика могут рассматриваться как краткосрочная запись произведения в составе телепередачи, что составляет неотъемлемую часть технологического процесса и не является воспроизведением в смысле статьи 1270 ГК РФ, суд апелляционной инстанции не исследовал вопрос о том, кто являлся заказчиком телепередачи и является ли она аудиовизуальным произведением, правомерно ли включено в его состав спорное музыкальное произведение, в том числе, с учетом наличия соответствующего договора между РАО и ответчиком.

Между тем, коллегия судей отмечает, что телепередача может являться сложным объектом (в частности, аудиовизуальным произведением), если обладает следующими характеристиками:

- 1) состоит из зафиксированной серии связанных между собой изображений;
- 2) может быть как с сопровождением, так и без сопровождения звуком;
- 3) воспринимается с помощью соответствующих технических устройств зрительно, а при наличии звукового сопровождения - и на слух;
- 4) воспринимается как сложный объект;
- 5) создана творческим трудом авторов.

При этом коллегия судей полагает ошибочным вывод суда апелляционной инстанции о том, что включение музыкального произведения в состав телепередачи является лишь техническим процессом, без которого невозможно сообщение этого произведения в эфир.

Включение произведения в состав сложного объекта (телепередачи) при его создании предшествует последующему сообщению в эфир этой

телепередачи. То есть указанные этапы являются последовательными по отношению друг к другу и представляют собой самостоятельные способы использования результатов интеллектуальной деятельности.

Таким образом, включение произведения в состав сложного объекта представляет собой способ использования произведений, которые составляют содержание сложного объекта.

Аналогичный правовой подход применен в постановлении Суда по интеллектуальным правам от 30 января 2017 по делу № А40-14248/2016.

Как следует из пункта 44 постановления Пленума ВС РФ № 10 от 23.04.2019, под лицом, организовавшим создание сложного объекта (статья 1240 ГК РФ), понимается лицо, ответственное за организацию процесса создания такого объекта, в частности лицо, взявшее на себя инициативу и ответственность за создание соответствующего объекта (например, продюсер).

В постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 23.06.2009 № 4308/09 обращалось внимание на то, что использование музыкального произведения в другом произведении требует заключения лицензионного договора с правообладателем этого произведения.

Соглашаясь с доводом ответчика о том, что им правомерно было использовано произведение на основании договора, заключенного с РАО, суд апелляционной инстанции не исследовал вопрос о том, распространяется ли государственная аккредитация РАО на случаи использования музыкального произведения посредством его включения в состав передачи (сложного произведения) и последующего сообщения данной передачи в эфир, в том числе, исходя из норм подпунктов 1 и 2 пункта 1 статьи 1244 и пункта 3 статьи 1263 ГК РФ.

Делая вывод о том, что истцом не представлено каких-либо доказательств незаконного доведения ответчиком спорного произведения на сайте, суд апелляционной инстанции в нарушение пункта 12 части 2

статьи 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации не указал мотивы, по которым он не исследовал доказательства, имеющиеся в материалах дела в томе 1 на листах дела 17-19.

Между тем, согласно части 3 статьи 75 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации документы, полученные посредством факсимильной, электронной или иной связи, в том числе с использованием информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», а также документы, подписанные электронной подписью в порядке, установленном законодательством Российской Федерации, допускаются в качестве письменных доказательств в случаях и порядке, которые предусмотрены этим Кодексом, другими федеральными законами, иными нормативными правовыми актами или договором.

Таким образом, арбитражное процессуальное законодательство относит документы, полученные с использованием сети «Интернет», к письменным доказательствам.

Согласно статье 162 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дела арбитражный суд должен непосредственно исследовать доказательства по делу: ознакомиться с письменными доказательствами, осмотреть вещественные доказательства, заслушать объяснения лиц, участвующих в деле, показания свидетелей, заключения экспертов, консультации специалистов, а также огласить такие объяснения, показания, заключения, консультации, представленные в письменной форме.

Оценку других (письменных и иных) доказательств, полученных с использованием сети «Интернет», на предмет их относимости к рассматриваемому делу суды производят, исходя из содержащейся в них информации и учитывая дату ее фиксации, по общим правилам применительно к предмету заявленных требований, к обстоятельствам, подлежащим установлению в рамках конкретного спора.

В силу части 2 статьи 65 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения дела, определяются арбитражным судом на основании требований и возражений лиц, участвующих в деле, в соответствии с подлежащими применению нормами материального права.

Как следует из разъяснений, изложенных в пункте 55 постановления Пленума ВС РФ № 10 от 23.04.2019, при рассмотрении дел о защите нарушенных интеллектуальных прав судам следует учитывать, что законом не установлен перечень допустимых доказательств, на основании которых устанавливается факт нарушения (статья 64 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации). Поэтому при разрешении вопроса о том, имел ли место такой факт, арбитражный суд в силу статей 64 и 68 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации вправе принять любые средства доказывания, предусмотренные процессуальным законодательством, в том числе полученные с использованием информационно-телекоммуникационных сетей, в частности сети «Интернет».

Допустимыми доказательствами являются, в том числе, сделанные и заверенные лицами, участвующими в деле, распечатки материалов, размещенных в информационно-телекоммуникационной сети (скриншот), с указанием адреса интернет-страницы, с которой сделана распечатка, а также точного времени ее получения. Такие распечатки подлежат оценке судом при рассмотрении дела наравне с прочими доказательствами (статья 71 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации).

Таким образом, нарушение судом апелляционной инстанции норм статей 64, 68, 71, 271 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации и неисследование распечаток из сети «Интернет», приложенных истцом к исковому заявлению (т.1 л.д. 17-19), могло привести к принятию неверного судебного акта.

Вышеуказанные допущенные нарушения норм материального и процессуального права могли привести к ошибочному выводу суда апелляционной инстанции об отсутствии у истца и права на взыскание компенсации, заявленной на основании пункта 3 статьи 1301 ГК РФ в двукратном размере стоимости права использования произведения, определяемой исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование произведения тем способом, который использовал нарушитель, и неисследованию соответствующих доводов апелляционной жалобы истца.

Согласно частям 1 и 2 статьи 288 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации основаниями для изменения или отмены решения, постановления арбитражного суда первой и апелляционной инстанций являются несоответствие выводов суда, содержащихся в решении, постановлении, фактическим обстоятельствам дела, установленным арбитражным судом первой и апелляционной инстанций, и имеющимся в деле доказательствам, нарушение либо неправильное применение норм материального и процессуального права.

Учитывая несоответствие выводов суда, содержащихся в обжалуемом судебном акте, фактическим обстоятельствам дела, допущенные нарушения норм материального и процессуального права, обжалуемый судебный акт подлежит отмене. Принимая во внимание, что допущенные нарушения могут быть устранены только при повторном рассмотрении дела в суде апелляционной инстанции, суд кассационной инстанции, отменяя состоявшийся по делу судебный акт, считает необходимым направить дело на новое рассмотрение в суд апелляционной инстанции.

При новом рассмотрении дела суду необходимо устранить указанные недостатки, установить и исследовать все существенные для правильного рассмотрения дела обстоятельства с учетом бремени доказывания по данной категории споров, дать всестороннюю оценку всем доводам лиц, участвующих в деле, в случае установления факта нарушения прав -

определить размер компенсации, и правильно применив нормы материального и процессуального права, принять законный и обоснованный судебный акт.

Согласно части 3 статьи 289 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, при отмене судебного акта с передачей дела на новое рассмотрение вопрос о распределении судебных расходов разрешается арбитражным судом, вновь рассматривающим дело.

Руководствуясь статьями 286, 287, 288, 289 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, суд

**ПОСТАНОВИЛ:**

постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 27.02.2019 по делу № А40-224162/2017 отменить. Дело № А40-224162/2017 направить на новое рассмотрение в Девятый арбитражный апелляционный суд.

Постановление может быть обжаловано в Судебную коллегияю Верховного Суда Российской Федерации в порядке кассационного производства в срок, не превышающий двух месяцев со дня его принятия.

Председательствующий

Т.В. Васильева

Судьи

Н.Н. Погадаев

С.П. Рогожин