



## «Государственный, бессмысленный и беспощадный...» Или особенности национального «opt-out class action» в сфере культуры.

### История возникновения.

С точки зрения анализа приоритетов государственной правовой политики достаточно занятно уже само по себе то, что групповые частные иски, возможность введения которых в сфере массовых нарушений антимонопольного, потребительского и финансового права лишь только обсуждается, уже давным-давно реализованы и применяются (пользуясь при этом усиленным государственным покровительством) в российском праве интеллектуальной собственности, а именно в сфере авторских и смежных прав.

Предопределенность появления коллективного правопринуждения в сфере авторского и смежного права (и соответствующих «профессиональных управляющих» - обществ по управлению правами на коллективной основе, далее – «ОКУПов») происходила как из сугубо отечественных особенностей государственного строительства при переходе от социалистической формации к капитализму, так и из общепризнанных международных обычаев правоприменения в данной сфере.

Прообразом современных профессиональных частных коллективных литигаторов явилось французское Бюро правовой защиты драматургов, основанное в 1777 году при участии знаменитого французского драматурга Пьера Огюстена Карона де Бомарше, которое в 1829 году стало «Обществом писателей и драматургов» (SACD), а также «Центральное агентство по защите прав авторов и композиторов», ставшее позднее 28 февраля 1851 г. обществом по коллективному управлению авторскими правами – «Организацией авторов, композиторов и музыкальных издателей» (Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, SACEM).

Поводом для создания последнего стала знаменитая история с тремя авторами, которые отказались платить по ресторанному счету. В 1847 году композиторы Поль Анрион, Виктор Паризо и писатель Эрнест Бурже ужинали в кафе-шантане «Амбассадор», где исполнялась их опера «Матушка Мишель в Итальянской опере». Отказавшись расплатиться за еду, они заявили, что владелец кафе продавал своим посетителям их произведение, ничего не платя авторам. Более того, они подали на владельца кафе «Амбассадор» в суд, и добились запрета на исполнение их произведений в кафе «Амбассадор». Однако, поскольку судебный запрет был нарушен, постольку авторы подали новые иски, добившись к апрелю 1849 года решения о взыскании с владельца кафе убытков в их пользу<sup>1</sup>.

Оставляя читателям возможность ознакомиться с подробностями по ссылке, стоит перейти к отечественным особенностям коллективного управления авторскими правами, поскольку указанные его европейские истоки, как сугубо общественного института, основанного на нормах частного права, в российской действительности приобрели совершенно иной оттенок института публичного, который позволяет исследователям говорить о существовании так называемых «парафискальных сборов»<sup>2</sup>, лукаво вводимых государством в форме гражданско-правовых отношений, однако понимаемых правоприменителем, как отношения сугубо публичные (см. статьи 1242-1245 ГК РФ).

<sup>1</sup> «Коллективное управление – хаос, породивший государственную монополию». Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности, Москва, 2007.  
<http://www.internet-law.ru/info/unesco/tom8.htm>

<sup>2</sup> Зарипов В.М. Паранормальные парафискалитеты// Юридическая газета. № 6, 2011.

Опуская начавшуюся в 1870-м году дореволюционную историю литигации Общества русских драматических писателей и оперных композиторов (ОРДПиОК), тесно связанную с адвокатом Ф.Н.Плевако, взявшимся за представление его интересов в судах, следует сразу отметить, что в 1938-м году ОРДПиОК влилось после череды преобразований во Всесоюзное управление по охране авторских прав (ВУОАП), а в 1973 года по решению ЦК КПСС было преобразовано во Всесоюзное агентство по авторским правам (ВААП).

Отдельно стоит упомянуть одно из «alter ego» ОРДПиОКа – «Драмсоюз» (Ленинградское общество драматических и музыкальных писателей), который в 1904-м году откололся от ОРДПиОКа, а в 1930-м вошел во «Всероскомдрам». «Драмсоюз» особо отличился сбором авторских гонораров с Русской Православной Церкви за исполнение «музыкальных и вокальных произведений композиторов» в размере 5% с заработка исполнителей, т. е. церковного хора, несколько сотен агентов которого получали 20% от собранной суммы.

Стоит отметить, что пресловутые 5% (нынешняя типовая ставка Российского авторского общества за публичное исполнение) и прочий *modus operandi* отечественных ОКУПов во многом зиждется на выработанной практике правопринуждения именно «Драмсоюза»:

*«...Начались судебные процессы. Иски ЦПСам предъявляли агенты Драмсоюза. Нередкими были случаи, когда, как формулировал один из агентов, «судья и прокурор не нашли нужным оказать содействие и не приняли иск агентов Драмсоюза». Примечательно, что в этой формулировке агентом выражено специфическое понимание исполнения закона, которое формировалось советским идейно-политическим режимом.*

*«Действовать согласно закону» означало содействовать власти. Существовало понимание, что взыскание авторского гонорара с церковью — удобное власти дело не от законности его, а от идеологической установки.*

*При этом и власть, и население относились к Драмсоюзу с глубоким презрением.*

*Население наблюдало действия «усердных» агентов на местах, когда они являлись в храм во время богослужения. Руководству Драмсоюза даже пришлось одергивать некоторых, но не ради приличия, а ради сохранения доходов:*

*«...наблюдающийся за последнее время рост поступлений авторского гонорара с церковью обязывает нас иметь особенно тщательное наблюдение за порядком и способом и методами взыскания. Чрезмерное усердие, вызванное желанием агента и показать себя перед агентурным отделом, и заработать на этом виде гонорара, может иногда повлечь за собой совершенно нежелательное впечатление среди населения...».*

*Руководители Драмсоюза сами констатировали, что сложилось «представление о Драмсоюзе и его агентах как о вымогателях, пользующихся всяким случаем, чтобы урвать чужую копейку.»<sup>3</sup>*

Летопись истории коллективного правоприменения советского периода наследников Драмсоюза завершилась драматической позицией Конституционного Суда РФ в связи с созданием в 1991-м году на базе ВААПа Государственного агентства СССР по авторским и смежным правам СССР (ГААСП), которое упразднено постановлением Президиума Верховного Совета Российской Федерации от 3 февраля 1992 года № 2275-1 «О Всероссийском агентстве по авторским правам» в целях воссоздания уже Всероссийского агентства по авторским правам («ВААП-2»).

<sup>3</sup> Г.А.Цветкова, «Фарисеи» и «мытари» на службе у советского государства: проблема осуществления власти как личного выбора человека.

<http://pstgu.ru/download/1279797245.tsvetkova.pdf>

Конституционный Суд РФ по запросу группы депутатов проверил это постановление (памятуя об известном противостоянии Ельцина и Хасбулатова), и отметил следующее<sup>4</sup>:

1. «...Получение ВААП возможности выступать от имени автора прямо в силу закона в качестве "законного представителя" противоречит части второй статьи 45 Конституции Российской Федерации, согласно которой права авторов охраняются государством».

2. «Охрана государством прав авторов находится в прямой зависимости от соблюдения одного из конституционных принципов экономической системы Российской Федерации, согласно которому государство обеспечивает развитие рыночного механизма, не допускает монополизма (часть вторая статьи 17 Конституции Российской Федерации). Реализация предписаний рассматриваемого постановления Президиума Верховного Совета Российской Федерации, а также норм Устава ВААП привела бы к нарушению названного конституционного принципа экономической системы».

3. «...Причины образования ВААП, его цели и некоторые положения Устава свидетельствуют о том, что эта организация призвана совмещать выполнение властных управленческих и коммерческих функций. Таким путем создаются особые условия для хозяйственной деятельности ВААП. Другие организации лишаются возможности конкурировать с ним, на равных условиях бороться за рынок, за авторскую клиентуру. Ограничивается сама возможность создания таких организаций. С этим связано снижение качества и удорожание обслуживания авторов, особенно при защите их интересов за рубежом.

Тем самым у ВААП возникает возможность осуществлять диктат в отношении своего клиента - автора. Все это уже имело место в деятельности бывших Всесоюзного агентства по авторским правам и Государственного агентства СССР по авторским и смежным правам. Повторение подобной правовой ситуации означало бы снижение гарантий соблюдения конституционных норм о защите государством авторских прав».

В результате Борис Ельцин издал указ № 184 «О Российском агентстве интеллектуальной собственности при Президенте Российской Федерации (РАИС)» «в связи с прекращением деятельности государственных органов СССР и в целях создания благоприятных условий для обеспечения охраны авторских и смежных прав в Российской Федерации и за ее пределами».

Одной из главных задач РАИС стало продвижение проекта закона «Об авторском праве и смежных правах», а также создание условий для формирования негосударственных структур - авторских обществ и обществ по управлению смежными правами.

Предполагалось, что после вступления закона в силу закона «Об авторском праве и смежных правах» РАИС будет ликвидирован, а все его активы, включая высоко квалифицированные кадровые ресурсы, перейдут в негосударственные структуры, главным из которых станет Российское авторское общество (РАО) «под крылом» которого возникнут и разовьются другие общества: по управлению правом следования, по смежным правам и т.д.<sup>5</sup>

Собственно, именно этот сценарий и был разыгран – указом Ельцина от 7 октября 1993 года № 1607 «О государственной политике в области охраны авторского права и смежных прав» РАИС, как государственное ведомство, было упразднено, и было решено, в частности:

<sup>4</sup> Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 28 апреля 1992 г. № 4-П по делу о проверке конституционности Постановления Президиума Верховного Совета РСФСР от 3 февраля 1992 г. №2275-1 «О Всероссийском агентстве по авторским правам».

<sup>5</sup> «Коллективное управление – хаос, породивший государственную монополию». Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности, Москва, 2007.

- принять предложение РАО о том, что данная организация культуры, созданная научной и творческой интеллигенцией России, находится под покровительством Президента РФ

- согласиться с предложением Российского авторского общества о признании РАО правопреемником Российского агентства интеллектуальной собственности (РАИС) в отношении имущества и внебюджетных финансовых средств на всех рублевых и валютных счетах, а также, с согласия сторон, по договорам, заключенным РАИС или перешедшим к РАИС в порядке правопреемства, с российскими и зарубежными авторами, соглашениям с зарубежными авторско-правовыми организациями и иными юридическими лицами.

Как отмечалось исследователями, «история с заменой РАИС на РАО в сфере коллективного управления правами является единственным в своем роде примером разгосударствления федерального органа исполнительной власти с передачей всего его имущества общественной организации».<sup>6</sup>

Далее с 1993 года по 2008-й шла активная борьба множества различных ОКУПов за ареалы деятельности, подстегиваемая тем, что в статье 45 закона «Об авторском праве и смежных правах» законодатель ввел следующие «стимулы» для их недобросовестной активности:

3. На основе полномочий, полученных в соответствии с пунктом 2 настоящей статьи, организация, управляющая имущественными правами на коллективной основе, предоставляет лицензии пользователям на соответствующие способы использования произведений и объектов смежных прав. Условия таких лицензий должны быть одинаковыми для всех пользователей одной категории. Указанные организации не вправе отказать в выдаче лицензии пользователю без достаточных на то оснований.

Такие лицензии разрешают использование предусмотренными в них способами всех произведений и объектов смежных прав и предоставляются от имени всех обладателей авторских и смежных прав, включая и тех, которые не передали организации полномочий в соответствии с пунктом 2 настоящей статьи.

Все возможные имущественные претензии обладателей авторских и смежных прав к пользователям, связанные с использованием их произведений и объектов смежных прав по таким лицензиям, должны быть урегулированы организацией, предоставляющей такие лицензии.

4. Организация, управляющая имущественными правами на коллективной основе, вправе сохранять невостребованное вознаграждение<sup>7</sup>, включая его в распределяемые суммы или обращая на другие цели в интересах представляемых ею обладателей авторских и смежных прав по истечении трех лет с даты его поступления на счет организации.

Масштабные манипуляции ОКУПов со взысканным с пользователей вознаграждением за иностранных авторов вошли в правовую историю России в виде ее специфического обязательства прекратить бездоговорное коллективное управление авторскими и смежными правами из параграфов 1218 и 1450 Доклада рабочей группы по вступлению России в ВТО<sup>8</sup>, которое, впрочем, арбитражными судами не признается в качестве нормы прямого действия (см., к примеру, Постановление Суда по интеллектуальным правам по делу № А41-24588/2012).

<sup>6</sup> «Коллективное управление – хаос, породивший государственную монополию». Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности, Москва, 2007.

<http://www.internet-law.ru/info/unesco/tom8.htm>

<sup>7</sup> Буквально на днях ВАС РФ в Постановлении ВАС-9152/13 не дал ИФНС №3 по г.Москве взыскать с РАО более 300 миллионов рублей налога на прибыль с нераспределенного вознаграждения, которое налоговая служба классифицировала, как кредиторскую задолженность за 2004 и 2005 годы с истекшим сроком исковой давности, не включенную РАО в состав внереализационных доходов.

<sup>8</sup> Доклад Рабочей группы по присоединению Российской Федерации к Всемирной торговой организации

[http://static.consultant.ru/obj/file/doc/docladrg\\_rf\\_vto.pdf](http://static.consultant.ru/obj/file/doc/docladrg_rf_vto.pdf)

Завершая исторический экскурс в историю коллективного правопринуждения в сфере авторских и смежных прав следует лишь упомянуть, что в 2008-м году закон «Об авторском праве и смежных правах» был заменен частью IV Гражданского Кодекса РФ, которая положила конец конкуренции на рынке коллекторов вознаграждений за использование объектов авторских и смежных прав.

В частности, в общих положениях Главы 69-й ГК РФ (статья 1244) появился институт государственной аккредитации только одного ОКУПа на заключение договоров, сбор вознаграждения и литигацию «за всех и за вся» в 6 наиболее «кассовых» сферах публичного использования, с оговоркой о том, что «по отношению к деятельности аккредитованной организации не применяются ограничения, предусмотренные антимонопольным законодательством».

Вполне ожидаемо таким первым и единственным ОКУПом, явившимся в 2008-м году на «конкурс» Министерства культуры и Росохранкультуры и получившим государственную аккредитацию в сфере авторских прав, стало РАО<sup>9</sup>, а в 2009-м году аккредитацию в сфере смежных прав получило Всероссийское общество по интеллектуальной собственности (ВОИС) и, в 2010-м, в сфере сбора 1% с чистых носителей и оборудования - Российский союз правообладателей (РСП), аффилированные между собой, тем самым, собрав «под крылом» РАО 5 из 6 наиболее денежно-емких сфер коллективного управления с оборотом более 100 миллионов долларов в год:

Собрано / выплачено (млрд. руб.)	РАО	ВОИС <sup>10</sup>	РСП <sup>11</sup>
2010	2,694 / 1,550 <sup>12</sup>	0,427 / 0,155	0,038 / 0
2011	2,942 / 1,544 <sup>13</sup>	0,419 / 0,230	0,683 / 0,086 (в РАО)
2012	3,381 / 1,929 <sup>14</sup>	0,530 / 0,255	??? / 0,135 (в РАО)
<b>Итого РАО + ВОИС: 10,4 / 5,7 (55%)</b>	<b>9,017 / 5,023 (55%)</b>	<b>1.376 / 0.640 (47%)</b>	<b>0,721 / 0,221</b>

(Указанная статистика подвергалась сомнению.)<sup>15</sup>

Согласно сведениям из официальных отчетов количество поданных ВОИС исковых заявлений с требованиями о взыскании компенсации за нарушение исключительного права на объекты смежных прав составило в 2011-м году 63, а в 2012 уже 214.

РАО такой статистики не ведет, однако судя по данным картотеки арбитражных судов ВАС РФ счет его исков идет уже на тысячи.

У РСП гражданских исков как таковых нет. На ноябрь 2013 года запланирована проверка РСП по вопросу соблюдения им законодательства с участием Генеральной прокуратуры.<sup>16</sup>

Определившись с историческим происхождением основных участников и масштабом их деятельности следует перейти к детальному рассмотрению правовых оснований и особенностей подачи ими коллективных исков в арбитражные суды.

<sup>9</sup> 12 августа 2013 года (к 20-летию создания РАО) Министерство культуры РФ продлило аккредитацию РАО на 10 лет.

<http://rao.ru/index.php/ob-obshchestve/dokumenty/svidetelstva>

<sup>10</sup> [http://rosvois.ru/fileadmin/site/files/VOIS\\_otchet\\_28.03\\_web.pdf](http://rosvois.ru/fileadmin/site/files/VOIS_otchet_28.03_web.pdf)

<sup>11</sup> <http://www.forbes.ru/sobytiya/rynki/231073-kak-sobirayut-i-na-cto-tratyat-nalog-nikity-mihalkova?page=0.0>

<sup>12</sup> <http://www.rao.ru/images/2010.pdf>

<sup>13</sup> <http://www.rao.ru/images/2011.pdf>

<sup>14</sup> <http://www.rao.ru/images/2012.pdf>

<sup>15</sup> «Как я ознакомилился с отчетами РАО, ВОИС и РСП». Блог адвоката Романа Алымова.

<http://rv-alymov.livejournal.com/7408.html>

<sup>16</sup> <http://plan.genproc.gov.ru/plan2013/detail.php?ID=6726612>

## Коллективная литигация – правовые основания Или «А десять старушек – уже рубль!» (с) Раскольников

Типовое исковое заявление РАО выглядит следующим образом (выдержки из искового заявления по делу А60-31506/2012):

РАО в соответствии с Уставом и ст.1242 ГК РФ является организацией по управлению авторскими правами на коллективной основе в случаях, когда осуществление их прав в индивидуальном порядке затруднено, в том числе, при публичном исполнении произведений.

В соответствии с п.5 статьи 1242 ГК РФ РАО вправе от своего имени предъявлять требования в суде, а также совершать иные юридические действия, необходимые для защиты прав, переданных им в управление на коллективной основе.

В соответствии с п.3 статьи 1244 ГК РФ организация по управлению правами на коллективной основе, получившая государственную аккредитацию (аккредитованная организация), вправе наряду с управлением правами тех правообладателей, с которыми она заключила договоры в порядке, предусмотренном пунктом 3 статьи 1242 настоящего Кодекса, осуществлять управление правами и сбор вознаграждения для тех правообладателей, с которыми у нее такие договоры не заключены.

В соответствии с п.21 Постановления Пленумов ВС и ВАС РФ №5/29 от 26 марта 2009 года аккредитованная организация (статья 1244 ГК РФ) действует без доверенности, подтверждая свое право на обращение в суд за защитой прав конкретного правообладателя (или неопределенного круга лиц в случае, предусмотренном абзацем вторым пункта 5 статьи 1242 Кодекса) свидетельством о государственной аккредитации. Спор с участием организации, осуществляющей коллективное управление авторскими и смежными правами, может быть рассмотрен судом и без участия конкретного правообладателя.

При этом, независимо от того, что такая организация выступает в суде от своего имени, она действует в защиту не своих прав, а прав лиц, передавших ей в силу п.1 статьи 1242 ГК РФ право на управление соответствующими правами на коллективной основе.

На основании Задания №\*\*\* в связи с тем, что уведомление истца о необходимости соблюдения законодательства об авторском праве было проигнорировано и ответчик продолжил использовать произведения, то в порядке самозащиты исключительных прав в соответствии со ст.ст.12, 14 ГК РФ и ч.2 статьи 45 Конституции РФ истцом было проведено контрольное прослушивание, в ходе которого были зафиксировано (с использованием аудио-видеозаписи) нарушения исключительных прав на произведения при публичном исполнении в помещении ответчика.

Ни одно из зафиксированных произведений не исключено из репертуара РАО в порядке п.4 статьи 1244 ГК РФ в связи с отказом правообладателя от управления его правами.

В соответствии с п.1 статьи 1270 ГК РФ автору произведения или иному правообладателю принадлежит исключительное право использовать произведение в соответствии со статьей 1229 настоящего Кодекса в любой форме и любым не противоречащим закону способом (исключительное право на произведение), в том числе способами, указанными в пункте 2 настоящей статьи. Правообладатель может распоряжаться исключительным правом на произведение.

Другие лица не могут использовать произведение без согласия правообладателя (п.1 статьи 1229 ГК РФ). Право использовать произведение может быть получено на основании лицензионного договора с правообладателем (ст.1233 ГК РФ), либо на основании лицензионного договора с организацией по управлению правами на коллективной основе (п.1 ст.1243 ГК РФ). Такой организацией на территории РФ является РАО.

Таким образом, для правомерного использования указанных в исковом заявлении произведений Ответчику следовало заключить лицензионный договор с РАО. Поскольку Ответчик лицензионный договор с РАО не заключал, авторское вознаграждение не выплачивал, указанные произведения были использованы неправомерно.

В соответствии с п.3 статьи 1252 ГК РФ и п.43.2 Постановления Пленумов ВС и ВАС №5/29 компенсация подлежит взысканию при доказанности факта правонарушения. При этом правообладатель, обратившийся за защитой права, освобождается от доказывания размера причиненных ему убытков.

Статья 1301 ГК РФ в качестве меры защиты нарушенных прав предусматривает право автора или иного правообладателя требовать по своему выбору от нарушителя вместо возмещения убытков выплаты компенсации в размере от 10 тысяч до 5 миллионов рублей. При этом, в соответствии с п.3 ст 1252 ГК РФ, правообладатель вправе требовать от нарушителя выплаты компенсации за каждый случай неправомерного использования произведения.

Предусмотренные способы защиты интеллектуальных прав могут применяться по требованию организаций по коллективному управлению правами (п.2 статьи 1252 ГК РФ), такой организацией является РАО.

В соответствии с п.43.1. Постановления Пленумов ВС и ВАС №5/29 требование о взыскании компенсации носит имущественный характер. Несмотря на то, что размер подлежащей взысканию компенсации определяется по усмотрению суда (абзац второй статьи 1301, абзац второй статьи 1311, подпункт 1 пункта 4 статьи 1515, подпункт 1 пункта 2 статьи 1537 ГК РФ), в исковом заявлении должна быть указана цена иска в твердой сумме. Исходя из размера заявленного требования определяется подлежащая уплате госпошлина.

Во исполнение указанных требований Постановлением Авторского Совета РАО №13 от 24 февраля 2011 г. был установлен размер компенсации за нарушение исключительного права.

В соответствии с изложенным, размер компенсации рассчитан исходя из того, что Ответчиком было осуществлено бездоговорное использование 61 произведения и нарушено 203 раза исключительное право авторов (правообладателей) на произведение. Общая сумма компенсации составила 3 045 000 (три миллиона сорок пять тысяч) рублей.

Тут стоит отметить, что требуемая РАО сумма компенсации на порядки превосходит потенциально упущенную выгоду, что следует, в частности, из счастливой возможности сопоставить два иска РАО к одному и тому же лицу по аналогичным основаниям (в порядке уточнения требований) – взысканию вознаграждения и компенсации в рамках дела №А43-20091/2012:

Предмет и основание иска о взыскании вознаграждения: 471 882 рубля за 65 телеканалов в течение 3 месяцев		Предмет и основание иска о взыскании компенсации: 350 000 рублей за 1 телеканал в течение 547 секунд	
за 547 секунд 1 телеканала:	54,7 рубля	за 547 секунд 1 телеканала:	350 000 рублей
<b>Цена секунды:</b>	<b>0,1 копейки</b>	<b>Цена секунды:</b>	<b>640 рублей</b>
Цена минуты:	6 копеек	Цена минуты:	38 400 рублей
Цена часа:	3,4 рубля	Цена часа:	2 304 000 рублей
Цена дня:	81 рубль	Цена дня:	55 296 000 рублей
Цена месяца:	2 420 рублей	Цена месяца:	1 658 880 000 рублей
<b>Цена квартала:</b>	<b>7 260 рублей</b>	<b>Цена квартала:</b>	<b>4 976 640 000 рублей</b>

Из указанного сопоставления требований за одни и те же действия следует, что при взыскании компенсации РАО оценивает упущенную выгоду в более, чем 685 000 раз дороже, чем при непосредственном расчете убытков в виде невыплаченного авторского вознаграждения.

### *A dicto secundum quid ad dictum simpliciter*<sup>17</sup>

Очевидно, что исковые заявления подаются коллективными управляющими в защиту не своих прав, а прав иных лиц, как передавших, так и не передававших им на то материальных и процессуальных правомочий.

Таким образом, ОКУП не является истцом (ч.2 статьи 44 АПК РФ), а лишь пользуется процессуальными правами истца (ч.4 статьи 53 АПК РФ), являясь не материальным, а процессуальным истцом<sup>18</sup>. На это же указывают как Постановление Президиума ВАС РФ № 9132/09 от 24 ноября 2009 года, которое, в свою очередь, ссылается на п.10 Пленума ВС РФ от 19.06.2006 №15 «О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве», так и, собственно, п.21 совместного Постановления Пленумов ВС и ВАС РФ №5/29.

Кроме того, заслуживает внимания и вопрос – от чьего имени и в каких случаях ОКУПы могут обращаться в суд?

Организация	Правомочия
Обычная	<u>Управляет</u> только правами, <u>переданными по договору</u> с правообладателем. (п.3 статьи 1243 ГК РФ)
	<u>Защищает</u> от имени <u>правообладателей</u> или от <u>своего имени</u> только права, <u>переданные</u> ей в управление. (абзац 1 п.5 статьи 1243 ГК РФ)
Аккредитованная	<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 (п.3 статьи 1244 ГК РФ).
	<u>Защищает</u> от имени <u>неопределенного круга правообладателей</u> права, управление которыми осуществляет такая организация (абзац 2 п.5 статьи 1243 ГК РФ).

Из закона со всей очевидностью следует, что в том случае, когда ОКУП обращается в суд, как обычная организация, то вправе защищать переданные ему права как от своего имени, так и от имени правообладателей, предоставляя в суд соответствующие договоры.

Однако если ОКУП действует в суде, как аккредитованная организация, то вправе защищать управляемые права только от имени неопределенного круга лиц.

Однако п.21 Постановления Пленумов ВС и ВАС РФ №5/29 истолковывается судами в том смысле, что он императивно требует, вопреки прямым требованиям АПК РФ и п.11 Постановления Пленума ВАС РФ №15 от 23 марта 2012 г. «О некоторых вопросах участия прокурора в арбитражном процессе», рассматривать дела в предварительном и основном заседании без участия и извещения правообладателей – материальных истцов, указанных в иске.

<sup>17</sup> Подмена утверждения, сказанного с оговоркой, на утверждение, не сопровождаемое этой оговоркой (лат.).

<sup>18</sup> Чечот Д.М. Участники гражданского процесса. М: Госюриздат. 1960. С. 128-129.



Действительно в пункте 21 Постановления говорится, что спор с участием организации, осуществляющей коллективное управление авторскими и смежными правами, может (но не обязан) быть рассмотрен судом и без участия конкретного правообладателя.

Однако, если не рассматривать это указание, как новую норму, позволяющую суду в нарушение<sup>19</sup> Конституции РФ произвольным образом лишать участников дела принадлежащих им процессуальных прав, то отсылочной нормой для такого разъяснения Пленумами ВАС и ВС РФ действующего законодательства является применительно к арбитражному процессу ч.3 статьи 156 АПК РФ, согласно которой 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 извещении лиц, в интересах которых начато дело, вне зависимости от их последующего намерения воспользоваться своими процессуальными правами, предоставленными им Конституцией и законами.

Однако, несмотря на эти соображения:

1. Суды принимают к производству исковые заявления, поданные процессуальным истцом с нарушением формы и содержания искового заявления, без указания полных реквизитов материальных истцов, а также доказательств направления истцам копий искового заявления и иных документов, которые у них отсутствуют (ст. 125, 126 АПК РФ).
2. Суды принимают исковое заявление в интересах материальных истцов без надлежащих полномочий их представителя, в частности, документов, в которых специально оговорено право на подписание искового заявления, частичный отказ от исковых требований, изменение основания или предмета иска, передачу своих полномочий представителю другому лицу (передоверие), а также получение присужденных денежных средств или иного имущества.
3. Суды не исполняют свою обязанность по извещению материальных истцов, в интересах которых процессуальный истец подал исковое заявление, о принятии искового заявления к производству и возбуждении производства по делу, о времени и месте судебного заседания, тем самым нарушив их право на судебную защиту, в частности, предусмотренное ч.5 статьи 53 АПК РФ право в случае отказа ОКУПа от иска требовать рассмотрения дела по существу.
4. Суды рассматривают дела в отсутствие материальных истцов, не извещенных надлежащим образом о времени и месте судебного заседания, и в результате принял решение о правах и об обязанностях лиц, не привлеченных к участию в деле.

<sup>19</sup> 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»)

5. Суды соглашались с применением ненадлежащего способа судебной защиты, удовлетворяя требования о защите исключительных прав в спорах о нарушении права на получение вознаграждения, когда исключительное право у материального истца отсутствует или ограничено, за пределами полномочий по свидетельству о государственной аккредитации, на основании которого ОКУП обращается в суд.
6. Суды удовлетворяют требования о защите исключительного права не по количеству таких прав, а по количеству совладельцев таких прав.
7. Суды не проверяют, что перечисленные в исковом заявлении правообладатели существуют, обладают дееспособностью (несмотря на возможное истечение срока охраны объекта авторского права или иное основание для его прекращения) и что им на самом деле принадлежат защищаемые права.
8. Суды никак не обосновывают соразмерность взысканной компенсации необходимому восстановлению прав указанных в иске лиц, о правах которых выносится решение, а также причинно-следственную связь убытков с виновными действиями Ответчиков.
9. Суды принимают от ОКУПов в качестве доказательств видеозаписи, содержащие воспроизведения объектов чужих исключительных прав, которые изготовлены без согласия правообладателей в порядке ненадлежащего применения института «самозащиты» данных прав, которые ОКУПу не принадлежат, нарушая порядок обеспечения доказательств, содержащих объекты интеллектуальных прав, установленный статьями 1278 ГК, ч. 4 статьи 72 и ч. 3 статьи 99 АПК РФ<sup>20</sup>.

Между тем, конструкция предъявления ОКУПом иска с полномочиями для неопределенного круга лиц в защиту прав конкретного перечня правообладателей с требованиями о присуждении, а не о признании или пресечении, представляется неубедительной с точки зрения здравого смысла, доктрины и действующего процессуального законодательства.

Судебная практика однозначно дифференцирует ситуации, когда иск заявлен в защиту «значительного числа лиц» и «неопределенного круга лиц»<sup>21</sup>.

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.

<sup>20</sup> См. также п.17 и 18 Информационного письма Президиума ВАС РФ №78 от 07 июля 2004 г. «Обзор практики применения арбитражными судами предварительных обеспечительных мер»

<sup>21</sup> См., например:

- 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

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 лиц<sup>22</sup>.

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 дело<sup>23</sup>.

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 в порядке 38 статьи ГПК РФ.

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 статей 53 и 125 АПК РФ об 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 ОКУПу 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, предъявляющего 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 ОКУПам не предоставлено право на предъявление заявлений в защиту прав, свобод или законных интересов определенного лица путем подачи иска в защиту неопределенного круга лиц.

Ни в статье 1244 ГК РФ, ни в статье 1242 ГК РФ не говорится о том, что аккредитованная организация, в отличие от иных участников гражданско-правовых отношений, может подтверждать своё право на обращение в суд свидетельством о государственной регистрации вместо доверенности или договора.

<sup>22</sup> Артамонова Е. Защита прав неопределенного круга лиц // Законность. 2003. N 8. С. 2 - 4.

<sup>23</sup> Гражданское процессуальное право. Учебник / Под ред. М.С. Шакарян. М.: Проспект, 2005. С. 94 - 96.

Свидетельство о государственной аккредитации, как документ, которым может быть подтверждено право аккредитованной организации по управлению правами на коллективной основе на подачу иска в суд, может быть таковым документом только в тех случаях, когда имеет место обращение в защиту неопределённого круга лиц (второй абзац части 5 статьи 1242 ГК РФ).

Только в таком особом случае подтверждение полномочий свидетельством о государственной аккредитации не противоречит ни положениям процессуального законодательства, ни здравому смыслу и справедливости – получить доверенность от неопределённого круга лиц по очевидным причинам невозможно, а извещение лиц, в защиту прав которых подано исковое заявление процессуальным истцом, не требуется, поскольку в иске в защиту неопределенного круга лиц не может быть материального правоотношения в пользу конкретного лица.

Такой иск должен быть направлен на получение преюдициального решения, на основании которого каждый, кто подпадает под критерии лица, в защиту которого было подано исковое заявление, может затем обратиться в суд за защитой своих конкретных интересов.

При этом ни статья 1242, ни статья 1244 ГК РФ не указывает, как того требует статья 407 ГК РФ, что получение государственной аккредитации приводит к прекращению действия договоров и следующих из них полномочий в отношении правообладателей, уже передавших ОКУПу самостоятельно или через иностранную организацию по коллективному управлению соответствующие права в коллективное управление.

Госаккредитация, будучи ненормативным актом органа исполнительной власти, лишь допускает действия ООО «РАО» в чужом интересе без поручения и не может подменять или изменять уже существующие договоры с правообладателями и их иностранными представителями, уменьшая или увеличивая их предмет и объем переданных по ним полномочий.

Следовательно, ОКУП не вправе обращаться в суд на основании свидетельства о государственной аккредитации в защиту тех правообладателей, чьи права уже были переданы ему в управление на основании договора с иностранной организацией по коллективному управлению.

## Выводы.

### 1. Цели и задачи введения специальных законодательных стимулов к интенсификации частноправовой защиты гражданских прав в коллективном формате.

Очевидно, что цель введения института коллективного управления авторскими и смежными правами, и, в особенности, его аккредитованной государством версии на первый взгляд преследует цель оптимизации издержек авторов и иных правообладателей по осуществлению своих прав на получение вознаграждения, в том числе, посредством коллективной судебной литигации.

Между тем, этот институт в его самом публичном виде – государственной аккредитации – фактически превращает диспозитивное частное право в принудительно осуществляемый парафискальный сбор, совмещенный с лицензированием отдельных видов деятельности неопределенного круга лиц.

То есть, система управления авторскими правами в России в 2008-м году совершила полный диалектический круг, вернувшись к той же стадии государственного принуждения правообладателей к осуществлению их прав вне зависимости от их мнения на этот счет, от которого в далеком 1992-м году предостерегал Конституционный Суд РФ, признавая неконституционным возрождение государственного Всероссийского агентства по авторским правам.

Получив благодаря государственной аккредитации право представлять правообладателей всего мира, российские ОКУПы утратили необходимость учитывать интересы своих «избирателей», черпая свою легитимность не из гражданско-правовых, а публичных отношений, оставив своим

названным принципалам сомнительную радость исполнять формальности<sup>24</sup> по отзыву своих прав из принудительного коллективного управления с тем, чтобы иметь возможность осуществить свои авторские и смежные права иным образом (например, посредством открытых лицензий Creative Commons), чем это было решено эффективными менеджерами государственных ОКУПов.

Государство же, воссоздав государственную монополию на осуществление авторских и смежных прав и подачу коллективных исков в защиту авторских и смежных прав, удачно решило для себя целый ворох проблем.

Во-первых, созданы идеальные возможности (в виду отсутствия дамоклова меча в виде правообладателей) для произвольного перераспределения собранного вознаграждения в соответствии с т.н. «сведениями статистического характера» в пользу «классово близких» правообладателей за счет более коммерчески успешных иностранных прав.

Во-вторых, все репутационные иски за это сброшены с государства на вроде бы негосударственную общественную организацию, политика которой формально определяется Авторским советом с громкими именами ее основных бенефициаров.

В-третьих, путем причудливого толкования действующего законодательства и ловкачества с подзаконными актами наиболее опасные (с точки зрения отстаивания своих интересов) правообладатели - юридические лица – вообще не были допущены к членству в отечественных аккредитованных государством ОКУПах благодаря их организационно-правовой форме общественных организаций, членами которых могут быть только физические лица и такие же общественные организации.

И, наконец, в-четвертых, разрешив ОКУПам расходовать от 20 до 60% собранных средств «в специальные фонды», была решена проблема внебюджетного финансирования сложно формализуемых государственных расходов на культуру, вроде покупки на аукционе Sotheby's в Лондоне Национальным фондом поддержки правообладателей (НФПП), учрежденным Российским авторским обществом (РАО) и Российским союзом правообладателей (РСП), архива режиссера Андрея Тарковского.<sup>25</sup> Как отмечала пресса, накануне торгов министр культуры РФ Владимир Мединский заявлял, что "переговорил с некоторыми частными лицами, которые могут себе позволить подобное приобретение".<sup>26</sup>

Таким образом, несмотря на всю видимую успешность коллективной литигации в сфере интеллектуальных прав, следует учитывать особый статус аккредитованных государством процессуальных истцов, который и позволяет им добиваться многого не только добрым словом, но и нераспределенным авторским вознаграждением.

## **2. Отличие института группового производства от классического для российского процессуального права процессуального соучастия на стороне истца.**

Первое и основное отличие заключается в том, что рассматриваемый вид группового производства имеет фактически публично-правовой статус, не требующий никакого процессуального соучастия материальных истцов, чьи права принудительно осуществляются.

Как уже указывалось, единственное право материальных истцов – это право получить собранное для них вознаграждение, начисленное за вычетом потребовавшихся аккредитованному ОКУПу расходов по одному ему известному алгоритму и статистике вознаграждение, либо отозвать принадлежащие им права из принудительного управления в режиме opt-out.

<sup>24</sup> Запрещенные как Бернской конвенцией, договором ВОИС об исполнениях и фонограммах, так и п.4 ст.1259 ГК РФ.

<sup>25</sup> «НФПП принял финансовое участие в выкупе архива Тарковского», РИА «Новости», 29.11.2012  
<http://ria.ru/culture/20121129/912714984.html>

<sup>26</sup> «В Sotheby's потрясены: Россия выкупила архив Тарковского за 2 млн долларов вместо 12 тысяч», Интерфакс.  
<http://newsru.com/cinema/29nov2012/terkovar.html>

Второе отличие заключается в том, что материальные истцы в групповом иске ОКУПов не воспринимаются судами, как стороны по делу, или соистцы. Они, фактически, признаны недееспособными лицами с назначенным государством опекуном, и поражены в процессуальных правах.

### **3. Условия для подачи коллективных исков: единство предмета и основания требований вместо единства правоотношения, критерий множественности истцов, наличие потенциальных членов группы и др.**

В случае с ОКУПами единство предмета и основания типового иска определяется способом обеспечения доказательств – фиксацией событий использования в течение определенного времени объектов авторских и смежных прав.

При этом в судебной практике ОКУПов не отмечается попыток подачи собственно исков в защиту прав неопределенного круга лиц (т.е. в отношении потенциальных членов группы потерпевших), что объясняется отсутствием абстрактной заинтересованности агентов ОКУПа в пресечении правонарушений (на что, вообще говоря, только и могла бы быть направлена «самозащита» управляемых прав), и направленности их требований на взыскание максимальной компенсации и принуждения к заключению типового договора присоединения (с учетом исторически сложившейся практики премирования агентов определенным процентом от взысканного вознаграждения).

### **4. Правовое значение решения суда по коллективному иску для членов группы, не присоединившихся к иску.**

Фактически, судебные решения в пользу аккредитованных ОКУПов никогда не являются «преюдициальными» для иных лиц, поскольку процессуальными истцами заявляются только требования в пользу «распознанных» лиц. Иные лица в виду отсутствия сведений о них в рамках дела не смогут воспользоваться таким судебным актом и вынуждены будут самостоятельно доказывать наличие состава правонарушения в действиях Ответчика в отношении их прав.

### **5. Нужно ли легализовывать «гонорары успеха» для услуг по судебному представительству?**

В практике ОКУПов взыскиваются только расходы на обеспечение доказательств. В явном виде расходы на представителя не заявляются, причина чего будет понятна из пункта 6.

### **6. Объем взыскиваемых убытков: карательные или потенциальные убытки**

Это основная проблема деликтных исков по защите интеллектуальных прав. Правовая неопределенность норм статей 1252, 1301, 1311 и 1515 ГК РФ позволяет применять их столь произвольно, манипулируя понятиями «за каждый случай нарушения», «не ниже низшего предела», «правообладатель освобождается от доказывания размера причиненных ему убытков», «суд определяет сумму компенсации в указанных законом пределах по своему усмотрению», что никакой причинно-следственной связи с фактическими убытками взыскиваемая сумма не имеет.

Не удивительно, что при этом даже в однотипных ситуациях в отношении одних и тех же лиц и одних и тех же действий или товаров суммы взысканной компенсации могут отличаться в разы, а то и на порядки (как в приведенном выше деле №А43-20091/2012 – в 685 000 раз).

Именно такая ситуация позволяет ОКУПам не заниматься взысканием судебных расходов на представителя, поскольку любая взысканная с таким запасом компенсация уже несет в себе смертельный заряд превенции и «гонорара успеха».

И даже фраза из пункта 43.3 Постановления Пленумов ВС и ВАС №5/29:

*Размер подлежащей взысканию компенсации должен быть судом обоснован. При определении размера компенсации суд, учитывая, в частности, характер допущенного нарушения, срок незаконного использования результата интеллектуальной деятельности, степень вины нарушителя, наличие ранее совершенных лицом нарушений исключительного права данного правообладателя, вероятные убытки правообладателя, принимает решение, исходя из принципов разумности и справедливости, а также соразмерности компенсации последствиям нарушения.*

никоим образом не приближает взыскиваемые судами суммы к общим основаниям ответственности за причинение вреда из статьи 1064 ГК РФ, возлагая на суд бремя доказывания обоснованности взыскиваемой суммы и ставя ее в зависимость от чисто уголовно-правовых критериев злостности, умысла и наличия рецидива.

Стоит отдельно отметить, что практика взыскания вместо убытков в виде неполученного вознаграждения карательных компенсаций в массовом порядке возникла после передачи подведомственности споров с участием ОКУПов из судов общей юрисдикции в арбитражные суды.

Статьи 13(1) и 11-bis(2) Бернской Конвенции разрешают присоединившимся странам определять условия осуществления исключительных прав своим законодательством, в том числе, устанавливая для себя оговорки и условия, относительно исключительного права, предоставляемого автору музыкального произведения разрешать звуковую запись музыкального произведения, не ущемляя права этих авторов на получение справедливого вознаграждения, которое, при отсутствии соглашения, устанавливается компетентным органом.

С учетом этого п.3 статьи 1263 ГК РФ устанавливает, что при публичном исполнении либо сообщении в эфир или по кабелю аудиовизуального произведения композитор, являющийся автором музыкального произведения (с текстом или без текста), использованного в аудиовизуальном произведении, сохраняет право на вознаграждение за указанные виды использования его музыкального произведения.

Верховный Суд РФ в п.33 Постановления Пленума от 19 июня 2006 г. №15 "О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах" указывал:

*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.*

Статья 49 закона "Об авторском праве и смежных правах" определяла, в том числе, право обладателей исключительных прав требовать по своему выбору от нарушителя вместо возмещения убытков выплаты компенсации, причем с оговоркой «Компенсация подлежит взысканию при доказанности факта правонарушения независимо от наличия или отсутствия убытков».

Однако пришедшая ей на смену часть IV ГК РФ такой оговорки не содержит, что, тем не менее, ни коим образом не мешает арбитражным судам взыскивать вместо вознаграждения и процентов по нему в порядке статьи 395 ГК РФ штрафную компенсацию безотносительно наличия и потенциальных размеров убытков, превратив восстановление утраченного имущественного положения правообладателя в высокодоходный юридический бизнес.