Федеральное государственное автономное образовательное учреждение высшего образования «Московский государственный юридический университет имени О. Е. Кутафина (МГЮА)»

На правах рукописи

Спектор Георгий Викторович

ЗАЩИТА АВТОРСКИХ И СМЕЖНЫХ ПРАВ В СЛУЧАЯХ ЗАИМСТВОВАНИЙ В МУЗЫКАЛЬНЫХ ПРОИЗВЕДЕНИЯХ

Специальность: 5.1.3. Частно-правовые (цивилистические) науки

Диссертация на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Научный руководитель:
доктор юридических наук, доцент
Шебанова Надежда Александровна

Москва – 2025

Оглавление

Введение ... 3

Глава 1. Понятие и правовая природа заимствований в музыкальных произведениях ... 15

§ 1. Понятие и особенности музыкального произведения как объекта авторских прав ... 15

§ 2. Общая характеристика правовой категории заимствования музыкального произведения ... 38

§ 3. Использование объектов смежных прав при заимствовании в музыкальных произведениях ... 55

§ 4. Заимствование при свободном использовании музыкальных произведений и их фонограмм ... 69

Глава 2. Правовое регулирование заимствований в музыкальных произведениях в зарубежных странах ... 85

§ 1. Правовое регулирование заимствований в музыкальных произведениях в странах континентальной Европы ... 85

§ 2. Правовое регулирование заимствований в музыкальных произведениях в странах англо-саксонского права ... 113

Глава 3. Особенности заимствований в музыкальных произведениях в российском праве ... 142

§ 1. Заимствование элементов формы музыкального произведения ... 142

§ 2. Отдельные случаи заимствований музыкальных произведений ... 156

§ 3. Отдельные случаи заимствования фонограмм музыкальных произведений ... 185

Заключение ... 201

Список использованных источников и литературы ... 204

Введение

Актуальность исследования. В развитии современного общества огромную роль играет создание нематериальных благ, которые возникают при наличии условий, способствующих реализации творческих инициатив и раскрытию талантов.

Правительством РФ утверждена Концепция развития креативных (творческих) индустрий и механизмов осуществления их государственной поддержки до 2030 года. К креативным индустриям относится и музыкальная индустрия. Концепция принята с целью развития национальной креативной экономики, основанной на человеческом капитале и историко-культурном наследии народов Российской Федерации. В качестве одной из актуальных задач в ней названа задача выработки подходов к совершенствованию нормативно-правового регулирования креативных индустрий и творческого предпринимательства.

В Плане мероприятий по реализации Концепции в 2022 – 2025 годах указывается на необходимость проработки вопроса о противодействии незаконному использованию музыкальных произведений[1].

В 2025 году вступил в силу Федеральный закон «О развитии креативных (творческих) индустрий в Российской Федерации» целями которого являются, в том числе, создание условий для самореализации граждан на основе использования творческого и интеллектуального потенциала, повышение уровня занятости граждан в сфере креативных (творческих) индустрий, стимулирование создания креативных продуктов[2].

Принятие указанных актов свидетельствует о важности совершенствования нормативно-правовой базы в целях развития музыкальной индустрии за счет:

---

[1] Распоряжение Правительства РФ от 17 августа 2022 г. № 2290-р «О плане мероприятий по реализации в 2022 - 2025 годах Концепции развития креативных (творческих) индустрий и механизмов осуществления их государственной поддержки до 2030 г.» // Собрание законодательства Российской Федерации, 22 августа 2022 г. № 34. Ст. 6044.

[2] Федеральный закон от 08.08.2024 N 330-ФЗ "О развитии креативных (творческих) индустрий в Российской Федерации" // Собрание законодательства Российской Федерации, 12 августа 2024 г. № 33 (Часть II). Ст. 5026.

расширения возможностей музыкального творчества, поощрения авторов (композиторов), создающих новые результаты интеллектуальной деятельности, и защиты таких творческих результатов от незаконного использования. С быстрым развитием сектора креативной экономики и музыкальной индустрии данные задачи будут приобретать все большую актуальность.

В современной музыкальной индустрии создается множество коммерческих продуктов, оригинальность которых нельзя признать высокой, поскольку они включают те или иные заимствования из других музыкальных произведений. В современной музыке клишированность определённых музыкальных приёмов нередко выступает не как недостаток, а как условие коммерческого успеха. Данная тенденция во многом обусловлена развитием звуковых технологий, в частности активным использованием семплов – музыкальных фрагментов, изъятых из существующих звуковых записей.

Между тем музыкальное произведение, как и любой другой вид произведений, является объектом авторских прав, который не может быть использован без согласия его правообладателя. Использование записи музыкального произведения – фонограммы – также осуществляется исключительно под контролем ее правообладателя.

При этом в отечественном законодательстве не выработано каких-либо критериев, позволяющих отделить различные случаи добросовестных заимствований от плагиата. Гражданский кодекс РФ не предусматривает возможности использования формы чужого произведения в каком-либо допустимом объеме; не имеет правового значения и то, каким образом заимствованная часть используется в новом произведении.

Действительно, в целях обеспечения свободы творчества российским законодательством выработан ряд ограничений исключительного права. Однако случаи свободного использования музыкальных произведений применимы в узких, в первую очередь, культурных и научных целях и не распространяются на музыкальное творчество в коммерческих целях.

Таким образом, многие случаи заимствований в современной массовой музыке потенциально могут быть признаны нарушением авторских прав. Указанный факт неизбежно влияет на музыкальное творчество, поскольку риск обвинения в плагиате становится весьма велик. По этой же причине отсутствуют стимулы к адаптации и переосмыслению богатого музыкального наследия, на которое еще сохраняются авторские и смежные права.

Вместе с тем в отечественной правовой доктрине отсутствуют исследования, акцентирующие внимание на случаях заимствований в музыкальных произведениях, где анализировались бы критерии, при которых заимствование считалось бы правомерным. Не получили достаточного теоретического осмысления и вопросы использования чужих фонограмм в целях создания новых музыкальных произведений.

В последние годы, несмотря на переоценку критериев охраноспособности частей произведения и требований к необходимому уровню творчества (в том числе установления так называемой «существенной части» произведения), в отношении музыкального произведения продолжают доминировать представления о нем исключительно как о мелодии, сформировавшиеся еще в советской правовой науке. Эти представления нуждаются в корректировке с учетом современных вызовов и складывающейся в музыкальной среде творческой практики.

Отсутствие системного теоретического анализа правомерности заимствований в музыкальных произведениях не позволяет создать необходимый правовой инструментарий, которым могли бы пользоваться суды при сопоставлении сходных музыкальных произведений для разрешения споров, связанных с нарушением исключительных прав.

В связи с вышеизложенным настоящее исследование актуально как для теории, так и для правоприменительной практики, и может являться необходимой основой для дальнейшего совершенствования отечественного законодательства.

Степень научной разработанности темы. Одним из первых авторов, предпринявших исследование музыкального произведения, являлся советский правовед Н. Л. Зильберштейн. Спустя почти 50 лет сопоставимый вклад в

системное изучение музыкальных произведений и фонограмм внес Н. В. Иванов. Впоследствии на основе работ Н. Л. Зильберштейна и Н. В. Иванова за 15 лет появилось немалое количество исследований таких авторов как Д. В. Кован, О. С. Тучкова, П. Г. Дадян, В. С. Илларионов, А. А. Волкова. Вместе с тем их работы носят общий характер, вопросы заимствования рассматриваются только в рамках случаев свободного использования.

Долгое время «заимствование» как правовая категория не было отдельным объектом изучения в научной доктрине. Многие авторы касались данного вопроса, в том числе затрагивали проблематику, связанную с плагиатом музыкальных произведений и их переработкой. Указанной тематике посвятили свои труды советские ученые В. Я. Ионас, Б. П. Юргенсон, О. С. Иоффе, Г. Ф. Шершеневич. В современной доктрине данные исследования продолжили такие известные авторы, как Э. П. Гаврилов, И. А. Близнец, К. Б. Леонтьев, В. С. Витко.

Значимый вклад в определение признаков неправомерного заимствования в последнее время внесли такие признанные специалисты как А. В. Кашанин и А. С. Ворожевич. Заимствование как самостоятельную категорию исследует в своих работах О. В. Исаева, одна из глав ее диссертационного исследования «Пределы свободы автора производного произведения»[3] посвящена неправомерному заимствованию чужих произведений, но указанные исследователи в силу специфики своих работ касались музыкальных произведений весьма поверхностно.

Таким образом, до настоящего времени в правовой доктрине не был проведен комплексный правовой анализ случаев заимствований при создании музыкальных произведений и не было уделено достаточного внимания вопросам защиты авторских и смежных прав, возникших в связи с подобными заимствованиями.

Цель диссертационного исследования заключается в формировании научного представления о содержании и случаях заимствования в музыкальных произведениях, рассматриваемых как правовая категория интеллектуальной собственности, а также разработке практических рекомендаций, позволяющих

[3] Исаева О. В. Пределы свободы автора производного произведения : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2023.

устанавливать неправомерность тех или иных случаев заимствования в музыкальных произведениях.

Поставленная цель предполагает решение следующих **задач**:

– определить правовую составляющую понятия музыкального произведения, а также его охраняемых частей;

– установить границы допустимого заимствования объектов авторских прав;

– проанализировать категорию заимствования в рамках свободного использования музыкального произведения;

– проанализировать воспроизведение и переработку как способ использования произведения, приводящий к его заимствованию;

– установить признаки правомерного заимствования части музыкального произведения;

– выявить признаки изменения музыкального произведения, которые приводят к созданию нового произведения;

– разработать целостную методику определения неправомерных заимствований музыкальных произведений;

– установить признаки воспроизведения, переработки, а также правомерного заимствования частей фонограммы музыкального произведения.

Объектом диссертационного исследования являются общественные отношения, складывающиеся по поводу использования частей музыкальных произведений как объектов авторских прав, а также частей фонограмм как объектов смежных прав в других музыкальных произведениях.

Предметом диссертационного исследования являются положения международно-правовых актов, нормы гражданского законодательства Российской Федерации, нормы законодательства об авторском праве зарубежных стран, отечественная и зарубежная практика правоприменительных органов, отечественная и зарубежная научная доктрина.

Методология и методы научного исследования. В диссертационном исследовании применяются как общенаучные, так и частные методы.

Среди общенаучных методов в диссертационном исследовании применяются приемы анализа, синтеза, логический и системный методы.

Для исследования развития подходов к заимствованию произведений в отечественном законодательстве об авторском праве был применен историко-правовой метод. Изучение законодательства и судебной практики зарубежных стран построено на сравнительно-правовом методе. Для соотнесения таких способов использования произведения, как воспроизведение и переработка, с категорией заимствования активно применяется формально-юридический метод.

Совокупность вышеуказанных общенаучных и частнонаучных методов позволила достичь цели исследования и выполнить поставленные задачи.

Теоретическую основу диссертационного исследования составляют труды отечественных и зарубежных ученых, посвященные гражданскому авторскому праву, в том числе Э. П. Гаврилова, М. В. Гордона, В. А. Дозорцева, Н. Л. Зильберштейна, Н. В. Иванова, В. Я. Ионаса, О. С. Иоффе, Я. А. Канторовича, В. И. Серебровского, Г. Ф. Шершеневича, Б. П. Юргенсона, S. Baumgardner (С. Баумгарднер), C. Craig (К. Крейга), J. Fishman (Д. Фишмана), D. J. Gervais (Д. Д. Жерве), T. G. C. Hood (Т. Г. К. Худа), P. B. Hugenholtz (П. Б. Гугенхольца), S. J. Jones (С. Д. Джонса), G. Laroche (Г. Ларошa), D. Lim (Д. Лима).

Нормативную основу диссертационного исследования составляют Конституция РФ, международно-правовые акты, Гражданский кодекс РФ и иные федеральные законы, нормативно-правовые акты Российской Империи, СССР (РСФСР), нормативно-правовые акты Европейского союза, Германии, Франции, Великобритании и США.

Эмпирическую основу диссертационного исследования составляет правоприменительная практика, содержащаяся в судебных актах Конституционного Суда РФ, Верховного Суда РФ, Суда по интеллектуальным правам, иных арбитражных судов, судов общей юрисдикции, а также в судебных актах зарубежных стран.

Научная новизна диссертационного исследования заключается в том, что в нем впервые в отечественной доктрине проведен комплексный правовой анализ

допустимости заимствования частей музыкальных произведений и их фонограмм. В исследовании подвергнуто критике сформированное научное представление о частях музыкального произведения: вместо выделения элементов музыкального произведения предложено считать частью музыкального произведения лишь законченные музыкальные фрагменты. В исследовании также установлены случаи, при которых форма музыкального произведения не получает правовую охрану, и сделан вывод, что существенное изменение музыкального произведения позволяет использовать его без разрешения первоначального правообладателя. Кроме того, уточнены признаки воспроизведения и переработки фонограммы в целях определения случаев, при которых использование части фонограммы также может осуществляться без разрешения изготовителя фонограммы.

В результате исследования автором сформулированы следующие **положения, которые выносятся на защиту**:

1. Творческий труд по созданию музыкального произведения заключается в подборе автором высоты и длительности звуков, поскольку именно в результате таких действий возможно различить исходную идею композитора. Следовательно, музыкальным произведением как объектом авторского права является результат творческого труда, выраженный в форме звуков, организованных по высоте и длительности.

2. Ни один из элементов музыки, включая мелодию, сам по себе не может являться самостоятельной частью произведения и обладать охраноспособностью, поскольку не способен сохранять свою узнаваемость как часть конкретного произведения при его использовании отдельно от всего произведения. Поскольку выразительные характеристики мелодии проявляются во взаимосвязи с другими элементами музыкального произведениями, обособление мелодии может привести к потере ее узнаваемости. При этом любая последовательность звуков может быть воспроизведена в совокупности с элементами другого музыкального произведения таким образом, что она не будет узнаваться на слух.

В связи с вышеизложенным выделение каких-либо элементов музыкального произведения, включая мелодию, гармонию и ритм, в целях их правовой охраны не

является целесообразным. Правовую охрану могут получить лишь такие части музыкального произведения, которые являются его целостными фрагментами, состоящими из звуковых элементов и выражающими законченную музыкальную мысль.

3. Заимствование чужого музыкального произведения заключается в использовании части формы этого произведения без разрешения и (или) выплаты вознаграждения. При правомерном заимствовании не осуществляется воспроизведение и переработка музыкального произведения, соответственно на использование части произведения не распространяется контроль правообладателя.

Установлены случаи правомерного заимствования, к которым относятся свободное использование произведения, а также заимствование, не приводящее к использованию охраняемой формы произведения. Заимствование, не приводящее к использованию охраняемой формы произведения, возможно, если в новом произведении не воспроизведена и не переработана охраняемая часть исходного произведения.

4. Заимствование музыкального произведения (без текста) в творческих целях не может быть признано цитированием, в связи с этим в рамках свободного использования заимствование музыкального произведения возможно лишь при создании пародии либо карикатуры.

5. Неправомерным заимствованием музыкального произведения не является воспроизведение или переработка неохраняемой части музыкального произведения. Для того чтобы определить, использована ли охраняемая или неохраняемая часть музыкального произведения, целесообразно установить, изменено ли произведение существенно и использована ли его существенная часть.

Под существенным изменением произведения следует понимать создание с использованием формы исходного произведения нового произведения, форма которого является преимущественно результатом творчества другого автора. Если на основе первоначального музыкального произведения в результате его существенного изменения возникает новое музыкальное произведение, то оно не

должно считаться переработкой, а должно быть квалифицировано как самостоятельный объект авторских прав.

6. Для определения использования существенной части музыкального произведения в новом произведении предложено осуществить сравнение исходного и нового произведений на основе качественных и дополняющих их количественных критериев. Порядок применения критериев предлагается определять следующим образом:

– выявить имеющееся наличие общих черт музыкальных произведений и установить, в каких целостных фрагментах присутствуют данные сходства;

– установить объективные факторы, предопределившие форму музыкальных произведений, к которым следует относить их структуру (музыкальную форму) и жанр;

– сравнить обнаруженные подобные музыкальные фрагменты с точки зрения данных объективных факторов. В том случае, если будет установлено, что сравниваемые фрагменты выполняют разную роль и имеют неодинаковое значение в структуре музыкальных произведений или что сходство фрагментов объясняется правилами жанра, в котором созданы оба произведения, заимствование стоит считать правомерным, а дальнейшее сравнение не следует проводить;

– разложить каждый из сравниваемых музыкальных фрагментов на составляющие их музыкальные элементы (средства музыкального изложения и выразительности) и определить, какие элементы совпадают в этих фрагментах. В случае совпадения большинства элементов заимствование должно быть признано неправомерным.

7. Заимствование без изменений частей фонограммы музыкального произведения вне зависимости от длительности таких фрагментов и характера произведенного заимствования следует признать неправомерным воспроизведением фонограммы музыкального произведения.

8. Под переработкой фонограммы музыкального произведения предлагается понимать такое преобразование фонограммы, при котором меняются свойства ее звуков: высота, длительность, тембр, громкость. Для установления факта

переработки необходимо осуществить сравнение указанных свойств в обеих фонограммах и определить, является ли такое различие результатом организационных и технических усилий. Изложенные признаки позволяют исключить из понятия переработки простейшие действия по изменению фонограммы, не приводящие к созданию новой фонограммы.

9. Сделан вывод о недопустимости признания переработкой фонограммы осуществление действий по семплированию, то есть заимствованию фрагмента фонограммы музыкального произведения, если в результате таких действий заимствованный фрагмент фонограммы потерял свою узнаваемость на слух в новой фонограмме.

Теоретическая значимость диссертационного исследования заключается в том, что оно вносит существенный вклад в научное представление о музыкальном произведении как объекте авторских прав, формирует представление о заимствовании как о самостоятельной научной категории в авторском праве и смежных правах, развивает положения отечественной доктрины, касающиеся понятия и признаков переработки фонограммы. Выводы могут стать основой для дальнейших научных работ, которые могут быть направлены на анализ заимствований других видов объектов авторского права или на выработку общих положений о заимствованиях в авторском праве и смежных правах.

Практическая значимость диссертационного исследования выражается в возможности применения полученных результатов правоприменительными органами в спорах, связанных с нарушением исключительных прав на музыкальные произведения и на фонограммы при сравнении двух схожих объектов авторских и смежных прав. Выводы и предложения, сформированные в положениях, выносимых на защиту, могут быть использованы в преподавании учебных курсов «Право интеллектуальной собственности», «Авторское право», при подготовке учебной литературы, методических материалов по указанным дисциплинам.

Степень достоверности диссертационного исследования достигается за счет исследования широкого круга нормативных, теоретических и эмпирических

источников. Всего в исследовании использовано более 250 источников, из них 20 составляют нормативно-правовые акты (включая как действующие, так и утратившие силу), количество использованных теоретических работ составляет более 160, количество правоприменительных актов – 54. Достоверность исследования зарубежных правопорядков достигается как за счет непосредственного исследования иностранных нормативно-правовых актов, соответствующей правоприменительной практики, так и за счет изучения трудов зарубежных ученых (в исследовании использовано более 40). Достоверность диссертационного исследования также достигается при помощи применения общенаучных и частнонаучных методов познания, которые отвечают цели и задачам исследования.

Апробация результатов диссертационного исследования. Диссертационное исследование выполнено, обсуждено и рекомендовано к защите на кафедре интеллектуальных прав Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА).

Результаты диссертационного исследования содержатся в опубликованных научных статьях, тезисах докладов на научных конференциях. Общее количество публикаций – 6, из которых 3 научные статьи опубликованы в журналах, входящих в перечень научных изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученой степени кандидата наук и которые утверждены приказом Минобрнауки России от 23 октября 2017 № 1027.

Некоторые результаты диссертационного исследования были неоднократно изложены в ходе выступлений на научно-практических конференциях, в том числе на X Московском юридическом форуме, 06 − 08 апреля 2023 г., Университет имени О. Е. Кутафина (МГЮА), г. Москва, XXIV Международной научно-практической конференции «Кутафинские чтения», 21 − 24 ноября 2023 г., Московский государственный университет, г. Москва, XII Международном форуме «IP Forum», 16 − 17 февраля 2024 г., Университет имени О. Е. Кутафина (МГЮА), г. Москва, XI Московском юридическом форуме, 04 апреля 2024 г., Университет имени О. Е. Кутафина (МГЮА), г. Москва, XIII Международном форуме «IP Forum», 14 −15 февраля 2025 г., Университет имени О. Е. Кутафина (МГЮА), г. Москва, V

Международной научно-практической конференции «АВТОР/AUTHOR – 2025», 21 − 22 апреля 2025 г., НИУ ВШЭ, г. Москва.

Результаты исследования также использовались при подготовке учебного пособия «Авторские и смежные права в музыкальной индустрии» / под общ. ред. И. А. Близнеца. – Москва : Проспект, 2024. – 256 с. (учебное пособие подготовлено в рамках государственной программы поддержки университетов «Приоритет-2030»).

Структура диссертационного исследования обусловлена поставленной целью и задачами исследования и включает в себя введение, три главы, в которые входят девять параграфов, заключение и список использованной литературы.

Глава 1. Понятие и правовая природа заимствований в музыкальных произведениях

§ 1. Понятие и особенности музыкального произведения как объекта авторских прав

Музыкальное произведение является одним из поименованных Гражданским кодексом РФ объектов авторских прав[4]. В законе не дается определение ни одному из объектов авторских прав (за исключением программ для ЭВМ), что является давней традицией российского законодательства. Так, еще с принятия Положения об авторском праве 1911 года объекты авторских прав раскрываются путем простого перечисления различных видов произведений[5].

Отсутствие нормативно закрепленного определения музыкального произведения не является каким-либо недостатком, поскольку законодатель исходит из возможности признания правовой охраны за всеми возможными разновидностями музыкального творчества. Однако нам чрезвычайно важно, тем не менее, попытаться определить данное понятие, поскольку невозможно построить исследование того или иного явления, в нашем случае заимствования, если не иметь четкого представления об объекте, на который оно направлено, его существенных признаках и содержательных границах. Полагаем, что с этого и необходимо начать исследование.

Нет смысла рассуждать о понятии и признаках музыкального произведения, если при этом не выяснить, что такое «музыка» и что такое «произведение» по отдельности. Поскольку в словосочетании «музыкальное произведение» музыка является характеристикой произведения, то начать необходимо именно с понятия «произведение».

---

[4] Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 2006. № 52. Ст. 1259.

[5] Коптев Д. А. Закон об авторском праве. С изложением рассуждений и материалов, на коих он основан / Сост.: Д. А. Коптев. СПб.: Изд. юрид. кн. магазина Н. К. Мартынова, 1911. С. 106-112.

Из толкового словаря С. И. Ожегова, Н. Ю. Шведовой следует, что произведение – это создание, продукт труда, вообще то, что сделано, исполнено[6]. Данное понятие также раскрыто и в Бернской конвенции, где в статье 2 «Произведения литературы и искусства» закреплено, что произведение «охватывает любую продукцию в области литературы, науки и искусства, вне зависимости от способа и формы ее выражения, включая ... музыкальные сочинения с текстом или без текста»[7].

В научных трудах известных правоведов есть достаточное единство взглядов на данный вопрос, совпадающее с вышеуказанными определениями.

Так, еще О. С. Иоффе называл произведение продуктом человеческого труда[8], В. А. Дозорцев считал его «художественным продуктом»[9]. Г. Ф. Шершеневич, Э. П. Гаврилов, В. И. Серебровский называли произведения продуктами духовного творчества[10].

В российском законе определение произведения не содержится, но из пункта 1 статьи 1259 ГК РФ можно сделать вывод, что произведение является объектом авторских прав, относящимся к науке, литературе и искусству.

На наш взгляд, определение произведения в качестве продукта указывает на его оборотоспособность, что, в свою очередь, является признаком объекта гражданских прав и соответственно авторских прав. Получается, что доктринальное определение произведения совпадает с содержанием

---

[6] Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений ; Российская академия наук. Институт русского языка им. В. В. Виноградова. М.: ООО «А ТЕМП», 2006. С. 611.

[7] Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений от 09.09.1886 (измененная 28.09.1979) (официальный перевод) // WIPO Lex. URL: https://wipolex.wipo.int/ru/text/283697 (дата обращения: 26.04.2023). Ст. 2.

[8] Иоффе О. С. Основы авторского права : авт., изобретательское право, право на открытие : учеб. пособие. М. : Знание, 1969. С. 1.

[9] Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации : сборник статей ; Исследовательский центр частного права имени С. С. Алексеева при Правительстве Российской Федерации. М. : Статут, 2023. С. 54.

[10] Шершеневич Г. Ф. Авторское право на литературные произведения. Казань : тип. Имп. ун-та, 1891. С. 136, Гаврилов Э. П.. Советское авторское право: Основные положения. Тенденции развития. М. : ¨Наука¨, 1984. С. 3, Серебровский В. И. Вопросы советского авторского права / Акад. наук СССР. Ин-т права им. А. Я. Вышинского. Москва : Изд-во Акад. Наук СССР, 1956. С. 31.

вышеуказанной статьи, из которой следует, что между произведением и объектом авторских прав, по сути, ставится равенство.

Между тем советский правовед В. Я. Ионас считал, что понятие произведения шире понятия «творческое произведение», поэтому в гражданском праве не все произведения могут быть объектами авторского права, что доказывает регулирование законом произведений, не охраняемых авторским правом[11]. Схожую точку зрения высказывает и современный ученый Р. М. Рахматулина, указывая, что термины «произведение» и «объект авторских прав» не всегда тождественные понятия, поскольку объектом авторского права становится только то произведение, которое обладает творческим характером. Однако автор далее не развивает эту мысль, при этом даже, наоборот, делает обратный вывод, определяя произведение именно как оригинальный продукт, на который распространяется авторско-правовая охрана[12]. Тем не менее, указанная позиция подразумевает, что существуют так называемые «нетворческие произведения», которые объектами авторского права признаваться не должны. Соответственно, понятие произведения шире понятия объекта авторских прав.

При всем этом ни в законе, ни в доктрине понятие «произведение» не рассматривается и не исследуется за пределами его понимания как объекта авторских прав, каких-либо попыток выявить общие признаки у творческих и нетворческих произведений не предпринято. Указанное объясняется тем, что сущностные характеристики произведения в основном раскрываются через понятия автора произведения и объективной формы произведения, то есть через субъект и форму выражения данного объекта.

Таким образом, с правовой точки зрения не особо важно то, чем, в сущности, является произведение, поскольку юридическое значение имеет, кто и как его создал, а также каким образом оно проявляется в объективной реальности. Уяснение этих категорий не дает ответа на вопрос, чем является произведение, но

---

[11] Ионас В. Я. Произведения творчества в гражданском праве. М.: Юрид. лит., 1972. С. 12.

[12] Рахматулина Р. Ш. Произведение - охраняемый объект интеллектуальной собственности // Образование и право. 2016. № 6. С. 7.

позволяет понять, какое произведение признается законом объектом авторских прав и подлежит законодательному регулированию.

Следовательно, не имеет особого смысла в проведении разграничения терминов «произведение» и «объект авторских прав»[13], поскольку все, что нужно знать о произведении с точки зрения права – это то, что оно относится к одной из сфер духовной культуры – науке, литературе или искусству. Этим условным определением мы и ограничимся, соответственно не будем пытаться определить, каким «продуктом» является произведение, поскольку нам представляется, что в данном случае просто предлагаются синонимы понятия «объект авторских прав».

Из статьи 1257, пункта 3 статьи 1259 ГК РФ следует, что любым произведениям присущи два основных признака, благодаря которым они и становятся объектами авторских прав: творческий характер труда автора, создавшего произведение, и объективная форма его выражения.

В отношении творческого характера труда на сегодняшний день в российской судебной практике сформировалось правило, что само по себе отсутствие новизны, уникальности или оригинальности результата интеллектуальной деятельности не может свидетельствовать о том, что такой результат создан не творческим трудом и, следовательно, не является объектом авторского права[14]. Указанной позицией Высший арбитражный суд РФ поставил точку в дискуссии о том, определяется ли творческий характер труда личностью автора, или необходимыми критериями к качеству созданного произведения, отдав предпочтение личности автора.

Признак объективной формы выражения произведения указывает на необходимость разграничения содержания произведения, под которым традиционно понимаются различные мысли и идеи автора, и формы произведения, то есть способом внешней фиксации произведения, благодаря которому оно

---

[13] За исключением того, что к последней категории также относятся программы для ЭВМ.

[14] Постановление Пленума ВС РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. "О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации" // СПС "КонсультантПлюс". // Верховный Суд РФ [Электронный ресурс]. URL: https://www.vsrf.ru/documents/own/8103/?ysclid=m63omvnor5405547467 (дата обращения 04.03.2025). П. 28.

доступно чувственному восприятию[15]. Объективная форма выражения произведения также в юридической науке рассматривается неотделимо от автора произведения. По мнению признанного советского ученого В. И. Серебровского, объектом авторского права является творческая идея, мысль, образы автора, закрепленные в конкретной форме – материальном предмете[16]. Развивая эту мысль, российский юрист В. С. Витко указывает на примере творчества художника, что краски и материал служат лишь закреплению идеальной формы изложения мысли творца[17]. Необходимо отметить, что произведение, хоть и выражается объективно, является нематериальным по своей природе, поскольку человек своей мыслительной деятельностью может создавать только идеальные образы, а не предметы материального мира[18].

Таким образом, если в сфере науки, литературы и искусства творческими усилиями автора создается нечто, имеющее объективную форму выражения, то оно должно признаваться произведением и получать охрану как объект авторских прав. Соответственно, определяя сущность музыкального произведения, мы также должны исходить из того, что это определенные творческие мысли композитора, которые нашли выражение в объективной форме. Однако необходимо рассмотреть термин «музыка», чтобы понять, в чем конкретно должны быть выражены идеи автора музыкального произведения.

В толковом словаре С. И. Ожегова, Н. Ю. Шведовой дается два прямых значения слова «музыка»: 1. Искусство, отражающее действительность в звуковых художественных образах, а также сами произведения этого искусства. 2. Исполнение таких произведений на инструментах, а также само звучание этих произведений[19].

---

[15] Копылов А. Ю. Охраняемые и неохраняемые элементы произведения // Актуальные проблемы российского права. 2021. № 2. С. 78.

[16] Серебровский В. И. Вопросы советского авторского права. С. 38.

[17] Витко В. С. Понятие формы произведения в авторском праве. М. : Статут, 2020. С. 4.

[18] Гаврилов Э. П. Комментарий к Закону об авторском праве и смежных правах (постатейный). 4-е изд., перераб. и доп. М.: Экзамен, 2005. С. 44.

[19] Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. С. 369.

Понятие «музыка» в повседневной жизни используется повсеместно, поэтому не случается особых трудностей с тем, чтобы понять, о какой сфере искусства идет речь, когда мы говорим о музыкальных произведениях. Музыка является одной из наиболее доступных для публики искусств, почти каждый слушатель может описать и дать характеристику той или иной мелодии, поэтому неизбежно обыденное восприятие этого слова влияет и на правоведов, изучающих музыку как объект авторских прав.

Между тем следует иметь в виду, что основная цель юридической науки как прикладной науки – создание теоретических конструкций, которые наиболее точно соответствуют целям правового регулирования общественных отношений. Поскольку каждая отраслевая юридическая наука тесно связана с определенной сферой отношений, которые изучают в первую очередь с различными техническими и естественными науками, она не может не перенимать из этих наук способ описания соответствующих явлений. Поэтому использование понятий из неюридических наук является естественным и оправданным. Речь идет о таких определениях, которые отраслевыми юридическими науками не могут быть разработаны независимо. Такое использование необходимо для обеспечения взаимосвязи и упорядоченности системы юридических понятий, а также их соответствия внутренней логике данной отрасли[20]. Указанное справедливо и в отношении использования в авторском праве категорий из соответствующих областей искусствоведения.

Соответственно, сложность правового анализа музыки состоит в том, что, перекладывая повседневное понимание музыки в правовую плоскость, то есть в терминологию, применяемую к музыкальному произведению как объекту авторских прав, можно сделать грубые допущения и обобщения, которые могут привести к неверным выводам о сущности данного объекта.

Как верно заметил американский автор М. Кейс, в какой-то момент авторское право при регулировании музыкальных произведений забыло обратиться к миру

[20] Копылов А. Ю. Охраняемые и неохраняемые элементы произведения. С. 81.

музыки[21]. Д. Фишман также отмечает, что прискорбно мало диалога между учеными-юристами и музыковедами, двумя группами, которые могли бы предложить друг другу полезные знания по этой теме[22].

Музыка одновременно содержит в себе творческое начало и является строгим искусством, поэтому правовое мышление в отношении музыки также должно сочетать в себе творчество и строгость[23]. Полагаем, для того чтобы юридический анализ музыки соответствовал данным требованиям, необходимо обратиться к терминологии специальных дисциплин, ее изучающих.

Наукой, изучающей музыку в ее разнообразных проявлениях и являющейся областью искусствоведения, является музыковедение (музыкознание). Музыковедение – это наука о совокупности явлений музыкальной культуры. Она выступает как форма ее самосознания и как фактор ее существования и дальнейшего развития[24].

В основном принято считать, что музыковедение изучает два основных аспекта музыки: теоретический и исторический. Иногда выделяются отдельно такие дисциплины, как философия музыки (музыкальная эстетика, психология музыки, музыкальная семиотика) и этномузыкознание[25].

Важнейшей дисциплиной музыковедения является теория музыки. Теория музыкального искусства – это система знаний о сущности явлений и законах музыки[26]. Предметом изучения теории музыки являются логические законы музыки. Музыкальная теория обладает логически выстроенным и систематизированным аппаратом терминов, образующим теоретическую систему,

---

[21] Keyes J. M. Musical Musings : The Case for Rethinking Music Copyright Protection // Michigan Telecommunications and Technology Law Review. 2004. Vol. 10. № 2. P. 430.

[22] Fishman J. Music as a Matter of Law // Harvard Law Review. 2018. Vol. 131. № 2. P. 1871.

[23] Manderson D., Caudill D. Modes of Law: Music and Legal Theory, An Interdisciplinary Workshop Introduction // Cardozo Law Review. 1999. Vol. 20. P. 1325, 1328.

[24] Вишневский А. Г. Состояние общества. Социальные регуляторы. Человек // Коммунист. 1989. № 4. С. 24.

[25] Бонфельд М. Ш. Введение в музыкознание: учеб. пособие для студ. высш. учеб. заведений. М.: Гуманит. изд. центр ВЛАДОС, 2001. С. 8.

[26] Холопов Ю. Н. Музыкально-теоретические системы : учебник для историко-теоретических и композиторских факультетов музыкальных вузов ; [ред.: Т. С. Кюрегян, В. С. Ценова (отв. ред.)] ; Московская гос. консерватория им. П. И. Чайковского. Москва : Композитор, 2006. С. 12.

которая способна объяснить любое музыкальное явление[27]. Несмотря на то что теория музыки не может рассматриваться в отрыве от музыкального искусства, так как ее ценность обусловлена значением для музыкальной практики, нельзя не отметить важность именно теоретического аспекта музыковедения для настоящего исследования, поскольку любое музыкальное произведение будет построено на музыкальной теории, исходить из нее и объясняться ее законами.

В связи с этим невозможно игнорировать теорию музыки, пытаясь дать юридическое определение музыкального произведения. Однако научная дискуссия вокруг данного вопроса, на наш взгляд, зачастую упускает из виду данный аспект. Соответственно, использование знаний из данной области музыковедения позволит критически рассмотреть доктринальные подходы к понятию музыкального произведения.

В музыковедении под звуком понимается мельчайший элемент и основной материал музыкального искусства[28]. Если обратиться к основным взглядам в доктрине на природу музыкального произведения, можно также увидеть, что звук в них рассматривается как основополагающая частица, составляющая данный объект авторских прав.

Так, Г. Ф. Шершеневич полагал, что объектом права является известная последовательность и сочетание звуков, составляющая в совокупности цельное музыкальное произведение, которое является продуктом творчества музыкальной мысли композитора[29]. Как указывал дореволюционный ученый Я. А. Канторович, объектами авторского права могут быть всякие построения мыслей, выраженных в форме звуков[30]. Схожего мнения придерживались советские ученые В. И. Серебровский, считавший, что в музыкальном

---

[27] Цянь С. Исследование теории музыкального искусства // Современное педагогическое образование. 2022. № 3. С. 203.

[28] Бонфельд М. Ш. Введение в музыкознание. С. 24.

[29] Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права : (По изд. 1907 г.) / Г. Ф. Шершеневич; Вступ. ст. Е. А. Суханова. Москва : Фирма "Спарк", 1995. С. 260.

[30] Канторович Я. А. Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения : Сист. коммент. к закону 20 марта 1911 г. с ист. очерком и объясн., осн. на законодат. мотивах, лит. источниках, иностр. законодательствах и судеб. Практике. Петроград : тип. АО б. "Брокгауз-Ефрон", 1916. XII. С. 190

произведении идеи и образы автора находят свое выражение в известном сочетании звуков[31], и Е. А. Флейшиц, понимавшая под музыкальным произведением сочетание, которое автор дал для выражения своих мыслей определенным звукам[32].

Полагаем, что не каждую мысль, выраженную в форме звуковых сочетаний и последовательностей, можно относить к музыкальным произведениям. Так, необходимо отметить, что человеческое ухо способно воспринимать и различать два вида звуков: музыкальные и немузыкальные (шумовые). Отличие немузыкальных звуков от музыкальных заключается в том, что первые не имеют точно выраженной высоты. К ним относятся, например, звук грома, звук треска, звук скрипа[33].

Вряд ли, например, Я. А. Канторович или Е. А. Флейшиц допускали возможность предоставить правовую охрану произведениям, созданным лишь из шумовых звуков, поскольку для данных авторов, все же эти звуки должны быть выражены в мелодии, гармонии и ритме[34] (об этих элементах музыкального произведения скажем позже). Вместе с тем, если свести определение музыкального определения исключительно к сочетаниям музыкальных звуков, за границами правовой охраны окажутся многочисленные современные жанры, построенные на активном использовании разнообразных атональных шумов (различные жанры электронной музыки, нойз, нойз-рок, нойз-поп, шугейзинг и т.д.[35]).

Таким образом, определение музыкального произведения как организованного автором определенного сочетания звуков необходимо уточнить, шаги в эту сторону были сделаны правоведами в последнее время.

Так, среди современных правоведов господствует определение, так или иначе связанное с определением музыки, которое дано в музыкальной энциклопедии Ю. В. Кельдыша, где под музыкой понимается вид искусства, который отражает действительность и воздействует на человека посредством

---

[31] Серебровский В. И. Вопросы советского авторского права. С. 50

[32] Флейшиц Е. А. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 1. М. : Статут, 2015. С. 440

[33] Вахромеев В. А. Элементарная теория музыки / В. Вахромеев. М. : Музыка, 2012. С. 7

[34] Канторович Я. А. Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения. С. 190-191, Флейшиц Е. А. Избранные труды по гражданскому праву. С. 430

[35] Hegarty P. Noise Music. A History. Continuum, 2007. P 232.

осмысленных и особым образом организованных по высоте и во времени звуковых последований, состоящих в основном из тонов ─звуков определенной высоты»[36].

Н. В. Иванов, прямо ссылаясь на вышеуказанное определение, но вкладывая в него акцент на разграничение формы и содержания, под музыкальным произведением понимает совокупность идей и образов, получивших в результате творческого процесса отражения человеком реальной действительности свое выражение в форме организованных по высоте и по времени звуковых последований[37].

Вслед за ним А. А. Горшунов указывает, что музыкальным произведением является совокупность художественных образов, которые отражают действительность в виде звуковых последований, состоящих из особым образом организованных по высоте и во времени акустических колебаний, выраженных в объективной форме[38].

П. Г. Дадян дает весьма громоздкое определение музыкального произведения как произведения искусства, которое является результатом творческой (интеллектуальной) деятельности автора, становится полноценным объектом авторского права в случае своего внешнего выражения в какой-либо объективной форме, воспринимаемой не только автором, но и другими лицами, и состоит из совокупности звуковых колебаний, организованных в определенном автором или исполнителем порядке по высоте и по времени[39].

Оригинальное определение предлагает А. А. Волкова. По ее мнению, музыкальное произведение — это созданное в процессе творческой деятельности и выраженное в объективной форме произведение искусства, художественные

---

[36] Музыкальная энциклопедия / под ред. Ю. В. Келдыша. М., 1976. Т. 3. С. 730.

[37] Иванов Н. В. Авторские и смежные права в музыке: учеб-практич. пособие / под ред. А. П. Сергеева. М. : Проспект, 2009. С. 6.

[38] Горшунов А. А. Музыкальные произведения как объекты авторского права // Новый юридический вестник. 2020. № 4 (18). С. 24-29.

[39] Дадян П. Г. Музыкальное произведение как самостоятельный объект авторского права: теоретико-правовое исследование: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015. С. 109.

образы в котором выражаются звуками, организованными с помощью средств музыкальной выразительности[40].

Таким образом, можно проследить, что если для дореволюционных и советских авторов суть музыкального произведения сводилась к сочетанию звуков, то сегодня в доктрине к данному пониманию прибавилось то, что такие звуки должны быть организованы в определенном порядке, при этом элементами этой организации является время и высота. Отметим, что раскрытие музыкального произведения через организацию звуков в определенных параметрах становится шагом вперед в отношении понимания данного объекта авторских прав, поскольку исключается возможность признания правовой охраны за простыми шумами.

Однако полагаем, что обоснованность и соответствие современного определения музыкального произведения целям, для которых оно было разработано, могут быть определены при его более детальном и критическом изучении.

В первую очередь необходимо отметить, что характер звука определяется четырьмя основными свойствами: высотой[41], громкостью[42], тембром[43] и длительностью[44].

Полагаем, что музыкальное произведение создается в том случае, если мысли и идеи автора заключаются в выборе тех или иных звуков, а именно в определении свойств этих звуков. Под указанным мы имеем в виду то, что звуки в музыкальном произведении необязательно должны отличаться по свойствам друг от друга: творческая идея автора должна заключаться в том, чтобы решить, какие свойства у звуков должны быть в музыкальном произведении. Остается понять: определение каких свойств звука является минимально необходимым для того, чтобы признать,

---

[40] Волкова А. А. Пределы свободного использования музыкальных произведений в праве России, Германии и Франции : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2022. С. 82-83.

[41] Частота колебаний звучащего тела, чем больше частота – тем выше будет звук.

[42] Измеряется в белах или децибелах и зависит от амплитуды колебаний, то есть от пространства, в котором происходит колебание.

[43] Качественная сторона звука, для определения тембральной окраски используют слова-ощущения, например резкий, густой, звенящий, мягкий.

[44] Измеряется в секундах или минутах и связана с шириной размаха колебания, то есть чем шире размах, тем длиннее период затухания.

что в результате такого творчества произошло создание музыкального произведения.

Как отмечено в вышеуказанных формулировках музыкального произведения, организация звуков автором должна заключаться в двух направлениях: высоте и времени. Сопоставляя это со свойствами звука, можно сделать вывод, что композиторы в целом сходятся в признании организации двух свойств звука (высоты и длительности) музыкальным произведением. Чтобы подтвердить или опровергнуть эту теорию, рассмотрим отдельно разные гипотетические ситуации, где автор осуществил выбор одного признака звука и при этом не определил остальные относительно того, создано ли в каждом случае музыкальное произведение. Критерием создания будет соответственно возможность отражения в объективной форме такого произведения идей и мыслей автора.

Итак, композитор определил исключительно длительность звуков, то есть организовал порядок длительных и коротких, а в отношении высоты звуков, их громкости и тембра не принял никаких решений. В этом случае продукт творчества невозможно представить в какой-либо определенной объективной форме: воспроизведение организованных по длительности звуков в различной высоте, громкости и тембрах. Это будет приводить к созданию бесчисленного множества произведений, каждое из которых невозможно соотнести с идеей композитора, следовательно, авторскую монополию на все такие произведения нельзя распространить. В связи с этим приходим к выводу, что одного определения звуков по длительности недостаточно для создания музыкального произведения.

Теперь представим следующую ситуацию: композитор расположил звуки по заданной им высоте, но в отношении длительности, громкости и тембра звуков не определил свою творческую идею. Несмотря на кажущуюся самодостаточность произведения, представленного таким образом, изменение длительности упорядоченных по высоте звуков, а также громкости и тембра может привести к созданию совершенно далеких от изначальных сочетаний звуков, где авторская идея становится неразличима.

Однако, если добавить к данным примерам то обстоятельство, что установленные по длительности звуки композитор решил также организовать и по высоте или, наоборот, задать длительность звукам, определенным по высоте, форма выражения такого произведения становится более отчетливой. При этом можно представить, что воспроизведение в различных тембрах и громкости звуков будет влиять на конечную структуру произведения, исходная идея автора будет, тем не менее, различима в любом случае.

Таким образом, приходим к выводу, что организация звуков по высоте и длительности действительно является творческим трудом для создания музыкального произведения. При этом определение громкости и тембра звука, несмотря на то что они также являются его свойствами, не является необходимым действием для выражения произведения в объективной форме.

Полагаем, что наши выводы можно выразить в авторском определении исследуемого понятия. По нашему мнению, музыкальное произведение – это результат творческого труда, выраженный в форме звуков, организованных по высоте и длительности. Данное определение продолжает логику современных правоведов, оно имеет ряд преимуществ.

Во-первых, из определения исключено отождествление музыки с творческим процессом отображения реальной действительности. Вызывает сомнения то, что данный признак возможен, поскольку авторское право не может предъявлять требования к соответствию объектов авторских прав реальной действительности. Очевидно, что если музыкальное произведение не отражает никакой действительности (ни реальной, ни, например, воображаемой), то указанное не может повлиять на охраноспособность в случае его создания творческим путем.

Можно предположить, что в версиях определений, предложенных Н. В. Ивановым и А. А. Горшуновым, данный признак указан в силу того, что за основу взято определение из музыкальной энциклопедии Ю. В. Кельдыша, а его обоснованность не объясняется авторами. Наличие данного свойства в советской энциклопедии, в свою очередь, объясняется принятым в СССР представлением социалистического реализма, которое применительно к искусству, в том числе и к

музыке, и выражалось в том, что любое произведение искусства в соответствии с марксистко-ленинской эстетикой должно отражать социалистическую реальность, что является основным критерием ее ценности.

Так, сам Ю. В. Кельдыш критиковал балет Сергея Прокофьева «Стальной сок» за то, что тот накладывает буржуазное капиталистическое мышление на пролетарскую тему и таким образом проявляет враждебное отношение к советской действительности[45], а в первом издании Большой советской энциклопедии музыка определялась как специфическая форма идеологической деятельности, отражающая реальную действительность посредством особо присущей ей системы образов (данное определение также было создано под ред. Ю. В. Кельдыша)[46]. Полагаем, что современная юриспруденция должна критически подходить к адаптации положений из области музыковедения и не допускать попадания идеологических штампов в теорию права.

Во-вторых, в определении уточнено, что звуки должны быть организованы композитором по длительности, учитывая, что ряд авторов (Н. И. Иванов, П. Г. Дадян) считает, что они должны быть организованы «по времени», а ряд авторов (А. А. Горшунов) – «во времени». Несмотря на незначительную, на первый взгляд, разницу, не считаем, что формулировка «во времени» является удачной, поскольку указывает скорее не на характеристики самих звуков, а на время звучания самого произведения, что вряд ли является какой-то первостепенной характеристикой музыки. Во избежание такого смешения нами используется термин «длительность», поскольку в музыковедении именно так принято называть данное свойство звука. Указание на высоту и длительность звуков в определении музыкального произведения обусловлено именно тем, что творческие усилия, направленные на преобразование этих свойств, необходимы и достаточны для создания объекта авторских прав.

---

[45] Келдыш Ю. В. Балет «Стальной скок» и его автор – Прокофьев // «Пролетарский музыкант». 1929. № 6. С. 12-19.
[46] Большая советская энциклопедия / гл. ред. О. Ю. Шмидт. М. : Советская энциклопедия. 1925-1947. Т. 40. 1938. С. 560.

В-третьих, из определения исключено указание на объективную форму выражения, которое присутствует практически во всех вышеуказанных определениях, но кажется нам излишним. Как мы уже выяснили, мысли и идеи автора находят свое объективное выражение именно в форме звуков, организованных по заданным свойствам. Если эти звуки в определенной последовательности зафиксированы в каком бы то ни было виде (на бумаге или в аудиозаписи), никаких дополнительных требований к форме выражения не может быть предъявлено.

Наконец, предложенное определение не содержит указания на характер содержания музыкального произведения. Это совсем не означает, что музыка создается автором в вакууме, однако, на наш взгляд, определение того, использовались ли в творческом процессе мысли, идеи или образы, правового значения не имеет в силу специфики музыкального языка, о чем мы скажем чуть далее.

Давая определение музыкальному произведению как объекту авторских прав, тем не менее, необходимо отметить, что анализ его сущности будет неполным без рассмотрения вопроса о содержании и форме музыкального произведения.

Любое произведение содержит в себе структурные элементы. Одни из них относятся к форме произведения, другие – к его содержанию[47]. Известно, что в авторском праве принято различать неохраняемое содержание произведения и охраняемую форму, хотя некоторые авторы критикуют данную концепцию[48].

Наиболее стройную систему разграничения элементов формы и содержания разработал В. Я. Ионас, который выделил неохраняемые элементы содержания: идею, тему, материал, сюжетное ядро и юридически значимые элементы формы. Последние составляющие части автор разделил на внутренние элементы, к которым он относил художественные образы, и элементы внешней формы –

---

[47] Гаврилов Э. П. Авторское право и содержание произведения // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2009. № 7. С. 31-39.

[48] Юмашев А. Критический анализ понятий "форма произведения" и "содержание произведения" в авторском праве // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2010. № 3. С. 34-41.

авторский стиль и язык произведения[49]. Стоит отметить, что данную структуру В. Я. Ионас разработал в основном применительно к произведениям литературы, однако в отношении музыкальных произведений автор не считал возможным построить единую классификацию[50].

Одним из основных элементов внутреннего содержания произведения, отображающим творческий процесс, является тема, которая выбирается автором перед созданием произведения и предопределяет основу его будущей структуры. К теме близка идея произведения, которая представляет собой основную мысль, выраженную посредством его образной системы[51].

В отношении внутреннего содержания музыкального произведения целесообразно обратиться к такому понятию из области музыкальной психологии, как «музыкальная мысль». Под ней понимается совокупность идей и смыслов, которые передаются через музыкальное произведение. В структуру музыкальной мысли входят элементы музыки и правила, по которым между ними устанавливаются связи и отношения[52].

Отдельно отметим, что любые идеи автора, которые передаются через музыку, фактически невозможно интерпретировать, анализируя музыкальное произведение, в отличие от произведений литературы и изобразительного искусства. Поэтому любая музыкальная мысль отражает идеи и мысли автора условно, а реконструировать содержание музыкального произведения через его форму фактически невозможно. Например, считается, что в знаменитой Седьмой симфонии Д. Шостакович выразил свои переживания в отношении Великой Отечественной войны, а также волю к победе советского народа над нацистскими захватчиками. Однако, по некоторым сведениям, великий композитор начал писать

---

[49] Ионас В. Я. Произведения творчества в гражданском праве. С. 45-46.

[50] Ионас В. Я. Произведения творчества в гражданском праве. С. 56.

[51] Копылов А. Ю. Охраняемые и неохраняемые элементы произведения. С. 80-81.

[52] Гильманов С. А. Музыкальная мысль как единица изучения музыкального мышления // Идеи О. К. Тихомирова и А. В. Брушлинского и фундаментальные проблемы психологии (к 80-летию со дня рождения). Материалы Всероссийской научной конференции (с иностранным участием). Москва, 30 мая – 1 июня 2013 г. М.: Московский государственный университет имени М. В. Ломоносова, 2013. С. 103-105.

симфонию еще до начала войны[53], и с этой точки зрения произведение отражает совсем другие смыслы и идеи.

В связи с этим для музыкального произведения не характерно обилие элементов внутреннего содержания произведения, как для, например, литературного произведения, где однозначно можно выделить тему, идею, материал, сюжет. В музыкальном сочинении все эти элементы проходят через творческое сознание автора и преобразуются в музыкальную мысль, именно она впоследствии находит выражение в форме музыкального произведения. То есть музыкальная мысль обнаруживается на основе условных мыслей, образов и идей автора, которые являются весьма абстрактными и трудно уловимыми (в том числе и для самого автора). Саму музыкальную мысль, в свою очередь, можно назвать «первичной формой» произведения, которая развивается уже теми или иными средствами музыкального выражения, которые представляют собой собственно форму музыкального произведения. Ее анализ, как и любого другого объекта авторских прав, в доктрине осуществляется путем описания составляющих эту форму элементов.

В правовой доктрине разложение музыкального произведения на элементы традиционно сводится к вопросу о мелодии, гармонии и ритме. А. А. Волкова справедливо отмечает, что эта триада прочно укоренилась в отечественной и зарубежной юриспруденции[54], поэтому зачастую вопрос о целесообразности выделения именно данных элементов не ставится на обсуждение.

Так, Я. А. Канторович считал, что звуки в музыкальном произведении должны быть связаны между собой мелодией, гармонией и ритмом[55]. О. С. Иоффе через 50 лет также определял, что содержание музыки выражается в мелодии, опосредованной гармонией и ритмом[56]. Спустя еще 40 лет Н. В. Иванов повторяет,

---

[53] Гладкова О. И. «Галина Уствольская. Музыка как наваждение». СПб. : Музыка, 1999. С. 31.

[54] Волкова А. А. Пределы свободного использования музыкальных произведений в праве России, Германии и Франции. С. 80

[55] Канторович Я. А. Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения. С. 200

[56] Иоффе О. С. Основы авторского права : авт., изобретательское право, право на открытие. С. 15

что мелодия, гармония и ритм образуют внешнюю форму музыкального произведения, которая охраняется авторским правом[57].

Для дореволюционной и советской доктрины авторского права характерна дискуссия о самостоятельной охраноспособности одного из элементов музыкального произведения, которого авторы так или иначе считали ключевым, то есть мелодии. Необходимо отметить, что данная дискуссия была перенесена в юриспруденцию из философии, где еще с XVIII века шли споры о соотношении гармонии и мелодии. Сторонники главенства гармонии полагали, что она превалирует над мелодией и без знания гармонии сочинить музыку невозможно[58]. Их оппоненты, сторонники «мелодической» концепции, считали мелодию первостепенным средством музыкальной выразительности, которую никогда не заслонят ритм и гармония[59]. В настоящее время обе концепции страдают ограниченным пониманием одного из элементов музыки и односторонним противопоставлением их друг другу[60], поэтому нельзя определить важнейшего элемента музыки.

В юридической дискуссии, однако, такого примирения не наступило. Вероятно, это связано с тем, что в музыкальной философии смысл этого спора направлен на выявление наиболее существенных черт выразительности музыкального произведения. Поэтому вывод, что ни один из элементов музыки не является таким безусловным средством в отрыве от остальных музыкальных компонентов, является результатом определенной эволюции философских взглядов.

Между тем для авторского права данный вывод вряд ли полезен, поскольку здесь решаются совсем иные задачи. Если в произведении могут быть выделены самостоятельные части, значит, у него должны быть и несамостоятельные части, что как раз подразумевает противопоставление по значимости одних элементов

---

[57] Иванов Н. В. Авторские и смежные права в музыке. С. 13

[58] Музыкальная эстетика Западной Европы XVII–XVIII веков / Сост. В. П. Шестаков. М.: Музыка, 1971. С. 412.

[59] Гудимова С. А. Музыкальная Вселенная Оливье Мессиана // Вестник культурологии. 2016. № 4 (79). С. 75.

[60] Дьячкова Л. С. Мелодика : Учеб. пособие по курсу "Мелодика" (спец. № 17.00.02 "Музыковедение"). М. : ГМПИ, 1985 (1986). С. 17.

произведения другим. Следовательно, конечным результатом дискуссии о самостоятельной охраноспособности является выявление самостоятельных элементов и признание других элементов несамостоятельными.

В советское время определенную популярность среди правоведов имело представление о том, что мелодия неотделима от других элементов музыкального произведения – гармонии и ритма. Так, Е. А. Флейшиц считала, что выделить мелодию в качестве произведения, существующего вне связи с этими элементами, невозможно[61]. М. И. Никитина, признавая мелодию важнейшим элементом музыкального произведения, обладающим качествами объекта авторских прав, отрицала, тем не менее, качества мелодии как самостоятельного объекта, поскольку правовой защите она может подлежать вместе с остальными элементами[62].

Весьма оригинальной являлась точка зрения М. В. Дозорцевой, согласно которой сама по себе постановка вопроса, является ли мелодия объектом авторского права, беспредметна и неправильна, поскольку использование чужой мелодии при определенных условиях само по себе не значит, что мелодия – самостоятельный объект авторских прав[63]. Данные рассуждения представляются интересными, однако в теории не получили дальнейшего развития.

Тем не менее, большее признание в юриспруденции получила противоположная идея о возможности признания мелодии самостоятельным объектом авторского права. Можно сказать, что в ответственной доктрине такое представление доминируют уже более ста лет.

Так, многие дореволюционные юристы сводили ценность и значимость музыкального произведения исключительно к мелодии. Например, по мнению Д. А. Коптева, в музыкальном произведении нередко вся его сущность и ценность заключается в мотиве или мелодии, которыми выражается известная мысль

---

[61] Флейшиц Е. А. Избранные труды по гражданскому праву. С. 430.

[62] Никитина М. И. Авторское право на произведения науки, литературы и искусства. Казань : Изд-во Казан. ун-та, 1972. С. 53.

[63] Дозорцева М. В. Особенности музыкального произведения как объекта авторского права // Правоведение. 1981. № 5. С. 41.

композитора. Музыкальное произведение, как указал исследователь, в целом часто является лишь дальнейшим развитием основного мотива или мелодии[64].

Многие советские правоведы также исходили из данной концепции, хотя и в большей степени указывали на правовое значение ритма и гармонии в музыке. М. В. Гордон считал, что основой музыкального произведения является его мелодическое содержание, а прочие элементы сочинения, помимо мелодии, как то: ритм и гармония, хотя и характеризуют произведение, но не определяют его самостоятельности[65]. Большой вклад в утверждение данной позиции внес Н. Л. Зильберштейн. Автор полагал, что мелодия как основной элемент музыкального произведения, будучи исполненной, становится объектом авторского права, хотя гармонизация мелодии, развитие и разработка темы другим лицом могут привести к появлению нового произведения[66].

В современной юриспруденции последняя точка зрения также, можно считать, устоялась. Н. В. Иванов с опорой на труды В. Я. Ионаса и Н. Л. Зильберштейна приводит различные доводы в ее поддержку. Суть его аргументов заключается в следующем: мелодия является важнейшим элементом формы музыкального произведения, которая остается в сознании слушателей, а также результатом творческой деятельности, в связи с этим становится самостоятельным объектом права. Н. В. Иванов даже считает, что целесообразно расширить примерный перечень охраняемых элементов произведения, содержащийся в пункте 7 статьи 1259 ГК РФ, и включить в него также мелодию[67]. Вслед за ним П. Г. Дадян также полагает, что включение мелодии в перечень охраняемых законом результатов интеллектуальной деятельности является правильным направлением развития авторского права[68].

В современной доктрине нами не обнаружено ни одного значительного довода в опровержение вышеуказанной позиции. Однако на данный момент, не

---

[64] Гордон М. В. Советское авторское право. М. : Госюриздат, 1955. С. 218.
[65] Гордон М. В. Советское авторское право. С. 115.
[66] Зильберштейн Н. Л. Авторское право на музыкальные произведения. М. : Сов. композитор, 1960. С. 19.
[67] Иванов Н. В. Авторские и смежные права в музыке. С. 15.
[68] Дадян П. Г. Музыкальное произведение как самостоятельный объект авторского права: теоретико-правовое исследование. С. 54-55.

занимая никакую сторону в этой дискуссии, отметим следующее: по нашему мнению, выделение в музыкальном произведении как объекте авторского права таких элементов, как мелодия, гармония, ритм, не в полной мере отвечает задаче определения охраноспособных частей произведения.

Начнем с того, что идея разложения музыки на мелодию, гармонию и ритм является искусственной и длительное время критикуется. Так, польский философ Р. Ингарден еще в середине прошлого столетия задавался вопросом, насколько данные элементы вообще присутствуют в музыке. По его мнению, сомнительно то, заключает ли в себе каждое музыкальное произведение какую-либо мелодию. Вся так называемая современная музыка может быть взята за пример того, что нет необходимости существования мелодии в музыкальном произведении. То же самое относится и к гармонии: она отсутствует у всех одноголосых песен. Однако автор подчеркивал, что, по крайней мере, в некоторых частях ритм и определенный хотя бы для отдельных его фаз характер темпа должны проявиться в каждом музыкальном произведении[69].

На сегодняшний день в правовой доктрине также начинают возникать сомнения относительно безусловной правовой охраны мелодии. Так, Р. А. Мерзликина, А. С. Юмашев приходят к выводу, что мелодия не является объектом авторского права ни с какой точки зрения (авторы аргументируют этот вывод тем, что мелодия является содержанием произведения, а это представляется, по меньшей мере, спорным)[70]. В. С. Витко также считает, что хоть мелодии и не должно быть отказано в охране авторским правом, но и убедительных доводов в пользу ее охраноспособности не представлено[71]. Справедливы и рассуждения А. А. Волковой о том, что музыкальное произведение надо воспринимать не просто как сумму элементов, а как результат их взаимодействия, то есть субъективное впечатление от музыкальной композиции, основанное на том, как один элемент

[69] Ингарден Р. Исследования по эстетике / пер. с польского А. Ермилова и Б. Федорова ; ред. А. Якушева ; предисл. В. Разумного. М. : Изд-во иностранной литературы, 1962. С. 446.

[70] Мерзликина Р., Юмашев А. Правовой статус мелодии в музыкальном произведении // ИС. Авторское право и смежные права. 2006. № 7. С. 37-41.

[71] Витко В. С. О признаках понятия «плагиат» в авторском праве: монография. М.: Статут, 2017. С. 39.

дополняет другой[72] (при этом данный автор, тем не менее, придерживается позиции о самостоятельной охраноспособности мелодии).

Полагаем, что критика основных юридических элементов музыкального произведения невозможна без еще одного погружения в теорию музыки. При этом, исходя из определения музыкального произведения, будем учитывать, что, с правовой точки зрения, имеет смысл уточнить, какие элементы и по каким правилам в музыке организованы по времени и длительности, поскольку именно это и будет отражать форму музыкального произведения.

С точки зрения теории музыки ее элементы – это средства музыкального изложения и выразительности. Основополагающим принципом элементарной теории музыки является выявление выразительности отдельного элемента только в связи с другими элементами или средствами музыкального изложения[73].

Одни звуки сами по себе, то есть взятые изолированно, не способны выразить музыкальную мысль, хотя такие элементы могут быть средством выразительности благодаря длительности звуков, тембру или изменению громкости. Однако считается, что для большинства случаев музыкальная выразительность подразумевает объединение нескольких звуков в систему, основанную на определенных высотных соотношениях и связях[74]. Звуковые системы могут существовать в горизонтальном измерении, то есть представлять совокупность звуков, звучащих последовательно, или в вертикальном, то есть представлять совокупность звуков, звучащих одновременно[75].

В горизонтальных звуковых системах выделяются такие элементы, как лад[76], ритм[77], метр[78]. В вертикальных звуковых системах звуковые отношения определяются гармонией[79].

---

[72] Волкова А. А. Пределы свободного использования музыкальных произведений в праве России, Германии и Франции. С. 81.

[73] Вахромеев В. А. Элементарная теория музыки. С. 5.

[74] Способин И. В. Элементарная теория музыки : [Учебник для муз. училищ]. М. : Музгиз, 1955. С. 45.

[75] Бонфельд М. Ш. Введение в музыкознание. С. 39.

[76] Система звуковысотных связей, содержащая устойчивые и неустойчивые звуки и объединенная тоникой – наиболее устойчивым звуком.

[77] Последование во времени звуков (пауз) одинаковой и различной длительности.

[78] Мера, определяющая величину ритмических построений.

[79] Объединение звуков в созвучия и связная последовательность таких созвучий.

Наличие в музыке указанных выше звуковых систем: лада и ритма, а также гармонии − является необходимой предпосылкой для возникновения мелодии[80]. Мелодия объединяет в себе множество других элементов музыки, включая ладогармонические явления, ритм, жанровые признаки и даже исполнительские штрихи и тембры[81]. Именно через мелодию и в самой мелодии данные элементы в первую очередь выявляют свои выразительные свойства[82]. Следовательно, мелодия как элемент музыки действительно обладает небольшими выразительными качествами по сравнению с другими элементами и занимает соответствующее место в музыке.

В этом отношении правовая наука, также признающая за мелодией главенствующее значение в определении возможности правовой охраны музыкального произведения, отражает принципы, изложенные в музыковедении. Тем не менее, нельзя ставить знак равенства между признанием мелодии как основного средства выразительности музыки и признанием за этим элементом правовой охраны как самостоятельного объекта авторских прав. Полагаем, что если мы переносим вывод из науки, изучающей конкретное явление (в данном случае музыку) в область юриспруденции, которая регулирует общественные отношения, связанные с данным явлением, то такой вывод нельзя брать изолированно, то есть к данному вопросу следует подходить комплексно.

Следовательно, поскольку основным принципом музыкальной теории является выявление выразительности отдельного элемента, в том числе и мелодии, только в его связи с другими элементами музыки, нет никаких оснований отрывать мелодию от целостной системы взаимоотношений музыкальных элементов, в которой она находится, и признавать за мелодией полную самостоятельность с точки зрения права. Противоположная точка зрения, как нам кажется, в большей степени основана на повседневном опыте слушателя, когда музыка ассоциируется

---

[80] Одноголосная последовательность звуков, организованная в ладовом и метро-ритмическом отношениях.

[81] Милосердова Е. Н. Мелодия как средство музыкальной выразительности, ее строение и эволюция в процессе исторического развития музыкального искусства // Вестник ТГУ. 2013. № 9 (125). С. 257.

[82] Холопов Ю. Н. Введение в музыкальную форму. М.: Московская гос. консерватория им. П. И. Чайковского, 2006. С. 363.

только с мелодией. Между тем авторское право должно преимущественно руководствоваться теорией музыки и иными отраслями музыковедения, нежели представлениями обычных слушателей.

Таким образом, на данный момент следует учесть, что к доводу о необходимости признания за мелодией (и тем более за остальными элементами музыкального произведения) самостоятельной правовой охраны стоит отнестись критически. Также вряд ли можно уверенно говорить об обоснованности выделения таких элементов, как мелодия, гармония и ритм, в качестве частей музыкального произведения. Это приводит нас к тому, что устоявшееся в юриспруденции представление о форме музыкального произведения нуждается в переосмыслении, а указанные доводы подлежат дополнительному обоснованию или опровержению. Полагаем, что найти ответы на поставленные вопросы можно при помощи анализа правоприменительной практики России и зарубежных стран, что и будет проведено в настоящем исследовании.

§ 2. Общая характеристика правовой категории заимствования музыкального произведения

Признание правовой охраны за музыкальным произведением означает также возможность его защиты от несанкционированного использования третьим лицом. Безусловно, правообладатель получает возможность запрещать использование произведения любым образом (например, пресекать изготовление контрафактных экземпляров записи принадлежащего ему произведения) или его передачу в эфир. Однако зачастую музыкальное произведение не используется целиком, а выступает в том или ином объеме основой для создания другого музыкального сочинения. В таком случае речь идет о заимствовании музыкального произведения.

Возникает очевидный вопрос: можно ли заимствовать музыкальное произведение, а если можно, то насколько большую его часть можно заимствовать, чтобы не столкнуться с претензиями правообладателя. Полагаем, что ответить на эти вопросы можно с помощью анализа понятия «заимствование».

Согласно определению С. И. Ожегова, Н. Ю. Шведовой «заимствовать» означает перенять, почерпнуть откуда-нибудь[83]. Понятие «заимствование» широко распространено в литературе, посвященной авторскому праву. Однако определение и существенные признаки заимствования никогда не были в поле зрения правоведов, хотя контекст использования данного термина связан с распространенным вопросом нарушения авторских прав, при котором одно произведение появляется на свет благодаря другому. Прежде чем переходить к рассмотрению вопроса заимствования применительно к музыкальным произведениям, необходимо рассмотреть данную категорию в общем и отграничить ее от других смежных понятий.

Одним из таких понятий является «контрафакция» (или «контрафакт»). По мнению Б. П. Юргенсона, под контрафакцией подразумевается воспроизведение и распространение чужого произведения лицами на то неправомочными, что представляет собой открытое нарушение исключительных прав автора[84]. В советское время правоведы считали контрафакцией подделку издания, то есть выпуск произведения вопреки воли автора[85]. В. С. Витко указывает на то, что контрафакт является нарушением исключительно имущественных прав автора или иного правообладателя[86]. Разграничение заимствования от контрафакта соответственно не составляет труда, поскольку заимствование, очевидно, затрагивает имущественные и неимущественные права автора, является скрытым и порождает спор об авторстве, тогда как контрафакт имеет явную уголовно-правовую природу и совершается открыто.

Гораздо более трудным вопросом является отграничение заимствования от такого понятия, как плагиат. При этом достаточно распространенным является использование термина «заимствование» как более общего по сравнению с термином «плагиат». Так, Э. П. Гаврилов относил дозволенные или допустимые

[83] Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. С. 205.
[84] Юргенсон Б. П. Авторское право на музыкальные произведения. М. : Сам полиграфист, 2012. С. 56.
[85] Гордон М. В. Советское авторское право. С. 215.
[86] Витко В. С. О признаках понятия «плагиат» в авторском праве плагиат. С. 7.

заимствования к случаям свободного использования произведения[87]. Следуя этой логике, А. А. Волкова, отождествляя категорию заимствования с переработкой, выделяет добросовестные заимствования (цитирование) и недобросовестные (плагиат)[88]. По такому принципу любое заимствование, при котором автор не указывается, необходимо приравнивать к плагиату. Однако, по нашему мнению, нет никаких предпосылок отождествлять заимствование и плагиат.

Стоит отметить, что плагиат, как и контрафакция, в первую очередь являются терминами из уголовного права. Так, И. Я. Фойницкий выделял следующие уголовные правонарушения в области авторского права: 1) издание чужого произведения в полном объеме, хотя бы с переводом на другой язык или с присоединением предисловия, примечаний и т. п. (контрафакция); 2) издание чужого произведения под своим именем (подлог в авторстве); 3) наказуемое воспроизведение чужого произведения в части, именуемое противозаконным заимствованием или плагиатом[89]. Данная позиция так же, как и вышеуказанные, отождествляет незаконные заимствования и плагиат, хотя интересным представляется то, что плагиат, по мнению автора, имеет место только при частичном использовании чужого труда, тогда как при полном воспроизведении речь должна идти о более серьезном правонарушении.

Схожим образом рассуждает и М. В. Рожкова: необходимо отличать неправомерное воспроизведение чужого произведения целиком под своим именем и неправомерное заимствование частей чужого произведения без согласия его автора, то есть плагиат[90].

Однако в целом для уголовного и авторского права характерно отождествление плагиата с любым сознательным воспроизведением чужого произведения под другим именем[91], то есть независимо от объема

---

[87] Гаврилов Э. П. Советское авторское право. Основные положения. Тенденции развития. С. 168-170.

[88] Волкова А. А. Пределы свободного использования музыкальных произведений в праве России, Германии и Франции. С. 76.

[89] Фойницкий И. Я. Уголовное право. Посягательства личные и имущественные. СПб. 1907. С. 410.

[90] Богустов А. А., Глонина В. Н., Семенова А. А. Цивилистическая концепция интеллектуальной собственности в системе российского права : монография; под общ. ред. М. А. Рожковой. М. : Статут, 2018. С. 144.

[91] Серебровский В. И. Вопросы советского авторского права. С. 274.

воспроизведения. Следовательно, авторство может быть присвоено как в отношении целого произведения, так и в отношении его части (частичный плагиат)[92].

В настоящее время можно встретить различные определения плагиата, включающие его разнообразные признаки. Так, предлагается считать плагиатом самостоятельное нарушение лично-неимущественных прав, выраженное в присвоении авторства как в отношении всего произведения, так и его отдельных частей, в том числе использование части (включая название) без указания источника заимствования[93]. О. А. Богданова определяет плагиат как противоправное умышленное присвоение авторства и других правомочий на произведение науки, литературы и искусства как охраняемый результат творческой деятельности (то есть объект интеллектуальных прав) помимо воли его подлинного автора[94]. Не видим особого смысла в таких громоздких определениях, поскольку большинство из указанных признаков сами по себе не являются квалифицирующими по отношению к рассматриваемому действию. Так или иначе плагиат сводится к присвоению авторства, как это определено в статье 146 Уголовного кодекса РФ[95], что является господствующей позицией и в доктрине[96].

Стоит отметить, что В. С. Витко критикует такое традиционное понимание плагиата и предлагает следующее определение: плагиат − это изложение лицом мыслей в объективной форме, созданной другим автором (авторами), без указания имени автора (соавтора)[97]. Исследователь считает необходимым отказаться от характеристики плагиата как присвоения, поскольку оно является одним из видов

---

[92] Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: ТК "Велби"; Проспект, 2005. С. 200.

[93] Толочкова Н. Г. Гражданско-правовая охрана авторских прав от контрафакции и плагиата: дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2004. С. 9.

[94] Богданова О. В. Плагиат как фундаментальная проблема авторского права // Право и экономика. 2020. № 7. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 26.04.2023).

[95] Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации от 17 июня 1996 г. № 25. Ст. 2954. Ст. 146.

[96] Близнец И. А., Леонтьев К. Б. Плагиат и заимствования: правовой аспект // Копирайт. Вестник Российской академии интеллектуальной собственности и Российского авторского общества. 2013. № 3. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 26.04.2023).

[97] Витко В. С. О признаках понятия «плагиат» в авторском праве. С. 89.

хищения чужого имущества. Следовательно, вряд ли данный термин можно применять в отношении результатов интеллектуальной деятельности, обладающих неосязаемой природой[98].

Полагаем, что такие суждения справедливы только применительно к уголовному праву, где действительно происходит смешение диспозиций статьи 160 УК РФ, относящейся к преступлениям против собственности и статьи 146 УК РФ, относящейся к преступлениям против конституционных прав и свобод человека и гражданина[99].

Между тем термин «присвоение» может пониматься в значении противозаконного необоснованного отторжения объекта собственности, имущественных и духовных ценностей от собственника лицом, желающим в результате такого отторжения стать собственником, владельцем ценностей[100]. Следовательно, экономический термин «присвоение» шире уголовно-правового и может подразумевать посягательство на нематериальные объекты права. Таким образом, в контексте авторского права не видим особых проблем отождествления плагиата с присвоением.

Аргументируя достоинства своего определения плагиата, помимо прочего, В. С. Викто также утверждает, что признак умышленности не относится к плагиату, ведь он не может быть случайным действием, так как повторно создать то же произведение невозможно[101].

Действительно, нет никакого смысла говорить об умышленности плагиата, но, как нам кажется, причина состоит в другом: сам по себе термин «присвоение» несет в себе умысел плагиатора, поскольку присвоить без умысла что-либо нельзя. При этом трудно согласиться с точкой зрения, что действия по повторному созданию того же произведения не могут не быть умышленными. Композитор может запомнить то или иное чужое произведение и в процессе творчества

---

[98] Витко В. С. О признаках понятия «плагиат» в авторском праве. С. 12.

[99] Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ. Ст. 146, 160.

[100] Райзберг Б. А., Лозовский Л. Ш., Стародубцева Е. Б. Современный экономический словарь. М. : ИНФРА-М, 2024. С. 330.

[101] Витко В. С. О признаках понятия «плагиат» в авторском праве. С. 5-6.

неосознанно воспроизвести его. Объективная сторона таких действий и плагиата равнозначна, однако для квалификации плагиата как уголовного преступления необходим прямой умысел композитора, который в данном случае будет отсутствовать. Но с точки зрения установления ответственности за нарушение интеллектуальных прав наличие умысла у плагиатора не будет иметь никакого значения, поскольку в силу пункта 3 статьи 1250 Гражданского кодекса РФ она наступает независимо от вины нарушителя.

И. А. Близнец и К. Б. Леонтьев отличают плагиат как уголовно-наказуемое деяние и недобросовестное заимствование чужих произведений или их частей, влекущее гражданско-правовую ответственность[102]. Однако термин «плагиат» в последнее время прочно укоренился и в цивилистической доктрине, что не позволяет нам ограничиться проведением черты между заимствованием и плагиатом таким образом, что заимствование без указания авторства следует употреблять применительно к гражданско-правовому нарушению, а плагиат – к уголовно-правовому. Следовательно, необходимо найти сущностные основания для разграничения данных понятий при том, что однозначного представления по этому вопросу у ученых не сложилось. Для простоты изложения будем использовать термин «заимствование» исключительно в смысле использования чужого труда без согласия автора, однако более точное определение выведем далее.

Критерии разграничения заимствования и плагиата не являются широко исследованными, однако ряд представлений по этому вопросу встречается в отечественной доктрине. Как указывал Б. П. Юргенсон, плагиатом называется обычно выпуск в свет под своим именем чужого произведения целиком или частично, причем в последнем случае, когда часть эта незначительна, плагиат можно считать заимствованием из чужого произведения без указания источника заимствования[103]. Автор таким образом признает заимствование частным случаем плагиата и соответственно правонарушением.

---

[102] Близнец И. А., Леонтьев К. Б. Плагиат и заимствования: правовой аспект. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 26.04.2023).

[103] Юргенсон Б. П. Авторское право на музыкальные произведения. С. 56.

О. С. Иоффе, однако, не считал, что любое заимствование есть плагиат с точки зрения закона. По его мнению, при заимствовании зачастую вносятся существенные изменения как в содержание, так и в форму произведения[104]. Прямое заимствование, выраженное в полном совпадении формы, автор считал плагиатом[105]. О. С. Иоффе допускает заимствование без указания авторства в том случае, если другое произведение выражено в новой форме.

При этом точку зрения Б. П. Юргенсона и О. С. Иоффе роднит следующее: заимствование выделяется как незначительное и с существенными переработками частичное использование чужого труда, то есть заимствование от плагиата, по их мнению, необходимо отличать по количественному признаку, а именно объему использования произведения. При этом можно считать, что О. С. Иоффе предполагал также качественный признак, а именно внесение существенных изменений в произведение.

На наш взгляд, позиция, согласно которой заимствование чужого произведения заключается в использовании части формы этого произведения, является обоснованной и позволяет не только разграничить термины «заимствование» и «плагиат», но и обозначить важную для нашего исследования проблему: правомерность заимствования зависит от того, распространяются ли авторские права на заимствованную часть формы.

Между тем в отечественной доктрине термины «заимствование» и «плагиат» преимущественно смешиваются, в связи с чем вопрос правомерности заимствования становится предрешенным. Так, М. В. Гордон считал, что заимствование представляет собой замену мыслей чужими словами[106], а плагиатом он называл выдачу чужого произведения за свое[107], что, как нам кажется, является одним и тем же. Несмотря на ранее приведенные позиции Б. П. Юргенсона и О. С. Иоффе, сегодня в российской цивилистике доминирует точка зрения: заимствование произведения независимо от объема использования, если при этом

[104] Иоффе О. С. Основы авторского права. С. 18.
[105] Иоффе О. С. Основы авторского права. С. 14.
[106] Гордон М. В. Советское авторское право. С. 81.
[107] Гордон М. В. Советское авторское право. С. 215.

не указывается имя автора, всегда означает нарушение исключительного права[108]. Таким образом, различение плагиата и заимствования по каким-либо признакам осталось в прошлом.

В отношении музыкальных произведений также сохраняется тенденция отождествления плагиата и заимствования. Как указывал Г. Ф. Шершеневич, плагиат представляет собой частное заимствование чужих музыкальных выражений мысли в свое сочинение[109]. Более полную формулировку предлагает П. Г. Дадян, который под плагиатом понимает музыкальное произведение, часть (один или несколько элементов) которого была заимствована из оригинального музыкального произведения, или же произведение, часть (один или несколько элементов) которого схожа с другим, оригинальным музыкальным произведением настолько, что данное сходство может быть услышано человеком, не имеющим музыкального образования или достаточных знаний в музыке[110]. Это определение не только приравнивает заимствование части или целого произведения к плагиату, но и расширяет границы плагиата, поскольку, помимо заимствований, автор предлагает квалифицировать плагиат и просто совпадения частей музыкальных произведений на слух, что, как нам кажется, вряд ли обосновано, ведь кажущиеся сходства совсем не обязательно свидетельствуют о присвоении авторства или вообще о том, что одно произведение создано на основе другого.

Более устоявшейся точкой зрения является представление о том, что музыкальный плагиат имеет место только при заимствовании оригинальных частей произведения, что авторами сводится к заимствованию мелодии[111]. Такая точка зрения наводит на два вопроса: следует ли признавать плагиатом заимствование неоригинальных частей музыкального произведения и следует ли под такими частями понимать именно мелодию.

---

[108] Рычкова Н. Ю. Об объекте преступного присвоения авторства (плагиата) // Вестник Сибирского юридического института МВД России. 2011. № 1. С. 231.

[109] Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. С. 260.

[110] Дадян П. Г. Музыкальное произведение как самостоятельный объект авторского права: теоретико-правовое исследование. С. 52.

[111] Липцик Д. Авторское право и смежные права / пер. с фр.; предисл. М. Федотова. М. : Ладомир; Изд-во ЮНЕСКО, 2002. С. 65, Ионас В. Я. Произведения творчества в гражданском праве. С. 51.

Действительно, заимствование неоригинальных частей произведения по своей сути не должно приводить к плагиату. Однако, учитывая то, что оригинальность в российском праве не является необходимым основанием для признания правовой охраны произведения, при таком подходе возникает парадоксальная ситуация, при которой неоригинальное произведение может иметь правовую охрану, а его заимствование не будет являться нарушением авторских прав. Следовательно, бесспорным будет то, что музыкальный плагиат имеет место при заимствовании нетворческих частей произведения.

В свою очередь, отождествление плагиата музыкальных произведений исключительно с заимствованием их мелодии, то есть музыкальный плагиат должен выявляться именно на основании самостоятельности мелодии[112], отсылает нас к поставленному выше вопросу о том, является ли вообще мелодия самостоятельным охраноспособным элементом, на который мы не можем ответить утвердительно. Следовательно, нет никаких оснований на уровне правила говорить о том, что именно использование мелодии представляет собой музыкальный плагиат. Данный вопрос будет подробнее затронут в настоящем исследовании.

На наш взгляд, стоит поддержать и развить вышеприведенную точку зрения О. С. Иоффе: не любое заимствование формы произведения по своей сути необходимо сводить к плагиату как уголовно-правовому или гражданско-правовому нарушению. Действительно, нарушение авторских прав может иметь место только в том случае, если произведение заимствуется третьим лицом так, что это входит в противоречие с правомочиями правообладателя. Однако контроль правообладателя над произведением не может быть безграничным, и, если заимствование осуществляется за его пределами, оно не может являться нарушением и, следовательно, плагиатом.

Учитывая то, что, как указано выше, заимствование чужого произведения заключается в использовании части формы этого произведения, допустимо использовать его часть, если на такое использование не распространяется контроль правообладателя. Однако для того, чтобы определить правомерность

[112] Юргенсон Б. П. Авторское право на музыкальные произведения. С. 51.

заимствования, необходимо выяснить, где проходит граница, после которой правообладатель не вправе запрещать осуществление заимствований из его произведения.

Полагаем, что заимствования из музыкальных произведений могут быть признаны допустимыми на тех же основаниях. Однако необходимо учитывать специфику данной сферы творчества. Так, выработанный В. Я. Ионасом принцип, что «совпадение образов при несовпадении слов и есть критерий заимствования»[113], является интересным с точки зрения литературных произведений, но он совершенно не подходит при оценке заимствования в музыке, поскольку образы, создаваемые звуками, не являются внешней формой музыкального произведения.

Обращает на себя внимание тот факт, что исследуемый нами вопрос ранее имел законодательное закрепление. В связи с этим считаем, что важно обратится к истории развития авторского законодательства в этой области.

Как указывал И. Г. Табашников, Россия не знала авторского права до 1828 года[114], когда Николаем I было принято Положение о правах сочинителей, которое, однако, касалось исключительно авторских прав на литературные произведения.

Авторские права на музыкальные произведения получили законодательное закрепление в результате реформы 1857 года с введением в действие Свода уставов о цензуре. Одновременно с этим возникла и норма о заимствованиях в музыкальных произведениях, предусматривавшая их допустимость при соблюдении качественного и количественного критерия. Так, согласно статье 350 указанного нормативного акта «заимствование из чужого музыкального произведения признается позволительным только тогда, когда уклонения от идеи

---

[113] Ионас В. Я. Произведения творчества в гражданском праве. С. 33.

[114] Табашников И. Г. Литературная и художественная собственность с точки зрения науки гражданского права и по постановлениям законодательств: Северной Германии, Австрии, Франции, Англии и России. Т. 1. Литературная собственность, ее понятие, история, объект и субъект / под ред. И. Г. Табашникова. СПб. : Тип. М. И. Попова, 1878. VIII. С. 345.

или формы оригинала так значительны и многочисленны, что такое произведение можно почитать сочинением новым»[115].

Стоит отметить, что Свод уставов о цензуре не предусматривал ни общего правила о допустимых заимствованиях в отношении всех объектов авторских прав, ни в отношении каждого объекта по отдельности, то есть закреплял особое правило только в отношении музыкальных произведений. Наоборот, в отношении произведений изобразительного искусства действовало достаточно строгое положение: «никто, кроме правообладателя, не вправе делать заимствования или извлечения, то есть списывать или повторять части произведения, издавать их отдельно или поручать это другим»[116]. Указанное замечание представляется важным, поскольку на нормативно-правовом уровне существовала некая терпимость к заимствованиям именно в отношении музыкальных произведений.

Норма допустимых заимствований из музыкальных произведений распространилась на общее изъятие из содержания авторских прав в Положении об авторском праве 1911 года[117]. Именно на такое происхождение, в частности, указывает А. А. Пиленко, описывая проекты статей данного нормативного акта. Согласно статье 3 «не считается нарушением авторского права пользование чужим произведением для создания нового произведения, существенно от него отличающегося»[118]. Как указывалось в объяснительной записке министра юстиции к указанной статье, в данном случае необходимо, чтобы новое произведение «было действительно новым, существенно отличающимся от оригинала, чтобы оно заключало в себе элемент самостоятельного творчества, а не являлось простым заимствованием, воспроизведением в той или иной форме чужого образца»[119].

---

[115] Сборник постановлений и распоряжений по цензуре с тысяча семьсот двадцатого по тысяча восемьсот шестьдесят второй год // Тип. Морскаго министерства. 1862. С. 394.

[116] Сборник постановлений и распоряжений по цензуре с тысяча семьсот двадцатого по тысяча восемьсот шестьдесят второй год. С. 390.

[117] Об авторском праве : Высочайше утвержденный одобренный Государственным советом и Государственною думою закон. 20 марта 1911 г. // 3 ПСЗ. Т 31. № 34935. Собрание узаконений. 1911. 30 марта. Отд. I. Ст. 560.

[118] Пиленко А. А. Новый закон об авторском праве 1911 года. СПб. : Изд. А. С. Суворина, 1911. С. 13-15.

[119] Займовский С. Г. Авторское право (справочное пособие для издателей, авторов, переводчиков, художников, композиторов и сценических деятелей). М. : Издание юридического книжного магазина "Правоведение" И. К. Голубева, 1914. С. 11.

При этом отдельная конкретизирующая норма сохранилась и в отношении музыкальных произведений. В соответствии со ст. 43 указанного Положения об авторском праве не признается нарушением авторского права на музыкальные произведения издание вариаций, транскрипций, фантазий, этюдов на целое или часть чужого музыкального произведения или вообще заимствование из него, если все эти сочинения настолько уклоняются от оригинала, что должны быть рассматриваемы как новое и самостоятельное музыкальное произведение[120].

Я. А. Канторович, комментируя данную норму, отмечал, что допустимость таких заимствований, которые по своей сути являются использованием чужого музыкального произведения, объясняется интересами музыкального дела и требованиями музыкальных потребностей публики[121]. Автор приводил сравнение с Германским законом 1901 года, который полностью запрещал такое «пользование чужим музыкальным произведением, при котором в основу новой музыкальной работы положены явно заимствованные мелодии чужого произведения», то есть российское авторское право было более лояльным к заимствованиям.

После революции в России законодательство об авторском праве заметно деградировало, долгое время регулирование осуществлялось на основании Декрета Совнаркома РСФСР от 26 ноября 1918 г., согласно которому любое научное, литературное, музыкальное или художественное произведение, в чьих бы руках оно ни находилось, могло быть признано, по постановлению Народного Комиссариата Просвещения, достоянием РСФСР[122]. Остальные произведения могли распространяться при наличии согласия автора, чем и ограничивалось содержание авторского права.

Регулирование в прежнем виде было частично возвращено в 20-е годы. В статье 9 Постановления ЦИК и СНК СССР от 16 мая 1928 года «Основы авторского права» почти дословно воспроизводилось Положение об авторском праве 1911 года

---

[120] Коптев Д. А. Закон об авторском праве. С изложением рассуждений и материалов, на коих он основан. С. 39.

[121] Канторович Я. А. Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения. С. 472-473.

[122] Декрет Совета Народных Комиссаров о признании научных, литературных, музыкальных и художественных произведений государственным достоянием. 26 ноября 1918 г. // Изв. ВЦИК. 1918. № 263. 1 декабря; Собр. Узак. 1918. № 86. Ст. 900.

о том, что не считается нарушением пользование чужим произведением для создания нового произведения, существенно от него отличающегося. Б. П. Юргенсон в отношении данной нормы отмечал, что разрешение вопроса, создано ли на основе заимствования из чужого произведения новое произведение, существенно от него отличающееся, разрешался в каждом конкретном случае лишь специальной экспертной комиссией[123]. Тем не менее, в отношении музыкальных произведений специальных норм о заимствовании Постановление не переняло, и добавим, что более в истории авторского права заимствование в музыкальных произведениях не было отдельным предметом регулирования.

Общее положение о допустимых заимствованиях из охраняемых объектов авторских прав имело место достаточно длительное время. В соответствии со статьей 103 Основ гражданского законодательства СССР 1961 года и впоследствии статьей 492 Гражданского кодекса РСФСР 1964 года допускалось использование чужого изданного произведения для создания нового, творчески самостоятельного произведения[124], однако такое использование уже требовало указания автора и источника заимствования. В. Я. Ионас, анализируя критерии творческой самостоятельности музыкального произведения, приводит пример использования данной нормы из практики Ленинградского межобластного отделения Всесоюзного управления по охране авторских прав, где решался вопрос об охраноспособности музыки, написанной к куплетам «Ничего здесь удивительного нет». В результате назначенной экспертизы был сделан вывод: поскольку в данном произведении были использованы мелодические обороты из песни Э. Колмановского «Хотят ли русские войны» без элементов самостоятельного творчества, это произведение было признано несамостоятельным (в связи с чем подлежало исправлению)[125]. Таким образом, эксперт, определяя правомерность заимствования, установил отсутствие юридически значимого признака –

[123] Юргенсон Б. П. Авторское право на музыкальные произведения. С. 51.

[124] Закон СССР от 08.12.1961 "Об утверждении Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик" // "Ведомости ВС СССР", 1961, № 50. Ст. 525. Ст. 103; Закон РСФСР от 11.06.1964 "Об утверждении Гражданского кодекса РСФСР" // "Ведомости ВС РСФСР", 1964. № 24. Ст. 406. Ст. 492.

[125] Ионас В. Я. Произведения творчества в гражданском праве. С. 51.

творческого характера такого заимствования, приводящего к самостоятельности нового произведения.

С введением в действие Закона РФ от 09.07.1993 N 5351-1 "Об авторском праве и смежных правах" и впоследствии части 4 Гражданского кодекса РФ норма о допустимости заимствований исчезла из законодательства об авторском праве[126].

Из пункта 1 статьи 1229 Гражданского кодекса РФ можно сделать вывод о том, что содержание исключительного права включает в себя три правомочия: правомочие использовать результат интеллектуальной деятельности по своему усмотрению любым законным способом; правомочие распоряжаться исключительным правом; правомочие разрешать или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности по своему усмотрению при условии, что отсутствие запрета не означает разрешения. Следовательно, другие лица не могут использовать соответствующий результат интеллектуальной деятельности без разрешения правообладателя, за исключением случаев, предусмотренных Гражданским кодексом РФ[127].

Содержание исключительного права в статье 1270 Гражданского кодекса РФ раскрывается через способы использования произведения, перечень которых является открытым. Среди способов использования с заимствованием могут пересекаться такие способы, как воспроизведение и переработка.

Под воспроизведением понимается изготовление одного и более экземпляра произведения или его части в любой материальной форме. В законе не уточняется, использование насколько существенной части будет считаться воспроизведением.

Под переработкой произведения понимается создание производного произведения (обработки, экранизации, аранжировки, инсценировки и тому подобного). В данной норме также нет градации наличия переработки в

---

[126] Вероятно, рассматриваемая норма перестала действовать только 1 января 2008 г. с введением в действие четвертой части Гражданского кодекса РФ и признания утратившим силу Гражданского кодекса РСФСР. С другой стороны, такого ограничения авторского права не содержалось в Законе РФ от 09.07.1993 № 5351-1 "Об авторском праве и смежных правах", в связи с чем на основании пункта 2 Постановления ВС РФ от 14.07.1992 № 3301-1 "О регулировании гражданских правоотношений в период проведения экономической реформы", в данной части Гражданской кодекс РСФСР мог не применяться.

[127] Щербак Н. В. Гражданско-правовое регулирование авторского права и смежных прав на современном этапе. М. : Юстицинформ, 2022. С. 356

зависимости от того, насколько сильно производное произведение заимствует первоначальное.

Таким образом, исходя из буквального толкования Гражданского кодекса РФ, незначительный объем или несущественность использования произведения не ограничивают правообладателя в возможности пресекать такое использование: выдержка из произведения любого объема и характера должна считаться его воспроизведением, а создание любого производного произведения должно квалифицироваться как переработка[128]. За исключением случаев свободного использования, у данных положений более нет никаких исключений.

Недопустимость заимствований окончательно закреплена в пунктах 87, 95 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 N 10 "О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации", из которых следует, что создание нового (производного) произведения на основе уже существующего предполагает согласие автора первоначального произведения. Верховный Суд РФ не оперирует критериями объема или существенности использования первоначального произведения, из чего можно сделать вывод, что любое использование формы чужого произведения для создания нового произведения теперь может повлечь необходимость получения соответствующего разрешения правообладателя.

Стоит также сказать и о том, что закон охраняет право на неприкосновенность произведения таким образом, что фактически позволяет считать любые неразрешенные заимствования нарушением личных неимущественных прав автора. В соответствии со статьей 1266 Гражданского кодекса РФ не допускается без согласия автора внесение в его произведение изменений, сокращений и дополнений, кроме того, извращение, искажение или иное изменение произведения, порочащие честь, достоинство или деловую репутацию автора, равно как и посягательство на такие действия, дают автору право требовать защиты его чести, достоинства или деловой репутации.

---

[128] Спектор Г. В. Правомерность заимствования в авторском праве России и зарубежных стран // Право интеллектуальной собственности. 2024. № 3(77). С. 36.

Итак, допустимость заимствования формы музыкального произведения для создания нового произведения без согласия и упоминания автора прошло свое развитие в истории российского законодательства от закрепления в конкретной норме до полного запрета. Полагаем, вряд ли стоит говорить о каком-то недостатке правового регулирования, который существовал более ста лет и наконец-то был устранен. Очевидно, что ранее законодатель исходил из необходимости законодательного закрепления права на творческие заимствования в определенных пределах, тогда как современный законодатель исходит из обратных предпосылок. Чтобы понять, с чем все-таки связан такой генезис авторского права, полезным было бы кратко взглянуть на эволюцию традиций и отношения к использованию чужого труда в музыкальном искусстве.

Явление заимствования в музыке действительно подвержено различному отношению в зависимости от исторической перспективы, при которой менялись трактовки границ оппозиции «свое/чужое», вариативность и допустимость художественных норм заимствования[129]. Подходы к данному вопросу в эпоху Возрождения и в Новое время нас не интересуют в силу отсутствия какого-либо правового регулирования в России. Стоит только отметить, что при общем признании недопустимости полного плагиата свободная переработка материала оставалась нормой в художественной практике до конца XVIII века[130].

В XIX веке для композиторов на первый план выходит важность индивидуальности музыкального материала, что предопределило негативное отношение к сознательным заимствованиям[131]. Однако такой подход допускал возможность различного рода трансформаций исходных музыкальных произведений, если в такие трансформации заложена индивидуальность нового автора. Полагаем, что именно эти взгляды отражает принцип признания

---

[129] Денисов А. В. Критерии плагиата в музыкальном искусстве: исторический аспект проблемы // Южно-Российский музыкальный альманах. 2022. № 1. С. 42.

[130] Кутасевич А. В. Музыкально-тематические параллели в творчестве Степана Дегтярева и Артема Веделя: Феномен заимствования и вопросы авторства сочинений // Вестник ПСТГУ. Серия V: Вопросы истории и теории христианского искусства. 2014. Вып. 1. С. 115-116.

[131] Денисов А. В. Критерии плагиата в музыкальном искусстве: исторический аспект проблемы // Южно-Российский музыкальный альманах. С. 44.

заимствования независимым произведением, впервые закрепленный в Своде уставов 1857 года, если уклонения от оригинала являются многочисленными и значительными.

В XX веке указанные тенденции еще более усилились, особенно в связи с развитием авангардной музыки: многие авторы стремились к индивидуализации своей музыкальной речи, часто их усилия были направлены на то, чтобы каждое произведение было максимально непохожим на предыдущее, в связи с чем разрабатывали новые формы музыкального выражения[132]. Неудивительно, что к творческим заимствованиям отношение в обществе было негативным.

Однако со становлением популярной музыки творчество в данной сфере разделилось условно на два направления: одно подразумевает индивидуально-авторский подход, предполагающий новаторские решения, пусть из ограниченного набора средств музыкальной выразительности; другое связано с манипуляцией известными мелодическими ходами, ритмическими рисунками, количество которых хоть и велико, но ограничено, поэтому музыкальное выражение будет находиться в замкнутой системе, внутри которой возможны лишь комбинационные перестановки[133]. Второй подход представляет собой массовую музыку в ее разнообразных проявлениях, неотъемлемо сопровождается различными заимствованиями тех или иных форм музыкальных сочинений.

Как видно, отечественный законодатель эти тенденции проигнорировал или не воспринял и, наоборот, неразрешенные правообладателями заимствования фактически запретил. Каких-либо разумных объяснений такой логике нами не наблюдается, в связи с чем считаем, что данный подход вполне может быть пересмотрен.

Отмечается, что в настоящее время, с одной стороны, мы наблюдаем спокойное, толерантное отношение к всевозможным «перепевам» отдельных оборотов, целых мелодий, гармоническим, фактурным и интонационным сходствам музыкальных произведений, а с другой стороны, нередко претензии в

---

[132] Бонфельд М. Ш. Введение в музыкознание. С. 200-201.

[133] Мартынов В. И. Конец времени композиторов. М. : Русский путь, 2007. С. 6.

плагиате приводят к скандальным разбирательствам и общественному негодованию[134].

Полагаем, что в текущих реалиях запрет на осуществление заимствований в музыкальных произведениях с учетом современных тенденций играет негативную роль, поскольку вносит свой вклад в двоякое и несбалансированное отношение в обществе к производному творчеству. Между тем право должно подавать четкие сигналы, а не быть источником разногласий. Когда в обществе существуют разные мнения относительно допустимости заимствований и оценки плагиата в музыке, необходимо находить баланс интересов. На наш взгляд, этот баланс заключается в том, чтобы предоставлять возможность осуществлять творческие заимствования в определенных пределах, ограниченных нормативно установленными критериями.

§ 3. Использование объектов смежных прав при заимствовании в музыкальных произведениях

Заимствование в сфере музыки не ограничивается вопросами, связанными с использованием музыкального произведения. Очевидно, что в случае заимствования при определенных обстоятельствах могут быть затронуты и смежные права.

Одной из целей смежных прав как института является создание условий и стимулов для развития исполнительского искусства[135]. В связи с этим в пункте 1 статьи 1304 Гражданского кодекса РФ предусмотрено, что к объектам смежных прав относятся результаты исполнительской деятельности (исполнения), выраженные в форме, допускающей их воспроизведение и распространение с помощью технических средств. Музыкальные произведения связаны со

---

[134] Антипова Ю. В. К. проблеме плагиата в отечественной массовой музыке // Идеи и идеалы. Новосибирск, 2015. № 2 (24). С. 133-134.

[135] Щербак Н. В. Гражданско-правовое регулирование авторского права и смежных прав на современном этапе. С. 38.

следующим, предусмотренным в данной норме видом воспроизведения – исполнением артистов-исполнителей и дирижеров.

Музыкальное исполнение является неотъемлемой частью музыкального искусства, поскольку на протяжении всего существования этого вида творчества исполнитель являлся единственным «переводчиком» мыслей композитора, благодаря которому произведение могло быть донесено до обычного слушателя. При этом само музыкальное исполнительство как искусство сформировалось относительно недавно, поскольку долгое время автор в основном сам исполнял свои произведения[136].

Под музыкальным исполнением принято понимать процесс перевода системы нотных знаков, воспринимаемых визуально, в слуховое восприятие, осуществляемое конкретным лицом – исполнителем[137]. Исполнение означает сложный ряд действий, который объединяет знания и навыки для получения ценных результатов, кроме того, исполнение подразумевает собой высокий уровень мастерства музыканта[138].

Смежные права исполнителей получают правовую охрану, поскольку, чтобы дать жизнь, в частности, музыкальным произведениям, необходимо, чтобы эти лица внесли свой творческий вклад[139]. В связи с этим критерием охраноспособности является творческий труд артиста-исполнителя (дирижера). Соответственно, нетворческий характер исполнения не позволит признать его охраняемым объектом смежных прав[140].

Однако применительно к настоящей работе важен следующий вопрос: возможно ли заимствование музыкального исполнения при создании нового произведения и имеет ли данный факт юридическое значение в контексте

---

[136] Храмов В. Б. Исполнение как интерпретация идеи музыкального произведения // Культурная жизнь Юга России. 2016. № 4. С. 101.

[137] Мариупольская Т. Г. Музыкальное исполнительство и проблемы интонирования // Наука и школа. 2022. № 5. С. 190.

[138] Фролкин В. А. Расширение понятия «Исполнение» в современных условиях: междисциплинарный аспект // Южно-Российский музыкальный альманах. 2012. № 2. С. 162.

[139] Понимание авторского права и смежных прав // Официальный сайт Всемирной организации интеллектуальной собственности [Электронный ресурс]. URL: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/ru/wipo_pub_909_2016.pdf (дата обращения: 18.10.2023).

[140] Иванов Н. В. Авторские и смежные права в музыке. С. 82.

нарушения смежных прав исполнителя? Полагаем, что на данный вопрос следует ответить отрицательно: музыкальное произведение не может содержать в себе заимствованное исполнение.

Дело в том, что исключительное право на исполнение не содержит в себе право на воспроизведение или переработку исполнения. Защита смежных прав возникает только в случае записи исполнения или ее воспроизведения. Создание музыкального произведения, предполагающее, как мы ранее выяснили, организацию звуков по высоте и длительности, не влияет на исключительное право исполнителя, поскольку данная организация звуков принадлежит не ему, а автору воспроизведенного произведения.

Здесь стоит сказать о случаях, когда музыкальное исполнение является импровизацией артиста-исполнителя, то есть когда процесс создания произведения по времени и по характеру творческого вклада неотрывно связан с его исполнением. В таком случае импровизатору следует защищать свои авторские права как на самостоятельное произведение или на переработку (в том случае, если импровизация осуществляется на основании исходного произведения). К таким же выводам, только применительно к театральной постановке, приходит Д. Липцик, отмечая, что при внесении режиссером элементов творчества в постановку речь идет об адаптации существующего произведения, приводящей к появлению нового произведения, которое далее может стать объектом других интерпретаций[141].

Аналогичным образом не могут быть нарушены смежные права исполнителя при заимствовании в новом воспроизведении. Соответственно даже если артист-исполнитель при воспроизведении музыкального произведения повторит в точности до последнего нюанса и интонации более раннее исполнение этого произведения, смежные права исполнителя не могут быть нарушены, поскольку не происходит использования записи более раннего воспроизведения. Как верно отмечал В. Я. Ионас, можно противоправно выдать себя за автора произведения, но нельзя присвоить себе чужое исполнение: «имитация – не плагиат, не

[141] Липцик Д. Авторское право и смежные права. С. 318.

присвоение чужого авторства, а лишь повторение (если это по силам) чужого творческого успеха»[142].

На наш взгляд, о нарушении смежных прав исполнителя в случае заимствования в музыкальном произведении может идти речь только в том случае, когда новое произведение создано с использованием записи исполнения. Однако такой случай заимствования полностью поглощается вопросом о нарушении исключительных прав на закрепленный Гражданским кодексом РФ объект смежных прав – фонограмму. В связи с этим, когда мы будем говорить о заимствовании записи исполнения, нарушение прав на воспроизведение будет подразумеваться, однако отдельно не будет упоминаться.

Основанием для предоставления правовой охраны объектам смежных прав является внесение вклада в создание объекта, заключающееся в доведении произведений до общественности[143]. Между тем фонограммы как объект смежных прав, под которыми в статье 1304 Гражданского кодекса понимаются любые исключительно звуковые записи исполнений или иных звуков либо их отображений, имеют несколько иную цель правовой охраны, нежели исполнения. Это связано с тем, что регламентируемые законом смежные права не представляют собой целостную систему, а объединяют множество раздельных правовых режимов.

Отмечается, что ключевым обоснованием охраны прав исполнителей является защита творческих интересов личности, тогда как права изготовителей фонограмм легитимируются через аргумент о возврате вложенных инвестиций[144]. Следовательно, если права исполнителей охраняются в силу труда, тесно связанного с личностью исполнителя, считается, что необходимость охраны прав изготовителей фонограмм связана с осуществляемыми данными лицами

---

[142] Ионас В. Я. Произведения творчества в гражданском праве. С. 82.

[143] Hugenholtz P. B., Eechoud M., Gompel S., Helberger N. The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy. Amsterdam : University of Amsterdam, 2006. P. 44.

[144] Щербак Н. В. Гражданско-правовое регулирование авторского права и смежных прав на современном этапе. С. 38.

техническими и организационными инвестициями в создание музыкального произведения[145].

Указанный подход отражен и в закрепленном в статье 1322 Гражданского кодекса РФ определении изготовителя фонограммы, которым признается лицо, взявшее на себя инициативу и ответственность за первую запись звуков исполнения или других звуков либо отображений этих звуков. Е. Г. Куропацкая справедливо критикует такую формулировку, отмечая, что она является достаточно размытой и может включать в себя лицо, которое, хоть и являлось инициатором записи, на самом деле не приняло участия в непосредственной записи звуков. При этом понятие ответственности в данном случае с точки зрения правовой терминологии, по мнению автора, вообще не применимо[146]. На наш взгляд, указанное определение также необоснованно сводит роль изготовителя фонограммы исключительно к финансово-технической, хотя представляется, что у данного субъекта смежных прав гораздо больше общего с исполнителем, в связи с чем творческая деятельность лица по созданию фонограммы незаслуженно игнорируется.

В подтверждение этого тезиса необходимо отметить, что в музыковедении звукозапись давно признана отдельной сферой искусства. Накопленные звукозаписи фонограмм одних и тех же музыкальных произведений, но записанные разными звукорежиссерами и обладающие своими отличительными свойствами, подтверждает творческую природу этой профессии. В связи с этим необходимо различать звучание музыкального произведения, которое содержит в себе авторский и исполнительский труд, и звучание фонограммы, под которым следует понимать особенности виртуального звукового пространства, куда звукорежиссер

---

[145] Бузова Н. В. Смежные права: концептуальные подходы, определение и основные характеристики // Вестник РУДН. Серия: Юридические науки. 2021. Т. 25. № 2. С. 549-550.

[146] Куропацкая Е. Г. Правовая охрана фонограмм с записями музыкальных произведений и исполнений // Судья. 2021. № 11. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 26.04.2023).

помещает музыкальное произведение, и в этом виде оно предстает перед слушателем[147].

Между тем творческий характер создания не признается критерием охраноспособности фонограмм, поскольку любая фонограмма является результатом интеллектуальной деятельности организационно-технического характера[148]. Само наименование субъекта, изготовитель фонограммы, указывает на то, что закон связывает приобретение смежных прав с фактом ее технического изготовления, поэтому вовсе не обязательно, что звукорежиссер, приложивший творческие усилия к созданию звукозаписи, приобретет смежные права изготовителя фонограммы. При этом фонограмма как объект смежных прав не связана с личностью ее изготовителя[149]. В литературе также утверждается, что при создании фонограммы можно говорить лишь о «техническом творчестве», поскольку оно направлено исключительно на обеспечение записи исполнения без искажений и не оказывает влияния на содержание фиксируемого произведения[150].

Возвращаясь к теме исследования, отметим, что заимствование фонограммы в новое музыкальное произведение (фонограмму) сегодня является достаточно распространенным явлением, которое активно исследуется правоведами. В центре этого вопроса находится такой музыкальный и технический феномен, как семплирование.

Семплирование в доктрине рассматривается преимущественно в контексте нарушения авторских прав. Указанное связано с достаточно размытым определением этого понятия. Так, О. В. Луткова под семплированием в музыке понимает заимствование фрагмента другого музыкального произведения, фактура

---

[147] Рахманова Н. Н. Понятие стиля в звукозаписи // Актуальные проблемы высшего музыкального образования. 2016. № 2 (40). С. 75 (в указанной статье искусствовед называет изготовителя фонограммы как автор-звукорежиссер, подчеркивая таким образом творческий характер его труда).

[148] Елисеев В. И. Правовой режим переработанных фонограмм // ИС. Авторское право и смежные права, 2016. № 10. С. 17.

[149] Ворожевич А. С. Границы смежных прав // ИС. Авторское право и смежные права. 2019. № 11. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 26.04.2023).

[150] Инвестиционное право + Приложение: тесты: учебник (под ред. Г. Ф. Ручкиной). М.: "КНОРУС", 2018. Доступ из СПС «Гарант» (дата обращения: 26.04.2023).

которого не подвергается, как правило, значительным изменениям[151]. Н. В. Иванов называет семплированием перемещение отрывка из одного музыкального произведения в другое, которое предполагает заимствование фрагментов другого произведения. Автор указывает, что семплирование может быть осуществлено как посредством механического выделения отрывка из фонограммы и вставки его в фонограмму нового произведения, так и немеханическим путем, когда тот же самый фрагмент будет исполнен заново с помощью музыкальных инструментов или голоса[152].

Между тем необходимо заметить, что поскольку фонограмма музыкального произведения, будучи объектом смежных прав, содержит в себе произведение, являющееся объектом авторских прав, то создание семплов затрагивает одновременно интересы как правообладателя музыкального произведения, так и права изготовителя фонограммы. Сведение семплирования к заимствованию фрагмента музыкального произведения ограничивает рассмотрение данной проблемы только в контексте нарушения исключительных прав правообладателя музыкального произведения, что является ошибочным.

В действительности семплирование в музыке является заимствованием фрагмента фонограммы музыкального произведения. Так, в специальной литературе под семплированием понимается один из видов синтеза звука, при котором осуществляется создание и использование готовых образцов небольших оцифрованных фрагментов звука[153]. С точки зрения права, в отличие от других видов синтеза звуков, предполагающих так или иначе создание звука непосредственно, «с нуля», семплирование по своей сути предполагает работу с ранее записанным звуком, то есть с уже созданной фонограммой, что порождает некий неизбежный производный характер семплирования. В этой связи

---

[151] Луткова О. В. Проблема охраноспособности произведений с незначительным уровнем творчества и повторных произведений в авторском праве зарубежных государств и РФ // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2016. № 8. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 26.04.2023).

[152] Иванов Н. В. Авторские и смежные права в музыке. С. 20.

[153] Барановская Д. И., Винцелович М. И. Использование электроники в музыке // Электроэнергетика и электротехника : материалы 80-й научно-технической конференции студентов и аспирантов «Актуальные проблемы энергетики» (Апрель 2024 г.). Минск : БНТУ, 2024. С. 97, 99.

«немеханические» заимствования никак не связаны с семплированием: даже воссоздание идентичной музыкальной фразы, сделанное путем записи новых звуков, является вопросом только авторского права, но не смежного. Таким образом, в целях правильного анализа данной проблемы полагаем, что правовые вопросы создания семплов необходимо рассматривать именно в контексте нарушения смежных прав.

По своей сути цифровая технология семплирования на основе существующей фонограммы позволяет моделировать типовой облик того или иного акустического инструмента и создавать иные уникальные комбинированные модели[154], в том числе использовать любые немузыкальные звуки. Однако степень использования той или иной фонограммы может быть разная в зависимости от используемой техники семплирования и категории инструментов, или семплеров. Так, различают специальные студийные устройства, имеющие все необходимые функции для записи звука и последующего создания мультисемплов (набора звуков, различных по тембральным, высотным и иным свойствам), а также его настройки, в результате чего при назначении для каждой ноты своего звука получается имитация живого инструмента с помощью компьютерных технологий. Выделяют также фразовые семплеры типа Loop/Groove, при использовании которых в качестве инструмента используется не мультисемпл, а законченная музыкальная фраза[155]. Следовательно, результатом семплирования может стать появление набора отдельных звуков или копирование уже законченных музыкальных фраз и отрывков в новое произведение (ремикс и т.п.).

В связи с вышеизложенным виды семплирования необходимо различать в зависимости от прав, которые они затрагивают. Однако, прежде чем перейти к данному вопросу, определим, каким образом создание семплов пересекается с

---

[154] Ментюков А. П. Искусственный звук и музыкальное интонирование // Вестник музыкальной науки. 2015. № 2 (8). С. 9.

[155] Глазырина А. И., Глазырина Е. Ю. Возможности семплеров для создания музыки // Теория и практика применения информационных технологий в искусстве, культуре и музыкальном образовании : материалы Международной интернет-конференции, 3-23 апреля 2006 г., г. Екатеринбург. Екатеринбург : РГППУ, 2006. С. 39-40.

закрепленными в законе правами изготовителя фонограммы, для чего нужно рассмотреть содержание этих прав.

В статье 1324 Гражданского кодекса РФ закреплено, что изготовителю фонограммы принадлежит исключительное право использовать фонограмму любым не противоречащим закону способом, в том числе поименованными в данной статье. В контексте категории заимствования нас интересуют два способа использования: воспроизведение, а также переработка фонограммы.

При решении вопроса о заимствовании части фонограммы необходимо учесть, что воспроизведением считается изготовление одного и более экземпляра фонограммы или ее части в любой материальной форме. Как мы ранее отметили, закон никаких требований к творческому характеру создания фонограммы не предъявляет, в связи с этим данные требования нельзя распространить и на части фонограммы. В таком случае использование любой части фонограммы без согласия и упоминания ее изготовителя должно признаваться воспроизведением. Тем не менее, в законе не раскрывается понятие части фонограммы (в отличие от регулирования произведений не существует понятия самостоятельная часть фонограммы), поэтому все же остается неясным, что конкретно следует считать частью фонограммы.

В этой связи необходимо обратиться к понятию экземпляра фонограммы. Под экземпляром фонограммы в статье 1305 Гражданского кодекса РФ понимается ее копия на любом материальном носителе, изготовленная непосредственно или косвенно с фонограммы и включающая все звуки или часть звуков либо их отображения, зафиксированные в этой фонограмме. Получается, что экземпляр фонограммы – это не обязательно идентичная копия фонограммы, а вообще любая часть ее звуков. То есть понятие части фонограммы должно поглощаться понятием экземпляра фонограммы, что делает закрепленное в статье 1324 Гражданского кодекса РФ понятие воспроизведения фонограммы не вполне корректным.

Следовательно, исключительное право изготовителя фонограммы дает ему возможность контролировать использование не только полного экземпляра фонограммы, но и ее фрагментов, где зафиксирована лишь часть звуков,

присутствующих в оригинале[156]. Из этого следует, что заимствование части звуков (их отображений) должно признаваться неправомерным воспроизведением фонограммы. При этом воспроизведение фонограммы будет иметь место, даже если при заимствовании ее части проигрываются в иной последовательности или включаются в другую фонограмму каким-либо иным образом.

Говоря о другом способе использования фонограммы, при котором происходит ее заимствование, а именно о переработке, следует отметить, что в отличие от воспроизведения Гражданский кодекс РФ вообще не раскрывает определения переработки фонограммы. Если воспользоваться аналогией закона и обратиться к подпункту 9 пункта 2 статьи 1270 Гражданского кодекса РФ, переработкой фонограммы можно считать создание производной фонограммы. В доктрине также встречается точка зрения, что переработка фонограммы означает создание новой фонограммы с использованием первоначального образца, при этом такой способ использования является обеспечительным действием по отношению к переработке музыкального произведения[157].

Полагаем, что понимание переработки как создания некой производной фонограммы является не совсем удачным, поскольку при таком подходе переработка фонограммы ничем не отличается от ее воспроизведения в случае изготовления копии фонограммы, включающей часть звуков первоначальной фонограммы. Нет оснований говорить и о зависимости переработки фонограммы от переработки музыкального произведения, поскольку само по себе изменение фонограммы не означает, что в результате получится производное произведение. Очевидно, что суть переработки фонограммы должна определяться в контексте определенного рода ее изменений, выходящих за рамки ее частичного воспроизведения (обрезка, фрагментирование и прочее).

Тем не менее, более подробный анализ понятия и признаков переработки фонограммы будет осуществлен в настоящем исследовании. Сейчас же достаточно

---

[156] Касимова Ю. В. Правовая охрана фонограмм с записями исполнений музыкальных произведений // Вестник магистратуры. 2014. № 11-3 (38). С. 69.

[157] Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части четвертой / Н. Г. Валеева, К. В. Всеволожский, Б. М. Гонгало и др.; под ред. П. В. Крашенинникова. М.: Статут, 2011. С. 277.

указать, что как воспроизведение, так и переработка предполагают заимствование формы чужой фонограммы, причем объем и характер ее заимствования безразличны при квалификации тех или иных действий в качестве использования фонограммы, на которые распространяются права ее изготовителя.

С точки зрения заимствования следует упомянуть также и то, что, помимо исключительного права, согласно статье 1323 Гражданского кодекса РФ изготовителю фонограммы принадлежит право на ее защиту от искажения при использовании. В законе не дается определения данному праву, однако, на наш взгляд, здесь можно также воспользоваться аналогией закона и обратиться к содержанию права на неприкосновенность и защиту от искажения, которым обладает исполнитель. Как следует из пункта 1 статьи 1315 Гражданского кодекса РФ защита от искажения исполнения (в том числе записи исполнения) означает защиту от внесения изменений, приводящих к извращению смысла или к нарушению целостности восприятия исполнения. Поскольку записи исполнения по своей сути также являются фонограммами, можно предположить, что под ее искажением законодатель понимал внесение изменений в фонограммы, приводящих к извращению смысла или нарушению целостности ее восприятия. В этой связи любое заимствование может быть признано искажением фонограммы, поскольку нарушается целостность ее восприятия.

Определив сферу прав изготовителя фонограммы, можно рассмотреть, как именно она соотносится с различными видами семплирования. Достаточно очевидно решается вопрос с семплированием, в результате которого воспроизводятся отдельные музыкальные фразы. Если они являются охраноспособными частями музыкального произведения, то их использование будет, во-первых, нарушением авторских прав на эту часть музыкального произведения, во-вторых, нарушением смежных прав изготовителя фонограммы, из которой данный отрывок был взят.

Однако не всегда семплирование осуществляется в отношении полноценных музыкальных фраз или паттернов, зачастую ценность семплов заключается в их звучании, в связи с чем заимствуются короткие музыкальные фрагменты,

состоящие из 2-х – 3-х звуков или одного единственного звука. В таких случаях вопрос выглядит сложнее, поэтому полагаем, что на нем следует остановиться подробнее.

Естественно, при таких заимствованиях о нарушении авторских прав не может идти речи: под частью музыкального произведения нельзя понимать краткие фрагменты, не превышающие по длительности доли секунд. Фактически ценность таких семплов представляет не музыкальная составляющая, а «звуковая», то есть их использование интересно в силу характеристики звуков, которые были получены нередко путем тонкой и кропотливой работы звукорежиссера. Распространение авторского права на такие семплы фактически означало бы то, что исключительное право ограничивало бы использование определенного заданного тембра звука. Между тем, как мы ранее выяснили, критерием создания музыкального произведения является организация звуков по высоте и по длительности, но не по тембру. Авторское право охраняет форму музыкального произведения – музыкального текста, но не то, как он был записан, поскольку это относится уже к сфере смежных прав.

Отсюда возникает вопрос о нарушении смежных прав на фонограмму, из которой был изъят такой несущественный с точки зрения авторского права семпл. Полагаем, что такая постановка проблемы возможна, поскольку смежные права признаются и действуют независимо от наличия и действия авторских прав на такие произведения.

Учитывая, что для признания факта использования фонограммы достаточно заимствования части звуков из фонограммы (воспроизведения) или ее изменения (переработки), тем не менее, остается неясным, заимствование какой именно части будет являться неправомерным без согласия и указания автора. Следовательно, можно ли сделать вывод, что для признания заимствования незаконным необходимо использование какой-либо совокупности звуков или под частью звуков необходимо понимать и небольшое сочетание звуков и даже один единственный звук. А. А. Волкова и Э. В. Власенко считают, что в данном случае, хотя авторские права и не могут быть распространены на короткие отрывки

музыкального произведения, права правообладателя фонограммы, тем не менее, нарушаются, поскольку длина произведения не должна учитываться применительно к охраноспособности части фонограммы[158].

Если исходить из идеи, что легальная монополия изготовителей фонограмм на данные объекты связана с необходимостью получения прибыли и препятствует любому другому субъекту легко и без лишних затрат использовать полученные фонограммы[159], то, поскольку воспроизведение качественного с коммерческой точки зрения звука в качестве тембра для виртуального инструмента, безусловно, может увеличить прибыль музыканта (автора, исполнителя или изготовителя новой фонограммы), такое использование будет затрагивать права изготовителя фонограммы, который организовал первую запись этого звука. Согласно буквальному толкованию закона оно должно быть запрещено. Кроме того, во внешней форме фонограммы невозможно выделить охраноспособные и неохраноспособные элементы, поскольку в правовую охрану входят любые записанные звуки, в том числе мяуканье кошки или хруст снега[160].

Такой подход, однако, имеет и свои негативные стороны. Предоставление правовой охраны минимально кратким фрагментам фонограммы фактически означает закрепление монополии на характеристику звука, что существенно расширяет возможности изготовителей фонограмм, в том числе по сравнению с правообладателями музыкальных произведений. Трудно представить, что, признавая фонограмму объектом смежных прав, законодатель имел цель запретить свободу творчества в отношении выбора и возможности использования тех или иных звуков, однако авторам необходимо проверять, чтобы те или иные звуки были свободными от смежных прав или получить на них права от изготовителя фонограммы.

---

[158] Волкова А. А., Власенко Э. В. Критерии охраноспособности музыкального произведения в праве России и Германии в свете цифровизации // Право и экономика. 2021. № 3. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 26.04.2023).

[159] Ворожевич А. С. Границы смежных прав. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 26.04.2023).

[160] Куропацкая Е. Г. Правовая охрана фонограмм с записями музыкальных произведений и исполнений. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 26.04.2023).

Вряд ли можно представить себе, чтобы композитор или исполнитель спрашивал разрешения у изготовителя музыкального инструмента на создание или исполнение произведения на данном инструменте (кража музыкального инструмента, впрочем, не является вопросом авторского права), почему тогда разрешение на использование виртуального инструмента у правообладателя записи данных звуков признается необходимым? При таком подходе автор, вычленяющий из фонограммы один единственный звук и создающий из него семпл путем изменения, например, тембральных характеристик этого звука, нарушает смежные права изготовителя фонограммы, поскольку осуществляет незаконную переработку.

Между тем чтобы изменить такое положение дел, на первый взгляд необходимо вводить дополнительные критерии охраноспособности фонограмм музыкальных произведений, что повлечет не только существенную трансформацию данного объекта смежных прав, но и его расщепление, поскольку неизбежно повлечет особенное регулирование у конкретного вида фонограмм – записей музыкальных произведений. Наиболее логично было бы «внедрить» критерий творчества при определении охраноспособности фонограмм, что позволит рассматривать, по аналогии с объектами авторских прав, отдельные части фонограммы как охраноспособные и как не получающие правовой охраны. Что касается создания фонограмм иных звуков, то к нему действительно нельзя относиться иначе как к результату организационно-технического труда, например, при создании фонограммы для аудиокниги или озвучивании документального фильма, основной задачей которых является передача информации безотносительно творческого процесса.

Введение дополнительного критерия охраноспособности фонограмм, однако, вряд ли можно назвать удачным решением этой проблемы, поскольку влечет за собой существенный пересмотр природы данного объекта смежных прав, в связи с которыми признаются права изготовителей фонограмм. Тем не менее, такая постановка вопроса позволяет говорить об особой специфике фонограмм записей музыкальных произведений и их исполнений как объектов смежных прав.

Полагаем, что допустимость творческого заимствования фонограммы может быть выявлена при анализе понятия переработки фонограммы, что будет осуществлено в настоящей работе.

В свою очередь, действия, которые не приводят к изменению звучания фонограммы с учетом рассмотренного выше понятия воспроизведения, не могут быть исключены из контроля правообладателя, даже если используется максимально короткий отрывок фонограммы. Таким образом, заимствование без изменений частей фонограммы вне зависимости от их длительности и характера заимствования является неправомерным воспроизведением фонограммы музыкального произведения.

§ 4. Заимствование при свободном использовании музыкальных произведений и их фонограмм

До настоящего момента в работе понятие «заимствование» рассматривалось исключительно в контексте использования чужого труда, которое не имеет под собой каких-либо установленных правовых оснований. Если признать такое заимствование использованием, оно будет входить в исключительное право правообладателя. Между тем большое количество случаев заимствований, в том числе музыкальных произведений и их фонограмм, подпадает под специальные исключения из общего режима действия исключительного права, которые объединены институтом свободного использования. Поскольку свободное использование представляет собой исключение из законной монополии правообладателя исключительным правом[161], отдельные заимствования, которые хоть и признаются использованием благодаря этому институту, могут осуществляться без разрешения правообладателя.

[161] Шостак И. В. Особенности свободного использования произведений в информационных, учебных, научных и культурных целях // ИС. Авторское право и смежные права. 2024. № 1. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 26.04.2023).

Следует учитывать, что свободное использование имеет достаточно четкие и формальные границы, которые не позволяют распространять его на любые виды использования. Эта черта явно выражена в так называемом трехступенчатом тесте, закрепленном в статье 9(2) Бернской конвенции, согласно которой свободное воспроизведение может допускаться в определенных случаях при условии, что такое воспроизведение не наносит ущерба нормальному использованию произведения и не ущемляет необоснованным образом законные интересы автора[162].

Эти границы фактически являются необходимыми для соблюдения баланса интересов между правообладателями и обществом, в интересах которого и устанавливается свободное использование. С. С. Бородин отмечает, что одним из таких интересов является необходимость «трансформирующего использования», когда в результате использования произведения создается новый результат интеллектуальной деятельности[163]. Голландский правовед М. Зенфтлебен считает, что указанные способы использования занимают центральное место в любой системе авторского права[164]. Другими словами, создание новых объектов авторских и смежных прав путем заимствований – одна из основных целей свободного использования.

Как указано в абзаце 1 пункта 5 статьи 1229 Гражданского кодекса РФ, любые ограничения исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности устанавливаются настоящим Кодексом, в связи с этим перечень данных ограничений является исчерпывающим и расширению не подлежит[165].

Среди перечисленных в законе случаев свободного использования нас интересуют следующие: цитирование, предусмотренное в подпункте 1 пункта 1

---

[162] Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений от 09.09.1886 (измененная 28.09.1979) (официальный перевод) / [Электронный ресурс] // WIPO Lex. URL: https://wipolex.wipo.int/ru/text/283697 (дата обращения: 26.04.2023). Ст. 9 (2).

[163] Бородин С. С. Свободное использование произведений в аспекте реализации принципов авторского права : дис. ... канд. юр. наук. М., 2014. С. 11.

[164] Senftleben M. Quotations, Parody and Fair Use // 1912 - 2012: A Century of Dutch Copyright Law / Ed. by P.B. Hugenholtz, A.A. Quaedvlieg, D.J.G. Visser. Amstelveen, 2012. P. 348-349.

[165] Гаврилов Э. П. Ограничения исключительного авторского права // Патенты и лицензии. 2015. № 5. Доступ из СПС «Гарант» (дата обращения: 26.04.2023).

статьи 1274 Гражданского кодекса РФ, и создание произведения в жанре пародии либо в жанре карикатуры, закрепленное в пункте 4 этой же статьи. Отмечается, что пародия и цитирование имеют ряд сходств в контексте их проявления применительно к музыкальным произведениям[166]. Такие сходства не случайны: именно в перечисленных случаях имеет место заимствование – возникает новое произведение, которое сохраняет черты раннее созданного сочинения и отсылает к нему. То есть можно считать, что и пародия, и цитирование – это ограничения исключительного права правообладателя в целях осуществления правомерного заимствования.

В рамках настоящей работы не будут рассматриваться иные перечисленные в законе ограничения в целях свободного использования по той причине, что либо свободное использование в таких случаях происходит не путем заимствования, либо его нельзя или крайне затруднительно распространить на музыкальные произведения. Например, использование правомерно обнародованных произведений и отрывков из них в качестве иллюстраций в изданиях, радио- и телепередачах, звуко- и видеозаписях учебного характера допускается на основании подпункта 2 пункта 1 статьи 1274 Гражданского кодекса РФ, хотя и является своего рода заимствованием (иллюстрация может предполагать использование части музыкального произведения). Однако весьма трудно представить, как иллюстрация музыкального произведения может существовать и иллюстрировать что-либо в другом музыкальном произведении.

Следует также заметить, что согласно статье 1306 Гражданского кодекса РФ использование объектов смежных прав без согласия правообладателя и без выплаты вознаграждения допускается в случаях свободного использования произведений. Отсылка в данной статье к статье 1274 позволяет распространять нормативные ограничения в целях цитирования и создания пародий на любые объекты смежных прав, в том числе на фонограммы. Поэтому в настоящем

[166] Волкова А. А. Пределы свободного использования музыкальных произведений в праве России, Германии и Франции. С. 207.

параграфе мы рассматриваем, как указанные случаи свободного использования распространяются на заимствования фонограмм.

Говоря о заимствовании в музыкальном произведении путем цитирования, прежде всего нужно понимать, что речь идет о практике музыкальной цитаты, что является непосредственным объектом изучения в музыковедении. В связи с этим полагаем, что в целях правильной правовой квалификации изначально необходимо понять сущность этого явления.

Цитирование является одним из важнейших компонентов композиторской техники, в основе которого лежит заимствование какого-либо музыкального текста, построенного на принципе эстетико-стилевого диалога[167]. Однозначного определения и четких границ музыкального цитирования не приводится, поскольку под этим явлением понимается целый набор используемых композиторами приемов. А. В. Семченкова и Т. Ф. Шах выделяют следующие приемы музыкального цитирования: точная цитата (прямое введение «чужого» текста); «авторская» цитата (заимствование собственного материала из другого произведения); стилизация (подражание чужому стилю), аллюзия (тонкий намек на произведение другого стиля), реминисценция (возвращение темы или мотива в качестве напоминания о первом, более раннем его проведении)[168]. Заметим, что применение цитирования в художественных целях не ограничивается сферой музыки, схожие приемы осуществляются и в литературе, то есть данный вопрос является общим для разных видов произведений.

Переводя это на правовую плоскость, нам становится очевидно, что прием музыкального цитирования выражается в заимствовании элементов именно формы другого музыкального произведения, смысл которого – сделать определенную отсылку к этому произведению, построить с ним диалог или вызвать определенную ассоциацию. Безусловно, неверно под цитированием в правовом смысле рассматривать все указанные приемы музыкального цитирования. М. А. Рожкова,

---

[167] Лаврова С. В. Цитирование в творчестве современных композиторов. СПб.: Из-во Санкт-Петербург. гос. консерватории, 2007. С. 3-4.

[168] Семченкова А. В., Шах Т. Ф. Музыкальная цитата в структуре медиатекста: направления анализа // Вестник Адыгейского государственного университета. Серия 2: Филология и искусствоведение. 2010. № 2. С. 180.

А. В. Ерш и О. В. Исаева верно предупреждают, что использование термина «цитирование» в качестве обобщающего термина для обозначения всех видов интертекстуальных взаимодействий влечет за собой необоснованное расширение и искажение сущности данного понятия[169]. В связи с этим сконцентрируемся на заимствовании в музыкальных произведениях путем точных цитат. В остальных случаях представляется, что достаточно проблематично будет отделить заимствование содержания от заимствования формы произведения.

Обращаясь к законодательному регулированию цитирований, нельзя не отметить в первую очередь большое количество требований, которые в Гражданском кодексе РФ считаются необходимыми для соблюдения, чтобы цитату можно было признать допустимой. Так, в подпункте 1 пункта 1 статьи 1274 можно выделить следующие условия: цитируемое произведение правомерно обнародовано; указан автор произведения и источник заимствования; произведение процитировано в научных, полемических, критических, информационных, учебных целях для раскрытия замысла автора; объем использования оправдан целью цитирования.

Здесь важно обратиться к соответствующему регулированию в Бернской конвенции, согласно статье 10 (1) которой допускается цитирование произведения, которое уже было доведено до всеобщего сведения на законных основаниях при условии, что оно осуществляется добросовестно и в объеме, оправданном поставленной целью. В статье 10 (3) также указано на необходимость сообщения источника и фамилии автора, если она обозначена на этом источнике.

Как отмечает Э. П. Гаврилов, нормы российского законодательства полностью соответствуют статье 10 (1) Бернской конвенции[170]. Однако нельзя не отметить, что Гражданский кодекс РФ закрепляет дополнительные, не предусмотренные Бернской конвенцией условия допустимости цитирований,

---

[169] Рожкова М. А., Ёрш А. В., Исаева О. В. Понятие "цитирование" в современную эпоху // Закон. 2023. № 5. Доступ из СПС «Гарант» (дата обращения: 26.04.2023).

[170] Гаврилов Э. П. Интеллектуальные права: есть над чем поразмыслить // Патенты и лицензии. 2019. № 11. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 26.04.2023).

предусматривает необходимость соответствия цитаты строго указанным в законе целям (к слову, как будет рассмотрено в следующей главе, российский законодатель пошел по такому пути не в одиночестве). Тем самым возможность оправдания заимствований цитированием при подходе, отраженном в Гражданском кодексе РФ, заметно сужается.

Современные специалисты по интеллектуальным правам сомневаются в возможности распространения положений о цитировании на творческие заимствования из других музыкальных произведений. Н. В. Щербак отмечает, что цитирование для усиления художественного воздействия должно быть основано на договоре с правообладателем. Как указывает А. С. Ворожевич, использование части одного музыкального произведения в другом (даже при условии творческого обыгрывания этого момента) представляет нарушение исключительного права, поскольку в таком случае музыкальное произведение не выступает предметом обсуждения, критики или анализа[171]. Этой же позиции придерживается и А. А. Волкова[172]. То есть если в ходе радио- или телепередач возможно цитировать отрывки музыкальных произведений, то возникает обоснованный вопрос о правомерности таких действий, когда речь заходит о включении цитаты в форму другого музыкального произведения.

Следовательно, проблема состоит в том, что перечисленные в Гражданском кодексе РФ допустимые цели цитирования не охватывают те цели, на которые направлено использование музыкальных цитат: создание художественного и стилевого диалога между разными произведениями (как разных эпох, так и разных жанров), то есть использование цитат в целях творчества. Наиболее близкой для этого целью является «раскрытие творческого замысла автора», однако это положение, введенное в Гражданский кодекс РФ в 2014 году, в науке рассматривается как спорное, а ее формулировка как неточная.

---

[171] Ворожевич А. С. Правомерное цитирование как случай свободного использования различных объектов авторского права // Закон. 2019. № 7. Доступ из СПС «Гарант» (дата обращения: 26.04.2023).

[172] Волкова А. А. Пределы свободного использования музыкальных произведений в праве России, Германии и Франции. С. 221.

Так, существует соблазн толковать данную норму логически, как предлагает Э. П. Гаврилов, рассматривать автора, чей творческий замысел раскрывается, как автора, использующего цитату, тогда цитирование будет считаться допустимым, если оно преследует творческие цели[173]. Однако большинство авторов склоняются к тому, чтобы рассматривать создателя произведения, чей творческий замысел раскрывается, буквально как автора цитируемого произведения. При таком подходе, как отмечает К. В. Всеволожский, раскрытие творческого замысла автора путем цитирования полностью совпадает с другим ограничением – иллюстрированием, целью которого является прояснение замысла автора рассматриваемого произведения[174].

Схожей позиции придерживается Д. В. Мурзин, который отмечает, что в правомерном цитировании не должно быть места цитированию в целях раскрытия творческого замысла автора. Исследователь указывает на то, что данную цель стоит рассматривать применительно к художественному творчеству и соответствующим творческим приемам, что, по его мнению, не вписывается в рамки юридических требований к цитированию. Д. В. Мурзин соглашается с тем, что даже откровенные заимствования (в том числе в сфере музыки) можно допустить в той мере, в какой их можно признать творческими приемами, однако не считает, что допустимость подобных «трансформаций» может быть разрешена в рамках свободного использования[175].

Таким образом, следует признать, что в условиях существующего законодательного регулирования допустимость музыкальных цитат признать крайне сложно. Однако даже если опустить вопрос соответствия цитирования предусмотренным законом целям, то проблемы их использования этим не исчерпываются. Так, обоснованным видится вопрос о том, как определить соответствие объема музыкальной цитаты целям цитирования.

---

[173] Гаврилов Э. П. Ограничения исключительного авторского права. Доступ из СПС «Гарант» (дата обращения: 26.04.2023).

[174] Протокол № 22 заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам от 16 июля 2020 г. // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2020. № 29 (сентябрь).

[175] Мурзин Д. В. Цитирование произведения и его использование в качестве иллюстрации как способ свободного использования объекта авторских прав // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2023. № 2 (40). С. 180.

Существуют общие правила распознавания недопустимого объема цитаты: такая цитата является основой для другого произведения или сливается с основным текстом[176]. Следовательно, правомерная цитата не должна определять форму произведения, ее включение должно быть оправдано взаимодействием с этим произведением.

В отношении литературных и иных текстовых произведений вопрос допустимого объема цитирования традиционно определяется путем соотношения заимствованного текста с оригинальным непосредственно по количеству слов (знаков), если количество цитат составляет существенную часть текста, такое цитирование считается недопустимым. Процентное соотношение заимствований, допустимое значение которого в зависимости от конкретного литературного или научного произведения может разниться, и будет являться критерием правомерности цитирования[177]. Следовательно, по общему правилу цитировать всю или большую часть произведения будет недопустимо.

В отношении иных объектов авторских прав вопрос допустимого объема цитируемого произведения существенно отличается. Так, в отношении фотографических изображений цитирование всего произведения не запрещается, а, по мнению ряда ученых, наоборот, обязательно с целью соблюдения неимущественных прав автора[178].

Определить объем допустимой цитаты в музыкальном произведении, на наш взгляд, является более сложной задачей. Так, представляется спорным утверждение А. С. Ворожевич о том, что критерии правомерного цитирования для музыкальных произведений могут быть определены соотношением продолжительности оригинального произведения и используемого отрывка[179]. При

---

[176] Щербак Н. В. Система ограничений исключительных прав как реакция на их монопольность // Хозяйство и право. 2020. № 3. С. 70.

[177] Кудинов М. А. К вопросу о допустимом объеме цитирования в произведениях науки и учебных произведениях // Исследования молодых ученых : материалы XIX Междунар. науч. конф. (г. Казань, апрель 2021 г.). Казань : Молодой ученый, 2021. С. 30-33.

[178] Протокол № 22 заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам от 16 июля 2020 г. // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2020. № 29 (сентябрь). URL: https://ipcmagazine.ru/court/1729533/ (дата обращения: 15.01.2025).

[179] Ворожевич А. С. Границы исключительных прав, пределы их осуществления и защиты : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2021. С. 155.

таком подходе не учитывается то, что в музыкальных произведениях (например, в современной музыке) зачастую имеются законченные отрывки длительностью всего несколько секунд, которые играют основную роль, призванную «зацепить» слушателя (припев или кульминация). Следовательно, если эта сравнительно небольшая часть будет являться исключительно цитированием, признать такое цитирование оправданным вряд ли возможно.

Более убедительной в таком случае видится позиция В. С. Витко: объем допустимого цитирования должен определяться частью произведения, содержащей изложение определенной завершенной мысли, а не соотношением с общим объемом произведения[180]. Тем не менее, специфика музыки как искусства, безусловно, будет вызывать массу вопросов при определении объема допустимого цитирования.

Другим камнем преткновения является соблюдение точности цитаты при заимствовании в музыкальном произведении. Большинство исследователей в вопросе: как именно должна выглядеть цитата, предлагают толковать данный термин в прямом значении как точную, буквальную выдержку из какого-либо текста[181], в таком случае цитата не может менять форму выражения. На это указывает и Гражданский кодекс РФ, допуская цитирование только в оригинале и в переводе, следовательно, другие виды переработки или иных изменений, помимо перевода, не могут быть квалифицированы как цитата.

Таким образом, музыкальная цитата также должна дословно заимствовать оригинальную форму произведения. В связи с этим не будет являться допустимым изменение тональности, диапазона музыкального материала, тем более его аранжировки. Однако такие преобразования зачастую являются необходимыми, чтобы включить цитату в музыкальное произведение, иначе будет нарушен стиль и целостность музыки, а такая цитата будет звучать чужеродно и неоправданно.

---

[180] Витко В. С. Судебная практика об информационной цели и допустимом объеме цитирования фотографий // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2019. № 5. С. 46.

[181] Гаврилов Э. П. Ограничения исключительного авторского права. С. 8. Рожкова М. А. Понятие "цитирование" в современную эпоху. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 26.04.2023).

Совершенно не ясно, как в таком случае достичь правомерности цитаты при заимствовании музыкальных произведений.

Наконец, еще одной проблемой является соблюдение при цитировании в музыкальных произведениях формальных требований закона об указании автора и источника заимствования. М. А. Рожкова, А. В. Ерш, О. В. Исаева указывают на то, что в случае включения фрагмента музыкального произведения в другую композицию закавычивание неосуществимо. Авторы прямо задаются вопросом, является ли такое заимствование легальным, оставляя его без ответа[182]. А. А. Волкова также отмечает, что остается неясным, как соблюдать данное требование, и высказывает предположение о том, что информацию об авторе и источнике заимствования можно указывать в описании к произведению, хотя признает, что такая возможность технически предоставляется не всегда[183].

Здесь следует сказать отдельно о возможности цитирования фонограмм музыкальных произведений. Эта проблема в основном поднимается применительно к семплированию. Как мы указывали выше, в данном случае заимствование с точки зрения музыкальной формы незначительно, поэтому не происходит использования музыкального произведения, однако исключительные права на фонограмму, тем не менее, затрагиваются.

Некоторые авторы высказывают мнение, что использование семплов при создании музыкальных произведений является своего рода цитированием, поскольку при вставке семпла в новое музыкальное произведение осуществляется дословная выдержка из исходной фонограммы[184]. Между тем большинство правоведов склоняется к той точки зрения, что семплирование нельзя приравнять к цитированию. Приводятся следующие аргументы: семплирование обычно носит коммерческий характер, то есть не обусловлено нормативно разрешенными целями

---

[182] Рожкова М. А. Понятие "цитирование" в современную эпоху. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 26.04.2023).

[183] Волкова А. А. Пределы свободного использования музыкальных произведений в праве России, Германии и Франции. С. 223.

[184] Виноградова Д. С. Музыкальные произведения как объекты авторского права // Образование и право. 2015. № 5-6. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 26.04.2023), Захаренко Д. С. Переработка объекта авторского права в контексте баланса интересов автора и общества // Евразийское научное объединение. 2019. № 11-5 (57). С. 358.

цитирования[185], при семплировании заимствованный отрывок используется в больших объемах, чем требуется[186], также зачастую заимствованные фрагменты подвергаются значительной переработке, в связи с чем невозможно достичь точность цитаты[187].

Представляется, что приведенные аргументы относятся не к семплированию в целом, а к его различным частным случаям, поэтому их нельзя признать в полной мере достаточными. Мы уже ранее отмечали, что с правовой точки зрения следует по-разному относиться к семплированию самостоятельной части музыкального произведения и заимствованию в качестве семплов отдельных звуков. В первом случае к возможности оправдания таких семплов, как цитирования, следует относиться так же, как и к выше рассмотренным творческим заимствованиям из других музыкальных произведений, такое использование с точки зрения закона недопустимо и является нарушением авторских прав. Поскольку свободное использование произведений в данном случае не будет допускаться, нельзя говорить и о свободном использовании фонограммы.

Во втором случае объект заимствования не имеет авторско-правовой охраны, однако представляет собой экземпляр фонограммы, поэтому вопрос состоит только в нарушении смежных прав. Следовательно, рассматривая второй случай, вполне можно себе представить ситуацию, при которой вышеизложенные аргументы будут не применимы, например, при создании в некоммерческих целях произведения с использованием короткого семпла, который в точности воспроизведен из другого произведения.

Тем не менее, на наш взгляд, использование семплов даже в такой ситуации не может быть квалифицировано как цитирование. Проблема состоит в том, что звуковой семпл, включенный в новое произведение, не обособляется от этого

---

[185] Луткова О. В., Терентьева Л. В., Шахназаров Б. А. Основные проблемы охраны интеллектуальной собственности в международном частном праве : учебное пособие для магистров. М. : Основные проблемы охраны интеллектуальной собственности в международном частном праве, 2017. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 26.04.2023).

[186] Иванов Н. В. Авторские и смежные права в музыке. С. 22.

[187] Рабизов А. Н. Особенности регулирования трансграничных отношений в сфере авторских и смежных прав на музыкальные произведения. Сэмплирование // Вестник Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА). 2016. № 12. С. 197.

произведения, а становится неотъемлемой частью его формы. Это происходит в связи с тем, что короткие звуковые семплы не содержат в себе законченную музыкальную мысль, но в своей совокупности или в совокупности со вновь созданными звуками могут рассматриваться как часть музыкального произведения. Таким образом, вместо того чтобы цитировать исходное музыкальное произведение (фонограмму), создавая необходимый для цитаты «диалог» между ним и новым произведением, семплы «встраиваются» в музыкальный текст, образуя его новую форму. Цели цитирования подразумевают не только необходимый объем цитаты, но и ее оправданность, а цитирование для создания элементов формы собственного произведения нельзя назвать оправданным.

Следовательно, чтобы создать необходимый «диалог» и обособить цитату от нового произведения, нужно заимствовать не звуки, а целые семплы, содержащие полноценные музыкальные фразы и отрывки, а, как мы уже отметили выше, такой семпл будет уже рассматриваться с точки зрения нарушения авторских, а не смежных прав. При этом даже если исходное произведение по тем или иным причинам не имеет авторско-правовой охраны, цитирование охраняемой фонограммы сталкивается с теми же проблемами, которые мы рассмотрели применительно к цитированию произведений.

Таким образом, существует целый пласт проблем, являющихся препятствием для распространения положений о цитировании на заимствования в музыкальных произведениях: относительно целей цитирования, определения объема цитаты, соблюдения точности цитаты, а также формальных требований к ее оформлению. Следует констатировать, что, исходя из текущего законодательного регулирования, эти проблемы являются труднопреодолимыми.

Представляется, что более приспособленным случаем свободного использования для заимствования в музыкальном произведении является создание произведения в жанре пародии или карикатуры. В пункте 4 статьи 1274 Гражданского кодекса РФ прямо поименованы музыкальные пародии, а каких-либо формальных требований, кроме условия правомерного обнародования первоначального произведения, для создания пародий или карикатур не

предусмотрено, что снимает проблемы, которые нами были рассмотрены применительно к цитированию. Кроме того, если цитирование как прием не является нормативно разрешенным, создание пародии в творческих целях, наоборот, является необходимым условием ее правомерности.

Чтобы установить особенности заимствования путем создания музыкальной пародии, сначала рассмотрим понятие и общие признаки пародии как таковой. При применении данного ограничения исключительного права обычно используется определение пародии как «комическое или сатирическое подражание кому-чему-нибудь»[188].

Под карикатурой понимается «рисунок, комически или сатирически изображающий кого или что-нибудь»[189]. В связи с этим карикатурами могут быть охарактеризованы обычно только произведения изобразительного искусства. Несмотря на то что иногда встречается понятие музыкальной карикатуры, оно как таковое самостоятельно не рассматривается и приравнивается к пародии. Сомнительно, что карикатура может являться художественным приемом в музыке в ее прямом значении, в связи с чем позволим себе пренебречь отдельным исследованием карикатуры.

В литературе отмечается, что правомерную пародию обычно характеризует наличие комического эффекта, а также определенная связь между оригинальным и пародийным произведением или узнаваемость оригинала в пародии[190]. В этой характеристике А. С. Ворожевич выделяет следующие признаки правомерной пародии: творческий, преобразовательный характер; нацеленность на создание комического эффекта; существование между оригинальным произведением и пародией стойкой ассоциативной связи; отсутствие конкуренции и смешения пародии с оригинальным произведением; пародийный характер особенностей формы и содержания оригинального произведения[191]. Т. А. Кочубей в качестве

---

[188] Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. С. 494.

[189] Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. С. 267.

[190] Королев М. П. Использование произведений при создании и дальнейшем использовании пародии // Актуальные проблемы права интеллектуальной собственности. 2014 № 3 (40). С. 384.

[191] Ворожевич А. С. Пародия как случай свободного использования объекта авторского права // ИС. Авторское право и смежные права. 2019. № 10. С. 21.

одного из признаков пародии также выделяет заимствование, под которым автор понимает искажение оригинального произведения и его трансформацию в новый объект авторских прав без специального разрешения автора оригинала[192].

Однако, на наш взгляд, заимствование при пародии не имеет какого-либо самостоятельного значения, а наличие особой связи между оригинальным и пародийным произведением полностью поглощается понятием производного произведения. Это подтверждается самой формулировкой пункта 4 статьи 1274 Гражданского кодекса РФ, из которой следует, что пародия по своим формальным признакам является производным произведением, поскольку является произведением, созданным на основе другого оригинального произведения. В связи с этим пародией признается особый вид производного произведения, которое является комичным или несет в себе комический эффект[193]. Поэтому, если по общему правилу распоряжение производным произведением происходит при наличии согласия правообладателя оригинального произведения, комичный характер производного произведения выводит его из-под контроля правообладателя.

Следовательно, для того чтобы признать пародию правомерной, необходимо установить достижение комического эффекта созданным произведением. При этом вряд ли с позиции права можно однозначно определить, что является комичным, а что нет. Необоснованными нам видятся попытки увязать пародию с какими-либо формальными характеристиками: изменениями жанра, характером и объемом пародируемой части, а также наличием преувеличения[194]. Проблема определения у того или иного произведения, в том числе музыкального, признаков пародии является вопросом, относящимся к искусствоведению, и поэтому должен решаться соответствующим образом.

---

[192] Кочубей Т. А. Понятие пародии как объекта авторского права // Вопросы частноправового регулирования. 2018. № 1. С. 127.

[193] Свиридова Е. А. Свободное использование произведения как объекта авторского права : монография. М. : Юркомпани, 2014. Доступ из СПС «Гарант» (дата обращения: 26.04.2023).

[194] Дадян П. Г. Музыкальное произведение как самостоятельный объект авторского права: теоретико-правовое исследование. С. 126.

Как художественное явление пародия применяется преимущественно в литературных жанрах, однако схожим образом она используется и как музыкальный прием. Будучи также средством интертекстуального взаимодействия, пародия во многом схожа с цитированием с художественной точки зрения.

Важно отметить, что различаются музыкальные приемы пародии, связанные с определенной организацией интонационной структуры музыкального материала, и приемы, направленные на внемузыкальную смысловую сферу, то есть связанные с текстом музыки[195]. В первом случае пародийность достигается за счет искажения музыкальной формы, внедрения несвойственных музыкальных элементов или рассогласованию стилей[196]. Во втором случае речь идет о литературной пародии, которая накладывается на музыку, однако, учитывая, что музыкальное произведение с точки зрения статьи 1259 Гражданского кодекса РФ включает в себя текст произведения, создание такой пародии также происходит в результате заимствования музыкального произведения.

Следовательно, музыкальную пародию можно определить как производное музыкальное произведение, в котором комический эффект достигается за счет изменения одной или более частей музыкального произведения, включая ее текст. Для создания музыкальной пародии необходимо, чтобы оригинальное произведение приобрело новую форму в результате частичной замены одних музыкальных элементов на другие, именно эта замена должна привести к комичному эффекту.

Несколько слов следует сказать и о возможности возникновения пародии путем заимствования фонограммы. Стоит учитывать, что закон предусматривает создание переработки фонограммы, следовательно, если такая переработка приводит к комическому эффекту, созданную фонограмму необходимо признать легальной пародией.

---

[195] Денисов А. В. О феномене пародии в музыкальном искусстве // Человек и культура. 2012. № 1. URL: https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=50 (дата обращения: 26.04.2023).

[196] Бонфельд М. Пародия в музыке венских классиков // Советская музыка. 1977. № 5. С. 101.

Таким образом, правомерное заимствование может быть осуществлено в рамках свободного использования произведения, поскольку в таком случае на использование произведения не распространяется контроль правообладателя.

Среди специально разрешенных законом случаев свободного использования допускаются заимствования чужих произведений путем осуществления цитирования, а также создания пародии или карикатуры. Однако применительно к музыкальным произведениям цитирования имеют узкую сферу применения, осуществление творческих заимствований таким способом ограничено с правовой точки зрения. При этом музыкальные пародии, наоборот, основаны на заимствовании, законность которого зависит только от наличия комического эффекта. Следовательно, помимо жанра пародии, российское право не предусматривает других случаев, при которых свободное заимствование чужого музыкального труда считалось бы оправданным.

Учитывая, что далеко не все добросовестные творческие заимствования в музыкальных произведениях могут быть квалифицированы как пародии или карикатуры, свободное использование не может в полной мере охватывать все случаи правомерного заимствования. В связи с этим правомерность ряда заимствований в музыкальных произведениях в российском праве может получить свое обоснование только в том случае, если подобные действия не будут затрагивать охраняемую форму произведения (фонограммы). При отсутствии соответствующего регулирования в Гражданском кодексе РФ определение таких случаев возможно с опорой на зарубежное законодательство и правоприменительный опыт.

Глава 2. Правовое регулирование заимствований в музыкальных произведениях в зарубежных странах

§ 1. Правовое регулирование заимствований в музыкальных произведениях в странах континентальной Европы

Рассмотрев основные проблемы, возникающие применительно к регулированию заимствований в музыкальных произведениях, можно сделать вывод, что отечественная доктрина пока не нашла удовлетворительные ответы на многие вопросы, включая возможность выделения отдельных элементов музыкального произведения, их самостоятельную охраноспособность, допустимость заимствования формы музыкального произведения и ее критерии. Поиск ответов на эти и другие вопросы, таким образом, становится невозможным без обращения к зарубежным правопорядкам, поскольку изучение иностранного опыта может позволить взглянуть на указанные проблемы с других сторон, в конечном счете найти решение, которое может быть воспринято российским правом.

В настоящей главе в качестве правопорядков для сравнительного исследования выбраны Германия, Франция, а также Великобритания и США, которые имеют богатую историю авторского права, повлиявшую на развитие данного института во всем мире. На сегодняшний день их законодательства в этой сфере продолжают считаться наиболее развитыми. Вместе с тем названные страны имеют одни из самых крупных музыкальных рынков в мире[197], что предопределяет наиболее эффективное развитие правового регулирования в отношении музыкальных произведений.

Германия и Франция являются представительницами концепции авторского права, именуемой «*droit d'auteur*», которая основана на личностной ориентации и защите интересов в первую очередь творца произведения. Данная концепция

[197] IFPI Global Music Report 2023 [Электронный ресурс]. URL: https://ifpi-website-cms.s3.eu-west-2.amazonaws.com/GMR_2023_State_of_the_Industry_ee2ea600e2.pdf (дата обращения: 23.12.2023).

отражена и в российском праве. Англосаксонская концепция «*copyright*», наоборот, ориентирована на распространение экземпляров произведений, в связи с этим имущественные права играют наибольшую роль[198].

Считается, что различия в указанных концепциях формируют не соотносимые в достаточной степени конструкции, что негативно сказывается на сравнительном анализе английского и американского права с российским. При этом следует учитывать, что англосаксонский подход является более гибким и подразумевает большую оценочность[199]. Однако есть мнение, что между континентальной и англосаксонской системами права в сфере права интеллектуальной собственности на самом деле не настолько глубокие различия, как кажется на первый взгляд[200]. В связи с этим полагаем, что для целей настоящего исследования имеет смысл рассмотреть как англосаксонскую, так и континентальную концепции. При этом для цели адаптации и заимствования правовых подходов и конструкций в российское право будем учитывать, что в большей степени подходит немецкое и французское право.

В рамках настоящей главы, безусловно, невозможно раскрыть все аспекты авторского права в каждой рассматриваемой юрисдикции. Полагаем, что подходы к заимствованию в музыкальных произведениях можно раскрыть с точки зрения следующих положений (их аналогов): объектов авторских и смежных прав (музыкальное произведение, фонограмма), критерий их охраноспособности, содержания авторского права, в частности права на воспроизведение и переработку, и предусмотренных ограничений авторских прав.

Перед тем как рассмотреть авторское право Германии и Франции, нельзя не сказать о регулировании авторского права на уровне Европейского союза (ЕС), осуществляющего гармонизующее регулирование в отношении законодательства стран, входящих в ЕС.

---

[198] Матвеев А. Г. Некоторые сравнительно-правовые аспекты англо-американской и романо-германской концепций авторского права // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2009. № 4. С. 17.

[199] Волкова А. А. Пределы свободного использования музыкальных произведений в праве России, Германии и Франции. С. 7.

[200] Алехина Л. А. Генезис категорий «интеллектуальная собственность» и «исключительные права» в теории права XVIII-начала XX вв.: дис. ... канд. юрид. наук. Санкт-Петербург, 2006. С. 10.

В результате принятых директив ЕС и практики Суда ЕС Германия и Франция имплементировали значительное количество норм в области авторского права. Как отмечает греческий исследователь А. Пиличу, ряд директив Европейского Парламента и Совета ЕС от 14 мая 1991 года «О правовой охране компьютерных программ» (91/250/ЕЭС), от 11 марта 1996 года «О правовой охране баз данных» (96/9/ЕС), от 12 декабря 2006 года «О сроке действия охраны авторского права и некоторых смежных прав» (2006/116/ЕС) установил в ЕС низкий уровень оригинальности творчества, что повлекло его понижение в отношении всех объектов авторских прав в рамках национальных законодательств[201].

Большое значение для гармонизации авторского права стран ЕС имеет Директива Европейского Парламента и Совета ЕС 2001/29/ЕС от 22 мая 2001 г. "О гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе", принятая в целях создания общих и гибких правовых рамок и благоприятствования развитию информационного общества в Европе путем конкретизации правовых норм в сфере авторского и смежных прав[202] (далее – Директива 2001/29/ЕС).

Директива 2001/29/ЕС не является детальным регулятивным нормативным актом, не содержит, например, перечня охраняемых объектов авторских и смежных прав. При этом в статьях 2, 3, 4 предусмотрено гармонизированное, хоть и сжатое представление права на воспроизведение, более подробно раскрыто право на представление общественности и доступ к объектам авторских и смежных прав и право на распространение, причем последние должны пониматься широким образом[203].

---

[201] Pilichou A. Originality Under EU Copyright Law / A. Pilichou - Thessaloniki : School of Economics, Business Administration and Legal Studies, 2017. P. 13.

[202] Директива Европейского Парламента и Совета Европейского Союза 2001/29/ЕС от 22 мая 2001 г. "О гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе" // СПС «Гарант». П.п. 2, 3.

[203] Rosati E. Copyright in the EU: in search of (in)flexibilities // Journal of Intellectual Property Law & Practice. 2014. Vol. 9. № 7. P. 588.

Особый интерес представляет пункт 3 статьи 5 Директивы 2001/29/ЕС, предусматривающий закрытый перечень исключений и ограничений в сфере действия права на воспроизведение и на представление общественности и доступ, которые государства – члены ЕС – вправе предусматривать в национальном законодательстве. Несмотря на большое количество таких ограничений, законодательство ЕС оставляет достаточно широкое усмотрение государствам – членам, поскольку, во-первых, перечисленные ограничения сформулированы в виде категоричных принципов, но не как четко определенные правила, и, во-вторых, не гармонизированным в Директиве 2001/29/ЕС остается право на адаптацию (переработку)[204].

Применительно к настоящей работе среди перечисленных в данной статье случаев нас интересуют ограничения в целях цитирования, а также пародии, карикатуры и стилизации, поскольку именно данные случаи в настоящей работе мы рассматриваем как заимствования.

Согласно статье 5(3)(d) Директивы 2001/29/ЕС государства – члены ЕС – вправе предусматривать ограничение авторских прав в случае цитирования «в таких целях, как критика или анализ, при условии, что речь идет о произведении или ином объекте, опубликованном в соответствии с действующим законодательством, со ссылкой на источник и автора, если это возможно; цитирование должно осуществляться в установленном порядке и в объеме, необходимом для достижения указанных целей». В статье 5(3)(k) предусмотрено право ограничивать авторские права в случае использования при создании карикатур, пародий или стилизаций.

Содержание указанных ограничений раскрывается в прецедентной практике Суда ЕС. Так, в 2014 году Суд вынес решение по делу *«Deckmyn»*, в котором дал толкование ст. 5(3)(k) Директивы 2001/29/ЕС и концепции пародии. В данном решении указано, что основные характеристики пародии заключаются, «во-первых, в том, что она должна напоминать об уже существующем произведении и

[204] Hugenholtz P.B, Senftleben M.R.F. Fair Use in Europe. In Search of Flexibilities. Amsterdam : Institute for Information Law/VU Centre for Law and Governance, 2011. P. 2.

в то же время заметно отличаться от него, и, во-вторых, в том, что она должна представлять собой выражение юмора или насмешки». Суд ЕС отдельно указал на недопустимость применения дополнительных требований для признания пародии правомерной, отметив, что из рассматриваемой статьи не следует, что пародия должна обладать собственным оригинальным характером, за исключением того, что она должна демонстрировать заметные различия по отношению к оригинальному пародируемому произведению, также не следует, что она должна указывать на то, что пародию создало другое лицо или что пародия должна отсылать к оригинальному произведению или упоминать об источнике заимствования[205].

Данное решение Суда ЕС стало предметом широкого обсуждения, несмотря на его критику в части упоминания Судом об интересе правообладателей, стало запрещать пародии при наличии дискриминационного посыла. Оно существенно повлияло на развитие права ЕС, поскольку приведенные критерии пародии стали обязательными для государств – членов ЕС, которые имплементировали эти критерии на уровне законодательства и правоприменительной практики[206].

Толкование ст. (5)(3)(d) Директивы 2001/29/ЕС было дано Судом ЕС в 2019 году в качестве одного из разрешаемых вопросов в решении по делу *Pelham GmbH v. Hutter,* которое представляет особый интерес применительно к настоящему исследованию, поскольку касалось заимствования фонограммы (семплирования) записи музыкального произведения.

В данном решении Суд, ссылаясь на позицию Генерального адвоката, указал, что ограничения в случае цитирования могут распространяться и на музыкальное произведение[207]. При этом в своем письменном мнении по делу Генеральный

---

[205] Document 62013CJ0201 Judgment of the Court (Grand Chamber), 3 September 2014 Johan Deckmyn and Vrijheidsfonds VZW v Helena Vandersteen and Others // EUR-Lex [Электронный ресурс]. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=ecli%3AECLI%3AEU%3AC%3A2014%3A2132 (дата обращения: 23.12.2023).

[206] Jongsma D. Parody after Deckmyn. A Comparative Overview of the Approach to Parody Under Copyright Law in Belgium, France, Germany and the Netherlands // International Review of Intellectual Property and Competition Law& 2017. Vol. 48. № 6. P. 664-665.

[207] Document 62017CJ0476 Judgment of the Court (Grand Chamber) of 29 July 2019 Pelham GmbH and Others v Ralf Hütter and Florian Schneider-Esleben // EUR-Lex [Электронный ресурс]. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62017CJ0476 (дата обращения: 23.12.2023).

адвокат также отметил, что цели цитирования, указанные в статье: осуществление критики или анализ, не являются исчерпывающими, музыкальная цитата может быть сделана, например, в целях противопоставления или в качестве дани уважения цитируемой работе[208]. В итоге Суд ЕС вывел критерий для определения соответствия цитаты конкретной цели, заключив, что в новом произведении цитата должна «вступить в диалог» с цитируемым произведением.

При этом в центре данного дела находился вопрос о том, является ли воспроизведение семпла и его последующее включение в новую песню актом воспроизведения в соответствие со статьей 2(c) Директивы 2001/29/ЕС. Суд ЕС определил, поскольку указанная статья предусматривает исключительное право изготовителей фонограмм разрешать или запрещать любыми средствами и в любой форме, полностью или частично воспроизведение своих фонограмм, то воспроизведение семпла исходной фонограммы, даже если он очень короткий, должно рассматриваться как воспроизведение частично, что, следовательно, подпадает под исключительное право изготовителя фонограммы. Суд указал, что такое толкование согласуется как с общими целями Директивы 2001/29/ЕС, устанавливающий высокий уровень авторских и смежных прав, так и с конкретными целями защиты прав изготовителей фонограммы, заключающихся в гарантии получения прибыли за счет внесенных инвестиций в полученную фонограмму.

Предоставляя именно таким образом высокий уровень защиты смежных прав изготовителей фонограмм, Суд ЕС, тем не менее, оставил небольшое пространство для возможности заимствования фонограмм в целях баланса между интересами изготовителей фонограмм и свободой творчества. Так, в решении указано, что не является воспроизведением по смыслу статьи 2(c) Директивы 2001/29/ЕС изъятие звукового семпла из фонограммы с целью его использования в новом произведении в измененной форме, не узнаваемой на слух.

---

[208] Document 62017CC0476 Opinion of Advocate General Szpunar delivered on 12 December 2018. Pelham GmbH and Others v Ralf Hütter and Florian Schneider-Esleben. // EUR-Lex [Электронный ресурс]. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62017CC0476 (дата обращения: 23.12.2023).

В решении так разрешена проблема, о которой мы говорили в предыдущей главе: о распространении смежных прав на любые части фонограммы, включая один единственный звук и невозможность творчества путем воспроизведения и переработки несущественных частей оригинального произведения. Решение можно назвать компромиссным, поскольку в нем все же признается допустимой переработка до неузнаваемости семплов, хотя, на наш взгляд, выводы суда не решают проблему полностью. Справедливой является претензия голландского правоведа Д. Квинтайса на то, что до конца неясно, почему семпл должен стать неузнаваемым на слух, чтобы не нарушать права изготовителей фонограмм. В результате такого подхода суда фонограммы получают больший объем защиты, чем оригинальные произведения[209]. Тем не менее, решение суда установило достаточно четкие и понятные правила, позволяющие определить допустимость заимствования частей фонограммы, чего, к сожалению, отечественная правоприменительная практика пока не выработала.

Таким образом, директивы и прецедентное право ЕС играют немаловажную роль в установлении общих подходов к содержанию и ограничению авторского права, из чего определяются и пределы защиты авторских прав в случае заимствований в музыкальных произведениях.

Рассмотрев регулирование на уровне ЕС, перейдем к решению вопроса заимствований в музыкальных произведениях в Германии.

Основным нормативным актом, регулирующим авторское право в Германии, является Закон «Об авторском праве и смежных правах», принятый 9 сентября 1985 года (далее – UrhG). В § 2 UrhG перечислены различные виды произведений литературы, науки и искусства, которые защищаются авторским правом, включая музыкальные произведения[210].

---

[209] Quintais J.P. The Pelham Chronicles: sampling, copyright and fundamental rights // Journal of Intellectual Property Law & Practice. 2021. Vol. 16. № 3. P. 216

[210] Закон «Об авторском праве и смежных правах» (с изменениями, внесенными Законом от 23.06.2021 г., Германия (перевод на англ.) // WIPO Lex [Электронный ресурс]. URL: https://www.wipo.int/wipolex/ru/legislation/details/17676 (дата обращения: 26.04.2023).

Само содержание авторского право («*Urheberrecht*») в UrhG определяется единством имущественных и неимущественных прав автора. Ойген Ульмер, идейный вдохновитель данного нормативного акта, рассматривал структуру авторского права в виде дерева, имеющего два корня – личных и имущественных интересов автора, а также единый ствол, из которого прорастают различные ветви – исключительные права, черпающие свои силы либо из обоих корней, либо из одного из них[211]. Эта идея явно выражена в § 11 UrhG, согласно которому авторское право охраняет автора, его интеллектуальные и личные отношения, связанные с произведением и его использованием. Оно также служит для обеспечения справедливого вознаграждения за использование произведения.

Стоит отметить, что основные положения авторского права Германии во многом схожи с российским правом, что, в свою очередь, делает UrhG удобным объектом для сравнительного анализа в настоящем исследовании. Так, правовая охрана предоставляется результатам интеллектуальной творческой деятельности автора (§ 2(2) UrhG). Авторское право, как и в российском праве, включает в себя неимущественные права, такие как право на публикацию, авторство и имя, право на защиту от искажения (§ 12–14 UrhG), а также иные права, в которые входит право доступа, право перепродажи (аналог права следования).

Однако структура имущественных прав автора имеет ряд особенностей. Так, авторское право Германии предусматривает не единство исключительного права, а множественность. В UrhG закреплены два исключительных права, которые объединены названием «права на использование» (§ 15 UrhG). Первое исключительное право является правом на использование произведения в материальной форме, что включает в себя, в частности, право на воспроизведение, распространение, демонстрацию (§ 16–18 UrhG). Второе исключительное право является правом на доведение до всеобщего сведения, также раскрывающееся через ряд прав, как и в первом случае, носящий неисчерпывающий характер (§ 19–22 UrhG). Несмотря на особенности в способе описания имущественных прав

[211] Peukert A. An Introduction to Intellectual Property Law in Germany // SSRN [Электронный ресурс]. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4599740 (дата обращения: 23.12.2023).

автора, указанные исключительные права можно соотнести со способами использования произведения, входящими в исключительное право автора согласно статье 1270 Гражданского кодекса РФ.

Необходимо указать на одну особенность германского закона относительно закрепления имущественных прав автора, а именно на отсутствие в содержании исключительных прав на переработку. Аналогом этого права выступает право автора на публикацию и использование адаптаций и иных изменений произведения с согласия автора, предусмотренное в § 23 UrhG. Исходя из структуры закона, данное право также является имущественным, однако не охватывается ни одним из указанных исключительных прав.

Отметим, что регулирование адаптации и преобразования произведения было изменено после недавней реформы законодательства об авторском праве Германии в связи с имплементацией Директив 2019/789 и 2019/790 Европейского Парламента и Совета ЕС от 17 апреля 2019 г. Ранее, в редакции от 01.09.2017, существовал § 24, предусматривавший, что независимое произведение, созданное в рамках свободного использования произведения другого лица, может быть опубликовано и использовано без согласия автора[212]. В актуальной редакции UrhG § 24 утратил силу, а § 23 был добавлен новым положением, что, если вновь созданное произведение сохраняет существенную дистанцию от использованного произведения, указанное не является адаптацией или изменением произведения по смыслу настоящего пункта.

Указанные положения UrhG закрепляют концепцию свободного использования (нем. – «*Freie Benutzung*») произведения, рассматриваемую в немецкой доктрине как противовес права автора запрещать использование произведения, которое явно копирует его более раннее произведение. Данная концепция заключается в том, что не признается нарушением авторского права такое использование, при котором существенные части или характерные черты

[212] Закон «Об авторском праве и смежных правах» (с изменениями, внесенными Законом от 01.09.2017 г.) (перевод на англ.). URL: https://www.wipo.int/wipolex/ru/legislation/details/17676 (дата обращения: 26.04.2023).

становятся гораздо менее заметными и значительными в новом произведении[213]. Немецкий ученый И. Духаник отмечает, что доктрина свободного использования изначально была разработана в делах о нарушении авторских прав как концептуальное средство подобно дихотомии формы и содержания произведения в целях уравновешивания противоречащих друг другу частных интересов правообладателей и общественных интересов тех, кто хочет использовать эти произведения[214].

Анализируя концепцию свободного использования, Федеральный Верховный Суд Германии в одном из недавних дел указал, что в соответствии с прецедентной практикой Федерального суда при определении свободного использования решающее значение имеет то, как в новом произведении отражены заимствованные черты используемого произведения. Свободное использование предполагает, что, учитывая своеобразие нового произведения, заимствованные черты, присущие более раннему произведению, исчезнут. Право автора на использование адаптации не распространяется на те случаи, когда новое произведение сохраняет такую большую дистанцию от заимствованных черт более раннего, что эти черты становятся лишь стимулом для создания нового, независимого произведения. По мнению суда, это ограничение авторского права проистекает из признания того факта, что культурное развитие немыслимо без использования более ранних достижений других авторов[215].

Данную концепцию свободного использования не следует отождествлять с институтом свободного использования в российском праве, предусматривающим ограничение авторских прав путем специально перечисленных законом изъятий из него. Отмечается, что свободное использование в авторском праве Германии

---

[213] Geller P.A. A German Approach to Fair Use: Test Cases for TRIPs Criteria for Copyright Limitations? // Journal of the Copyright Society of the USA. 2010. Vol. 57. P. 555.

[214] Duhanic I. Copy this sound! The cultural importance of sampling for hip hop music in copyright law – a copyright law analysis of the sampling decision of the German Federal Constitutional Court // Journal of Intellectual Property Law & Practice. 2016. Vol. 11. № 12. P. 936.

[215] Urteil des I. Zivilsenats vom 7.4.2022 - I ZR 222/20 // Der Bundesgerichtshof [Электронный ресурс]. URL: https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=1536099b244e82b2149fdddacb0cee45&nr=129052&pos=0&anz=1 (п.п. 45, 46) (дата обращения: 23.12.2023).

является зеркальным отражением понятия охраняемого произведения, позволяющего решать вопрос о различии между оригинальностью и плагиатом[216]. Следовательно, свободное использование, скорее всего, надо понимать как неотъемлемое ограничение, устанавливающее само содержание авторского права, а не внешнее исключение из него[217]. При этом аналогом свободного использования по российскому праву в UrhG является разрешенное законом использование (раздел 6 части 1 UrhG).

Можно сделать вывод, что вопрос допустимости заимствований из охраняемых произведений в авторском праве Германии достаточно ясно решен в концепции свободного использования путем установления специфического качественного признака: при заимствовании основные, присущие оригинальному произведению черты должны стать гораздо менее заметными в новом оригинальном произведении.

Теперь не менее важно понять, как эта концепция соотносится с авторскими правами на музыкальные произведения.

Следует отметить, что авторское право Германии до начала процесса гармонизации законодательства в странах ЕС в 1990-е годы исходило из достаточно высоких критериев уровня творчества в отношении охраны музыкальных произведений. Так, деятельность музыкантов, не подразумевающая интеллектуального творчества, включая и все общепринятые музыкальные элементы, находилась вне зоны охраны, как, например, обычные элементы формы композиции, основанные на законах гармонии, ритма и мелодии. Без правовой охраны оставались и не имеющие четкой формы последовательности звуков, даже само по себе создание мелодии не являлось достаточным результатом творческой деятельности[218].

---

[216] Duhanic I. Copy this sound! The cultural importance of sampling for hip hop music in copyright law – a copyright law analysis of the sampling decision of the German Federal Constitutional Court. P. 937.

[217] Maier H. German Federal Court of Justice rules on parody and free use // Journal of Intellectual Property Law & Practice. 2017. Vol. 12. № 1. P. 16.

[218] Dietz A. Letter from the Federal Republic of Germany. The Development of Copyright Between 1979 and the Beginning of 1984 // Monthly Review of the World Intellectual Property Organization (WIPO). 1984. No. 11. P. 430-431.

Понижение критериев уровня творчества в отношении программ для ЭВМ, баз данных и фотографических произведений на уровне ЕС, о чем указано выше, повлияло и на Германию. Так, в 2013 году Федеральный суд Германии пришел к выводу, что к объектам дизайна, равно как и к объектам авторского права, относящимся к свободному искусству, в том числе к музыкальным произведениям, следует применять пониженный критерий творчества при определении возможности их правовой охраны. Об оригинальности можно говорить в том случае, если люди, имеющие какое-либо отношение к данному искусству или знакомые с его концепцией, воспринимают данное творчество как художественное достижение[219]. Тем не менее, несмотря на понижение требований к оригинальности творчества и унификацию этого критерия в отношении всех произведений, авторское право Германии продолжает сохранять более высокие стандарты оригинальности применительно к музыкальным произведениям.

Чтобы это продемонстрировать, необходимо вернуться к положениям об адаптации произведений. Согласно § 3 UrhG переводы и иные адаптации произведений, созданные творческим трудом, охраняются как самостоятельные произведения вне зависимости от авторских прав на произведение, которое было адаптировано. Здесь нетрудно увидеть аналогию со статьей 1260 Гражданского кодекса РФ, регулирующую переводы и иные производные произведения. Оба положения исходят из того, что производное произведение, созданное творческим трудом, охраняется авторским правом вне зависимости от правомерности переработки (адаптации). Однако приведенная норма UrhG также содержит важную оговорку: незначительная адаптация музыкального произведения не охраняется как самостоятельное произведение. Поэтому предусмотрено отдельное регулирование для адаптаций музыкальных произведений, которые помимо того, что должны быть результатом творческого труда, также должны быть созданы в результате значительной переработки.

---

[219] Urteil des I. Zivilsenats vom 13.11.2013 - I ZR 143/12 // Der Bundesgerichtshof [Электронный ресурс]. URL: https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2013&anz=208&pos=23&nr=66284&linked=urt&Blank=1&file=dokument.pdf (дата обращения: 23.12.2023).

Особенности регулирования адаптаций музыкальных произведений также предусмотрены в рассмотренном выше § 23 UrhG, где в качестве единственного примера адаптаций или других преобразований указана мелодия. Возникает вопрос: зачем законодатель выделил в данном случае именно мелодию, указав, что адаптацией произведения считается использование в другом произведении чужой мелодии. Как бы то ни было, на наш взгляд, это не свидетельствует о том, что авторское право Германии рассматривает мелодию как самостоятельный объект авторских прав и что ее использование в любом случае недопустимо. Здесь в первую очередь стоит учитывать доктрину свободного использования произведения, которая не признает правовую охрану за частью произведения, в том числе и мелодией, если она заимствована в новом произведении, имеющем существенную дистанцию от исходного. Таким образом, в соответствии с данной доктриной исключительное право автора на использование мелодии во многих случаях будет существенно ограничено, поскольку будет распространятся только на случаи, когда заимствованную мелодию можно будет отчетливо услышать в новом музыкальном произведении, что, как нам кажется, является оправданным.

Примечательно, что в ранее действовавшей редакции UrhG в данной норме мелодия не упоминалась, однако в § 24 (2) содержалась оговорка свободного использования, согласно которой оно не применяется в случае использования музыкального произведения, где мелодия узнаваемым образом взята из произведения и используется в качестве основы для нового произведения. В актуальной редакции UrhG такой оговорки нет, следовательно, при использовании чужой мелодии необходимо применять критерии свободного использования вместо критерия узнаваемости.

Данный подход представляется логичным, поскольку первый критерий ввиду своей глубокой разработанности как в доктрине, так и в практике учитывает больше деталей и направлен на обеспечение свободы творчества музыкантов без неоправданного ограничения прав авторов. Необходимо отметить, что определение размывания изначальных черт, расстояния от исходного произведения в конечном счете направлено на то, чтобы выяснить наличие и уровень интеллектуального

творческого труда, определить, является ли созданное произведение индивидуальным[220], иными словами, направлено на оценку деятельности автора нового произведения, тогда как критерий узнаваемости, скорее всего, направлен на отношение к этой деятельности третьих лиц (судьи, эксперта или стороннего слушателя). Полагаем, что при решении вопроса о наличии заимствований в произведении установление их индивидуального характера через анализ труда субъекта этого творчества, а не на основе опосредованных впечатлений является сложной задачей, но более соответствует принципам авторского права.

На наш взгляд, как дополнительные условия для адаптации музыкального произведения, так и особые оговорки относительно возможности использования мелодии в новом произведении указывают именно на то, что авторское право Германии предъявляет повышенные критерии творчества в отношении музыкальных произведений. При этом если эти критерии соблюдаются, то должны признаваться допустимыми адаптации произведений путем заимствования из более ранних.

Как уже было отмечено выше, свободное использование в авторском праве Германии не следует смешивать с положениями о разрешенном законом использовании, предусматривающими ограничение авторского права путем специально указанных изъятий из содержания исключительных прав.

Согласно § 51 UrhG допускается воспроизведение, распространение и доведение до всеобщего сведения опубликованного произведения с целью цитирования в той мере, в какой подобное использование оправдано конкретной целью. Сопоставляя с подпунктом 1 пункта 1 статьи 1274 Гражданского кодекса РФ, нельзя не отметить лаконичность предусмотренного в UrhG критерия допустимости цитирования, в связи с этим данное положение необходимо раскрыть. В немецкой судебной практике является устоявшимся подход, согласно которому цитирование является правомерным, если цитирующее лицо установило внутреннюю связь между цитируемым материалом и своими собственными

[220] Duhanic I. Copy this sound! The cultural importance of sampling for hip hop music in copyright law – a copyright law analysis of the sampling decision of the German Federal Constitutional Court. P. 937.

мыслями. При этом ни интересы сторон, на защиту которых направлен § 51 UrhG, ни свобода слова не предусматривают доступа к информации или предпринимательской деятельности, цитирование можно осуществлять путем доведения той или иной информации до общественности[221].

Кроме того, Конституционный Суд Германии указывал на то, что «доктрина и практика выработали принцип, согласно которому цитата допустима только тогда, когда она выступает в качестве доказательства, подтверждающего выдвинутое мнение, и когда она в результате служит примером для лучшей демонстрации собственных утверждений цитирующего автора или иным образом служит основой для раскрытия заявленного им суждения. Цитата не должна выглядеть как простое дополнение к цитируемому произведению, а должна быть включена в его содержание»[222].

Следовательно, хотя критерий правомерности цитирования достаточно строгий, исключающий возможность использования цитирования для простого информирования или дополнения работы, сами цели цитирования определяются автором и не сводятся к закрытому перечню допустимых целей, как в российском праве, что позволяет значительно расширить границы использования цитат.

В § 51 UrhG также приведены три случая правомерного цитирования: относительно научных работ, литературных и музыкальных произведений. В отношении третьего случая предусмотрено следующее: допустимо цитирование отдельных отрывков из опубликованного музыкального произведения в самостоятельном произведении. В немецкой судебной практике указывается на то, что правомерная музыкальная цитата признается таковой, если она встроена в другое независимое музыкальное произведение[223]. Таким образом, в случае заимствования путем использования музыкальных цитат, если эти цитаты

---

[221] Hugenholtz P. B., Senftleben M. R. F. Fair Use in Europe. In Search of Flexibilities. Amsterdam : Institute for Information Law/VU Centre for Law and Governance, 2011. P. 16.

[222] Antons C., Adeney E. The Germania 3 Decision Translated: The Quotation Exception before the German Constitutional Court // European Intellectual Property Review. 2013. Vol. 35. № 11. P. 653-654.

[223] OLG Hamburg v. 04.02.2002: Zur Verletzung des Urheberrechts durch Verwendung von Musik als Klingelton // Webshoprecht.de [Электронный ресурс]. URL: https://webshoprecht.de/IRTexte/Rspr318.php#Top (дата обращения: 23.12.2023).

представляют собой не простое дополнение к музыке, а полноценно служат заложенной автором цели музыкального произведения, будучи его неотъемлемой частью, с точки зрения авторского права Германии, такое заимствование является допустимым.

Необходимо отметить, что, помимо указанного, правомерность цитирования достигается также при соблюдении условий, предусмотренных в § 63 (1, 2) UrhG, а именно необходимо во всех случаях четко указывать источник заимствования, что подразумевает указание имени автора произведения в соответствии со сложившейся практикой, за исключением случаев, когда автор не известен или сослаться на источник не представляется возможным. Из данного параграфа также следует, что закон разрешает цитировать полностью музыкальное произведение, если при этом дополнительно указывается ссылка на издательство, выпустившее это произведение, а также сокращать и иным образом изменять произведение, если об этом также сказано.

В соответствии с раннее принятым подходом в авторском праве Германии допустимость пародий, карикатур и стилизаций зависела от установления критериев свободного использования[224], то есть такое производное творчество создано в существенной дистанции от использованного произведения. При этом Федеральный суд Германии отмечал, что необходимая дистанция может быть достигнута не только за счет существенных изменений оригинального произведения, но и благодаря созданию внутренней дистанции, то есть дистанции, созданной насмешкой пародиста, даже если оригинальное произведение почти не претерпело изменений[225].

Определение пародии в соответствии с доктриной свободного использования существенно ограничивало возможность признания законными музыкальных произведений, созданных путем пародии. Дело в том, что часто распространенные приемы пародии в музыке основаны на специфических взаимоотношениях

[224] Maier H. German Federal Court of Justice rules on parody and free use // Journal of Intellectual Property Law & Practice. P. 16.

[225] Hugenholtz P. B., Senftleben M. R. F. Fair Use in Europe. In Search of Flexibilities. Amsterdam : Institute for Information Law / VU Centre for Law and Governance. P. 27.

музыкальных и внемузыкальных компонентов сочинения в результате изменения только последних[226], в связи с этим практически всегда мелодия вместе с другими элементами произведения, обеспечивающими ее узнаваемость, попадают в пародийное произведение. Как указывалось выше, согласно § 24 (2) UrhG (в настоящий момент утратил силу) не допускалось свободное использование мелодии в новом произведении в узнаваемом виде, то есть музыкальная пародия могла быть создана только при значительной переработке материала.

Так, в решении по делу 1991 года Баварский высший земельный суд установил нарушение авторских прав в результате создания пародии на известную песню путем изменения ее слов, поскольку было определено, что при интерпретации музыкального произведения произошло недопустимое использование мелодии. Суд указал, что автор спорного произведения хоть и высмеял образ жизни и слухи вокруг композитора исходного произведения, но он не высмеял саму песню, а измененный ее текст был направлен на композитора, а не на музыку[227].

Однако данная практика в последнее время была скорректирована. В 2014 году Федеральный суда Германии указал на то, что для признания произведения пародией необходимо соблюдение только критериев, установленных в ранее приведенном решении Суда ЕС по делу «*Deckmyn*»: такое произведение должно отсылать к оригиналу, при этом существенно от него отличаясь, и должно выражать юмор или насмешку[228].

Далее в результате изменений в UrhG от 23 мая 2021 года в закон был добавлен § 51a, согласно которому разрешается воспроизводить, распространять и доводить до общего сведения опубликованное произведение с целью карикатуры,

---

[226] Шапинская Е. Н., Денисов А. В. Пародия как культурный феномен: два взгляда на один предмет // Культура культуры. 2015. № 4 (8). URL: http://cult-cult.ru/parody-as-a-cultural-phenomemon-two-views-on-one-subject/ (дата обращения: 23.12.2023).

[227] Postel H. The Fair Use Doctrine in the U.S. American Copyright Act and Similar Regulations in the German Law // Chicago-Kent Journal of Intellectual Property. 2006. Vol. 5. № 2. P. 146-148.

[228] Urteil des I. Zivilsenats vom 28.7.2016 - I ZR 9/15 // Der Bundesgerichtshof [Электронный ресурс]. URL: http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=a16afe65ebd17883367848f09a83fd38&nr=75832&pos=0&anz=1 (дата обращения: 23.12.2023).

пародии и стилизации. Наряду с цитатами данное ограничение исключительных прав теперь закреплено как разрешенное законом использование для того, чтобы соответствовать требованиям законодательства ЕС. Таким образом, учитывая, что критерии, указанные в деле «*Deckmyn*», более мягкие, чем критерии свободного использования, практика, а затем и законодатель расширили границы допустимости пародий. В частности, в отношении музыкальных пародий теперь нет запрета на использование в них узнаваемых мелодий.

Как и в российском праве, в праве Германии четко разделяются авторские права на произведения и смежные права в связи с разной природой их вклада в культуру. Регулированию смежных прав посвящена вторая часть UrhG. Среди поименованных объектов в UrhG смежных прав выделяются две категории: объекты, являющиеся результатом творческого труда человека, то есть научные издания (§ 70), фотографии (§ 72) и исполнения (§ 73–83), и объекты, охраняемые в связи с вложенными предпринимателями инвестициями в востребованные культурные продукты[229] (§ 85–87k), к которым, в частности, относятся аудиозаписи[230].

Согласно § 85 (1) UrhG изготовитель аудиозаписи обладает исключительным правом на ее воспроизведение, распространение и предоставление в общий доступ. Если аудиозапись была произведена в организации, владелец организации считается изготовителем. Исключительное право не возникает в связи с воспроизведением аудиозаписи.

Положения UrhG не содержат никаких норм относительно допустимости воспроизведения частей аудиозаписей, объемов заимствования, не содержит понятия переработка или адаптация аудиозаписи. Тем не менее, к аудиозаписям, несмотря на отсутствие у них охраны как результатов творческой деятельности, по аналогии применимы положения о свободном использовании произведения. Такая аналогия была применена судами в уже упомянутом деле *Pelham GmbH v. Hutter* на

[229] Peukert A. An Introduction to Intellectual Property Law in Germany. P. 17.

[230] Речь идет о фонограммах, однако дословно в законе они называются аудиозаписями, в связи с чем далее по тексту они называются так же.

этапе его рассмотрения на национальном уровне[231]. В указанном деле, однако, не были установлены основания для признания заимствования фонограммы свободным использованием, поскольку музыкальное произведение с изъятым семплом истца не сохраняло существенную дистанцию от произведения истца, а также потому что, по мнению суда, ответчики сами могли воссоздать соответствующие звуки, в связи с чем они не вправе были ссылаться на оговорку, применимую в целях обеспечения свободы творчества.

После рассмотрения дела в Суде ЕС, как указано выше, было установлено, что использование семплов любой длины исходной фонограммы является воспроизведением по смыслу Директивы 2001/29/ЕС, если только семпл не переработан до неузнаваемости. Дело было повторно рассмотрено Федеральным судом Германии, который данные выводы процитировал, тем самым имплементировал указанный подход к заимствованию фонограмм на национальном уровне[232].

Таким образом, несмотря на схожесть нормативного регулирования авторского права России и Германии, в UrhG существуют положения, допускающие использование чужих работ, в частности музыкальных произведений, основанные на специфичной доктрине свободного использования, а также ограничениях в случаях пародии, цитирования с учетом прецедентной практики ЕС.

Авторское право Франции кодифицировано в первой книге Кодекса интеллектуальной собственности (фр. – «Code de la propriété intellectuelle») (далее – «CPI»)[233]. Отмечается, что концепция авторского права Франции основана на охране прав авторов и неразрывной связи автора и созданного им произведения[234],

---

[231] Conley N., Braegelmann T. English Translation: Metall auf Metall (Kraftwerk, et al. v. Moses Pelham, et al.), Decision of the German Federal Supreme Court no. I ZR 112/06, dated November 20, 2008 (November 1, 2009) // Journal of the Copyright Society. 2009. Vol. 56. № 2. P. 1023, 1033.

[232] Urteil des I. Zivilsenats vom 30.4.2020 - I ZR 115/16 // Der Bundesgerichtshof [Электронный ресурс]. URL: https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=fb323e50728fc9a29d62599970d0af8d&nr=107050&pos=5&anz=23 (дата обращения: 23.12.2023).

[233] Кодекс интеллектуальной собственности, Франция (сводная версия на 17.02.2024 г.) // WIPO Lex [Электронный ресурс]. URL: https://www.wipo.int/wipolex/ru/legislation/details/22588

[234] Chromar S. A. Copyright and Moral Rights in the U.S. and France. P. 4.

что, как мы увидим, отражается в достаточно строгом подходе к заимствованиям и использованию авторского труда без его согласия.

Согласно статье L. 112–1 положения CPI защищают права авторов на все произведения интеллектуального труда независимо от их вида, формы выражения, достоинств или цели. Законодатель не дает определения понятию «произведения интеллектуального труда» (фр. – «*les oeuvres de l'esprit*», дословно – «произведения ума»), поскольку такое определение чрезвычайно затруднит судебное правоприменение и оценку такого произведения, в связи с чем закон ограничивается перечислением примеров таких произведений[235]. Неисчерпывающий перечень охраняемых произведений перечислен в статье L. 112–2 CPI, куда включены также музыкальные произведения с текстом или без.

Правовой охраной пользуются также производные произведения, хотя такого общего понятия закон не содержит. В соответствии со статьей L. 112–3 CPI авторы переводов, адаптаций, преобразований или аранжировок произведений интеллектуального труда пользуются защитой, предоставляемой настоящим Кодексом, без ущерба для прав автора оригинального произведения. Известный французский юрист Анри Десбуа, пытаясь определить, когда музыкальную аранжировку можно признать производным произведением, указывал, что в том случае, если осуществляются изменения тональности и иные подобного рода аранжировки, в которых аранжировщик осуществляет скорее технические функции, а не является композитором, такие аранжировки являются не производными произведениями, а копиями исходного[236].

Кроме того, в CPI отдельно предусмотрена самостоятельная охраноспособность для одной части произведения – его названия – в том случае, если оно является оригинальным (статья L. 112–4 CPI).

---

[235] Bouche N. Intellectual Property Law in France. 3rd Ed. Wolters Kluwer, 2017. [Электронный ресурс]. URL: https://books.google.ru/books?id=rvDSDwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=ru&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false (дата обращения: 26.04.2023).

[236] Gervais D. J. The Derivative Right or Why Copyright Protect Foxes Better than Hedhehogs // Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law. 2013. Vol. 15. № 4 P. 826-827.

Оригинальность является обязательным условием правовой охраны любых произведений интеллектуального труда, хотя это дословно в CPI и не указано. В доктрине и судебной практике Франции отмечается, что произведение является оригинальным, когда оно несет в себе отпечаток личности автора, то есть вопрос о правовой охране произведения интеллектуального труда зависит от установления того, несет ли произведение такой отпечаток[237].

Относительно оригинальности музыкального произведения Кассационный суд Франции[238] указал на то, что она «оценивается при прослушивании всего произведения в целом, с учетом составляющих его элементов, таких как мелодия, гармония и ритм». При этом «оригинальность произведения может быть результатом сочетания элементов, которые, если взять их по отдельности, не будут являться оригинальными, но которые располагаются таким образом, что личность автора отпечатывается в произведении»[239]. То есть ни за одним из элементов музыкального произведения самостоятельной правовой охраны не закрепляется, а таковая признается только при оценке совокупности музыкальных элементов.

Согласно CPI среди авторских прав выделяются личные неимущественные права, куда входят такие права, как право на имя и право авторства (статья L. 121–1), право на обнародование произведения (статья L. 121–2), право отзыва произведения (статья L. 121–4). Помимо личных неимущественных прав автора, выделяются имущественные права. Если охрана личных неимущественных прав основана на связи между произведением и его создателем и концепцией, что произведение является почти личным продолжением создателя, то имущественные права связаны с защитой материальных и финансовых интересов автора[240].

Как и отечественное авторское право, в авторском праве Франции имущественные права автора выражены единым исключительным правом. Как указано в статье L. 111–1, автор произведения интеллектуального труда по факту

---

[237] Ginsburg J. C. The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law // Depaul Law Review. 2003. Vol. 52. P. 1080.

[238] Одна из нескольких высших судебных инстанций во Франции.

[239] Cour de cassation, Chambre civile 1, 30 septembre 2015, 14-11.944, Publié au bulletin // Doctrine [Электронный ресурс]. URL: https://www.doctrine.fr/d/CASS/2015/JURITEXT000031264064 (дата обращения 26.04.2023).

[240] Chromar S. A. Copyright and Moral Rights in the U.S. and France // SSRN [Электронный ресурс]. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1898326 (дата обращения: 23.12.2023).

его создания пользуется исключительным имущественным правом на это произведение в нематериальной форме, которое может быть исполнено в отношении любых лиц.

В содержание исключительного права входит право использования, которое исчерпывается всего двумя правомочиями: правом на исполнение и на воспроизведение (статья L. 122–1 CPI). При этом под воспроизведением понимается физическая фиксация произведения с помощью любого процесса, позволяющего донести его до общественности косвенным способом (статья L. 122–3 CPI), а под исполнением – доведение произведения до сведения общественности любым способом (статья L. 122–1 CPI).

Следовательно, в CPI отдельно права на переработку (адаптацию) не выделяется, при этом наряду с запретом на полное или частичное исполнение или воспроизведение указывается, что данный запрет также распространяется на перевод, адаптацию или трансформацию, аранжировку с помощью любой техники или процесса (статья L. 122–4 CPI). Следует отметить, что по тексту закона запрет на создание любых производных произведений без разрешения правообладателя, как и в российском авторском праве, является безусловным. CPI не предусматривает положений, аналогичных свободному использованию в авторском праве Германии.

Тем не менее, во французской доктрине признается, что трудно оправдать предоставление права запрещать создание любого произведения, основанного на одном или нескольких ранее существовавших произведениях. Такие идеи основываются на присущей в первую очередь литературным произведениям доктрине «*scènes à faire*» (пер. с фр. – «обязательная сцена»), которая подразумевает, что общее культурное наследие или банальности не охраняются авторским правом. Как отмечал Анри Десбуа, оригинальность редко бывает абсолютной в том смысле, что произведения всегда основаны на опыте автора и предыдущих контактах с другими произведениями[241].

[241] Gervais D. J. The Derivative Right or Why Copyright Protect Foxes Better than Hedhehogs. P. 823.

В судебной практике Франции также право автора на запрет воспроизведения его работы не признается безграничным. Суды, оценивая сходство произведений, могут прийти к выводу об отсутствии нарушения, если сходство не будет признано существенным. Так, в решении по делу 1992 г., касающегося заимствований в романе «*La Bicyclette Bleue*», Апелляционный суд Парижа пришел к выводу, что более позднее произведение не нарушает авторские права, поскольку сходство между двумя произведениями было признано недостаточно существенным[242]. В современных делах также при решении вопросов, связанных с заимствованиями, исследуется следующее: подверглась ли исходная работа существенным изменениям[243]. Тем не менее, поскольку критерий существенности изменения или существенность сходства двух произведений не следует из французского закона, он не имеет значительной практики применения, при этом суды Франции выработали иные критерии для оценки двух сходных произведений.

Так, оценивая правомерность заимствования, французские суды обращают внимание на обеспечение свободы творчества. В решении 2019 г. по делу о признании незаконной переработки фотографии художником Джеффом Кунсом Апелляционный суд Парижа указал на то, что статья L. 122–4 CPI запрещает любую адаптацию или трансформацию произведения без согласия правообладателя, однако добавил, что «судья должен установить справедливый баланс между соответствующими правами, а именно свободой художественного выражения и авторским правом, и мотивировать, в случае удовлетворения иска, как признание факта нарушения отвечает целям установления этого справедливого баланса». В данном деле суд, тем не менее, не установил, что несанкционированное использование фотографии ответчиком было необходимо для осуществления

[242] Maxwell W. A comparative French and U.S. law approach to scènes à faire and other non- protectable elements in copyright law / W. Maxwell, K. Bolger, T. Zeggane // Propriétés Intellectuelles. 2019. № 30. [Электронный ресурс]. URL: https://www.hoganlovells.com/~/media/2b2d2cde1d424a9aa4c07013ecfcb61d.ashx (дата обращения: 14.10.2023).

[243] Rosati E. Not sufficiently ‘transformative’ appropriation of a photograph held infringing by French court // Journal of Intellectual Property Law & Practice. 2018. Vol. 13. № 7. P. 525.

свободы художественного самовыражения и что может быть оправдано присвоение таким образом охраняемого произведения[244].

Применительно к музыкальным произведениям суды Франции оценивают заимствования в первую очередь исходя из оригинальности первоначального произведения, ввиду чего могут, например, оцениваться предшествующие произведения в схожих музыкальных жанрах. Такой подход является явным отражением доктрины «*scènes à faire*». При этом, как указано выше, оригинальность оценивается применительно к совокупности использованных музыкальных элементов, что предопределяет соответствующий подход к сравнению двух произведений.

В деле 2006 г. «*Zaka Percussion v. Björk*» позиция ответчика была построена на оспаривании охраноспособности исходного произведения «*l'Abeille*» и утверждалось, что как мелодия, состоящая из четырех нот, так и ритм, характерный для традиционных африканских танцев, не обладают оригинальностью, в связи с чем приводились произведения с аналогичными музыкальными элементами. Парижский суд первой инстанции, однако, признал заимствование неправомерным, указав, что, несмотря на то что по отдельности мелодические и ритмические элементы не обладают уникальностью, «именно наложение четырех нот и их метрики на заданную ритмику создает оригинальность и предотвращает любую связь с уже известными произведениями». Таким образом, суд пришел к выводу, что «произведение «l'Abeille» действительно является оригинальным произведением, в котором запечатлена личность его автора, в связи с чем оно подлежит защите в этом качестве[245].

В другом деле 2011 г. Парижский суд первой инстанции указал на то, что возможная связь между двумя музыкальными произведениями недостаточна для признания нарушения, для которого требуется следующее, чтобы при прослушивании наложенных друг на друга записей произведений наличие

---

[244] Cour d'appel de Paris, Pôle 5 - chambre 1, 17 décembre 2019, n° 17/09695 // Doctrine [Электронный ресурс]. URL: https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2019/CADA7CE1020322143E6CE (дата обращения: 26.04.2023).

[245] Tribunal de grande instance de Paris, 3e chambre 3e section, 22 février 2006, n° 02/12476 // Doctrine [Электронный ресурс]. URL: https://www.doctrine.fr/d/TGI/Paris/2006/FRF1F86C71B57EEDBDC91C (дата обращения: 26.04.2023).

ритмического, мелодического и гармонического сходства позволяло распознать исходное произведение во втором произведении[246].

Авторское право Франции характеризуется также достаточно строгим подходом к допустимости цитирования. Так, согласно статье L. 112–5 CPI (3) после раскрытия произведения автор не может запретить при условии четкого указания имени автора и источника заимствования анализ и краткие цитаты, обоснованные критическим, полемическим, образовательным, научным или информационным характером работы, в которую они включены. Таким образом, цитирование ограничено как по объему, так и по его целям, что фактически оставляет музыкальные цитаты в коммерческих и творческих целях в пределах монополии правообладателя.

Так, по делу 2003 г. Апелляционный суд Парижа признал, что включение длительных отрывков из музыкальных произведений в мультимедийный продукт не может быть признано правомерной цитатой. Суд указал на то, что данные отрывки фонограмм музыкальных произведений не служат цели донесения какой-либо информации, а «составляют саму суть веб-сайта», при этом «продолжительность 30-секундных отрывков по сравнению с цитируемыми произведениями продолжительностью около 3-х минут не может соответствовать требуемому условию краткости цитаты»[247].

Ограничение авторского права в целях пародии, карикатуры и стилизации по сравнению с Директивой 2001/29/ЕС также является более ограниченным: такие пародии, карикатуры и стилизации должны соблюдать правила данных жанров (ст. L. 112–5 CPI (4). Тем не менее, следует отметить, что данное ограничение было предусмотрено в законодательстве Франции задолго до ее гармонизации на уровне ЕС[248].

---

[246] Tribunal de grande instance de Paris, 3e chambre 4e section, 27 janvier 2011, n° 09/15307. // Doctrine [Электронный ресурс]. URL: https://www.doctrine.fr/d/TGI/Paris/2011/FRBB677D4238C140411262 (дата обращения: 26.04.2023).

[247] Cour d'appel de Paris, 10 décembre 2003, n° 2002/12940 // Doctrine [Электронный ресурс]. URL: https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2003/UCA7431D77BAD9B4BD6AF (дата обращения: 26.04.2023).

[248] Jongsma D. Parody after Deckmyn. A Comparative Overview of the Approach to Parody Under Copyright Law in Belgium, France, Germany and the Netherlands. P. 653.

В отношении данной нормы Апелляционный суд Парижа отмечал, что при оценке действий ответчика суд должен ограничиваться его намерениями и жанром произведения «вне зависимости от результата, который воплощается в проявлении смеха или улыбок, что зависит от таланта автора и восприимчивости публики, то есть двух обстоятельств, которые находятся вне досягаемости оценки суда»[249].

Несмотря на более узкое определение пародии, в отношении музыкальных произведений французские суды по сравнению с немецкими являются более либеральными, признавая пародию там, где был изменен только текст песни, но не сама музыка. Так, Верховный Суд Франции установил, «поскольку разрешено воспроизводить оригинальную музыку таким образом, чтобы пародию произведения можно было незамедлительно распознать, пародирование только текста достаточно для создания пародии на произведение в целом и предотвращения любого смешения»[250].

Положениям, касающимся смежных прав, посвящена книга вторая CPI. Следует отметить большую схожесть регулирования данного института в России и во Франции. Так, как и Гражданский кодекс РФ, CPI в статье L. 211–3 предусматривает распространение правил о свободном использовании идентичным в отношении авторских прав на смежные права.

Регулирование смежных прав на фонограммы отдельно предусмотрено только в статье L. 213–3. Указанная статья содержит определение изготовителя фонограммы, фактически аналогично ст. 1322 Гражданского кодекса РФ: изготовителем фонограммы считается физическое или юридическое лицо, которое берет на себя инициативу и ответственность за первоначальную фиксацию последовательности звуков. Рассматриваемая статья также закрепляет содержание исключительного права изготовителя фонограммы: разрешение изготовителя фонограммы требуется для любого воспроизведения, доведения до всеобщего сведения путем продажи, обмена или проката или доведения до всеобщего

---

[249] Jongsma D. Parody after Deckmyn. A Comparative Overview of the Approach to Parody Under Copyright Law in Belgium, France, Germany and the Netherlands. P. 655.

[250] Jongsma D. Parody after Deckmyn. A Comparative Overview of the Approach to Parody Under Copyright Law in Belgium, France, Germany and the Netherlands. P. 657.

сведения его фонограммы, за исключением тех, которые упомянуты в статье L. 214–1.

Однако на практике разрешение изготовителя фонограммы все-таки не будет распространяться на любое воспроизведение, поскольку судам необходимо учитывать позицию суда ЕС по делу *Pelham GmbH v. Hutter,* то есть в случае заимствования семпла необходимо будет установить, остается ли он узнаваемым в новом произведении.

Так, в решении 2019 г. Суд первой инстанции Парижа в деле о заимствовании семпла, сославшись на указанное дело, отметил, что «электронный семпл, взятый артистом из произведения «*The Bridge is Broken*», хотя и очень короткий, так как длится менее 2-х секунд, но узнаваем при прослушивании в произведении «*Goodbye*». Слегка был изменен только звук используемой гитары. Таким образом, установлено нарушение смежных прав производителя фонограммы «*The Bridge is Broken*» путем несанкционированного воспроизведения семпла из него в произведении «*Goodbye*»[251].

Итак, CPI содержит достаточно строгие положения, ограничивающие возможность заимствований как в целом, так и в отношении музыкальных произведений. В частности, закон, в отличие от UrhG, не содержит критериев, при которых незначительное использование произведения признавалось бы допустимым, а также не допускает возможность музыкального цитирования (в коммерческих целях). Тем не менее, в судебной практике Франции недопустимость воспроизведения произведения без согласия правообладателя не является безусловной, заимствование может быть оправдано свободой творчества (и отдельно допускается в целях пародии), при этом заимствование музыкального произведения признается неправомерным в том случае, если исходное произведение обладает оригинальностью, выраженной в совокупности составляющих его музыкальных элементов.

---

[251] Tribunal de grande instance de Paris, 7 novembre 2019, 19/03440 // Doctrine [Электронный ресурс]. URL: https://www.doctrine.fr/d/TGI/Paris/2019/JURITEXT000043759836 (дата обращения: 26.04.2024).

Исследованные нормативные положения и правоприменительная практика Германии и Франции явно показывают различия в подходах к заимствованиям в музыкальных произведениях, принятых в данных странах. В Германии на уровне закона закреплена доктрина свободного использования, предполагающая возможность заимствования произведений в случае его существенного изменения в новом произведении. Во Франции законом предусмотрен абсолютный запрет на воспроизведение чужого произведения, однако в судебной практике заимствование признается допустимым, при этом с учетом оценки охраноспособности исходного произведения. Кроме того, в Германии как в законе, так и в судебной практике особое внимание уделено охраноспособности мелодии, тогда как судами Франции признается, что оригинальность музыки не может быть выражена в одном элементе, в том числе мелодии.

Указанные различия только подчеркивают, что вопрос заимствования музыкальных произведений может быть решен в нормативно-правовом регулировании, при этом определен на основании различных подходов. В связи с этим отсутствие выработанных в отечественном законодательстве и судебной практике критериев заимствования в музыкальных произведениях необходимо расценивать как недостаток, который может иметь решение. Как было выявлено в настоящем параграфе, авторское право Германии, Франции и России как стран из одной правовой семьи базируется на сходных положениях об охраноспособности произведения, имущественных и личных неимущественных правах, свободного использования произведений, в связи с этим не имеется серьезных препятствий для имплементации правовых подходов, сложившихся в рассмотренных юрисдикциях, в праве РФ. В первую очередь речь идет о концепции свободного использования в авторском праве Германии, имеющем большое сходство с ранее закрепленной в отечественном законодательстве положении о допустимости заимствования для создания нового, существенно отличающегося произведения. Кроме того, заслуживает внимания российского законодателя и правоприменителя позиция Суда ЕС о границах допустимого заимствования фонограмм музыкальных произведений при семплировании.

Таким образом, исследованный опыт стран континентальной Европы может быть использован для устранения пробелов в отечественном законодательстве. В следующей главе он будет учтен при выработке подхода для определения незаконных заимствований в музыкальных произведениях.

§ 2. Правовое регулирование заимствований в музыкальных произведениях в странах англо-саксонского права

Авторское право Великобритании и США, основанное на концепции «*copyright*», имеет общие корни, особенно относительно музыки, которые зародились изначально в Великобритании. Несмотря на это, доктрины авторского права Великобритании и Соединенных Штатов расходятся в некоторых местах, сильно отличаясь друг от друга[252].

Хотя прецедентное право играет существенную роль в авторском праве Великобритании, его консолидированным источником является Закон об авторском праве, промышленных образцах и патентах 1988 года (англ. – «*Copyright, Designs and Patents Act*», далее – «CPDA»), в связи с этим имеет смысл начать рассмотрение именно данного законодательного акта.

Как ранее указывалось, в рамках концепции «*copyright*» роль автора не играет центрального значения, поэтому регулирование части первой CPDA, посвященной авторскому праву, исходит из его понимания как права владельца авторского права на распространение произведений, к которым также относятся музыкальные произведения и аудиозаписи (статья 1 (1) (a, b) CDPA[253].

В отличие от аналогичных законодательных актов других стран в CPDA предусмотрены определения для каждого из объектов авторских прав. Так, под музыкальным произведением подразумевается произведение, состоящее из

---

[252] Baumgardner S. The "I Know It When I Hear It" Test: Decreasing Overdependence on Sheet Music in Substantial Similarity Cases // Gonzala. Law. Review. 2020. Vol. 56. № 2. P. 357.

[253] Copyright, Designs and Patents Act 1988 // legislation.gov.uk. [Электронный ресурс]. URL: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/part/I (дата обращения: 26.04.2023).

музыки, за исключением любых слов или действий, предназначенных для пения, произнесения или исполнения под музыку (статья 3 (1) CDPA). Отмечается, что законодатель специально не решился при этом определять, что необходимо считать музыкой, оставляя этот вопрос для широкого трактования судами[254].

Так, в прецедентном решении 2005 года по делу *Sawkins v Hyperion Records Ltd*, к которому мы еще не раз обратимся, суд философски описал, как он понимает музыкальное произведение: «в отсутствие специального законодательного определения музыки, нужно исходить из его общеупотребительного словарного значения – суть музыки заключается в сочетании звуков, которые предназначены для прослушивания. Музыка не является просто шумом, она предназначена для того, чтобы оказывать определенное воздействие на эмоции и интеллект слушателя». Границы музыки понимаются достаточно широко. Суд указал на то, что «нет никаких причин, по которым, например, запись спонтанного пения, свиста, напевания человека или импровизации звуков группой людей с музыкальными инструментами или без них не должна рассматриваться как «музыка» для целей авторского права» [255].

Другим, интересующим нас в CDPA объектом авторского права является аудиозапись. Это запись звуков, с которой они могут быть воспроизведены, или запись всего или любой части литературного, драматического или музыкального произведения, из которой могут быть созданы звуки, воспроизводящие произведение или его часть независимо от носителя, на котором сделана запись, или метода, с помощью которого звуки воспроизводятся или создаются. В том же решении по делу *Sawkins v Hyperion Records Ltd* суд обозначил, в чем принципиальная разница между музыкальным произведением и аудиозаписью. Так, по мнению суда, аудиозапись является одной из форм фиксации музыкального произведения на материальном носителе. При этом фиксация звуков в аудиозаписи

[254] McDonagh L. Rearranging the roles of the performer and the composer in the music industry - the potential significance of Fisher v Brooker // Intellectual Property Quarterly. 2012. № 1. P. 67.
[255] Arnold R. Reflections on "The Triumph of Music". Copyrights and Performers' Rights in Music // Intellectual Property Quarterly. 2010. № 2. P. 153.

или в нотах сама по себе не является музыкой, на которую распространяется авторское право[256].

В CDPA под автором понимается лицо, которое создает произведение, а в случае, если литературное, драматическое, музыкальное или художественное произведение создано с помощью компьютера, автором считается лицо, осуществляющее действия, необходимые для создания произведения (ст. 9 (1,3) CDPA). Автором аудиозаписи считается продюсер (ст. 9 (2) CDPA).

Судами Великобритании было установлено, что для возникновения авторского права в произведении необходим низкий уровень оригинальности при его создании. Еще в 1900 году в решении по делу *Walter v. Lane* был разработан критерий, который используют суды до сих пор – так называемая доктрина «*sweat of the brow*» (пер. с англ. – «в поте лица») – защиту авторского права получают произведения, которые принадлежат автору и являются результатом его собственных достаточных навыков, труда и стараний, затрат и суждений (не обязательно по всем критериям одновременно)[257].

Низкий уровень оригинальности распространяется и на создание музыкального произведения. Так, в решении 1995 года по делу *Godfrey v. Lees and Others* судья признал истца, исполнителя фортепианных и органных партий в ряде музыкальных произведений, соавтором этих произведений, даже несмотря на то что, по словам суда, в одном пограничном случае его аккомпанемент являлся прямолинейным и в силу своей природы постоянно повторялся[258].

В указанном деле *Sawkins v Hyperion Records Ltd* оригинальности музыкального произведения было дано более широкое понимание: суд признал переиздание оркестровой музыки для нового исполнения (авторские права на оригинал которого уже истекли) объектом авторского права не только на основании количества правок нот оригинального произведения, которые внес

---

[256] Arnold R. Reflections on "The Triumph of Music". Copyrights and Performers' Rights in Music // Intellectual Property Quarterly. P. 154.

[257] Rahmatian A. Originality in UK Copyright Law: The Old “Skill and Labour” Doctrine Under Pressure // International Review of Intellectual Property and Competition Law. 2013. Vol. 44. № 1. P. 12.

[258] Free D. Beckingham v. Hodgens: The Session Musician’s Claim to Music Copyright // Entertainment and Sports Law Journal, 4. 2016. Vol. 1(3). № 4. P. 95.

истец, но и в силу создания им замечаний и пояснений для исполнения басовой партии. Суд посчитал, что такие изменения в конечном счете повлияли на звучание произведения, что и является основанием для признания авторских прав[259]. Несмотря на то что примечания к исполнению можно очень опосредованно отнести к форме музыкального произведения, тем не менее, признание таких действий созданием произведения соответствует доктрине «*sweat of the brow*».

Переходя к содержанию авторского права, стоит вернуться к положениям CDPA. Так, по закону автор произведения считается первым правообладателем любых авторских прав на это произведение (статья 11 (1) CDPA). Содержание авторских прав включает в себя права правообладателя, то есть имущественные права (глава 2 CDPA) и личные права, которыми обладает автор (глава 4 CDPA).

В соответствии со статьей 16 CDPA права правообладателя входят в исключительное право, то есть право совершать ряд предусмотренных законом действий. При этом действия, входящие в исключительное право автора, распространяются равным образом как на музыкальные произведения, так и на аудиозаписи, хотя следует учитывать дифференцированный подход в законе в отношении каждого объекта авторских прав. Среди перечисленных в CDPA действий нас интересует копирование произведения и создание его адаптаций.

Следует отметить, что закон четко не определяет, является ли любое заимствование произведения копированием или адаптацией. Тем не менее, в части первой CPDA отмечается, что указания на совершение действий, запрещенных авторским правом, относятся к его совершению в отношении произведения в целом или любой его существенной части (статья 16 (3). Критерий определения «существенной части» произведения, использование которой запрещено авторским правом, следует рассмотреть путем анализа судебной практики.

Для установления копирования существенной части судам Великобритании необходимо решать сложные вопросы относительно количества и степени сходства произведений. При этом в судебной практике было установлено, что при

[259] Laroche, G. Settling the Score: Copyright in Modern Editions of Public Domain Musical Works. // Intellectual Property Journal. 2013. Vol. 26. № 1. P. 103-104.

квалификации отдельных частей оригинального произведения как его существенной части применяется качественный, а не количественный критерий. Он заключается в том, чтобы определить, содержит ли рассматриваемая часть элементы, которые являются выражением интеллектуального творчества автора произведения[260]. Соответствующим образом воспроизведение малой части произведения, которая имеет высокую оригинальность, будет являться нарушением авторских прав, тогда как воспроизведение части, которая сама по себе не является оригинальной, даже если она достаточно значительна, не будет квалифицировано как существенная часть произведения[261]. Такой гибкий подход, как мы увидим далее, позволяет эффективно решать и споры в отношении заимствований в музыкальных произведениях, поскольку дает возможность разграничивать наиболее значимые и оригинальные элементы и части музыки от общепринятых музыкальных паттернов.

В ст. 17 CDPA достаточно подробно описано, что представляет собой или что включает в себя нарушение авторских прав путем копирования в отношении почти каждого из объектов авторских прав, хотя, например, не предусмотрено, что представляет собой копирование аудиозаписи. В отношении литературного, драматического, музыкального или художественного произведения считается, что копирование означает воспроизведение такого произведения в любой материальной форме (статья 17 (2) CDPA), при этом закон не содержит пояснений относительно копирования в части, хотя определяет, что в копирование фильма или трансляции входит фотографирование всего или существенной части любого изображения, входящего в их состав (статья 17 (4) CDPA).

Создание адаптаций также определено различно применительно к каждому объекту авторских прав. При этом, как отмечает британский юрист П. Р. Гулд, в CDPA понятие адаптации является достаточно узким и весьма детальным, что

---

[260] Newspaper Licensing Agency v Meltwater [2011] EWCA Civ 890 // WIPO Lex Database [Электронный ресурс]. URL: https://www.wipo.int/wipolex/en/judgments/details/1492 (дата обращения: 26.04.2023).

[261] Sowerby J. R. Parody and Fair Dealing in Copyright Law : Wellington.: Law Faculty, Victoria University of Wellington. 1991. P. 4.

связывает руки судам при его применении[262]. Относительно музыкального произведения его адаптация означает аранжировку или его транскрипцию (статья 21 (3) (b) CDPA). Следовательно, заимствования в музыкальных произведениях, не являющиеся аранжировками или транскрипциями, адаптациями не являются и могут быть квалифицированы только как копирование.

Такой вывод подтверждается судебной практикой. Когда дело касается заимствований в произведениях, в том числе музыкальных, то есть в том случае, когда идет спор о том, использовал ли автор при создании нового произведения чужой труд, суды Великобритании решают вопрос о квалификации таких действий как копирование существенной части произведения, а не адаптация[263].

В 1963 году в деле *Francis Day & Hunter Ltd. And Another v Bron and Another* был установлен двухступенчатый критерий определения нарушения авторских прав путем копирования применительно к музыкальному произведению: сначала суду необходимо установить, что новое произведение не является независимым и связано с произведением истца, а затем определить оригинальные элементы исходной композиции[264]. Считается, что этот критерий необходим для поддержания возможности авторского права поддерживать баланс между охраной и поощрением творчества[265].

По существу рассмотрения указанного дела суд пришел к выводу, что две песни хотя и схожи, но обладают разной структурой. При этом суть произведения, которая остается в памяти при прослушивании оригинального произведения, заключается в первых восьми тактах, тогда как заимствованные другие две секции по восемь тактов являются обычными элементами или клише, которые в новом произведении получают другое развитие. Примечательны также суждения в

---

[262] Goold P. R. Why the U.K. Adaptation Right Is Superior to the U.S. Derivative Work Right // Nebraska Law Review. 2021. Vol. 92. № 4. P. 887.

[263] Очевидно, что в случае создания чисто аранжировки произведения без разрешения правообладателя, вопрос о допустимости такого заимствования является вряд ли спорным.

[264] Hood T. G. C. Can the courts of England and Wales establish a ‘character of copying’ in the assessment of similar fact evidence for cases regarding musical copyright // Journal of Intellectual Property Law & Practice. 2021. Vol. 16. № 12. P. 1335.

[265] Neophytou J. P. Sheeran succeeds in ‘Shape of You’ music copyright infringement claim // Journal of Intellectual Property Law & Practice. 2022. Vol. 17. № 7. P. 546.

решении относительно элементов музыкального произведения и их соотношения. Суд указал, помимо прочего, на то, что даже полного совпадения нот мелодии недостаточно, чтобы музыка звучала одинаково: размер и ритм имеют такое же значение, в некоторых случаях даже являются более важными[266].

Современный подход к копированию музыкальных произведений все также основывается на указанном решении, что можно наглядно увидеть в решении по делу *Sheeran & Ors v Chorki & Ors,* состоявшемуся в 2022 году, которое касалось вопроса о наличии неправомерного заимствования в секции из восьми тактов из популярной песни «*Shape of You*». Стоит отметить, что суд рассматривал данную музыкальную фразу как отдельную часть произведения на предмет того, является этот фрагмент в произведении истца[267] копированием существенной части этого фрагмента из произведения ответчика[268].

Как указано в решении, существует бесчисленное множество произведений в поп и рок-музыке, которые используют мелодию, построенную таким же образом, как и в рассматриваемых отрывках. Один из основных доводов, на основании которого суд удовлетворил требования истца, заключался в том, что «если слушать звуки в совокупности, две фразы играют очень разную роль в соответствующих произведениях», в «*Oh Why*» (произведение ответчика) – центральную роль, отражая настроение песни, тогда как в «*Shape of You*» – роль цепляющего фрагмента для заполнения промежутка между повторяющимися фразами. Суд подвел итог: даже если истец и нашел вдохновение в песне «*Oh Why*», она далека от того, чтобы стать очевидным источником для «*Shape of You*».

Таким образом, несмотря на то что суды Великобритании исходят из низкого уровня оригинальности, достаточного для охраны произведения, это не исключает возможности вычленения из произведения (или даже ее части) неоригинальных

---

[266] Francis Day & Hunter Ltd v Bron // v|lexJustis [Электронный ресурс]. URL: https://vlex.co.uk/vid/francis-day-hunter-ltd-793242945 (дата обращения: 26.04.2023).

[267] В данном деле истцы являлись правообладателем более позднего произведения, поскольку ранее ответчики получили предварительное решение о том, что их авторские права были нарушены.

[268] Sheeran v Chorki judgement 06.04.2022 // Courts and Tribunlas Judiciary [Электронный ресурс]. URL: https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2022/07/Sheeran-v-Chokri-judgment-060422.pdf. (дата обращения: 26.04.2023).

элементов – клише и общепринятых в музыке ходов и приемов, заимствование которых не будет являться копированием существенной части произведения. Также, на наш взгляд, оба решения – наглядный пример тому, как суды Великобритании не сводят музыкальное произведение исключительно или в большей мере к мелодии, а рассматривают, где необходимо, самые разные музыкальные элементы далеко за рамками триады мелодия – гармония – ритм.

Переходя к вопросу о допустимости заимствований, основанных на ограничениях авторского права, следует отметить, что CDPA предусматривает перечень действий, которые могут быть совершены в отношении произведений, защищенных авторским правом (статья 28 (1) CDPA). В этот перечень в связи с имплементацией Директивы 2001/29/ЕС в 2014 году[269] были включены такие действия, как цитирование и пародия.

Согласно статье 30 (1ZA) CDPA использование цитаты из произведения не нарушает авторских прав при соблюдении следующих условий: произведение стало общедоступным, цитата используется добросовестно по отношению к работе, объем цитаты не превышает того, что требуется для конкретной цели, и, наконец, цитата сопровождается достаточным подтверждением (за исключением случаев, когда это невозможно по причинам из соображений практичности или иным образом). Стоит отметить, что указанные условия практически полностью воспроизводят требования к свободному использованию произведения путем цитирования, предусмотренные Бернской конвенцией[270], а также добавлено условие о добросовестности использования цитаты.

В CDPA не приводится определения добросовестному использованию (англ. – «*fair dealing*») и не указывается, какие критерии необходимо учитывать для объяснения добросовестного использования произведения. Данное понятие было разработано в прецедентном праве с точки зрения непредубежденного и честного

---

[269] The Copyright and Rights in Performances (Quotation and Parody) Regulations 2014 // legislation.gov.uk. [Электронный ресурс]. URL: https://www.legislation.gov.uk/uksi/2014/2356/introduction/made (дата обращения: 26.04.2023).

[270] Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений от 09.09.1886 (измененная 28.09.1979) (официальный перевод) // WIPO Lex [Электронный ресурс]. URL: https://wipolex.wipo.int/ru/text/283697 (дата обращения: 26.04.2023). Ст. 10.

человека и традиционно рассматривалось как вопрос степени и впечатления[271]. Доктрина добросовестного использования является общей в отношении действий, допустимых относительно объектов авторских прав, и, по сути, позволяет судам «очертить контуры» предусмотренных исключений, поскольку использование проходит двухэтапную проверку, в ходе которой выясняется, отвечало ли оно цели, указанной в соответствующем исключении, и было ли такое использование добросовестным[272].

В решении 2011 года по делу *The Right Honourable Paddy Ashdown, MP PC v Telegraph Group Ltd* судом были определены наиболее важные факты (по степени их важности), которые следует принимать во внимание при определении добросовестного использования, во-первых, конкурирует ли используемое произведение с тем, в котором оно использовано, во-вторых, было ли произведение опубликовано или иным образом представлено общественности, в-третьих, объем и важность произведения, которое используется. При этом было отмечено, что, хотя и допустимо брать существенную часть произведения, в некоторых случаях использование чрезмерного объема или, наоборот, даже самого малого объема нельзя признать добросовестным[273].

Британский исследователь А. Кэмерон считает, что использование частей музыкальных произведений, включая музыкальные семплы, в виде цитат может противоречить добросовестному использованию[274]. Прежде всего это может быть связано с тем, что зачастую музыкальную цитату использует как раз конкурент цитируемого произведения. Однако, учитывая, что данный вопрос является весьма оценочным, его применение будет сильно зависеть от усмотрения конкретного судьи.

---

[271] Rosati E. To what extent do current exclusions and limitations to copyright strike a fair balance between the rights of owners and fair use by private individuals and others? Ligue Internationale du Droit de la Concurrence, 2018. P. 10.

[272] Wilson R. Comedy in Court: How Should the Courts Define Parodies and Humor Under UK Copyright Law? // SSRN [Электронный ресурс]. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3687414 (дата обращения: 23.12.2023). P. 21.

[273] Ashdown v Telegraph Group Ltd // v|lexJustis [Электронный ресурс]. URL: https://vlex.co.uk/vid/ashdown-v-telegraph-group-792945629 (дата обращения: 26.04.2023).

[274] Cameron A. Copyright exceptions for the digital age: new rights if private copying, parody and quotation // Journal of Intellectual Property Law & Practice. 2014. Vol. 9. № 12. P. 1066.

Как следует из рассматриваемого положения CDPA, цели цитирования строго не ограничены и определяются соответствием конкретной цели. Применительно к законодательству Германии мы отмечали, что такое условие позволяет разрешать музыкальные цитаты, и хоть в CDPA нет, как в UrhG положений, прямо их предусматривающих, нет оснований говорить об обратном. При этом стоит все же учитывать, что статья 30 (1ZA) CDPA фактически указывает на то, что использование цитаты в любых целях может быть допустимым в том случае, если оно при этом подпадает под критерии добросовестного использования. Следовательно, музыкальная цитата для признания ее правомерной должна пройти проверку и на соответствие заявленной цели, и на предмет ее добросовестного использования.

Ст. 30A (1) CDPA предусматривает, что добросовестное использование произведения для карикатуры, пародии или стилизации не нарушает авторские права на это произведение. Таким образом, в отличие от закрепленных соответствующих оговорок в Директиве 2001/29/ЕС, законах Франции и Германии CDPA сужает данное исключение путем указания на необходимость добросовестного использования пародии.

Как указывает Офис интеллектуальной собственности Великобритании, добросовестное использование в отношении пародии означает использование ограниченного, умеренного количества чужого труда, и прямое копирование оригинального произведения не будет являться допустимым, как и ущерб коммерческому использованию оригинального произведения, и в этой связи использование охраняемой музыки без изменения для сопровождения пародийного видеоряда не будет являться добросовестным[275].

Следует отметить, что, поскольку данное исключение из действий, на которые распространяется авторское право, было закреплено на уровне закона сравнительно недавно, суды Великобритании, рассматривая дела о правомерности

[275] Exceptions to copyright: Guidance for creators and copyright owners // Intellectual Property Office. [Электронный ресурс]. URL: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/359250/Exceptions_to_copyright_-_Guidance_for_creators_and_copyright_owners.pdf (дата обращения: 26.04.2023).

создания пародии, изначально применяли стандартные критерии определения нарушения, если установлено, что используется существенная часть оригинального произведения, в том числе и музыкального[276]. Так, еще в 1911 году по делу *Francis, Day and Hunter v Feldman* судья в отношении пародии на песню отметил, что «в принципе, не имеет места никакого нарушения прав истца, если ответчик приложил такой умственный труд к тому, что он взял и подверг это такому изменению и переработке, что получился оригинальный результат»[277]. Создание пародии в таких делах рассматривалось не как основание для признания заимствования допустимым, а являлось частным случаем копирования, то есть считалось недопустимым, так как пародия затрагивала существенную часть произведения.

Появление ст. 30A (1) CDPA обязывает суды Великобритании учитывать пародию как самостоятельное ограничение авторских прав. При этом одновременно с появлением данной нормы было вынесено ранее упомянутое решение Суда ЕС по делу «*Deckmyn*», запретившее устанавливать в отношении пародий дополнительные критерии, помимо указанных в данном деле, с указанием на то, что в интересах единообразного применения права ЕС пародию следует рассматривать как самостоятельное понятие в праве ЕС. И хоть Великобритания в 2020 году и вышла из ЕС, в связи с этим решения Суда ЕС больше не входят в ее систему права, высказываются мнения, что толкование, данное Европейским судом в отношении исключения в случае пародии, вероятно, продолжит играть определенную роль в судебной практике Великобритании[278].

Подводя итог рассмотрению авторского права Великобритании с точки зрения заимствований в музыкальных произведениях, следует отметить, что правовые доктрины достаточно широко позволяют использовать элементы чужой музыки. Критерий копирования существенной части обязывает суды проверять, насколько важным использованный элемент являлся в исходном произведении,

---

[276] Sowerby J. R. Parody and Fair Dealing in Copyright Law. P. 15-16.

[277] Yankwich L. R. Parody and Burlesque in the Law of Copyright // The Canadian Bar Review. 1955. Vol. 33. № 10. P. 1142.

[278] Lai A. T. Y The Right to Parody: Copyright and Free Speech in Selected Jurisdictions: thesis ... doctor of philosophy. Vancouver, 2018. P. 272.

при этом его место и роль гораздо важнее объема использования. Музыкальные пародия и цитаты также допустимы с точки зрения закона и судебной практики с учетом влияния гармонизации права на уровне ЕС. Правомерность таких заимствований, однако, не безусловна, а зависит во многом от того, как конкретный судья Великобритании применит доктрину свободного использования.

Переходя к рассмотрению данных вопросов в праве США, в первую очередь отметим, что при сопоставимом с Великобританией влиянием судебной практики основным нормативным документом в области авторского права является закон от 19 октября 1976 года, который был принят как Раздел 17 Кодекса США (англ. – «*Title 17 of the United States Code*», далее – 17 USC)[279].

В § 101 17 USC предусмотрены основные понятия, используемые в законе. Несмотря на большое количество определений, законодатель предпочел не раскрывать понятие произведения, ограничившись закреплением формы его выражения. Так, установлено, что произведение считается «созданным», когда оно впервые зафиксировано в копии или фонограмме.

Фонограммы определяются как материальные объекты, в которых звуки в отличные от тех, которые сопровождают кинофильм или другое аудиовизуальное произведение, фиксируются любым известным в настоящее время или разработанным позднее способом, и с которых звуки могут быть восприняты, воспроизведены или иным образом переданы либо непосредственно, либо с помощью машины или устройства. Термин «фонограммы» включает материальный объект, в котором звуки впервые фиксируются. Следовательно, фонограммы в авторском праве США понимаются не как объекты авторских прав, а только как форма их закрепления.

Определения музыкальному произведению в § 101 17 USC не приводится, при этом в данном параграфе обозначено понятие аудиозаписи. Так, аудиозаписи признаются произведениями, которые являются результатом фиксации серии музыкальных, устных или других звуков, но не включают звуки, сопровождающие

[279] United States Code, Title 17 - Copyrights (17 U.S.C., amended up to Public Law No. 117-263) // WIPO Lex Database [Электронный ресурс]. URL: https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/589613 (дата обращения: 26.04.2023).

кинофильм или другое аудиовизуальное произведение, независимо от природы материальных объектов, таких как диски, кассеты или другие фонограммы, в которых они представлены. Следует сказать, что авторское право США исходит из самостоятельного авторского права на аудиозапись, охраняемого независимо от любых, лежащих в их основе музыкальных произведений, тем самым отдельно признается творческий характер труда, который вкладывается в создание аудиозаписи[280].

В § 101 17 USC также закреплено понятие производного произведения, согласно которому под ним понимается произведение, основанное на одном или нескольких ранее существовавших произведениях, таких как перевод, музыкальная аранжировка, инсценировка, беллетризация, версия кинофильма, звукозапись, художественное воспроизведение, сокращение, конденсация или любая другая форма, в которую произведение может быть переработано, преобразовано или адаптировано. Произведение, состоящее из редакционных правок, аннотаций, дополнений или других модификаций, которые в целом представляют собой оригинальное авторское произведение, является производным.

Из данного параграфа следует, что в 17 USC понятие производного произведения гораздо шире, чем в CDPA, которое мы ранее рассмотрели. П. Р. Гулд считает, что в то время, как авторское право США предоставляет каждому автору право исключать любой тип производного произведения, в праве Великобритании точно определено, какие типы адаптаций автор имеет право запрещать[281]. Таким образом, в 17 USC производным произведением будет любая адаптация музыкального произведения, а не только его аранжировка и транскрипция, как в CDPA.

Понятие авторского права и перечень охраняемых объектов закреплены в § 102 17 USC, согласно которому охрана авторских прав распространяется на оригинальные произведения, в том числе музыкальные, зафиксированные на

[280] King J. Tiny, Tiny Copyright: An Examination of the Copyrightability of Sampler Instruments and Its Impact on Derivative Works // Columbia Journal of Law & The Arts. 2021. Vol. 45. № 1. P. 98.
[281] Goold P. R. Why the U.K. Adaptation Right Is Superior to the U.S. Derivative Work Right. P. 877.

любом материальном носителе, известном в настоящее время или разработанном позже, с которого они могут быть восприняты, воспроизведены или иным образом переданы либо непосредственно, либо с помощью машины или устройства.

В перечень объектов авторских прав включаются и производные произведения, как указано в § 103 17 USC. При этом, как отмечает американский юрист Д. Д. Гервайс, широкое понимание производного произведения не следует толковать как право запрещать любое произведение, основанное на раннее существовавшем произведении, поскольку отрицание многих новых проявлений человеческого творчества не является целью права на создание производного произведения[282].

Долгое время в судебной практике США при определении оригинальности произведения, необходимой для его правовой охраны, применялась разработанная судами Великобритании доктрина «в поте лица», однако впоследствии данный подход был изменен. Так, в 1991 году в решении по делу *Feist Publications v Rural Telephone Service Co.* Верховный Суд США постановил, что согласно Конституции «оригинальность – это стандарт, который, состоит из независимого творчества, а также небольшой доли креативности». Концепция авторства, которую суд усмотрел в Конституции, требует большего, чем усердный и кропотливый труд: и автор должен именно творить, а не просто тратить усилия на сбор и изложение информации[283]. Проводя различие между подходами к оригинальности, американский исследователь С. Баумгарднер указывает на то, что британские суды, определяя оригинальность произведения, задаются вопросом, как много труда необходимо для возникновения авторского права, тогда как суды США – как много творчества присуще тому или иному произведению[284].

В содержание авторского права входят исключительные права, перечень которых закреплен в § 106 17 USC, и права авторов на авторство и целостность произведения в соответствии с § 106A 17 USC.

---

[282] Gervais D. J. The Derivative Right or Why Copyright Protect Foxes Better than Hedhehogs. P. 799.

[283] Ginsburg J. C. The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law. P. 1078.

[284] Baumgardner S. The "I Know It When I Hear It" Test: Decreasing Overdependence on Sheet Music in Substantial Similarity Cases. P. 380.

Правообладатель авторского права имеет исключительные права совершать или разрешать ряд предусмотренных законом действий, в частности, воспроизводить охраняемое авторским правом произведение в копиях или фонограммах (§ 106 (1) 17 USC), а также создавать производные произведения на основе охраняемого авторским правом произведения (§ 106 (2) 17 USC).

В отношении ряда объектов авторских прав в 17 USC отдельно раскрывается объем исключительных прав. Такие положения предусмотрены как в отношении музыкальных произведений, так и аудиозаписей.

Так, § 114 (2) 17 USC достаточно подробно определяет содержание права на воспроизведение и создание производных аудиозаписей. Согласно данному положению право на воспроизведение исчерпывается правом дублировать аудиозапись в виде фонограмм или копий, которые прямо или косвенно воспроизводят фактические звуки, зафиксированные в записи. Право на создание производной аудиозаписи исчерпывается правом на создание производного произведения, в котором фактические звуки, зафиксированные в аудиозаписи, переставляются, ремикшируются или иным образом изменяются в последовательности или в свойствах. Исключительные права правообладателя аудиозаписи на воспроизведение и создание производного произведения не распространяются на создание или дублирование другой аудиозаписи, которая полностью состоит из независимой фиксации других звуков, даже если такие звуки имитируют звуки в защищенной авторским правом звукозаписи.

В законе не указано, воспроизведение какой части звуков должно быть достаточным для распространения на нее авторских прав. На наш взгляд, указание на звуки во множественном числе может быть истолковано, как заимствование из аудиозаписи несущественной части отдельных звуков (тонов), например, для последующего семплирования не должно признаваться воспроизведением или созданием производной аудиозаписи. Такое толкование подтверждается и в тексте доклада Судебного комитета Палаты представителей, рекомендовавшего к принятию 17 USC: «нарушение имеет место всякий раз, когда все или любая существенная часть фактических звуков, составляющих защищенную авторским

правом звукозапись, воспроизводятся в фонограммах путем подавления, транскрибирования, повторного воспроизведения из эфира или любым другим способом»[285]. Однако, как мы увидим далее, ответ на данный вопрос стал неоднозначным в судебной практике.

Специальные положения относительно объема прав на музыкальные произведения, предусмотренные в § 115 17 USC, касаются принудительной лицензии, которую лицо имеет право получить в целях распространения и публикации музыкальных произведений. Данные положения не связаны с вопросом допустимости заимствования, в связи с этим нет смысла останавливаться на них в настоящей работе. Однако они демонстрируют важность относительно большей свободы в использовании чужих музыкальных наработок, декларируемой в авторском праве США.

Тем не менее, 17 USC не содержит каких-либо положений, позволяющих ответить на вопрос допустимости заимствований в объектах авторских прав в правопорядке США, в частности музыкальных произведений или аудиозаписей. Данный вопрос, как и в праве Великобритании, следует искать в судебной практике по делам, касающимся нарушения авторских прав в результате создания схожих произведений.

Судами США в этих целях был разработан критерий существенного сходства (англ. – «*substantial similarity*»). Несмотря на его различное толкование и применение судами, суть исследования существенного сходства заключается в определении того, имеют ли два произведения настолько схожее выражение, защищенное авторским правом, что одно нарушает другое, делая копирование неправомерным[286]. Следовательно, копирование или заимствование чужого произведения признается противоправным тогда, когда оно выражено в существенном сходстве оригинальных элементов обоих произведений. Как и копирование существенной части в авторском праве Великобритании,

[285] United States Code, Title 17 – Copyrights. § 114. Scope of exclusive rights in sound recordings. HISTORICAL AND REVISION NOTES HOUSE REPORT NO. 94–1476 (17 U.S.C., amended up to Public Law No. 117-263) // WIPO Lex Database [Электронный ресурс]. URL: https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/589613 (дата обращения: 26.04.2023).
[286] Lim D. Saving Substantial Similarity // Florida Law Review 2021. Vol. 73. № 3. P. 12.

существенное сходство в авторском праве США следует считать качественным критерием. Как будет видно далее, подходы к определению существенного сходства судами США весьма напоминают определение копирования существенной части судами Великобритании.

Говоря о развитии в судебной практике критерия существенного сходства, в первую очередь следует упомянуть решение 1946 года по делу *Arnstein v. Porter*, поскольку дело касалось копирования музыкальных произведений, в отношении данных объектов авторских прав правовая позиция суда стала особо важной. В данном решении Апелляционный суд второго округа США определил, что имеют значение два вопроса. Первый состоит в том, чтобы установить, скопировал ли ответчик работу истца, охраняемую авторским правом. Однако суд признает, что может быть «допустимое копирование», которое не является незаконным, поэтому второй вопрос заключается в том, зашло ли это копирование настолько далеко, что стало представлять собой неправомерное присвоение. При этом ответ на второй вопрос дается с точки зрения обычного слушателя, в связи с этим детальный разбор произведения и показания эксперта не применяются[287].

Подход к существенному сходству впоследствии был определенным образом пересмотрен в 1977 году в другом знаковом решении по делу *Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald's Corp*. Апелляционный суд девятого округа США указал на то, что при анализе существенного сходства произведений необходимо различать «внешние» (англ. – «*extrinsic»*) элементы, такие как «тип произведения, материалы, тематика, обстановка и т.д.», которые можно определить и проанализировать, не прибегая к субъективному мнению, и «внутренние» (англ. – «*intrinsic»*) элементы, определение которых связано с наблюдениями и впечатлениями среднестатистического разумного читателя или зрителя. В связи с этим анализ внешних элементов должен сопровождаться впечатлением от внутренних элементов. Основной вопрос, по мнению суда, заключается в том, «взял ли ответчик из произведений истца так много того, что приятно глазам и

[287] Arnstein v. Porter, 154 F.2d 464 (2d Cir. 1946) // JUSTIA [Электронный ресурс]. URL: https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/154/464/1478575/ (дата обращения: 26.04.2023).

ушам непрофессионалов – лиц, составляющих аудиторию, для которой созданы такие популярные произведения, что ответчик неправомерно присвоил что-то, принадлежащее истцу»[288].

Несмотря на то что указанный подход к определению неправомерных заимствований (присвоений, если пользоваться терминологией суда) стал основным при разрешении таких споров, его применимость относительно музыкальных произведений критикуется. По мнению американского ученого С. Д. Джонса, «критерий Крофта» унифицирован относительно всех форм самовыражения, поэтому он игнорирует уникальные аспекты музыкальных произведений из-за присущих музыке отличительных особенностей, которые диктуют другой подход к определению существенного сходства[289]. Действительно, перечисляемые судом внешние элементы фактически не соотносятся с формой музыкального произведения, что не может не вызывать проблемы при применении данного критерия в отношении музыки.

Еще один подход к квалификации существенного сходства был разработан Апелляционным судом второго округа США в связи с необходимостью пересмотра критерия, определенного в решении по делу *Arnstein v. Porter.* Дело, рассмотренное в 1992 году, *Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc*., касалось использования компьютерных программ, в связи с чем суд посчитал, что применять подход, основанный на обычном зрительском восприятии, не совсем корректно[290]. Анализ существенного сходства в решении по данному делу был основан на весьма унифицированном трехступенчатом критерии. Он заключается в том, что в первую очередь путем абстрагирования основная идея произведения должна быть отделена

---

[288] Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. and Sid &marty Krofft Productions, Inc., Plaintiffs-appellants, v. Mcdonald's Corporation and Needham, Harper & Steers, Inc.,defendants- Appellees.sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. and Sid &marty Krofft Productions, Inc., Plaintiffs-appellees, v. Mcdonald's Corporation and Needham, Harper & Steers, Inc.,defendants- Appellants, 562 F.2d 1157 (9th Cir. 1977) // JUSTIA [Электронный ресурс]. URL: https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/562/1157/293262/ (дата обращения: 26.04.2023).

[289] Jones S. J. Music Copyright in Theory and Practice: An Improved Approach for Determining Substantial Similarity // Duquesne Law Review. 1993. Vol. 31. № 2. P. 278.

[290] 982 F.2d 693 United States Court of Appeals, Second Circuit. COMPUTER ASSOCIATES INTERNATIONAL, INC., Plaintiff–Appellant–Cross–Appellee, v. ALTAI, INC., Defendant–Appellee–Cross–Appellant. No 762, Dockets 91–7893, 91–7935. Argued Jan. 9, 1992. Decided June 22, 1992. Amended Opinion Dec. 17, 1992. // BITLAW [Электронный ресурс]. URL: https://www.bitlaw.com/source/cases/copyright/altai.html (дата обращения: 26.04.2023).

от всех элементов ее внешнего проявления, затем из этих элементов должны быть вычленены неохраняемые элементы, наконец, оставшиеся элементы, представляющие собой охраняемое выражение, должны быть сравнены в спорных произведениях. При этом на последнем этапе исследование судом существенного сходства должно быть сосредоточено на том, скопировал ли ответчик какой-либо аспект этого охраняемого выражения, а также на оценке относительной важности скопированной части по отношению ко всему произведению истца.

Американский специалист по праву интеллектуальной собственности Д. Лим отмечает, что данный трехступенчатый критерий является наиболее сложным из когда-либо выработанных критериев в авторском праве. Кроме того, по его мнению, он игнорирует то, что художественные произведения представляют собой целостную структуру, которую нельзя увидеть при расщеплении на элементы, в связи с этим подвергает сомнению применимость критерия к иным объектам авторского права, помимо компьютерных программ[291]. В решении по делу о копировании дизайна детской одежды *Knitwaves v. Lollytogs* Апелляционный суд второго округа США, в частности, данный критерий не применял и указал на то, что если бы им пришлось сравнивать каждый отдельный элемент произведения вместо изучения «общей концепции и ощущения от произведения», то суду, доведя такой подход до логического завершения, возможно, пришлось бы решить, что «в картине не может присутствовать никакой оригинальности, потому что все цвета были использованы когда-то в прошлом»[292].

Так или иначе, но в спорах о копировании музыкальных произведений суды осуществляют анализ музыки через отдельные элементы путем различения внешних и внутренних компонентов, руководствуясь соответствующей правовой позицией по делу *Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald's Corp*. При этом из судебной практики нельзя сделать вывод, что копирование мелодии

---

[291] Lim D. Saving Substantial Similarity. P. 22-23.

[292] KNITWAVES INC v. LOLLYTOGS LTD INC (1995) // FindLaw [Электронный ресурс]. URL: https://caselaw.findlaw.com/court/us-2nd-circuit/1182935.html (дата обращения: 26.04.2023).

воспринимается как факт, достаточный для признания существенного сходства, или что не происходит нарушения авторских прав без копирования мелодии.

Федеральный окружной суд Южного округа Нью-Йорка, например, в решении 2000 года по делу *Tisi v. Patrick* указал на то, что с юридической точки зрения рассматриваемые две песни не слишком похожи, а истец ссылается исключительно на базовые, не подлежащие защите музыкальные элементы, которые есть в его песне: тональности, темпе, структуре аккордов и гармонической прогрессии, что является общим для большей части рок-музыки, при этом многочисленные элементы двух песен, включая структуру, аккорды и ритм, четко отличаются друг от друга[293].

В решении 2002 года по делу *Swirsky v. Carey* этот же суд указал на то, что при объективном анализе двух рассматриваемых песен видно, что они существенно не похожи с точки зрения мелодии, басовой линии, ритмического акцента или любой их комбинации[294]. Рассматривая жалобу на данное решение, Апелляционный суд девятого округа США подверг определенной критике такой подход, отметив, что не совсем естественно выделять внешние элементы для определения существенного сходства идеи и ее выражения в отношении музыкальных произведений, поскольку музыка производит звуки и выражает настроение, «но не всегда несет в себе отдельно определяемые идеи». Несмотря на это, для суда этот критерий является законом, он обязан его применять. Суд также указал на то, что музыка не поддается четкой классификации на пять или шесть составляющих ее элементов, поскольку их набор гораздо шире, и совокупность этих компонентов охраняется авторским правом. В отношении минимально возможной правовой охраны суд признал, что одной музыкальной ноты недостаточно для ее охраны, при этом организация ограниченного и необязательно большого числа нот, тем не менее, может обеспечить такую охрану. В связи с этим

[293] Tisi v. Patrick, 97 F. Supp. 2d 539 (S.D.N.Y. – 2000) District Court, S.D. New York // CourtListener [Электронный ресурс]. URL: https://www.courtlistener.com/opinion/2339758/tisi-v-patrick/ (дата обращения: 26.04.2023).

[294] Swirsky v. Carey // EDGESCOPE [Электронный ресурс]. URL: https://edgescope.com/swirsky-v-carey-r (дата обращения: 26.04.2023).

суд указал на то, что последовательность из семи нот не является достаточной для признания правовой охраны[295].

Стоит отметить, насколько большое количество самых разных элементов музыки рассматривают суды, чтобы прийти к выводу об отсутствии или наличии существенного сходства. Такой анализ не сводится к определению схожести мелодий, что представляется нам правильным. Тем не менее, подходы американских судов к определению существенного сходства не стоит воспринимать таким образом, что оригинальность музыкального произведения признается только в его отдельных элементах. Ярким примером более широкого понимания является недавнее решение 2018 года Апелляционного суда девятого округа США по делу *Skidmore v. Led Zeppelin.* Рассматривая доводы истца о копировании ключевых фрагментов в знаменитой песне «*Stairway to Heaven*», суд отметил, что защита авторских прав может быть обеспечена на основе достаточно оригинальной комбинации неохраняемых иным образом музыкальных элементов.

Отменяя и возвращая дело на новое рассмотрение, суд, основываясь при этом на своем предыдущем, ранее приведенном нами решении по делу *Swirsky v. Carey,* указал, что неверно исходить из того, что элементы, являющиеся общественным достоянием, такие как хроматическая гамма или серия из трех нот, не подлежат охране даже в тех случаях, когда они были определенным образом видоизменены, расположены и организованы, что, возможно, и делает их оригинальными[296]. Таким образом, выводы суда основаны на том, что нельзя чрезмерно изолировать музыкальные элементы в целях анализа их как внешних компонентов, поскольку оригинальность каждого из них необходимо анализировать в совокупности с другими элементами музыки[297].

---

[295] 376 F.3d 841 Seth SWIRSKY, an individual d/b/a Julian's Dad; Warryn Campbell, Plaintiffs-Appellants, v. Mariah CAREY; James Harris, III; Terry Lewis; Flyte Time Productions, Inc., an entity of unknown designation, e/s/a Flyte Tyme Tunes, Inc.; ATV Songs LLC; Rye Songs; Columbia Records; Sony Music Entertainment, Inc.; EMI April Music, Defendants-Appellees // Berkman Klein Center [Электронный ресурс]. URL: https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/2004_Swirsky.pdf (дата обращения: 26.04.2023).

[296] Skidmore v. Led Zeppelin, No. 16-56057 (9th Cir. – 2018) // JUSTIA [Электронный ресурс]. URL: https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/16-56057/16-56057-2018-09-28.html (дата обращения: 26.04.2023).

[297] Baumgardner S. The "I Know It When I Hear It" Test: Decreasing Overdependence on Sheet Music in Substantial Similarity Cases. P. 387.

Необходимо учитывать, что анализ, который подходит для определения нарушения авторских прав на музыкальное произведение, не соотносится с анализом, который должен применяться для определения нарушения авторских прав на аудиозапись, как указал Апелляционный суд шестого округа США в решении 2005 года по делу *Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films*[298]. Поскольку в делах о заимствовании частей аудиозаписей факт «присвоения» более поздним автором не оспаривается, критерий существенного сходства становится слабо применимым, так как он основан, как мы подробно рассмотрели выше, на допустимости копирования частей чужих произведений до той степени, пока такое копирование не стало «незаконным присвоением».

Соответственно, защита ответчиков по таким делам в основном строится на известной общеправовой доктрине «*de minimis*» (хотя она дополняется ссылками на отсутствие существенного сходства), согласно которой некоторые вещи, хотя и являются техническими нарушениями закона, считаются слишком мелкими, чтобы тратить время и ресурсы суда впустую[299]. Возможность применения данной концепции для признания допустимости заимствований в аудиозаписях, тем не менее, судами оценивается по-разному.

Так, в указанном решении по делу *Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films* суд отметил, что все люди в целом вольны имитировать творческую работу, зафиксированную в записи, до тех пор, пока не будет сделана фактическая копия самой аудиозаписи. В духе более позднего решения Федерального суда Германии по делу *Pelham GmbH v. Hutter* Апелляционный суд шестого округа США рассуждал так, что, если артист хочет включить «рифф» из другого произведения в свою запись, он способен продублировать звучание этого «риффа» в студии звукозаписи. По мнению суда, даже когда семплируется небольшая часть аудиозаписи, взятый отрезок представляет собой нечто ценное, и для

---

[298] Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films, 410 F.3d 792 (6th Cir. – 2005) // JUSTIA [Электронный ресурс]. URL: https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/410/792/574458/ (дата обращения: 26.04.2023).

[299] Mueller J. R. R. All Mixed Up: Bridgeport Music v. Dimension Films and De Minimis Digital Sampling // Indiana Law Journal. 2016. Vol. 81. № 1. P. 435.

правообладателя эта часть является не песней, а звуками, которые были извлечены их созданной им записи, поэтому «копирование представляет собой не интеллектуальный процесс, а физический процесс». Именно поэтому суд посчитал, что, не нарушая авторских прав, можно взять три ноты, но не три звука путем семплирования, в связи с этим критерии существенного сходства и *de minimis* не применимы к аудиозаписям.

Годом ранее в решении по другому делу, *Newton v. Diamond,* Апелляционный суд девятого округа США пришел к обратному выводу о возможности применения в случае копирования аудиозаписи доктрины *de minimis,* поддержав выводы суда первой инстанции в том, что тот факт, что «*Beastie Boys»* зациклили семпл на протяжении всего «*Pass the Mic*», не имеет значения при оценке качественной и количественной значимости заимствования. Выводы суда по данному делу получили развитие в его последующем решении 2016 года по делу *VMG Salsoul v. Ciccone*, где был сделан вывод, что, если в аудиозаписи используется семпл одной ноты, взятый из аудиозаписи другого музыкального произведения, такое использование подпадает под критерии *de miminis*[300]. Ссылаясь на § 101 и § 114 17 USC, Апелляционный суд девятого округа США указал на то, что по закону аудиозаписи не могут быть исключены из общего правила о возможности применения данного критерия.

Завершая рассмотрение вопроса заимствований в музыкальных произведениях в контексте содержания исключительного права США, необходимо обратиться к ограничениям авторского права, которыми закон и судебная практика определяют допустимость заимствований.

Регулирование ограничений исключительных прав основано на доктрине добросовестного использования (англ. – «*fair use*»). Доктрина добросовестного использования США имеет достаточно глубокие корни в судебной практике. Еще в решениях XIX века при оценке добросовестного использования суды

[300] VMG Salsoul, LLC v. Ciccone, No. 13-57104 (9th Cir. – 2016) // JUSTIA [Электронный ресурс]. URL: https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/13-57104/13-57104-2016-06-02.html (дата обращения: 26.04.2023).

ориентировались на то, чтобы рассматривать характер и элементы, которые применяются, количество и ценность использованных материалов, а также степень, в которой использование может нанести ущерб продаже, уменьшить прибыль или заменить элементы оригинального произведения[301].

Нормативное закрепление доктрины добросовестного использования содержится в § 107 17 USC и является отражением идей, заложенных судами. Так, указывается, что добросовестное использование защищенного авторским правом произведения, включая такое использование путем воспроизведения в копиях или фонограммах или любыми другими способами, указанными в этом разделе, в таких целях, как критика, комментарии, новостные репортажи, преподавание (включая многократные копии для использования в классе), образование или исследование, не является нарушением авторских прав.

В данном параграфе также указываются четыре фактора, которые должны учитываться при определении добросовестного использования: цель и характер использования, в том числе является ли оно коммерческим по своему характеру или направлено на некоммерческие образовательные цели; характер защищенного авторским правом произведения; объём и существенность используемой части по отношению к защищенному авторским правом произведению в целом; влияние использования на потенциальный рынок или стоимость защищенного авторским правом произведения.

Стоит отметить, что в отличие от ранее рассмотренных концепций ограничений авторских прав в других юрисдикциях добросовестное использование в праве США не направлено на определение конкретного перечня случаев разрешенного использования объектов авторских прав. Более того, указание в перечне возможности какого-либо использования само по себе не должно приводить к выводу, что такое использование обязательно будет рассматриваться как допустимое. Перечисленные в законе факторы, подлежащие учету при оценке добросовестного использования, лишь направляют суд, указывают, на что стоит

[301] Leval P. N. Commentaries Toward a Fiar Use Standard // Harvard Law Review. 1990. Vol. 103. № 5. P. 1105.

обратить внимание, и их широкие формулировки, которыми можно легко манипулировать, обеспечивают значительную гибкость при решении данного вопроса[302].

Традиционно критика доктрины свободного использования связана с ее неоднозначностью, поскольку не существует установленного критерия для определения того, какое именно добросовестное использование охраняется правом, что обуславливает необходимость рассмотрения его применения в конкретных делах[303]. Таким образом, руководствуясь одним только нормативным закреплением добросовестного использования, невозможно понять, насколько ссылка на это ограничение может являться основанием для правомерного заимствования в музыке. В частности, встает вопрос о допустимости музыкальных пародий и цитат, потому что прямо в § 107 17 USC не указывается на такие ограничения.

По закону цитирования должны рассматриваться как случай, подпадающий под свободное использование, поскольку в § 107 17 USC прямо предусмотрена допустимость использования произведений в таких целях, как критика, комментарии, новостные репортажи, преподавание, образование или исследование. При этом не предусмотрено каких-либо формальных требований для признания цитаты свободным использованием. Так, в решении 1987 года по делу *Salinger v. Random House* Апелляционный суд второго округа США согласился с выводами Федерального окружного суда Южного округа Нью-Йорка о признании возможным, хоть и с осторожностью, цитирования из неопубликованных источников[304]. Причем в этом и другом схожем решении 1989 года по делу *New Era Publications Int'l v. Henry Holt & Co*. вопрос о свободном использовании не был связан с признанием цитатой рассматриваемого заимствования. Суды первой и

[302] Ginsburg J. C. Fair Use in the United States: Transformed, Deformed, Reformed? // Singapore Journal of Legal Studies. 2020. № 1. P. 267.

[303] Harrison S. B. Fair Use and the Quotation of Song Lyrics in Fiction // Chicago-Kent Journal of Intellectual Property. 2012. Vol. 11. № 2. P. 216.

[304] Jerome D. Salinger A/k/a J.d. Salinger, Plaintiff-appellant, v. Random House, Inc. and Ian Hamilton, Defendants-appellees, 811 F.2d 90 (2d Cir. 1987) // JUSTIA [Электронный ресурс]. URL: https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/811/90/206150/ (дата обращения: 26.04.2023).

апелляционной инстанции исследовали объем и степень заимствования, насколько цитата затрагивает суть произведения в преломлении четырех перечисленных в законе факторов[305].

Как и цитаты, пародии также не следует считать в контексте свободного использования чем-то большим, чем просто обстоятельством, при котором суду необходимо исследовать факторы, относящиеся к свободному использованию, приведенные в § 107 17 USC.

Так, решение 1994 года по делу *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* касалось правомерности создания пародии музыкального произведения – хип-хоп песни «*Pretty Woman*» на известный хит «*Oh, Pretty Woman*» путем частичного копирования музыки и слов. Верховный Суд США не устанавливал, может ли пародия быть признана случаем свободного использования, а сконцентрировался только на первом факторе свободного использования: цели и характере использования произведения[306]. Так, суд, возвращая дело в нижестоящий суд, указал на необходимость оценки объема заимствованной музыки в свете пародийного характера произведения, отметив, что свободное использование может быть установлено, если произведение используется «в целях преобразования» (англ. – «*transformative use*»). По мнению Верховного Суда США, сформировавшего таким образом современный подход к добросовестному использованию, главная цель в данном случае – определить, создано ли новое произведение исключительно для замены оригинального творения, или, наоборот, оно добавляет что-то новое, имеет другую цель или другой характер. Отдельно суд указал на то, что произведения, созданные в целях преобразования, лежат в основе доктрины свободного использования, чем более преобразованным является произведение, тем меньше имеет значение другие факторы, такие как

[305] New Era Publications International, Aps, a Corporation Ofdenmark, Plaintiff-appellant-cross-appellee, v. Henry Holt, Co., a New York Corporation,defendant-appellee-cross-appellant, 884 F.2d 659 (2d Cir. 1989) // JUSTIA [Электронный ресурс]. URL: https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/884/659/464495/ (дата обращения: 26.04.2023).

[306] Lee A., Monshirnia A. Does Fair Use Matter? An Empirical Study of Music Cases // Southern California Law Review. 2021. Vol. 94. № 3. P. 483-484.

коммерческое использование, в вопросе установления добросовестного использования[307].

В решении 2017 года по делу *Estate of Smith v. Cash Money Records* квалификация Федеральным окружным судом Южного округа Нью-Йорка использования в целях преобразования позволила признать добросовестным использованием даже 35-секундный семпл слов из музыкального произведения. Как указал суд, анализ добросовестного использования направлен на выяснение простого вопроса: преследует ли этот способ использования основную цель авторского права – продвижение развития науки и искусства, и может ли он быть исключен из нарушений. Ставя границы добросовестного использования таким широким образом, суд решил, что изменение смысла речевого семпла представляет собой использование в целях преобразования, в связи с этим не усмотрел нарушения авторских прав[308].

Тем не менее, в случае семплирования части музыки без изменений ссылка ответчика на добросовестное использование вряд ли будет удовлетворена судом. Апелляционный суд девятого округа США, рассматривая в деле 2021 года возможность распространения доктрины добросовестного использования на песню «*Shawty So Cold*», созданную на основе семпла восьми тактов из припева и четырех тактов из вступления песни «*Swing My Way*», не увидел оснований, свидетельствующих о том, что «*Shawty*» является преобразованным произведением, как это заложено в данной доктрине. Суд отметил, что в «*Shawty*» не используются взятые фрагменты из «*Swing*» иным образом или для целей, отличных от тех, которые были заложены в исходном произведении, а также эти фрагменты не несут в себе никакой новой информации, эстетики, идей или смысла, тогда как манипуляции с изменением темпа и высотой тона являются обычной практикой в жанре хип-хопа. Суд заключил, что автор нового произведения сделал

---

[307] Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994) // JUSTIA. [Электронный ресурс] URL: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/510/569/ (дата обращения: 26.04.2023).

[308] Estate of James Oscar Smith et al v. Cash Money Records, Inc. et al // JUSTIA [Электронный ресурс]. URL: https://cases.justia.com/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2014cv02703/425904/135/0.pdf (дата обращения: 26.04.2023).

не больше, чем исполнил интерпретацию песни, при этом в данном случае имеет место не только копия музыкального произведения, но и ее аудиозаписи[309].

Поскольку в указанном деле было слишком много копирования чужого музыкального произведения, американский исследователь А. Ли справедливо отмечает, что выводы суда не дают ответа на вопрос, распространяется ли добросовестное использование на создание и выпуск новой непародийной песни, копирующей музыкальные элементы из другого произведения, и судам США еще предстоит выявить этот критерий в дальнейшем[310].

Таким образом, в авторском праве США относительно заимствований в музыкальных произведениях существует достаточно разработанная доктрина и судебная практика существенного сходства и *de mininis*, которые выводят общераспространенные музыкальные приемы и элементы, а также незначительные семплы из монополии конкретных авторов. Подход к заимствованиям здесь даже более лояльный, чем в Великобритании, поскольку доктрина добросовестного использования США позволяет признавать допустимыми даже существенные копирования, если они изменили смысл и цель использованных музыкальных элементов.

Итак, в авторском праве Великобритании и США находит отражение большое количество концепций и доктрин, в рамках которых заимствование формы произведения может быть признано правомерным действием. При этом очевидно, что ввиду различия англо-саксонской и континентальной правовых систем не все из них могут быть без какой-либо адаптации перенесены в российскую правовую практику. Например, доктрины свободного использования предполагают слишком широкое судейское усмотрение, из-за чего их фактически невозможно вписать в границы отечественного законодательства. Между тем как выработанная в Великобритании концепция существенной части, так и принятая судами США концепция существенного сходства предполагают весьма универсальные подходы

---

[309] Frisby v. Sony Music Entertainment, Slip Copy (2021) // [Электронный ресурс]. URL: https://bpb-us-e2.wpmucdn.com/sites.uci.edu/dist/d/2220/files/2021/11/Frisby-v-Sony-Music-Entertainment.pdf (дата обращения: 26.04.2023).

[310] Lee A., Monshirnia A. Does Fair Use Matter? An Empirical Study of Music Cases. P. 489-490.

для сравнительного анализа музыкальных произведений и их элементов на предмет наличия незаконных заимствований[311]. В следующей главе рассмотрим, какое именно отражение указанные концепции могут найти в российском праве.

[311] Спектор Г. В. Правомерность заимствования в авторском праве России и зарубежных стран. С. 37.

Глава 3. Особенности заимствований в музыкальных произведениях в российском праве

§ 1. Заимствование элементов формы музыкального произведения

Рассмотрев основные доктринальные подходы относительно вопроса самостоятельной охраноспособности элементов музыкального произведения с учетом зарубежного законодательства и судебной практики, теперь попытаемся все же ответить на вопрос: охраняются ли с точки зрения российского права конкретные музыкальные элементы, в частности мелодия, как самостоятельные части произведения, насколько обосновано сложившееся регулирование в этом отношении. Ответ на данный вопрос является одним из ключевых в настоящей работе, поскольку позволит нам разграничить объект допустимого заимствования от недопустимого, то есть позволит понять, на что же в целом должно быть направлено заимствование, чтобы оно было признано неправомерным.

В первую очередь стоит сказать о том, что вопрос об охраноспособности музыкального элемента возникает в связи с тем, что в доктрине то или иное произведение рассматривается через его структуру, то есть через единство его составных элементов и способе связи между ними. В этой связи идеальный характер результатов творческой деятельности может проявляться как системно в качестве совокупности составляющих его элементов, так и в виде одного элемента[312]. Однако вызывает сомнения, насколько обоснованно говорить о том, что отдельный элемент вне системы, частью которой он является, может являться самостоятельным результатом творческого труда. Как утверждает философ А. В. Кондратьев, элемент художественного произведения нельзя представить вне его целого, «изменение конфигурации не есть просто перестановка элементов, в результате которой они будут расшифровываться иначе. Элементы будут не только читаться, но и видеться пластически иначе»[313].

---

[312] Копылов А. Ю. Охраняемые и неохраняемые элементы произведения. С. 81.

[313] Кондратьев Е. А. Фрагментированная художественная структура: эстетические и междисциплинарные подходы к интерпретации // Вестник ОГУ. 2011. № 7 (126). С. 107-108.

Заметим также, что в Гражданском кодексе РФ не используется термин «элемент», у произведения же выделяются отдельно не элементы, а его части. Следовательно, с точки зрения российского права, чтобы утверждать, что элемент музыкального произведения обладает самостоятельной правовой охраной, необходимо обосновать, что этот элемент может быть признан охраняемой частью произведения. Теоретическое разделение музыкального произведения на элементы соответственно имеет ценность не само по себе, а если только оно необходимо для определения подлежащей правовой охране части произведения.

Как мы уже ранее указывали, у музыкального произведения с точки зрения теории музыки существует множество элементов, тогда как в правовой литературе рассматривается преимущественно всего три: мелодия, гармония и ритм. По сравнению с другими элементами за мелодией признается главенствующее значение. В связи с этим не имеет смысла рассматривать каждый из таких элементов на предмет наличия у него признаков самостоятельной части произведения. Полагаем, что в целом можно ограничиться только вопросом самостоятельной охраноспособности мелодии, и ответ на него будет также ответом о возможности отдельной правовой охраны других элементов.

Итак, пункт 7 статьи 1259 Гражданского кодекса РФ предусматривает, что часть произведения подлежит правовой охране, если по своему характеру она может быть признана результатом творческого труда автора и отвечает требованиям об объективной форме выражения результата его интеллектуальной деятельности. Верховный Суд РФ, разъясняя данное положение, дополняет его также следующим критерием охраноспособности части произведения: такая часть должна сохранять свою узнаваемость как часть конкретного произведения при его использовании отдельно от всего произведения[314].

Следовательно, для признания мелодии охраноспособной частью произведения необходимо, чтобы она соответствовала трем вышеуказанным критериям, то есть являлась результатом творческого труда, могла быть выражена

[314] Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 "О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации" // Российская газета. 06.05.2019. № 96. П. 81

в объективной форме и при использовании отдельно оставалась узнаваемой именно как часть целого произведения.

Вряд ли имеет смысл сомневаться относительно творческого характера мелодии. Организация одноголосых последовательностей по высоте не может быть случайным или техническим действием, поскольку требует минимального знания построений ладов, гармонии и учет других многочисленных правил теории музыки, в ином случае их игнорирование может привести к созданию такой звуковой последовательности, которая не сможет выразить никакую музыкальную мысль[315]. О творческом характере создания мелодических движений убедительно сказано П. И. Чайковским: «Даже и теперь иные вещи требуют кусания ногтей, выкуривания громадного количество папирос, прохаживания себя по комнате, – прежде чем дойдешь до изобретения основного мотива»[316].

Об объективной форме мелодии подробно сказано нами ранее. Поскольку она представляет собой одноголосную последовательность звуков, эти звуки можно записать в письменной или звуковой форме, тогда мелодия обретет объективную форму. Из целого произведения мелодия также без труда «вычленяется», поскольку для записи нот в случае многоголосия (нескольких мелодий) каждый голос обозначается отдельно, или мелодические голоса разъединяются нотными строками[317]. При прослушивании музыки даже для нетренированного музыкального слуха не составит труда вычленить и, например, напеть ту или иную мелодию.

Однако выполнение третьего критерия, а именно узнаваемости части произведения отдельно от его целого, применительно к мелодии вызывает трудности, которые, на первый взгляд, не кажутся очевидными.

Действительно, в ряде ситуаций мелодия, отделенная от произведения, остается узнаваемой именно как часть этого произведения. Авторы в качестве подтверждения тезиса об охраноспособности мелодии обычно указывают на то, что

---

[315] Спектор Г. В. К вопросу об охраняемых элементах музыкального произведения // Вестник МГПУ. Серия: Юридические науки. 2024. № 1(53). С. 105.
[316] Чайковский М. Полн. собр. соч. В 17-ти т. Т. 5. М.: Музгиз, 1959. С. 388.
[317] Вахромеев В. А. Элементарная теория музыки. С. 26.

мотивы из известных музыкальных произведений остаются узнаваемыми при их использовании в качестве рингтонов[318]. В таком случае музыка звучит одноголосно, и в отсутствии каких-либо иных средств музыкальной выразительности слух «достраивает» их из известного ему произведения.

Оговоримся, что в данном случае ошибочно предполагать, что в одноголосном музыкальном произведении отсутствуют другие музыкальные элементы, помимо мелодии. Одноголосная композиция характеризуется существованием в ней так называемой «подразумеваемой» гармонии, которая представляет собой наиболее ожидаемый способ гармонизации этой мелодии, при этом у мелодии может быть несколько вариантов гармонизации, каждый из которых приведет к созданию различных музыкальных произведений. Однако в силу особенностей музыкального слуха, если человек запоминает однажды ту или иную композицию, воспроизведение мелодии будет непроизвольно сопровождаться ощущением единственного, известного ему варианта гармонии. Таким образом, хоть узнавание музыкального произведения в данном случае и происходит, но не в силу качеств мелодии как таковой, а в силу музыкального контекста, в котором мелодия позволяет услышать оригинальное произведение целиком.

Как бы то ни было следует признать, что звучащую одноголосно мелодию зачастую легко соотнести с произведением, откуда она взята (хотя, как будет указано далее, так происходит далеко не всегда), не говоря уже о том, что в целом существуют музыкальные произведения, которые представляют собой только одноголосную мелодию и в таком качестве получают правовую охрану. Однако если речь идет о повторном использовании мелодии в многоголосном произведении, то возникает вопрос, можем ли мы в целях определения узнаваемости и соответственно признания подлежащей охране эту мелодию как

[318] Волкова А. А. Пределы свободного использования музыкальных произведений в праве России, Германии и Франции. С. 80, Дадян П. Г. Музыкальное произведение как самостоятельный объект авторского права: теоретико-правовое исследование. С. 55, Иванов Н. В. Авторские и смежные права в музыке. С. 64.

часть произведения «вычленить» ее из цельного произведения и сравнить на предмет совпадения формы исключительно две мелодии.

Как указывает президиум Суда по интеллектуальным правам, по делам о защите исключительного права на произведение узнаваемость части произведения должна устанавливаться путем сравнения конкретного фрагмента, который использовал ответчик, с произведением, в защиту которого подан иск[319].

На наш взгляд, президиум Суда по интеллектуальным правам не случайно использует термин «фрагмент произведения», а не «элемент произведения». Поскольку как под элементом, так и под фрагментом может пониматься часть произведения, полагаем, необходимо определить разницу между данными понятиями. Как отмечает А. А. Волкова, под частью музыкального произведения можно понимать как временной отрывок произведения – механически отделенный от оригинала фрагмент без каких-либо иных содержательных изменений, так и содержательный отрывок – музыкальный компонент (элемент). Автор приводит в пример обрезанную фонограмму, на которой содержится музыкальное произведение либо одна страница нотного текста[320].

Также отметим, что в музыке фрагмент и элемент произведения имеют принципиальную разницу, поскольку в музыкальном фрагменте, как правило, звучит одновременно несколько элементов, которые воспринимаются на слух в совокупности, создавая звучание этого фрагмента. То есть временной отрывок музыкального произведения включает в себя набор содержательных отрывков. В таком случае выделение из музыки отдельного элемента, в частности мелодии, в целях его сравнения с другим элементом (мелодией) будет являться необоснованным, поскольку не даст ответа об использовании полноценной части музыкального произведения в другом произведении. Следовательно, в целях

---

[319] Информационная справка по вопросам, возникающим при применении пункта 7 статьи 1259 Гражданского кодекса Российской Федерации (части произведения) (утверждена постановлением президиума Суда по интеллектуальным правам от 28.12.2022 № СП-21/33) // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Март 2023. Вып. 1 (39). URL: http://jursite.garant.ru/official-cronicle/information-note-on-issues-application-paragraph-7-of-article-1259-civil-code-part-of-the-work. (дата обращения: 14.10.2023).

[320] Волкова А. А. Пределы свободного использования музыкальных произведений в праве России, Германии и Франции. С. 79.

определения правомерности заимствования мелодии нужно сравнивать не сами мелодии, а целые музыкальные фрагменты, которые эти мелодии частично составляют.

Президиум Суда по интеллектуальным правам также указывает на то, что для установления узнаваемости наличия специальных знаний или назначения экспертизы не требуется[321], что, как нам кажется, также справедливо, поскольку узнает музыку именно ее слушатель, а не музыковед. При обычном прослушивании редко кто разделяет композицию на ее отдельные элементы вместо того, чтобы воспринимать музыку в целом.

Итак, если все же придерживаться позиции о самостоятельной охраноспособности мелодии, для ее обоснования необходимо установить, что созданная творческим трудом мелодия будет узнаваемой не только при воспроизведении одноголосно, но и в любом другом многоголосном произведении, то есть в составе любого музыкального фрагмента. Если считать, что правило наличия у мелодии признаков самостоятельного объекта авторских прав является универсальным, тогда указанный критерий узнаваемости должен распространяться на любую мелодию. Однако полагаем, что это не так, поскольку в действительности мелодия, помещенная в другое многоголосное произведение, может потерять свои черты, благодаря которым она узнается слушателями, в силу потери связей и отношений с другими элементами музыки, которые предопределяли ее характеристики в изначальной композиции, и приобретения новой связи с элементами из вновь созданной композиции.

В сети «Интернет» достаточно примеров, где изменение тональности, лада, ритмических акцентов, а также перегармонизация музыки при оставлении записи мелодии неизменной существенно преобразует музыкальное произведение и

---

[321] Информационная справка по вопросам, возникающим при применении пункта 7 статьи 1259 Гражданского кодекса Российской Федерации (части произведения) (утверждена постановлением президиума Суда по интеллектуальным правам от 28.12.2022 № СП-21/33) // Журнал Суда по интеллектуальным правам. Март 2023. Вып. 1 (39). [Электронный ресурс]. URL: http://jursite.garant.ru/official-cronicle/information-note-on-issues-application-paragraph-7-of-article-1259-civil-code-part-of-the-work. (дата обращения: 14.10.2023).

отдаляет от его изначальной формы[322]. Если мы при этом изменим тембр и характер исполнения самой мелодии, даже при наличии тех же звуковысотных и ритмических характеристик ее просто невозможно будет узнать без прямого сличения двух композиций. В таких случаях, очевидно, мелодия перестает отвечать критерию узнаваемости. Конечно, можно предположить, что безусловная правовая охрана может быть предоставлена мелодическому движению, которое при любом изменении музыкального контекста все равно узнается слушателем, однако вряд ли сторонники однозначной охраноспособности мелодии смогут привести хоть одну такую мелодию в качестве бесспорного примера.

При этом существует убедительный обратный аргумент, что, скорее всего, настолько уникальной и узнаваемой мелодии в природе не существует. Канадскими правоведами К. Крейгом и Г. Ларошом в целях критики критерия узнаваемости части музыкального произведения была специально создана небольшая музыкальная композиция для фортепиано, которая при обычном прослушивании звучит как в меру оригинальное произведение. Однако в нем содержатся четыре мелодии из известных произведений: «Свадебный марш» Р. Вагнера, «Девятая симфония» Л. Бетховена, «Oops! …I Did It Again» Бритни Спирс и «Smells Like Teen Spirit» группы «Nirvana»[323].

В приведенном примере звуковысотные и ритмические характеристики мелодий сохранены. Можно считать, что в каждом случае мелодия как элемент или часть соответствующего произведения изъята полностью и помещена в другое произведение. К. Крейг и Г. Ларош объясняют это так: в новом произведении их тембры изменены, например, вместо голоса мелодии исполнены на фортепиано; они выполняют другие музыкальные функции, например, в ряде случаев мелодия, вместо того чтобы занимать верхний диапазон, перемещена в басовую партию, или мелодия вместо роли начальной музыкальной фразы перенесена в конец фразы, или метр хорошо известных фрагментов смещен, благодаря чему сделан акцент на

---

[322] Тотальная перегармонизация : обзор техник на примере поп-песни // YouTube [Электронный ресурс]. URL: https://www.youtube.com/watch?v=GUDFD8ZCGBE (дата обращения: 14.10.2023).

[323] Craig C., Laroche G. Out of Tune: Why Copyright Law Needs Music Lessons // Osgoode Legal Studies Research Paper. 2014. Vol. 10. № 13. P. 61.

иных звуках, чем в оригинале. Авторы делают вывод: музыкальный контекст изъятых частей других произведений отличается, несмотря на то что мелодии нота в ноту одинаковы, они выражают совсем другие музыкальные мысли, чем те, которые выражены в оригинальных произведениях[324].

Поэтому следует признать, что заимствование мелодии в другом многоголосном произведении не является критерием, свидетельствующим об использовании части произведения. Представим другую ситуацию: мелодия из многоголосного произведения заимствуется в одноголосное. Полагаем, что в данном случае необязательно происходит нарушение авторских прав, поскольку не всегда даже звучащая сама по себе мелодия может быть узнаваемой. На самом деле узнаваемость большого количества мелодий связана исключительно с музыкальным контекстом, в котором мелодия звучит, или, иными словами, с другими элементами музыкального произведения. Яркой иллюстрацией являются мелодии из одной-двух нот, которые легко узнаются в музыкальной композиции (и даже могут являться ее центральным средством выразительности), однако в случае их обособления и воспроизведения одноголосно представляют собой совсем не примечательный музыкальный материал.

Например, трудно упрекнуть мелодию припева из широко известной песни группы The Beatles «All You Need Is Love»[325] в том, что она не является творчески самостоятельной или что ее, допустим, невозможно напеть отдельно. Тем не менее, данная мелодия имеет достаточно простой ритм, и, самое главное, она написана буквально на одной ноте. Эффект узнаваемости данной мелодии заключается в необычном ритмическом рисунке у барабанной и гитарной секции и в том, что во время звучания одинаковых нот аккорды постоянно меняются. Обособив мелодию от целого произведения и тем более поместив в другое музыкальное произведение, какая-либо узнаваемость данной мелодии будет полностью утеряна.

---

[324] Craig C., Laroche G. Out of Tune: Why Copyright Law Needs Music Lessons // Osgoode Legal Studies Research Paper. P. 62.

[325] All You Need Is Love - 1s Preview // YouTube [Электронный ресурс]. URL: https://www.youtube.com/watch?v=t5ze_e4R9QY (дата обращения: 14.10.2023).

Таким образом, мы приходим к выводу, что воспроизведение мелодии из одного произведения в другом многоголосном произведении, а также воссоздание мелодии из многоголосного в одноголосном не является использованием части музыкального произведения. Соответственно, об использовании мелодии как охраняемой части произведения можно говорить однозначно только в том случае, если мелодия из одноголосного произведения также воспроизводится одноголосно. Однако в последнем случае мелодия получает правовую охрану не в силу того, что у нее как правового элемента существует самостоятельная охраноспособность, а на том основании, что в данном случае элемент произведения совпадает с его фрагментом и именно в этом качестве охраняется авторским правом.

Этот вывод нельзя назвать сугубо теоретическим. Подтверждение выдвинутого нами тезиса об отсутствии у мелодии самостоятельной охраноспособности можно найти и в судебной практике. Так, по одному делу истец требовал признать нарушением его исключительного права на использование произведения «Гимн Дня народного единства» в целях создания музыкального произведения с текстом «Мы единая страна». Истец полагал, что куплеты обоих произведений демонстрируют точное повторение 11 нот мелодического рисунка, что является плагиатом. Однако Пресненский районный суд г. Москвы, с которым согласился Московский городской суд, не признал само по себе копирование мелодии нарушением авторских прав, указав на то, что «наличие лишь 11 повторяющихся нот начального фрагмента в силу простоты произведений не может служить доказательством идентичности музыкальных произведений». Суды пришли к выводу, что «истцом не доказан факт заимствования ответчиком Н. каких-либо элементов указанного истцом произведения в музыкальном произведении "Мы единая страна"…, поскольку музыка к музыкальному произведению "Мы единая страна" является самостоятельным произведением, созданным творческим трудом Н.»[326]. Отметим определенную «смелость» судов,

[326] Апелляционное определение Московского городского суда от 04.12.2018 по делу № 33-52648/2018 // Официальный портал судов общей юрисдикции города Москвы [Электронный ресурс]. URL: https://mos-gorsud.ru/mgs/services/cases/appeal-civil/details/022c2b15-7a7f-4868-a8f1-9eba330df6e2?caseNumber=33-52648/2018. (дата обращения: 14.10.2023).

указавших на отсутствие признаков плагиата в воспроизведении мелодии из 11 нот (в наиболее известных мелодиях нот может быть и меньше). Из этого следует, что простое сравнение мелодий явно не может указывать на неправомерное заимствование и что юридическое значение могут иметь совсем другие факторы (как в данном случае простота композиций, предопределившая схожесть мелодий).

В другом деле советский и российский музыкант А. Б. Горбашов просил признать самостоятельное авторское право на такты ряда песен группы «Мираж». Фактически в этих тактах содержалась мелодия, которая была использована А. Б. Горбашовым отдельно в его последующих произведениях. Никулинский районный суд г. Москвы, выводы которого поддержал Московский городской суд, рассматривая возможность признания раздельного соавторства, указал на то, что «такты, на авторство которых претендует Горбашов А. Б. являются инструментальными проигрышами, не являются творчески самостоятельными, функционально выполняют роль связок между разделами, не имеют самостоятельного значения, являются незавершенными и явно принадлежащими к более крупному музыкальному построению, строятся на мелодическом материале куплета или припева, общих формах движения, не содержат в себе законченного изложения музыкальной мысли, являются производными от произведений в целом»[327]. Несмотря на то что в данном деле рассматривались вопросы квалификации единого и раздельного соавторства, выводы судов, на наш взгляд, однозначно демонстрируют подход, что мелодия не может просто так быть отделена от цельного произведения, в котором она выполняет определенную функцию, и стать самостоятельным объектом права.

Полагаем, что доказать нашу точку зрения в полной мере нельзя, не опровергнув основные, уже устоявшиеся аргументы в пользу самостоятельной охраноспособности мелодии. Стоит, однако, оговориться, что, хотя приведенные ниже точки зрения являются вполне современными, они были высказаны еще до

[327] Апелляционное определение Московского городского суда от 22.10.2013 по делу № 11-30264/13 // Официальный портал судов общей юрисдикции города Москвы [Электронный ресурс]. URL: https://mos-gorsud.ru/mgs/services/cases/appeal-civil/details/229e13e1-bfde-4176-8363-9ef1feac592c?caseNumber=11-30264/13. (дата обращения: 14.10.2023).

введения Верховным Судом РФ критерия узнаваемости части произведения, тогда как отсутствие правообъектности у мелодии обосновано нами как раз через данный критерий. Тем не менее, учитывая аргументацию авторов, осмелимся предположить, что их мнение, если бы они высказали его сегодня, осталось бы прежним.

Н. В. Иванов полагает, что мелодия как элемент музыкального произведения является охраняемой частью произведения, поскольку соответствует всем предусмотренным законом критериям. По его мнению, если создать ремикс оригинального музыкального произведения, то есть изменить гармонию или ритмическую фактуру и оставить неизменной мелодию, в таком произведении с новой гармонией и ритмом будет самостоятельно использоваться уже существующая мелодия[328]. Однако мы показали на наглядных примерах, что одна и та же мелодия в зависимости от музыкального контекста может потерять узнаваемость, что не позволит говорить в таком случае об использовании самостоятельной части произведения. В свою очередь, при создании ремиксов, наоборот, существует цель сохранения прежней узнаваемости, что достигается не столько сохранением той же мелодии, сколько сохранением взаимосвязи между элементами оригинального произведения с добавлением или незначительным изменением музыкального текста. То есть, вопреки мнению Н. В. Иванова, в таком ремиксе нет «новой» гармонии и ритма, поскольку присутствуют фактически те же элементы в слегка измененном виде, не влияющие на узнаваемость всего произведения, включая его мелодию.

Другой аргумент Н. В. Иванова в пользу самостоятельной правовой охраны мелодии также нельзя назвать идеальным. Автор считает: если придерживаться точки зрения, что мелодия не подлежит правовой охране, а объектом авторского права является только целое музыкальное произведение, значит нужно прийти к абсурдному выводу, что при каждом изменении гармонии или ритма авторство должно признаваться за автором этих изменений. Однако, по нашему мнению, отказ в признании правовой охраны за мелодией не означает, что музыкальное

[328] Иванов Н. В. Авторские и смежные права в музыке. С. 14-15.

произведение не может охраняться в части. Указанное лишь подчеркивает, что не существует каких-либо обоснованных причин выделять в виде части отдельные музыкальные элементы, в том числе мелодию. Приведенный аргумент можно также развернуть до абсурдности: если придерживаться точки зрения, что мелодия подлежит безусловной правовой охране, значит, чтобы стать независимым автором нового произведения, достаточно взять оригинальное произведение и только лишь изменить в нем мелодию.

Схожие заблуждения, на наш взгляд, можно увидеть в позиции А. Г. Матвеева, который полагает, что в случае заимствования мелодии из многоголосного произведения такая мелодия используется в качестве самостоятельного произведения, поскольку она может быть использована отдельно от произведения и обладает признаком творчества[329]. В действительности при использовании мелодии из многоголосного произведения можно утверждать, что использована часть оригинального произведения, только если иные музыкальные элементы сохраняют те же функции, что и в оригинальном произведении, или, по крайней мере, изменение этих функций не влияет на узнаваемость мелодии. Соответственно, мелодия как элемент музыки самостоятельным произведением не является, а может быть признана таковым только вместе с целым музыкальным фрагментом, в состав которого она входит.

Интересны рассуждения В. С. Витко, который также склоняется в пользу признания мелодии самостоятельным объектом права. По его мнению, о плагиате музыкального произведения можно говорить в том случае, когда в новом произведении воспроизводится мелодия оригинального музыкального произведения. Однако автор использует в качестве обоснования своей позиции не возможность самостоятельного использования мелодии, а то, что мелодией объясняется мысль (чувство) композитора. В его понимании мелодия – это воображаемая творческая форма изложения музыкальной мысли абстрактными

[329] Матвеев А. Г. Интеллектуальные права на произведения науки, литературы и искусства: учеб. пособие. Пермь : ПГНИУ, 2015. С. 200.

звуками, т.е. музыкальная форма изложения мысли[330]. Конечно, трудно спорить с тем, что мелодией можно выразить мысль автора. Однако автор музыкального произведения приобретает авторское право на него не потому, что он выразил в нем свои мысли, а потому, что он сделал это творческим трудом. Недостатки логики В. С. Витко демонстрируются приводимыми им же примерами, в частности, признанием музыкальным произведением трель соловья (останавливает автора только то, что соловей не является субъектом права)[331]. Между тем распространение авторских прав на трель[332] или другие простейшие и распространенные музыкальные приемы без оценки их реального творческого характера только на том основании, что они являются внешней формой выражения мыслей автора, по меньшей мере, не обосновано.

Таким образом, из исследования как норм права, так и доктрины и судебной практики можно сделать вывод, что охраноспособность не является юридическим свойством мелодии. Если законодательно признанные охраноспособные части произведения, такие как персонаж или название произведения, получают правовую охрану по факту их творческого создания и возможности обособления от целого произведения, то мелодия, даже при всей ее уникальности, может стать охраняемой только в том случае, если ее использование ограничено воспроизведением именно самой мелодией, и то, как указано выше, данная охраноспособность проявляется далеко не во всех случаях.

Нельзя, конечно, сказать, что вывод об отсутствии у мелодии правообъектности является абсолютно новым – к схожему заключению приходили и некоторые советские юристы, когда утверждали, что мелодия может использоваться только вместе с гармонией и ритмом, хотя эти доводы нуждались в большей конкретике. Наиболее близко нашу точку зрения отражает ранее приведенная позиция М. В. Дозорцевой, которая пришла к выводу, что вопрос о самостоятельной охраноспособности мелодии в целом не имеет никакого смысла.

---

[330] Витко В. С. Понятие формы произведения в авторском праве. С. 51.
[331] Витко В. С. Понятие формы произведения в авторском праве. С. 53.
[332] Быстрое чередование двух нот.

Автор отметила, что мелодия, как и другой элемент произведения, не может рассматриваться как объект авторских прав, поскольку не обладает самостоятельной обособленной формой, поэтому воспроизведение мелодии может быть нарушением авторского права, только если произведение является одноголосным[333] (хотя, как мы указали выше, даже в таком случае не всегда можно говорить о нарушении авторского права).

Полагаем, что вывод о невозможности признания мелодии отдельным объектом авторского права можно распространить и на другие классически выделяемые элементы музыкального произведения: гармонию и ритм, несмотря на то что существуют сдержанные мнения о возможности признания самостоятельной охраноспособности в случае их особой оригинальности[334]. Ритм в любом случае выражен звуком определенной высоты и без какого-либо мелодического движения представить в объективной форме его не представляется возможным. Гармония, в свою очередь, обусловлена развитием по определенным известным правилам и закономерностям, и, несмотря на многообразие проявлений музыкальной мысли, перечень гармонических последовательностей ограничен. Соответственно, та или иная гармония не может быть присвоена каким-либо автором.

Таким образом, ни один из элементов музыки, включая традиционно выделяемые правовые элементы музыкального произведения: мелодию, гармонию и ритм, не может являться самостоятельной частью произведения и объектом авторского права. Данное утверждение следует из раннее указанного нами свойства музыки: каждый ее элемент проявляется и выполняет свою функцию в неотрывной связи с другими элементами. Не отрицая значимости мелодии как важнейшего средства музыкальной выразительности, тем не менее, неизбежное изменение восприятия мелодии в зависимости от музыкального контекста лишает смысла выделение ее в качестве юридически самостоятельного элемента формы музыкального произведения.

---

[333] Дозорцева М. В. Особенности музыкального произведения как объекта авторского права. С. 42.

[334] Иванов Н. В. Авторские и смежные права в музыке. С. 15-16, Дозорцева М. В. Особенности музыкального произведения как объекта авторского права. С. 44.

В связи с вышеизложенным лишается всякого смысла сама идея выделения в музыкальном произведении каких-либо элементов в целях их правовой охраны, поскольку ни классически рассматриваемые элементы музыкального произведения: мелодия, гармония и ритм, ни какие-либо другие существующие в теории музыки элементы не могут быть отдельным объектом заимствования, так как неотделимы от целостной формы. Таким образом, приходим к выводу, что элементы формы музыкального произведения не могут быть признаны самостоятельными частями произведения.

В действительности полагаем, что правовую охрану могут получить лишь такие части музыкального произведения, которые являются законченными фрагментами, то есть фрагментами, состоящими из совокупности музыкальных элементов и выражающими ту или иную законченную музыкальную мысль. Обнаружение заимствования какого-либо одного элемента музыкального произведения, в том числе и мелодии, не должно иметь каких-либо правовых последствий, несмотря на то что происходит использование формы чужого произведения.

§ 2. Отдельные случаи заимствований музыкальных произведений

В предыдущих главах мы определили заимствование как самостоятельную правовую категорию в контексте нарушения авторских прав и рассмотрели нормативные подходы к данной категории в исторической перспективе, а также в зарубежных правопорядках. С учетом этого очевидно, что заимствование нельзя просто отождествить с использованием формы чужого произведения, которое правообладатель имеет право контролировать и пресекать в случае использования без его разрешения. Границы заимствования проходят шире, поскольку свобода творчества допускает не только вдохновение, но и использование существующих достижений в сфере искусства, в частности музыки, для создания новых объектов авторских прав.

В очевидное противоречие с данным тезисом вступает предусмотренное Гражданским кодексом РФ содержание исключительного права, которое подразумевает, что любое заимствование формы произведения признается использованием этого произведения, на которое необходимо разрешение правообладателя, если только такое заимствование не подпадает под критерии свободного использования. Однако мы пришли к выводу, что исходя из положений отечественного законодательства заимствование отдельного элемента музыкального произведения не приводит к использованию его самостоятельной части, то есть необоснованно говорить, что у правообладателя есть безусловное право на всю форму произведения до ее мельчайшей детали.

Полагаем, что форма музыкального произведения действительно может быть заимствована без последствий в виде санкции правообладателя, однако такие случаи должны определяться на основании четких критериев, не предусматривающих безосновательного сужения категории исключительного права. В конечном счете любое расширение границ допустимости таких заимствований пересекается с интересами авторов и правообладателей, которые убеждены, что законом обеспечивается полный запрет на заимствование чужой формы произведения, созданной творческим трудом. Тем не менее, полагаем, что определение критериев допустимого заимствования позволит стимулировать творчество в музыке и сблизит реалии музыкальной практики со сферой права.

Найти и обозначить такие критерии необходимо путем дальнейшего анализа явления заимствования в контексте содержания исключительного права, а точнее способов использования произведения. Указанное позволит понять, в какой части заимствование входит в перечень действий, который правообладатель вправе запрещать, а в какой его границы проходят за пределами исключительного права.

В этой связи нас интересуют такие способы использования, как воспроизведение и переработка, поскольку они фактически предопределяют правовую категорию заимствования. При этом при остальных способах использования произведения не происходит заимствования или его наличие является второстепенным.

Сначала рассмотрим, насколько заимствование можно отождествлять с переработкой. В статье 1270 Гражданского кодекса РФ переработка определяется как создание производного произведения, однако в литературе такая формулировка считается недостаточной, поэтому авторы предлагают различные собственные определения этого понятия. В основном переработку характеризуют как некое видоизменение или преобразование произведения, которое носит творческий характер[335].

Соотношение заимствования и переработки кажется достаточно очевидным. Как указывают А. Довгалюк и В. Н. Глонина, при осуществлении переработки оригинальное произведение сознательно используется в качестве исходного и может быть обнаружено в производном произведении[336]. То есть создание одного произведения на основе другого в любом случае свидетельствует о том, что второе произведение создано путем заимствования. Равным образом преобразовать произведение без его заимствования невозможно. Из этого можно было бы сделать вывод, что любое заимствование поглощается понятием переработки.

Стоит отметить, что в литературе действительно зачастую заимствование используется как один из основных признаков переработки. Еще В. Я. Ионас полагал, что переработчик «заимствует и творит одновременно»[337]. По мнению Э. П. Гаврилова, характерный признак любой переработки – заимствование элементов формы другого произведения, что создает правовую зависимость[338].

Похожую позицию можно встретить и в судебной практике. Так, Арбитражный суд города Москвы отметил, что переработкой является «заимствование элементов оригинального произведения в производном произведении, с добавлением к ним частей, созданных переработчиком»[339].

---

[335] Жданова А. Н., Ершов О. Г. Соотношение права на неприкосновенность и права на переработку произведения // Патенты и лицензии. 2017. № 9. С. 34.

[336] Довгалюк А., Глонина В.. Переработка произведения vs «параллельное» творчество: понятие, критерии разграничения // Закон.ру [Электронный ресурс]. URL: https://zakon.ru/blog/2019/1/17/pererabotka_proizvedeniya_vs_parallelnoe_tvorchestvo_ponyatie_kriterii_razgranicheniya (дата обращения: 14.10.2023).

[337] Ионас В. Я. Произведения творчества в гражданском праве. С. 73.

[338] Гаврилов Э. П. Советское авторское право: Основные положения. Тенденции развития. С. 175.

[339] Решение Арбитражного суда г. Москвы от 7 июня 2021 г. по делу № А40-145214/2020-134-959 // Картотека арбитражных дел [Электронный ресурс]. URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/082da941-777f-4548-b677-

Федеральный арбитражный суд Уральского округа ранее указывал на то, что «при создании производного произведения происходит определенное заимствование элементов оригинального произведения, но при этом производное произведение воплощается в иной внешней форме, что придает ему творческую самостоятельность»[340].

Однако, на наш взгляд, заимствование не следует приравнивать исключительно к переработке произведения. Здесь стоит привести точку зрения О. В. Исаевой, которая, наоборот, считает, что заимствование и переработка являются противоположными понятиями. Так, автор считает, что в отличие от переработки, которая предполагает переосмысление, внесение собственного творческого вклада путем оригинального изменения формы другого произведения (или его части) с сохранением связи между оригинальным произведением и производным, суть заимствования состоит в копировании без значительных изменений и без привнесения автором создаваемого произведения собственного творчества[341]. О. В. Исаева определяет заимствование именно как воспроизведение частей одного произведения в другом[342].

Мы не согласны с О. В. Исаевой в категоричном разделении понятия переработки и заимствования, поскольку сам по себе факт дословного копирования части чужого произведения не означает, что в конечном счете при наличии иной творческой составляющей созданное произведение не будет являться объектом авторских прав (производным произведением). Тем не менее, процесс переноса части объективной формы одного произведения в другое действительно нельзя признать ничем иным, как его воспроизведением.

4453fe541f1a/a46c6e81-9f6b-4e07-91e6-aa4619ee1c11/A40-145214-2020_20210607_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True. (дата обращения: 14.10.2023).

[340] Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 1 сентября 2011 г. N Ф09-5444/11 по делу N А60-45012/2010 // Картотека арбитражных дел [Электронный ресурс]. URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/ad23d357-58ff-4ea9-a17b-4c89a2f80bd2/89b8d51d-dbb1-4719-8ffb-42d57f86d809/A60-45012-2010_20110901_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True. (дата обращения: 14.10.2023).

[341] Исаева О. В. Пределы свободы автора производного произведения. С. 79.

[342] Исаева О. В. Пределы свободы автора производного произведения. С. 78.

Подтверждение данной точки зрения можно увидеть в позиции Пленума Верховного Суда РФ, рассматривавшего один из случаев заимствования, при котором создается новое произведение (текст или изображение), и в нем используется персонаж, узнаваемый как часть конкретного произведения[343]. Верховный Суд РФ указывает на то, что в таком случае осуществляется воспроизведение персонажа, поскольку происходит изготовление экземпляра части произведения, хотя и в составе нового произведения. При этом воспроизведение, по мнению Верховного Суда РФ, квалифицируется как таковое, даже если происходит изменение деталей персонажа, не влияющих на его узнаваемость.

Следовательно, если мы приходим к тому, что при заимствовании может происходить как переработка исходного произведения, так и воспроизведение его части, необходимо выяснить, в каком случае следует говорить о том или ином способе использования произведения.

Стоит обратиться к позиции А. Г. Матвеева, который выделяет три группы способов использования: связанные с материальным носителем, не связанные с ним и иные (зависимые) способы использования произведения, специфика которых направлена на создание производных объектов авторских прав. Зависимые способы использования, к которым автор относит только переработку, не являются самостоятельными, поскольку всегда связаны с каким-либо видом использования, чаще всего с воспроизведением[344]. Похожей точки зрения придерживается Э. П. Гаврилов [345].

Такой взгляд на переработку как на несамостоятельный способ использования заслуживает внимания, поскольку осуществить переработку произведения без его воспроизведения (здесь уместно в равной степени говорить и об ином способе использования, например о сообщении в эфир) не представляется

---

[343] Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 "О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации". П. 82.

[344] Матвеев А. Г. Интеллектуальные права на произведения науки, литературы и искусства: учеб. пособ. С. 253, 258-259.

[345] Гаврилов Э. П. Право интеллектуальной собственности. Авторское право и смежные права. XXI век. М.: Юрсервитум, 2016. С. 306.

возможным. Однако будет справедливым отметить следующее: несамостоятельность переработки выражается также в том, что сами действия по переработке могут заключаться в воспроизведении части исходного произведения.

Если обратиться к формулировке подпункта 9 пункта 2 статьи 1270 Гражданского кодекса РФ, все указанные в данной норме примеры схожи тем, что переработка осуществляется путем изменения различных характеристик формы (перевод – в результате преобразования текста, экранизация, инсценировка – в результате замены текстовой формы на визуальную, аранжировка – в результате изменения тембров звуков). Во всех указанных случаях происходит заимствование исходной формы и ее преобразование в новую, при этом необязательно речь идет о замене формы, приводящей к созданию произведения иного вида. Например, новая аранжировка музыкального произведения также является музыкальным произведением, однако его характеристики, относящиеся к тембру, представлены в измененном виде.

Гражданский кодекс РФ не предусматривает случаев, когда исходная форма не преобразовывается, а производное произведение создается путем дословного копирования какого-либо отрывка исходного произведения в качестве одной из частей нового произведения. В таком случае изменение не вносится в сущностные характеристики формы, а происходит только «добавление» в нее, в связи с этим встает обоснованный вопрос, можно ли квалифицировать такие действия в качестве переработки. По данному спорному моменту существует дискуссия, широко представленная на одном из заседаний Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам. Согласно позиции одних ученых простое включение произведения в состав другого может приводить к созданию производного произведения, а, по мнению других, для создания производного произведения необходимо внести творческие изменения в изначальное произведение, то есть простого воспроизведения в данном случае недостаточно[346].

[346] Протокол № 30 Заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам // Суд по интеллектуальным правам [Электронный ресурс]. URL: https://ipc.arbitr.ru/storage/sites/ipc/files/288/nks_protokoly/nks_protocol_30.pdf (дата обращения: 20.08.2024).

По нашему мнению, обоснованной следует признать точку зрения, согласно которой воспроизведение части другого произведения в новом может приводить к созданию производного произведения. Квалифицирующим признаком переработки является наличие такой связи между двумя произведениями, которая позволяет считать, что одно произведение основано на другом, поэтому неясно, почему такая связь должна осуществляться обязательно путем изменения формы первоначального произведения, а не путем приращения к существующей форме новой. Если у произведения, помимо части, форма которой полностью заимствована из другого произведения, существуют и другие компоненты, которые соответствуют критерию охраноспособности, и в своей совокупности это произведение является полноценным результатом творческого труда, нет оснований говорить, что полученное произведение не является производным.

Если выразиться точнее, на наш взгляд, в данном случае сначала происходит воспроизведение части чужого произведения, а затем собственно переработка, когда эта часть «сливается» с новым произведением, приобретая устойчивую с ним связь. Если никакой связи нет, тогда заимствованный отрывок воспринимается не как часть нового произведения, а обособленно от него, в таком случае стоит признать, что не создано единого производного произведения.

Однако даже в случае, если мы не правы, и воспроизведение части чужого произведения при создании собственного не может повлечь возникновения производного произведения, это в действительности не отменяет существования таких объектов права. Если допустить, что лицу было передано право на воспроизведение исходного произведения, он может создать новое, воспользовавшись переданным правом, то есть «соединить» форму исходного произведения и свою собственную. В такой ситуации не имеет значения, является ли новое произведение переработкой. В любом случае его следует считать определенным образом зависимым произведением, которое, тем мне менее, является отдельным объектом авторских прав.

Резюмируя, можно утверждать, что заимствование произведения, которое подлежит контролю правообладателем исключительного права на это

произведение, может осуществляться либо путем воспроизведения части этого произведения, либо путем его переработки. Однако означает ли это, что перечисленными способами исчерпывается категория заимствования или имеются предпосылки утверждать, что существуют случаи заимствования, на которые исключительное право правообладателя заимствованного произведения распространяться не будет? Как нам видится, поскольку способы использования в виде воспроизведения и переработки в текущем регулировании поглощают категорию заимствования, определенные случаи заимствований, тем не менее, должны быть выведены за рамки содержания исключительного права так же, как выведены из авторской монополии идеи, принципы, концепции и т. п.

Определить такие случаи можно путем рассмотрения категории заимствования через призму такого критерия охраноспособности произведения, как творческий характер его создания. Хотя требования к уровню творчества в разные периоды времени развития авторского права менялись, в современной отечественной юриспруденции от правообладателей не требуется высокого уровня творчества, особой оригинальности их произведений, а достаточно того, чтобы такие объекты представляли собой результат творческой деятельности физического лица[347]. Равным образом такие же требования должны выдвигаться и к творчеству композиторов, однако при этом определение уровня творчества применительно к каждому виду произведений должно иметь свою специфику, о чем мы скажем далее.

Между требованием к уровню творчества и подходом к заимствованию наблюдается одна интересная зависимость. С одной стороны, чем выше выдвигаются требования к творческому характеру того или иного произведения, тем выше шанс, что оно не получит правовую охрану, а значит, повышается возможность его заимствования без признания таких действий неправомерным воспроизведением. Однако, с другой стороны, при повышении требования к уровню творчества также выше становится шанс, что тому или иному произведению, созданному путем частичного заимствования, будет отказано в

[347] Ворожевич А. С. Границы исключительных прав, пределы их осуществления и защиты. С. 180.

признании самостоятельным и независимым объектом авторского права, в связи с чем оно будет квалифицировано как незаконные воспроизведение или переработка другого произведения. Следовательно, анализ правомерности заимствования может осуществляться в двух плоскостях: первая предполагает оценку охраноспособности первоначального произведения, а вторая – оценку охраноспособности (самостоятельности) произведения, созданного путем заимствования. Полагаем, что имеет смысл обе ситуации рассмотреть по отдельности.

Если рассматривать первую ситуацию, то следует сказать, что речь, конечно, идет о заимствовании произведения в части, поскольку вряд ли полное заимствование формы, не подпадающее под случаи свободного использования, может произойти без нарушения исключительного права. Здесь подпункт 1 пункта 2 статьи 1270 должен рассматриваться в совокупности с пунктом 7 статьи 1259 Гражданского кодекса РФ, соответственно воспроизведением должно признаваться изготовление в объективной форме только такой части произведения, которая создана творческим трудом (и также, как указывает Верховный Суд РФ, является узнаваемой). Касательно музыкального произведения мы в предыдущем параграфе пришли к выводу, что речь должна идти о заимствовании конкретного музыкального фрагмента, а не отдельного элемента. То есть фрагмент музыкального произведения должен быть создан творческим трудом, и только в таком случае заимствование будет признаваться недопустимым.

Между тем с точки зрения оценки творческого характера произведения такой анализ затруднителен: охраноспособное произведение может состоять как из творческих самостоятельных частей, так и несамостоятельных, и хотя последние отдельно не охраняются, в составе целого произведения они, тем не менее, будут иметь правовую охрану. Следовательно, рассматривая охраноспособность отдельного фрагмента, трудно игнорировать целое произведение, если охраноспособность последнего не оспаривается. Поэтому в случае заимствования даже отдельного несамостоятельного фрагмента произведения его правообладатель имеет полное право защищать авторское право. В связи с этим

независимо от банальности и шаблонности того или иного фрагмента произведения, если он входит в охраняемый объект авторских прав, его заимствование может быть квалифицировано как нарушение исключительного права на охраняемое произведение в целом.

Наиболее наглядно такой подход был продемонстрирован президиумом Суда по интеллектуальным правам в следующей правовой позиции по делу: «при определении того, является ли конкретный результат объектом авторского права, учитывается творческий характер создания именно всего результата, а не каждой отдельно взятой части. Так, литературное произведение, написанное на русском языке, состоит из букв русского алфавита, на творчество в отношении которых не претендуют современные авторы, из слов, присущих русскому языку (за исключением придуманных конкретным автором). Это само по себе не имеет никакого отношения к вопросу о том, каким образом – творческим или нет – из известных средств получен результат. Равным образом и произведение изобразительного искусства в целом может быть создано из нетворческих частей»[348].

Действительно, вряд ли имеет смысл спорить с тезисом, что наличие у произведения отдельных неохраноспособных элементов не свидетельствует об отсутствии творческого характера его создания в целом. Это справедливо и по отношению к музыкальным произведениям, которые также состоят из неохраняемых звуков (нот), а также простейших музыкальных приемов и элементов. Тем не менее, использование указанной позиции в спорах о заимствовании приводит к тому, что суды устраняются от анализа отдельных спорных частей, ограничиваясь ссылкой на охраноспособность целого объекта авторских прав. Фактически низкие требования к уровню творчества приводят к приданию правовой охраны нетворческим частям произведения.

---

[348] Постановление президиума Суда по интеллектуальным правам от 26 июля 2019 г. N С01-578/2019 по делу N СИП-818/2018 // Картотека арбитражных дел [Электронный ресурс]. URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/3b16120e-4c1d-4b0f-9149-ce2adb37433d/dd1f776d-0159-417e-b1c9-b4bc280f87e7/SIP-818-2018_20190726_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True. (дата обращения: 20.08.2024).

Так, Арбитражный суд Псковской области признал информационные плакаты, состоящие из частей, не обладающих особой оригинальностью, объектами авторского права, а их переработку ответчиком незаконной. Между тем, на наш взгляд, суд, установив наличие признаков переработки, должен был далее определить, в какой части ответчик заимствовал спорный материал, обладает ли эта часть самостоятельной охраноспособностью, что суд не сделал, ограничившись выводом, что презумпция авторства ответчиком не была опровергнута[349]. В литературе справедливо отмечается, что недопустимо, когда вместо полноценного исследования и анализа явления с проверкой его на соответствие определенному критерию используется данная презумпция[350]. Более правильной, на наш взгляд, является позиция Суда по интеллектуальным правам, который в другом деле указал, что «при проверке того, является ли конкретный результат объектом авторского права, учитывается степень творческого труда автора анализируемых элементов», в связи с чем не признал незаконным заимствование отдельных элементов дизайна[351].

Анализируя различные подходы к уровню творчества объектов авторских прав, известный правовед А. В. Кашанин соглашается с тем, что рассмотренный подход применения низкого стандарта творчества к отдельным частям и элементам опасен тем, что устанавливается монополия на художественно-выразительные средства. Между тем, по его мнению, изменение подхода к определению уровня творчества части произведения приведет к тому, что защищенное авторским

---

[349] Решение Арбитражного суда Псковской области от 14 июня 2024 г. по делу N А52-1300/2024 // Картотека арбитражных дел [Электронный ресурс]. URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/6e4f2f92-3d15-4b57-ab2e-a31280560c2c/772ae0b0-b4e0-4aef-a229-c1c7502f9129/A52-1300-2024_20240614_Reshenie.pdf?isAddStamp=True. (дата обращения: 20.08.2024).

[350] Косицкий А. О. Творчество как критерий охраноспособности объектов авторских прав: самостоятельное создание и творческий характер. Уровень творческого характера // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2023. № 4 (42). // Журнал Суда по интеллектуальным правам [Электронный ресурс]. URL: https://ipcmagazine.ru/articles/1729309/ (дата обращения: 20.08.2024).

[351] Постановление Суда по интеллектуальным правам от 17 августа 2021 г. N С01-122/2021 по делу N А40-187546/2019// Картотека арбитражных дел [Электронный ресурс]. URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/23f89156-24d0-4980-979b-d72b93210508/937496f8-f7f6-4951-a79a-ceaaffc8eb94/A40-187546-2019_20210817_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True. (дата обращения: 20.08.2024).

правом произведение можно будет беспрепятственно заимствовать по частям и элементам, обладающим недостаточным уровнем индивидуальности[352].

Мы, однако, не видим серьезных рисков в «расщеплении» единого произведения на части и оценку каждой части на предмет охраноспособности в том случае, если такой анализ осуществляется на основе заведомо известных критериев. Российская судебная практика, к сожалению, не разработала каких-либо унифицированных правил в этом отношении, определенная методика существует только к узкому кругу объектов авторских прав. Так, Суд по интеллектуальным правам указал на то, что при оценке фактов наличия или отсутствия переработки произведения изобразительного искусства либо дизайна суды вправе по аналогии использовать общие критерии оценки комбинированных обозначений, включающих изобразительные и словесные элементы, изложенные в Правилах, утвержденных Приказом Министерства экономического развития РФ от 20 июля 2015 г. N 482[353]. Естественно, применять правила, разработанные для товарных знаков, при анализе всех видов объектов авторских прав просто невозможно.

В рамках настоящей работы нет цели – выработать такой критерий, который можно было бы применять в отношении всех объектов авторских прав. Тем не менее, можно попытаться вывести такой критерий, который позволял бы эффективно разрешать споры о заимствованиях в музыкальных произведениях. В связи с этим необходимо проанализировать, какие подходы приняты в судебной практике в данном отношении.

Так, нельзя не отметить отсутствия какой-либо выработанной судами методики сравнения музыкальных произведений и выявления неправомерного заимствования. Указанное вылилось в негативную тенденцию разрешения споров только на основании результатов судебной музыковедческой экспертизы в отсутствие каких-либо самостоятельных выводов судов по вопросам права. В

---

[352] Кашанин А. В. Творческий характер как условие охраноспособности произведения в российском и иностранном авторском праве // Вестник гражданского права. 2007. № 2. С. 28.

[353] Постановление Суда по интеллектуальным правам от 2 ноября 2018 г. N С01-935/2018 по делу N А35-5996/2017 // Картотека арбитражных дел [Электронный ресурс]. URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/2d2767a8-9c9d-4c99-ab83-d7bade5e18ef/7da32ff9-27bc-4f44-b078-42b13e8c3d5c/A35-5996-2017_20181102_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True. (дата обращения: 20.08.2024).

отсутствии методики и не имея собственного представления о том, совпадение каких музыкальных фрагментов должно приводить к нарушению авторских прав, суды приходят к противоречивым выводам о незаконном заимствовании в случаях, когда в рамках спора не было проведено должного сравнения музыкальных произведений.

Например, по одному делу ответчик получил права на текст музыкального произведения и создал новое произведение с тем же текстом. Автор музыки первоначального произведения посчитал новое произведение незаконным заимствованием. Согласно экспертизам, назначенным Тимирязевским районным судом г. Москвы, заимствование заключается «в буквальных совпадениях в ритме, частичных совпадениях в гармонии, частичных совпадениях и едином диапазоне мелодии», в дополнительной экспертизе также проведено процентное совпадение мелодии, гармонии и ритма. Суд признал заимствование музыки неправомерным, хотя должен был задаться вопросом, каким образом совпадение диапазона мелодии может вообще являться заимствованием, что означает «буквальное совпадение ритма» и почему в произведениях совпадение ритма вообще должно означать нарушение. При этом допрошенный судом эксперт подтвердил, что «если бы была взята чисто музыкальная часть, она не могла бы считаться переработкой…, она не выявляет явных признаков заимствования», а вся узнаваемость первоначального произведения достигается только за счет использования текста (на который у ответчика имелись права)[354].

В известном в судебной практике деле о неправомерном использовании песни «Кукушка» в составе телепрограммы «Голос. 4 Сезон» выводы относительно наличия неправомерного заимствования в музыке также оставляют желать лучшего. В основу решения Арбитражного суда города Москвы (выводы в этой части при повторном рассмотрении дела Девятым арбитражным апелляционным судом остались неизменными) было положено заключение специалиста по вопросу

[354] Апелляционное определение Московского городского суда от 18.05.2015 по делу № 33-4745/2015 // Официальный портал судов общей юрисдикции города Москвы [Электронный ресурс]. URL: https://mos-gorsud.ru/mgs/services/cases/appeal-civil/details/be17d833-5717-4ce6-861b-62fc5e911ed8?caseNumber=33-4745/2015. (дата обращения: 14.10.2023).

наличия сходства между произведениями. Среди определяющих параметров сравнения, позволивших сделать вывод о наличии переработки, значатся: количество тактов, контур и направление движение мелодии, совпадение общего количества нот. Такое сравнение позволило специалисту установить общий процент совпадений 41,9%[355]. Однако выбранные специалистом параметры совсем ничего не говорят о реальном совпадении и заимствовании музыкального материала: например, количество тактов никак не определяет оригинальность произведения, а только указывает на его длину; совпадение нот (авторские права, на которые, естественно, никто не может претендовать) может свидетельствовать только о том, что авторами были выбраны схожие (родственные) тональности (в музыке существует всего 30 тональностей, их совпадение не может являться неправомерным).

Таким образом, общей проблемой для отечественной судебной практики является безусловное согласие судов с мнением экспертов, выбирающих для сравнения музыки совершенно произвольные критерии, которые в действительности не могут быть использованы для вывода о наличии в выявленных совпадениях воспроизведения или переработки. Как правильно отмечает Д. А. Братусь, ориентирование судебной практики на подсчет количественных совпадений в отсутствие конкретных параметров, в том числе оценочных, представляется непродуктивным[356].

В связи с вышеизложенным необходимо разрабатывать четкие критерии определения неправомерных музыкальных заимствований, которые суды смогут использовать для того, чтобы делать собственные умозаключения. Заключение судебного эксперта должно быть инструментом, помогающим судье прийти к тем

---

[355] Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 12.12.2017 N 09АП-58634/2017-ГК по делу N А40-14248/2016 // Картотека арбитражных дел [Электронный ресурс]. URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/ca03b625-3e33-460c-86d1-63a5a0c876da/061ea328-dcf0-4009-97d8-a106e13bc2bf/A40-14248-2016_20171212_Postanovlenie_apelljacionnoj_instancii.pdf?isAddStamp=True. (дата обращения: 14.10.2023)

[356] Протокол № 30 Заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам // Суд по интеллектуальным правам [Электронный ресурс].. URL: https://ipc.arbitr.ru/storage/sites/ipc/files/288/nks_protokoly/nks_protocol_30.pdf (дата обращения: 20.08.2024).

или иным выводам на основании определенных им критериев, а не подменять собой весь правовой анализ[357].

Полагаем, что для формулирования таких критериев можно использовать доктрину «существенной части», закрепленную в судебной практике Великобритании или доктрину «существенного сходства», разработанную судами США. Обе доктрины, которые мы подробно рассмотрели в предыдущей главе, как раз направлены на анализ первоначального произведения: выделение из него оригинальных и наиболее существенных элементов для их сравнения с заимствованными элементами. Такой подход не противоречит основным, применимым в данном случае концепциям российского авторского права (о содержании и форме произведения, охраняемых и неохраняемых частях произведения).

А. С. Ворожевич указывает на то, что критерий «существенной части» является важным инструментом установления объектных границ исключительного права, однако он до сих пор не получил признания и теоретического осмысления в цивилистике (не только отечественной, но и западной) в качестве полноценной доктрины[358]. Мнение о возможности адаптации данных зарубежных подходов в российском авторском праве также поддерживается многими учеными, например Е. С. Гринь[359] и Е. А. Войниканис[360].

В литературе уже были высказаны различные идеи, как имплементировать критерий «существенной части» в спорах о заимствованиях. Если обобщить, «существенность» рассматривается либо как количественный критерий, то есть нарушение авторских прав определяется достижением определенного недопустимого объема заимствования, либо как качественный критерий, то есть

---

[357] Спектор Г. В. Критерии для определения неправомерных заимствований в музыкальных произведениях // Копирайт (вестник Академии интеллектуальной собственности). 2025. № 1. С. 138.

[358] Ворожевич А. С. Границы и пределы осуществления авторских и смежных прав. М.: Статут, 2020. С. 154.

[359] Протокол № 29 Заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам // Суд по интеллектуальным правам [Электронный ресурс]. URL: https://ipc.arbitr.ru/storage/sites/ipc/files/288/nks_protokoly/29.pdf (дата обращения: 20.08.2024).

[360] Протокол № 30 Заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам / [Электронный ресурс] // Журнал Суда по интеллектуальным правам : [сайт]. URL: http://ipcmagazine.ru/official-cronicle/protocol-30 (дата обращения: 20.08.2024).

заимствование признается при воспроизведении или переработке только тех частей произведения, которые признаются существенными. Данные идеи следует рассмотреть подробнее.

Так, по мнению юристов А. Довгалюк и В. Н. Глониной, переработкой должны признаваться только те произведения, в которых заимствованы существенные элементы первоначального произведения. Однако авторы подробно не останавливаются на том, как определить существенные элементы, указывая только на то, что к таковым не относятся не только неохраняемые элементы, но и «второстепенные» и «незначительные». Чтобы отделить правомерные заимствования от неправомерных, А. Довгалюк и В. Н. Глонина предлагают количественный критерий: например, если было заимствовано менее 25 % первоначального произведения независимо от статуса использованных элементов как охраняемых, можно констатировать существенное различие между первоначальным и новым произведениями, в связи с чем не считать производное произведение переработкой[361]. Такой подход кажется не вполне продуманным: не ясно, что делать, если заимствования превышают необходимый лимит процентов, однако заимствованы только второстепенные и незначительные элементы, или наоборот, заимствованы только существенные элементы, однако, в количестве менее 25 %.

Следует согласиться с той точкой зрения, что невозможно обозначить точный процент или долю произведения, разрешенную к заимствованию, поскольку оценка существенности или незначительности заимствования является качественной категорией[362]. При этом, как мы ранее отмечали, используемые судами США и Великобритании доктрины также рассматривают существенность в первую очередь как качественный признак. В связи с этим полагаем, что на основании

---

[361] Довгалюк А., Глонина В.. Переработка произведения vs «параллельное» творчество: понятие, критерии разграничения // Закон.ру [Электронный ресурс]. URL: https://zakon.ru/blog/2019/1/17/pererabotka_proizvedeniya_vs_parallelnoe_tvorchestvo_ponyatie_kriterii_razgranicheniya (дата обращения: 14.10.2023).

[362] Семенова Е. Правомерность «креативных» нарушений авторских прав: стиль мэш-ап в современной литературе // Интеллектуальная собственность. Авторские права и смежные права. 2016. № 10. С. 7.

исключительно количественного критерия невозможно установить неправомерность заимствования.

В противовес подходу оценки количественных заимствований А. В. Кашанин выводит так называемый «критерий принципиальной неповторимости произведения», то есть установление принципиальной его неповторимости на момент создания исходя из существующих правил и стандартов деятельности в определенной сфере[363]. По мнению автора, «использование качественного критерия неповторимости снимает необходимость количественного измерения оригинальности». Вопрос заимствования объекта авторских прав в таком случае становится зависимым от «объективных факторов, прежде всего от богатства культурного достояния, распространенности определенных художественных средств (в том числе определяемых уровнем развития техники), стандартов и правил деятельности и т. п.»[364]. Такой подход кажется нам правильным, тем не менее, в случае его практического применения он, несомненно, будет вызывать вопросы, поскольку судье в каждом споре придется искать и разбираться в различных стандартах и правилах, сложившихся в той или иной области искусства (хотя можно ли вообще в таком ключе говорить об искусстве?), что немного уводит в сторону от существа нарушения авторского права.

Обращая внимание на недостатки подхода А. В. Кашанина, А. С. Ворожевич предлагает свой критерий определения существенной части произведения, который она называет количественным и качественным критерием. Критерий предлагается применять в случаях существенного различия между оригиналом и новым произведением. Автор предлагает сначала оценить оригинальность первоначального произведения, затем оценить значение спорных элементов в создании выразительного эффекта, то есть прийти к выводу об их оригинальности или, наоборот, общеупотребительности. Следующая ступень анализа зависит от уровня творчества первоначального произведения: если он высокий,

---

[363] Кашанин А. В. Творческий характер как условие охраноспособности произведения в российском и иностранном авторском праве. С. 31.

[364] Кашанин А. В. Творческий характер как условие охраноспособности произведения в российском и иностранном авторском праве. С. 34.

заимствования основных элементов будет достаточно для квалификации переработки, если же произведение низкого уровня творчества, необходимо совпадение большего количества элементов[365].

На наш взгляд, благодаря своей гибкости такой подход кажется наиболее продуманным из предложенных в отечественной литературе, однако и он не лишен своих недостатков. Если оценивать заимствование произведений так, как предлагает А. С. Ворожевич, получается, что объем их правовой охраны будет зависеть от их уровня творчества, что немного расходится с основополагающим принципом авторского права об охране произведений независимо от их достоинств (фактически за это же А. С. Ворожевич и критикует подход А. В. Кашанина). В данном случае выходит, что защита предоставляется как раз в зависимости от достоинства объекта авторских прав, поскольку оно прямо влияет на количество элементов, заимствование которых будет являться недопустимым.

Как отмечает А. О. Косицкий, необходимый уровень творчества индивидуален для каждого вида произведений и не подлежит сравнению[366], специфика музыкального произведения в этой связи очевидна. С одной стороны, восприятие музыки порождает множество индивидуальных интерпретаций в зависимости от слушателя, а с другой – любую эмоцию, чувство и впечатление, возникающие у аудитории, можно объяснить применением четких музыкальных законов. Все это усложняет поиск заветного «существенного элемента» музыкального произведения, который недопустимо заимствовать.

В целом в отношении градации по уровню творчества фрагментов музыкального произведения трудно найти точные формулировки. Например, О. В. Исаева указывает на то, что исключается авторско-правовая охрана музыкального произведения «с одинаковыми оборотами», что и у ранее обнародованного[367], что вряд ли вносит ясность. Действительно, однозначно сказать, какие признаки

---

[365] Ворожевич А. С. Границы исключительных прав, пределы их осуществления и защиты. С. 183.

[366] Косицкий А. О. Творчество как критерий охраноспособности объектов авторских прав: самостоятельное создание и творческий характер. Уровень творческого характера // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2023. № 4 (42). // Журнал Суда по интеллектуальным правам [Электронный ресурс]. URL: https://ipcmagazine.ru/articles/1729309/ (дата обращения: 20.08.2024).

[367] Исаева О. В. Пределы свободы автора производного произведения. С. 32

фрагмента музыкального произведения должны свидетельствовать о его существенности, не так просто. Тем не менее, очевидно, что в музыкальном произведении, как и в любом другом произведении, несмотря на трудности, необходимо проводить различие между существенными частями, заимствование которых свидетельствует о нарушении авторских прав, и второстепенными частями, при которых нарушение не должно происходить. Вряд ли можно согласиться с той точкой зрения, что использование части произведения в виде музыкальных тактов, фрагментов, отрывков из музыкального произведения вне зависимости от конкретного характера заимствования возможно только при соблюдении имущественных и личных неимущественных прав автора[368].

Полагаем, для того чтобы вывести критерий определения допустимых заимствований, необходимо посмотреть на проблему также с другой стороны.

Так, весь вышеизложенный анализ правомерности заимствования основан преимущественно на оценке охраноспособности части первоначального произведения и дозволенности его использования без нарушения авторских прав. Однако, как мы указали выше, анализ может быть одновременно построен иным образом: на оценке самостоятельной охраноспособности нового произведения. При такой постановке вопроса заимствование становится правомерным в том случае, если характер создания нового произведения позволяет исключить использование первоначального произведения. Полагаем, что выработать обоснованные критерии определения неправомерных музыкальных заимствований невозможно без рассмотрения явления заимствования в этой плоскости.

На самом деле в таком анализе также используется критерий «существенности», однако речь идет не об определении существенной части оригинального произведения, которое нельзя копировать, а о существенном изменении нового произведения, которое делает заимствование допустимым.

Именно эта идея была выражена в неоднократно воспроизводимом в законодательных актах Российской империи и СССР положении: не считается

[368] Луткова О. В. Основные проблемы охраны интеллектуальной собственности в международном частном праве : учебное пособие для магистров. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 26.04.2023).

нарушением авторского права пользование чужим произведением для создания нового, существенно от него отличающегося. Эта же мысль заложена в немецком законодательстве: § 23 UrhG, согласно которому также не будет нарушением авторского права создание произведения с использованием другого, если оно сохраняет существенную дистанцию (доктрина свободного использования). Данные положения анализировались нами в предыдущих главах, поэтому нет смысла на них отдельно останавливаться еще раз.

Характеристика признака существенного изменения первоначального произведения в свое время подробно рассматривалась В. Я. Ионасом. Автор разделял произведения на независимые, то есть такие, в которых нет заимствования существенных элементов из чужих произведений, и зависимые. Зависимое он определял как произведение литературы, искусства или науки, автор которого, заимствуя частично или полностью существенные элементы из чужого произведения, проявляет при этом собственное творчество[369]. Пытаясь определить сущность действовавшей в то время статьи 492 Гражданского кодекса РСФСР (мы ее также рассматривали в Главе 1), предусматривающей возможность создания путем заимствования творчески самостоятельных произведений, ученый рассматривал два квалифицирующих признака такого произведения: новизну и существенное отличие от первоначального произведения.

В. Я. Ионас отмечал, что «новизна и существенное отличие – понятия, неразрывно связанные между собой. В своем логическом единстве они означают обновление сущности использованного произведения, изменение его существенных элементов. Новизна существенных элементов произведения и есть его существенная новизна, отличающая произведение от сравниваемого с ним»[370]. При этом под существенными элементами автор имел в виду те элементы произведения, создание которых требует творчества[371].

---

[369] Ионас В. Я. Произведения творчества в гражданском праве. С. 56-57.
[370] Ионас В. Я. Произведения творчества в гражданском праве. С. 22.
[371] Ионас В. Я. Произведения творчества в гражданском праве. С. 24.

Конечно, современное авторское право не выдвигает требования новизны к охраняемым произведениям, однако В. Я. Ионас рассматривал новизну не как абсолютный признак объекта авторских прав, а как относительное свойство, позволяющее установить у произведения, созданного на основе другого, признаков объекта авторских прав. Значительное изменение произведения означает, что можно заимствовать существенные (охраняемые) элементы чужого произведения, однако их необходимо настолько преобразовать, чтобы они стали новыми по сравнению с первоначальным произведением.

Определенное признание категории существенного изменения произведения как основания его самостоятельной охраноспособности (вне рамок производного произведения) в последнее время можно найти и в современной доктрине. Так, Д. А. Братусь полагает, что работу даже с заимствованием охраноспособных элементов следует признать самостоятельной, если при этом более поздний автор создал свой оригинальный интеллектуальный продукт[372]. И. В. Чувствинов также указывает на то, что существует определенная грань заимствования и необходимо оценивать, в какой момент творчество и вдохновение превращается в чрезмерное заимствование и переработку[373].

Следовательно, существенное изменение произведения правомерно по той причине, что оно приводит к выходу за границы переработки, то есть за границы исключительного права правообладателя исходного произведения. Однако стоит оговориться, что, каким бы ни было сильным изменение произведения, встает вопрос о нарушении права автора на неприкосновенность этого произведения. Справедливо отмечается, что на практике недопустимость внесения любых изменений или дополнений в произведение без согласия автора способна парализовать не только создание новых произведений, но и использование уже

---

[372] Протокол № 30 Заседания Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам // Суд по интеллектуальным правам [Электронный ресурс] URL: https://ipc.arbitr.ru/storage/sites/ipc/files/288/nks_protokoly/nks_protocol_30.pdf (дата обращения: 20.08.2024).

[373] Чувствинов И. В. Небуквальное копирование и переработка произведений как исключение из принципа охраны формы произведения // Право интеллектуальной собственности. 2024. № 1 (75). С. 12.

существующих, что особенно актуально для переработок музыкальных произведений[374].

Тем не менее, в п. 87 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 N 10 "О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации" указано на то, что право на неприкосновенность произведения касается таких его изменений, которые не связаны с созданием нового на основе имеющегося. Из указанного следует, что о нарушении данного права может идти речь, когда происходит такое заимствование произведения, которого по своему качеству недостаточно для признания переработки, то есть речь идет о воспроизведении произведения с незначительными изменениями. Соответственно, по смыслу, который вложен в эту норму, существенное изменение произведения не может быть признано нарушением права на его неприкосновенность.

Отдельные отголоски идеи существенного изменения произведения можно найти в актуальной отечественной судебной практике. Здесь в первую очередь нельзя не сказать об Определении Конституционного Суда РФ от 26.01.2017 N 158–О. Конституционный Суд РФ рассматривал жалобу заявительницы, которой суды отказали в защите исключительного права на оперу "История Кая и Герды", признав, что первоначальный автор оперы был вправе сам вносить в нее изменения, которые суды не посчитали переработкой. Заявительницей оспаривалась конституционность пункта 2 статьи 1270 Гражданского кодекса РФ, не позволяющего, по ее мнению, осуществлять охрану исключительных прав в отношении всех видов изменений произведения.

Конституционный Суд РФ привел выводы суда первой инстанции, согласно которым «опера "История Кая и Герды" (Снежная королева) в редакции 2009 года, демонстрирующая полное сходство внешней формы в номерах со схожими названиями с оперой "История Герды и Кая" 1980 года, в силу внесенных автором изменений, дополнений тематически новым материалом, существенно обогатившим содержание оперы, последовательного переосмысления развития

[374] Дрозов А. В. Неприкосновенность произведения и его переработка: личные неимущественные и исключительные права // Журнал российского права. 2012. № 2. С. 55-56.

сюжета, введения в музыкальный текст принципиально новых образных средств и т. п. представляет собой результат оригинального творческого труда, достаточный для признания самостоятельности данного произведения»[375]. Хотя в данном деле заимствование осуществлялось самим автором, трудно предположить, к каким выводам пришли бы суды, если бы новую редакцию оперы осуществило третье лицо, тем не менее, Конституционный Суд РФ признал правомерной правовую позицию, согласно которой существенное изменение музыкального произведения не является переработкой и в целом не охватывается исключительным правом.

Приведенные в данном Определении критерии существенного изменения, однако, нельзя назвать удачными: творческое переосмысление, дальнейшее развитие произведения, интеллектуальные усилия и творческая работа могут присутствовать и при переработке, необходимо же определить такие признаки, которые позволят говорить о создании иного произведения, а непроизводного.

Заслуживает внимания правовая позиция, неоднократно цитируемая арбитражными судами Костромской и Кировской областями, согласно которой «в случае переработки возникает новый объект охраны, но сохраняющий в существенной части элементы формы исходного произведения»[376]. Из нее можно вывести, что если на основе первоначального произведения возникает новый объект охраны, элементы формы которого в существенной части изменены, то он не будет являться переработкой.

Перечисленные нами примеры использования категории существенного изменения произведения как критерия, позволяющего оправдывать заимствования, являются в общей массе судебной практики незначительными, и, скорее всего, существует обратная тенденция, при которой суды более склоняются к тому, что

---

[375] Определение Конституционного Суда РФ от 26.01.2017 № 158-О // Конституционный Суд РФ [Электронный ресурс]. URL: http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision261878.pdf (дата обращения: 19.09.2024).

[376] Решение Арбитражного суда Костромской области от 12 июля 2019 г. по делу № А31-9334/2018 // Картотека арбитражных дел [Электронный ресурс]. URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/ea5fd36c-52a4-4620-97d6-94901a1b1e51/42e9a786-1936-48d8-9f6a-8a7e9a207455/A31-9334-2018_20190712_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True. (дата обращения: 19.09.2024), Решение Арбитражного суда Кировской области от 21 ноября 2022 г. по делу N А28-1210/2022 // Картотека арбитражных дел [Электронный ресурс]. URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/c500b7c7-6f57-413a-a481-1483d5b082f2/37cd5692-c470-459b-aa2c-1f928e6265b8/A28-1210-2022_20221121_Reshenie.pdf?isAddStamp=True. (дата обращения: 19.09.2024).

заимствование не может привести к созданию оригинального произведения. В одном из недавних обзоров судебной практики Президиум Верховного Суда РФ отметил, что «в силу общепринятого подхода объект, который удовлетворяет условию оригинальности (то есть не заимствованный, созданный самим автором), может получить авторско-правовую охрану» при условии отражения в объекте личности автора, его свободной воли и выбора»[377]. Естественно, трудно спорить с тем, что факт заимствования является обстоятельством, который явно не говорит в пользу оригинальности и творческого характера произведения, но стоит ли однозначно утверждать, что заимствование при существенном изменении произведения не приведет к созданию объекта, в котором будет отражена личность нового автора, его свобода воли и выбора? На наш взгляд, этого не следует делать, существенное изменение исходного произведения должно в определенных случаях учитываться как критерий, позволяющий говорить о создании независимого произведения.

Идея, заложенная в принцип допустимости таких заимствований, достаточно проста, и ее можно продемонстрировать следующим абстрактным примером. Представим произведение и построенную от него шкалу всех вариантов его заимствования, расположенных по градации творческого вклада в их создание. На начальной отметке будет находиться произведение, представляющее собой дословное воспроизведение исходного произведения. Двигаясь далее по шкале, будут находиться работы с незначительными изменениями исходного, но также в большинстве своем состоящие из его воспроизведенных частей. Такие произведения (если осуществляются без разрешения автора) нарушают право на неприкосновенность, но не обладают признаками переработки. На определенной отметке воображаемой шкалы форма произведений будет изменена таким образом, что ее достаточно будет для признания производным произведением, а дальнейшее движение будет представлять собой смену разных по объему заимствования

[377] Обзор судебной практики рассмотрения гражданских дел, связанных с нарушением авторских и смежных прав в информационно-телекоммуникационной сети "Интернет" (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 29 мая 2024 г.) // Верховный Суд РФ [Электронный ресурс]. URL: https://www.vsrf.ru/documents/all/33621/. (дата обращения: 19.09.2024).

переработок. Поскольку в конце шкалы находится произведение, полностью независимое и не связанное с первоначальным, в определенном месте, но явно до конца шкалы, должен произойти качественный переход от производного произведения до оригинального. Этот переход и будет являться достижением существенного изменения формы первоначального произведения, а совокупность произведений, находящихся на шкале с этого отрезка и до ее конца, будет представлять собой произведения, созданные путем допустимого заимствования.

На практике переход от одной формы произведения, влекущей его переработку, к существенному изменению должен выражаться в том, что фрагменты чужого произведения не просто меняются, а видоизменяются таким образом, что такое «производное» творчество нового автора начинает по своему значению «перевешивать» оставшуюся исходную форму, в результате чего возникает самостоятельный объект авторских прав. Соответственно, существенное изменение произведения предполагает создание с использованием формы исходного произведения нового, форма которого является преимущественно результатом творчества другого автора.

Как видно, критерий существенного изменения произведения является сугубо оценочным, вряд ли сам по себе он может быть наполнен какими-либо объективными признаками. Если учесть сложившуюся судебную практику в отношении музыкальных произведений, то критерий в таком виде не поможет эффективно разрешать судебные споры – устанавливать существенность изменений в музыке на свой слух судья вряд ли решится и будет все равно обращаться за обоснованием к судебному эксперту или специалисту.

Между тем полагаем, что эффективный анализ музыкальных произведений может быть построен на совокупности применения критерия заимствования существенной части оригинального произведения и критерия существенного изменения нового. Смешение критериев фактически означает, что при оценке двух произведений принимается во внимание как охраноспособность и возможность использования части чужого произведения, так и творческий характер и самостоятельность нового произведения.

Совокупность рассмотренных в настоящем исследовании отечественных и зарубежных доктринальных и правоприменительных подходов позволяет изложить методику, которой необходимо руководствоваться при анализе двух музыкальных произведений на предмет неправомерного заимствования.

В первую очередь следует отметить, что применение соответствующих критериев должно быть связано с установлением схожести двух музыкальных произведений. Но даже если есть свидетельства, что более поздний автор вдохновлялся исходным произведением и даже позаимствовал что-то из его формы, данные действия без нижеизложенного анализа нельзя считать нарушением. Это как раз является проявлением идеи о возможности создания независимого объекта права путем существенного изменения исходного произведения.

На наш взгляд, анализ следует начинать с определения существенной части музыкального произведения и в первую очередь с «объективных факторов» (используя терминологию А. В. Кашанина)[378]. Чтобы в каждом случае не усложнять вопрос об изучении всего богатства музыкальной культуры, полагаем, что без ущерба в правоприменении можно ограничиться двумя факторами: музыкальной формой (под этим следует понимать строение, структуру музыкального произведения) и жанром сравниваемых композиций. Конечно, это не относится к вопросам права, поэтому соответствующие вопросы могут быть заданы судебному эксперту или специалисту в области искусствоведения.

С точки зрения музыкальной формы сравниваемые фрагменты могут находиться в разных частях произведений и занимать разное место в структуре композиции, из-за чего выступают как существенными, так и, наоборот, несущественными средствами выразительности. Большинство популярных произведений построено на куплетно-припевной форме. Если фрагменты занимают схожее положение в обоих произведениях, например в припеве, вероятность противоправного заимствования повышается. Если же какой-либо

[378] Спектор Г. В. Критерии для определения неправомерных заимствований в музыкальных произведениях. С. 140.

существенный фрагмент исходного произведения играет в музыке совершенно другую роль, заимствование становится оправданным.

Музыкальный жанр также следует рассматривать как важный фактор с точки зрения оценки заимствования. Дело в том, что в рамках одного жанра приняты те или иные средства выражения, например для хеви-метала характерны риффы, построенные на «перевернутых» квинтах, или частое использование в мелодии гармонического минора, а также пентатоники. Соответственно, повторение таких музыкальных фрагментов от композиции к композиции не следует считать нарушением. Кроме того, разные жанры требуют разную степень оригинальности. Например, для поп- и рок-музыки характерна большая клишированность, нежели для академической музыки, то есть во втором случае повторение фрагментов в большей степени свидетельствует о неправомерном заимствовании.

Положительным примером использования такого подхода является дело о нарушении авторских прав на произведение «A Symphonic space dream» Филиппом Киркоровым в песне «Жестокая любовь». Суды трех инстанций основывались на мнении специалиста, который указал на то, что «композиции представляют собой написанные в разных жанрах самостоятельные оконченные произведения…, можно говорить о существенных отличиях как на образно-содержательном уровне, так и на уровне средств музыкальной выразительности. Фрагмент совпадения не обладает тематической оригинальностью и является типичным для множества сочинений академической и неакадемической музыки. Гармонический и мелодический материал, использованный в обеих песнях, представляет собой "Золотую секвенцию" – широко распространенный в композиторской практике прием, который от частого употребления давно превратился в штамп». Утверждение истца о том, что Филиппом Киркоровым были сделаны заимствования из его произведения, не нашло своего подтверждения в ходе судебного разбирательства[379].

---

[379] Определение Второго кассационного суда общей юрисдикции от 24.12.2019 по делу № 88-2201/2019 // Второй кассационный суд общей юрисдикции [Электронный ресурс]. URL: https://2kas.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=case&case_id=7132467&case_uid=8c7bc457-44f0-4f3c-b5d5-d51029c6d7e1&new=2800001&delo_id=2800001 (дата обращения: 26.04.2023).

Определив сравниваемые фрагменты с точки зрения их отношения к музыкальной форме, а также наличия жанровых и стилевых особенностей, необходимо приступить к анализу самих фрагментов, а именно составляющих их элементов. Нет смысла, однако, сравнивать любые фрагменты, если они состоят из простейших музыкальных элементов, например хроматической гаммы (восходящее или нисходящее мелодическое движение по полутонам) или мажорного трезвучия, их правовая охрана вряд ли возможна. Следует оговориться, что речь не идет о простоте воспроизведения элементов, то есть о технике, требуемой для их исполнения, а о базовом характере их построения с точки зрения теории музыки. Тем не менее, следует учитывать и то, что совокупность таких простейших музыкальных элементов в определенных случаях может составлять охраноспособный фрагмент.

На этапе анализа фрагментов заимствование мелодии может быть существенным сигналом, свидетельствующим о неправомерном заимствовании. Тем не менее, как мы уже указывали, необходимо изучить всю совокупность элементов и их взаимоотношение друг с другом. То есть совпадения какого-либо одного элемента недостаточно для вывода о нарушении, необходимо совпадение большинства элементов, в ином случае можно говорить о существенном изменении нового произведения.

При сравнении музыкальных произведений может произойти так, что совпали исключительно два фрагмента разных произведений. Если путем вышеизложенного анализа действительно исключены банальные общераспространенные элементы, установлено их единое положение и роль в структуре музыкального произведения, можно говорить, что произошло заимствование существенной части произведения, то есть такое заимствование неправомерно. Длина фрагмента в таком случае не имеет значения, то есть количественный критерий применять не следует. Например, песня исполнительницы Энки Баггер «*Where Were You Last Night*» имеет общую продолжительность более 4-х минут, однако фрагмент из начала припева не более 3-х секунд имеет сильную схожесть с другим началом припева из песни группы

Bon Jovi «*You Give Love A Bad Name*» (также общей длительностью почти 4 минуты). И хотя в судебном порядке такое заимствование не оспаривалось, оно породило множество небеспочвенных обвинений Энки Баггер в плагиате[380].

Если в результате анализа совпадает несколько фрагментов музыкального произведения или относительно крупные части имеют схожесть, но нельзя сделать однозначный вывод о заимствовании существенной части произведения, то в этом случае количество таких спорных «пограничных» фрагментов может позволить установить заимствование существенной части с точки зрения количественного критерия, как, в свою очередь, предлагает А. С. Ворожевич в вышеизложенном подходе. При этом количественный критерий следует использовать в ограниченных случаях и только в дополнение к качественному критерию. Например, если существует на первый взгляд схожесть большого количества частей произведений, однако их более детальный анализ явно дает понять, что нет существенного заимствования ни одного из спорных фрагментов или что эти фрагменты существенно изменены, следует прийти к выводу, что существенная часть произведения не заимствована, несмотря на величину (процент совпадения) спорных частей.

Вышеизложенный анализ, по нашему мнению, может стать базовым при оценке двух музыкальных произведений на предмет нарушения исключительных прав: воспроизведения части одного произведения в другом или его переработки. Фактически критерии существенной части произведения и существенного его изменения в предлагаемой нами интерпретации позволяют увидеть, что заимствование чужого музыкального произведения само по себе не является фактором, свидетельствующим о нарушении. Обращать внимание необходимо не на факт заимствования, а на то, насколько воспроизводится важная часть исходного произведения, как в новом произведения эта часть отражена и насколько сильно она преобразована. Использование отдельных элементов музыки, базовых, банальных, общераспространенных, принятых в подобном жанре музыкальных

[380] Относительно данного случая у нас нет определенного убеждения, является ли заимствованный фрагмент существенной частью, тем не менее, можно представить обоснованные аргументы в пользу такого решения.

фрагментов, использование отдельных частей в новой роли и в рамках иной музыкальной структуры и, наконец, использование фрагментов таким образом, что они существенно изменяются в новом произведении, являются допустимыми случаями заимствований в музыкальных произведениях.

§ 3. Отдельные случаи заимствования фонограмм музыкальных произведений

Как мы определили ранее, заимствование в музыкальных произведениях происходит также в отношении фонограмм музыкальных произведений, охраняемых смежным правом. Определив критерии допустимого заимствования музыкальных произведений, мы могли бы попытаться распространить или адаптировать эти критерии применительно к решению вопроса о заимствовании подобных фонограмм. Однако такие попытки вряд ли могут увенчаться успехом. Выработанные нами критерии существенной части и существенного изменения произведения базируются на признаке творческого вклада в создание объектов авторских прав. Относительно фонограмм, охраняемых по принципу внесения организационно-технического вклада, применение уровня творчества не только не совместимо, но и прямо противоречит целям правовой охраны. В связи с этим заведомо бесперспективно говорить о существенных (и вообще каких-либо значимых для права) частях фонограммы и о существенном изменении фонограммы.

Между тем в первой главе нами была широко отражена проблема наличия фактически творческого начала в фонограммах музыкального произведении, которая не может не влиять на ее правовую сущность, а также очевидная проблема существования абсолютного запрета на любые заимствования незначительных частей фонограмм в целях их семплирования. Полагаем, что определенные заимствования фонограмм музыкальных произведений действительно можно оправдать путем ограниченного применения критерия творчества.

Вопрос наличия признаков творчества при создании фонограмм главным образом возникает в связи с таким способом использования фонограммы, как переработка. В этой связи существует дискуссия по вопросу необходимости творческого характера изменения фонограммы для признания осуществления ее переработки, которую необходимо здесь привести. Так, О. Ю. Шилохвост полагает, что любая творческая переработка, ведущая к созданию новой (производной) фонограммы при сохранении первоначальной, относится к способам использования фонограммы и составляет часть исключительного права ее изготовителя[381]. Напротив, Э. П. Гаврилов считает, что изменение формы при осуществлении переработки фонограммы не является результатом творческой деятельности[382]. Этой же точки зрения придерживается Н. В. Бузова[383].

Логично, что, если создание первоначальной фонограммы связано исключительно с организационными усилиями и финансовыми вложениями ее изготовителя, стоит занять вторую точку зрения, исходя из той логики, что не могут применяться более высокие требования к созданию производного объекта, если они не применяются по отношению к исходному. Однако, на наш взгляд, критерий творческого характера переработки заслуживает внимания, поскольку свидетельствует о небезосновательности подхода к определению фонограммы записи музыкального произведения как результата именно творческого труда.

В рамках дискуссии о признаках переработки фонограммы наиболее разработанными представляются идеи В. И. Елисеева, который предлагает критерии разграничения переработки и воспроизведения (искажения) фонограммы по характеру внесенных в нее изменений. Так, автор считает, что действия по использованию компьютерных программ, которые сводятся лишь к конвертации звукозаписи в другой формат, изменению битрейта, сжатию цифрового файла и другие подобные им действия могут охватываться только воспроизведением

---

[381] Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части четвертой: постатейный / отв. ред. Л. А. Трахтенгерц. М.: Юридическая фирма "КОНТРАКТ"; "ИНФРА-М", 2009. С. 287.

[382] Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / Э. П. Гаврилов, В. И. Еременко. М.: Издательство "Экзамен", 2009. С. 356.

[383] Бузова Н. В. Исполнения и фонограммы в цифровом формате: проблемы правоприменения // Труды по интеллектуальной собственности. 2021. № 4. С. 60-61.

фонограммы. К действиям по переработке, исходя из нормативного определения изготовителя фонограммы, В. И. Елисеев предлагает относить такие изменения ее формы, которые выходят за рамки простейших операций со звукозаписью, требуют применения профессиональных знаний и навыков, организационных усилий или привлечения инвестиций[384].

Критерий характера внесенных в фонограмму изменений действительно заслуживает внимания, однако полагаем, что определять переработку в зависимости от применения профессиональных навыков и умений все же вряд ли является правильным, поскольку такие навыки законом не предъявляются при создании оригинальной фонограммы. Н. В. Иванов отмечает, что даже черновая неоконченная запись является объектом смежных прав[385], соответственно и банальная запись на диктофон музыкального произведения, не требующая каких-либо познаний в звукозаписи, может быть охраняемой фонограммой или ее переработкой.

Определенное отражение предложенного В. И. Елисеевым подхода можно встретить в судебной практике. Так, Второй кассационный суд общей юрисдикции сделал вывод, что «оцифровка (перевод звукозаписей с магнитной ленты в цифровую форму) является переработкой фонограммы, следовательно, лицо, осуществившее такую переработку, стало обладателем смежных прав на данную фонограмму»[386]. Нам, однако, трудно согласиться с данным утверждением. Как мы ранее указывали, Гражданский кодекс РФ под экземпляром фонограммы предусматривает копию на любом материальном носителе, изготовленную непосредственно или косвенно с фонограммы и включающую все звуки или часть звуков либо их отображения, зафиксированные в этой фонограмме. Соответственно из фонограммы можно сделать как экземпляр в аналоговой форме

---

[384] Елисеев В. И. Правовой режим переработанных фонограмм // ИС. Авторское право и смежные права, 2016. № 10. С. 19.

[385] Иванов Н. В. Авторские и смежные права в музыке. С. 128.

[386] Определение Второго кассационного суда общей юрисдикции от 16 декабря 2021 г. по делу № 8Г-28454/2021 // Второй кассационный суд общей юрисдикции [Электронный ресурс]. URL: https://2kas.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=case&case_id=7132467&case_uid=8c7bc457-44f0-4f3c-b5d5-d51029c6d7e1&new=2800001&delo_id=2800001. (дата обращения: 19.09.2024).

(на магнитной ленте), так и в цифровой. Оцифровка будет означать только процесс создания отображений исходных звуков, но с точки зрения понятия экземпляра фонограммы оцифровка будет являться лишь ее воспроизведением – изготовлением экземпляра фонограммы. В связи с этим более правильным представляется ранее изложенный подход Суда по интеллектуальными правам, который в одном деле отклонил доводы истца о том, что ответчику «были переданы права использования спорных произведений путем их воспроизведения, распространения и импорта исключительно в "мехзаписи"»[387].

Н. В. Бузова, квалифицируя оцифровку именно как переработку, высказывает опасения, что последующая оцифровка фонограммы, права на которую истекли, необоснованно порождает новый объект права и нового правообладателя[388]. Однако такой проблемы не возникнет, если не считать, что оцифровка является действием по переработке фонограммы. Указанное дополнительно подтверждает недостатки подхода, при котором фактически технические действия являются основанием для возникновения производной фонограммы.

Таким образом, квалификация переработки как внесения определенного рода изменений в фонограмму может быть не вполне успешной, если не определить, какие конкретно изменения должны вноситься в фонограмму, учитывая, что применение критерия использования профессиональных навыков нами был признан несостоятельным.

Попытку определить, какие изменения должны свидетельствовать о переработке фонограммы, предпринял Е. А. Олин. Автор предлагает разделить «форму» и «содержание»[389] фонограммы, при этом под «формой» он понимает саму запись, а под «содержанием» – что конкретно записано на фонограмме. При этом изменением фонограммы, по мнению Е. А. Олина, будут являться любого

---

[387] Постановление Суда по интеллектуальным правам от 4 июля 2016 г. N С01-400/2015 по делу N А46-10316/2014 // Картотека арбитражных дел [Электронный ресурс]. URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/555cb32f-9e76-4fb3-a171-c4d8e740d9cc/d4e70dc6-5740-47ef-bde2-52ff15301a7e/A46-10316-2014_20160704_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True. (дата обращения: 19.09.2024).

[388] Бузова Н. В. Исполнения и фонограммы в цифровом формате: проблемы правоприменения. С. 60.

[389] Е. А. Олин использует данные термины в кавычках, в связи с чем они проставлены здесь и нами.

рода изменения именно «содержания» оригинальной фонограммы, то есть ее звукового ряда[390].

С таким критерием, однако, мы не можем согласиться по нескольким причинам. Во-первых, у фонограммы как объекта смежных прав вряд ли следует выделять форму и ее содержание. Закон, безусловно, охраняет только форму фонограммы, представляющую собой непосредственно звуковую запись, само содержание фонограммы с точки зрения правовой охраны значения не имеет. Изменение такого подхода и квалификация переработки на основании преобразования содержания вместо формы, представляется, по меньшей мере, спорным. Во-вторых, если говорить о фонограммах записи музыкальных произведений, фактически Е. А. Олин под содержанием фонограммы предлагает считать музыкальное произведение. Внесение изменений в звуковой ряд может свидетельствовать о переработке музыкального произведения как объекта авторских прав, однако необоснованно смешивать переработку произведения и переработку фонограммы. Последнее должно обладать своими собственными признаками. Примеры переработки, выдвигаемые автором на основании данного критерия: «перестановка фрагментов фонограммы», «включение различных звуковых эффектов», только подтверждают, что этот критерий не позволяет эффективно определять переработку фонограммы. Например, если только изменить в фонограмме расположение ее фрагментов, будет осуществлено лишь воспроизведение разных частей фонограммы (в разной последовательности); также воспроизведением, пусть и с добавлением новой фонограммы, следует считать использование фонограммы с добавлением различных звуковых эффектов.

Таким образом, необходимо определить признаки переработки, характерные исключительно для фонограммы, для чего следует обратиться непосредственно к анализу формы фонограммы. Мы уже ранее указывали на то, что переработка произведения имеет место именно при изменении характеристик формы произведения. Полагаем, что суть переработки фонограммы также состоит в

---

[390] Олин Е. А. Доктринальные подходы к определению переработки фонограммы // Бизнес. Образование. Право. 2023. № 4 (65). С. 227.

изменении ее формы. Поскольку форма фонограммы представляет собой различные звуки (или их отображения), в этом случае переработка фонограммы должна состоять в таком ее преобразовании, при котором изменяются характеристики или свойства данных звуков (высота, длительность, тембр, громкость).

Если рассматривать переработку фонограммы именно как изменение характеристик звуков, то, как и в вышеприведенном подходе В. Елисеева, это позволит отграничить простейшие действия, не связанные с вкладом каких-либо значительных инвестиций, от действий, в которых такой вклад присутствует, что позволяет признавать отдельные смежные права на переработанные фонограммы.

Отличие нашего подхода заключается в том, что, с одной стороны, действия, основанные на простом манипулировании фонограммой с помощью компьютера, связанные с изменением формата аудиозаписи, не будут признаваться переработкой по той причине, что они не влекут изменения свойства звуков в этой аудиозаписи, а не потому, что они не требуют применения профессиональных навыков. С другой стороны, действия, при которых осуществляется семплирование, создание ремиксов, будут считаться производными фонограммами в силу того, что в результате таких преобразований изменяются звуковые свойства фонограммы, а не в силу того, что для их осуществления требуется применение специальных навыков. Следует учитывать, что на сегодняшний день разнообразные сложные действия, связанные с трансформацией аудиозаписи, такие как извлечение из нее голоса, изменение соотношения громкости между звуковыми дорожками и так далее, благодаря компьютерным технологиям теперь доступны для рядового пользователя, поэтому критерий профессионализма вряд ли можно признать эффективным.

Тем не менее, есть недостатки и у предложенного подхода определения переработки фонограммы в зависимости от изменения свойств звуков, потому что в таком случае даже минимальное изменение свойств фонограммы, например незначительное снижение ее громкости, должно квалифицироваться как переработка, хотя очевидно, что первоначальная форма фонограммы в таком

случае почти никаких изменений не претерпевает. Полагаем, что вкупе с критерием изменения свойства звуков должно также осуществляться качественное сравнение внешних различий у фонограмм и определение, является ли такое различие результатом организационных и технических усилий. Например, П. Е. Царева считает, что звукорежиссер становится изготовителем производной фонограммы, когда осуществляет значительный звуковой перемонтаж, звуковую обработку исходной фонограммы[391]. Перечисленные автором действия, свидетельствующие о переработке, явно не являются исчерпывающими, однако направление мысли представляется нам верным.

Фактически такой анализ максимально приближен к проверке творческого характера создания фонограммы, хотя таковым его назвать, конечно, будет неправильно. Тем не менее, например, направленные на изменение свойств звуков действия по сведению и микшированию (мастерингу) фонограммы, которые, безусловно, носят творческий характер, должны повлечь создание производной фонограммы. Действия, скорее всего, чисто технического характера (хотя трудоемкие и ресурсозартаные), например рассмотренная выше оцифровка аудиозаписи, переработкой признаваться не должны.

Придя к выводу об обоснованности квалификации переработки фонограммы как определенных «творческих» действий переработчика, полагаем, что целесообразно обратиться непосредственно к вопросу заимствования фонограммы музыкального произведения в целях творчества, что в целом можно определить как вопрос о правомерности семплирования фонограммы.

Ранее уже были определены правовые черты семплирования, поэтому следует только лишь повторить, что при создании фонограммы таким способом часть чужой фонограммы – семпл – включается в новую вне зависимости от того, есть ли в таком семпле признаки части музыкального произведения. Очевидно, что семплирование может быть и зачастую является результатом воспроизведения фонограммы. Перенос любой части фонограммы (экземпляра фонограммы)

[391] Царева П. Е. Музыкальные произведения в Интернет-пространстве: современные подходы и текущие реалии в правовой плоскости // Юрист. 2022. № 7. С. 45.

фактически уже является воспроизведением, в дальнейшем он может как мультиплицироваться, так и включаться в состав других семплов, что, однако, не должно иметь значения для квалификации. Вопрос с заимствованием семпла в связи с этим предполагает достаточно однообразное решение – любое заимствование, если семпл в результате просто перенесен в новую фонограмму, является недопустимым, если осуществляется без разрешения правообладателя.

Если обратиться к судебной практике о защите исключительных прав на фонограммы, можно отметить, что в судебных актах почти не встречаются термины «семплирование» или «семпл». Между тем семпл воспринимается судами как часть (или фрагмент) фонограммы, а его заимствование определяется путем сравнения оригинальной и новой фонограммы. В этой связи в судебной практике выработался подход определения нарушения смежных прав на основании установления идентичности спорных фрагментов фонограммы, для чего используются результаты фоноскопической экспертизы. В одном деле Второй кассационный суд общей юрисдикции указал на то, что «для установления идентичности или неидентичности спорных фонограмм (музыкальных произведений) достаточно было фрагментов данных объектов, зафиксированных на представленных на судебную экспертизу видеозаписях в определенных файлах»[392]. При таком подходе объектом анализа становятся не отдельные фонограммы, а только лишь их фрагменты, в связи с чем юридическое значение имеет не то, что было в целом результатом записи на фонограмму, а конкретный факт переноса звуков из одной фонограммы в другую.

Установление идентичности фрагментов фонограмм, следовательно, не предполагает применение количественного критерия (определения длительности заимствованного фрагмента) или качественного критерия (определения значимости заимствованного фрагмента). С одной стороны, это справедливо, поскольку изготовитель фонограммы внес инвестиции в запись каждого звука на

[392] Определение СК по гражданским делам Второго кассационного суда общей юрисдикции от 18 мая 2023 г. по делу № 8Г-7450/2023 // Второй кассационный суд общей юрисдикции [Электронный ресурс]. URL: https://2kas.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=case&case_id=7836448&case_uid=b49bbe56-6b5e-42a1-88f9-be584ff90d6e&new=2800001&delo_id=2800001. (дата обращения: 19.09.2024).

фонограмме и имеет полное право на любые части записи. Лицу, использующему семплирование в своем творчестве, никто не запрещает вместо изъятия части охраняемой фонограммы записать искомый набор звуков самостоятельно. Насколько в этом отношении можно оправдать изготовителя новой фонограммы, который просто использует чужую запись, хотя и в измененном ключе и даже с минимальным по длительности заимствованием?

Между тем справедливо заметить, что изготовитель первоначальной фонограммы осуществлял инвестиции с определенной целью – коммерциализации конечного продукта, и необоснованно предполагать, что он планировал извлечь выгоду из любой даже незначительной части записи. Следовательно, семплирование в отношении коротких фрагментов фонограмм можно рассматривать как действия, не несущие угрозу финансовым интересам изготовителей фонограмм.

В этой связи логичны рассуждения Е. А. Бурак. Автор утверждает, что «понимание производства фонограмм в качестве инвестиции в семплирование третьими лицами не является целесообразным, так как производитель не может рассчитать, какие части и сколько частей фонограммы (если таковые имеются) будут семплированы и какой будут приносить доход (если он будет иметь место)»[393]. Однако справедливы и обратные аргументы: тот факт, что право изготовителя фонограммы направлено на защиту его финансовых инвестиций, не исключает, что это право ограничивается какими-то определенными видами использования фонограммы и может исключать семплирование. Кроме того, если законодатель решил предоставить изготовителям фонограммы в качестве инструмента защиты своих финансовых интересов исключительное право разрешать или запрещать любое воспроизведение их фонограмм как полностью,

[393] Бурак Е. А. Правовые ограничения семплирования в цифровую эпоху на примере судебного дела Крафтверк // Правовая защита интеллектуальной собственности: проблемы теории и практики : материалы междунар. науч.-практ. конф. 17–18 мая 2019 г. Новополоцк : Полоц. гос. ун-т, 2019. С. 40.

так и частично, представляется нелогичным ставить закон под сомнение на том основании, что предоставленное право не соответствует декларируемой цели[394].

Таким образом, обосновать допустимость семплирования в качестве изъятия из исключительного права на воспроизведение фонограммы достаточно трудно. Тем не менее, полагаем, что семплирование нельзя считать абсолютно недопустимым заимствованием, поскольку данное явление категорией воспроизведения не ограничивается.

В определенных случаях семплирование может быть связано с переработкой фонограммы в том смысле, который мы предложили в настоящем исследовании. Производная фонограмма возникает тогда, когда семпл не только воспроизводят, но и происходит воздействие на него с целью изменения его звуковых характеристик. В качестве примера можно привести его ускорение[395] или эквализацию[396].

Однако в отечественной судебной практике не сложилось какого-либо подхода, который позволял бы говорить, что семплирование можно квалифицировать как переработку фонограммы. Это связано с уже упомянутыми проблемами отсутствия понимания семплирования как правового явления и признаков переработки фонограммы. Так, Арбитражный суд г. Москвы, разрешая спор об убытках, вызванных подачей ответчиком претензии и последующим запретом продажи фонограмм – рингбэктонов, воспринял доводы истца о том, что именно ответчик осуществил переработку фонограмм истца путем их семплирования. Истец указывал на то, что оно «носит яркий фрагментарный характер, используются наиболее запоминающиеся отрывки и повторяются на протяжении "новых" фонограмм. Это объясняется тем, что с помощью вставки таких сэмплов из уже известных фонограмм 3 и 4 фонограммы 1 и 2 смогли быстро завоевать популярность у слушателей (пользователей) и слушатели фактически не

---

[394] Document 62017CC0476. Opinion of Advocate General Szpunar delivered on 12 December 2018. Pelham GmbH and Others v Ralf Hütter and Florian Schneider-Esleben // EUR-Lex [Электронный ресурс]. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62017CC0476 (дата обращения: 23.12.2023).

[395] Ускорение – изменение длительности звуков

[396] Эквализация – изменение громкости частот звука и изменение его тембра.

различают данные фонограммы». Однако от самостоятельного исследования данного вопроса, непосредственного сравнения спорных семплов суд отказался и даже не разрешил вопрос, имеются ли в данном случае признаки переработки фонограммы[397].

Между тем вопрос квалификации переработанных семплов представляется достаточно актуальным. Редко в результате семплирования фонограмма остается в неизменном виде. Так или иначе происходит звуковая обработка семпла, в результате которой фрагмент фонограммы может как незначительно измениться в целях его адаптации в новую фонограмму, так и существенно преобразиться, когда исходный семпл используется лишь в качестве отправной точки, а новый изготовитель фонограммы добавляет собственные звуковые эффекты, усиливает одни звуковые свойства семпла или ослабляет другие. В результате таких изменений семпл может даже стать неузнаваемым на слух.

В таком случае, естественно, утрачивается идентичность фрагментов фонограмм, их сравнение, в том числе путем фоноскопической экспертизы, не позволит прийти к выводу о воспроизведении части фонограммы. Можно ли говорить, что в данном случае имеет место переработка фонограммы? На наш взгляд, отсутствие сложившегося понимания как в законе, так и в доктрине допускает большую свободу толкования понятия переработки фонограммы, что, в свою очередь, позволяет говорить об обоснованности частичного признания семплирования как допустимого заимствования, если оно осуществляется за границами переработки фонограммы.

С этим тезисом перекликается вывод Суда ЕС по делу Pelham *GmbH v. Hutter*, согласно которому заимствование звукового семпла из фонограммы в целях использования его в измененной форме, неузнаваемой на слух, в новом произведении следует считать, что такое использование не является

---

[397] Решение Арбитражного суда г. Москвы от 25 сентября 2012 г. по делу N А40-76451/2012 // Картотека арбитражных дел [Электронный ресурс]. URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/43c26fa8-d6ed-4817-b076-428a9253f1d0/63eb14ed-8c9a-4cc8-b66a-7acb48207c25/A40-76451-2012_20120925_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True (Постановлением Федерального арбитражного суда Московского округа от 02.04.2013 решение было отменено по основаниям, не связанным с данными выводами суда).

«воспроизведением»[398]. Этот вывод вполне можно распространить и на переработку по той причине, что Директива 2001/29/ЕС не предусматривает понятия переработки фонограммы и, скорее всего, переработка входит в понятие воспроизведения фонограммы.

Несмотря на то что данное решение нами анализировалось в предыдущей главе, полагаем, что здесь следует более подробно остановиться на аргументах, использованных судом для введения такого ограничения исключительного права на фонограмму. Один из использованных судом доводов уже рассматривался выше, и построен он на несоответствии возможности запрета семплирования цели правовой охраны фонограмм: «семплирование не препятствует возможности, которой обладает изготовитель фонограммы, получить необходимый возврат своих инвестиций в нее». Этот довод в определенной мере справедлив, но он явно не является достаточным для того, чтобы ограничить смежные права на фонограмму. Следующий аргумент суда, основанный на том, что изъятие семпла и изменение его до неузнаваемости, не соотносится с буквальным значением понятия «воспроизведение», вряд ли будет нам полезен, поскольку буквальное значение понятия «переработка», тем не менее, охватывает такие действия.

Следует обратить внимание на, вероятно, основной аргумент, который был использован Судом ЕС. Так, допустимость использования видоизмененных семплов было обосновано свободой творчества и необходимостью соблюдения баланса между данной свободой и смежными правами. Суд справедливо отметил, что техника семплирования представляет собой форму художественного самовыражения и, воспользовавшись свободой творчества, лицо, использующее семпл, может принять решение изменить его таким образом, что он станет неузнаваемым в новом произведении. Именно необходимость соблюдения баланса общественных интересов, заключающихся в реализации свободы творчества, и интересов изготовителей фонограмм позволила суду установить, что

[398] Document 62017CJ0476 Judgment of the Court (Grand Chamber) of 29 July 2019 Pelham GmbH and Others v Ralf Hütter and Florian Schneider-Esleben // EUR-Lex [Электронный ресурс]. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62017CJ0476 (дата обращения: 23.12.2023).

исключительное право последних может быть ограничено и не будет нарушено в связи с сохранением у них возможности извлечения прибыли от созданных фонограмм.

Несмотря на то что Суд ЕС пришел к такому выводу путем толкования директив ЕС, аргументация вполне укладывается в логику российского права, для которого также актуальны соблюдение баланса публичных интересов и интересов правообладателей авторских и смежных прав, охрана свободы творчества, гарантированной частью 1 статьи 44 Конституции РФ.

Тем не менее, остается открытым применимость выработанного судом критерия допустимости заимствования – неузнаваемости семпла в новом произведении. Этот критерий весьма напоминает выработанный Верховным Судом РФ критерий охраноспособности части произведения: сохранение своей узнаваемости как части конкретного произведения. Если сравнивать данные критерии с точки зрения авторских прав, то они в целом отражают одну идею: как только семпл перестает узнаваться как часть первоначального произведения, заимствование можно считать допустимым. Однако с точки зрения смежных прав распространение положений о части произведения на часть фонограммы по аналогии вряд ли возможно без дополнительного обоснования.

В этой связи нам кажется обоснованным следующее развитие аргументации в пользу допустимости семплирования. Безусловно, каждый семпл представляет собой в той или иной форме частичное изъятие формы исходной фонограммы. Воспроизведение семпла в новой фонограмме, пусть даже и осуществляемое в целях адаптации в собственное произведение творчества, тем не менее, остается действием, на которое необходимо разрешение изготовителя фонограммы. Однако, если семпл видоизменяется, отношение к нему должно быть различным. Если мы говорим, что в результате изменений семпл остается узнаваемым, такие действия можно считать переработкой части фонограммы (а именно действиями, непосредственно направленными на изменение ее звуковых характеристик).

Однако что в данном случае следует понимать под узнаваемостью, если это не может быть критерием использования существенной части произведения? Как

нам кажется, здесь следует говорить о переносе в новую фонограмму путем семплирования части фонограммы в такой степени, в которой она сохраняет свои основные звуковые характеристики – именно это позволит «услышать» исходный семпл в переработанном виде. При этом, когда звуковые характеристики семпла трансформируются в новой фонограмме настолько сильно, что он перестает узнаваться как исходный семпл, речь уже должна идти о таком заимствовании семпла, которое не должно признаваться переработкой.

Оправдать допустимость таких действий можно с разных позиций. Если воспринимать фонограмму исключительно как результат финансовых затрат, то вложения в семплирование должны превышать вложения в создание части первоначальной фонограммы: иными словами, записанный изначально звук должен преобразиться настолько сильно, что приобретет новое собственное звучание, которое уже само по себе имеет экономическую ценность. Однако представляется, что все-таки более органичен взгляд на такие действия, как результат творческого труда: в первоначальной фонограмме в части записи того или иного фрагмента творческий труд может быть незначителен или вовсе отсутствовать, при этом семплирование может быть связано со значительным творчеством – поиском необходимого звучания и соответствующей трансформацией семпла в фонограмму, представленную в новой звуковой форме.

Вышесказанное, конечно, не означает, что следует применять критерий творчества для определения правомерного семплирования. Отграничение таких действий от переработки должно заключаться в сравнительном анализе изначального и измененного семпла и качественной оценке внесенных изменений, с учетом целей охраны фонограммы в первую очередь должны приниматься во внимание финансовые вложения в семплирование. Потеря первоначальной узнаваемости на слух семпла в таком случае может являться признаком, указывающим на то, что изменение фонограммы вышло за пределы просто действий по ее переработке. В связи с этим значительный творческий вклад в создание нового семпла может быть вспомогательным фактором, позволяющим

правильно разрешить данный вопрос – установить узнаваемость семпла в новой фонограмме.

Таким образом, имеются основания утверждать, что семплирование путем заимствования части охраняемой фонограммы обоснованно исключить из понятия переработки фонограммы и не признавать за такими действиями исключительное право изготовителя фонограммы, если звуковые характеристики нового семпла существенно изменены.

Правовая имплементация этой идеи в Гражданском кодексе РФ, однако, кажется трудно реализуемой на текущий момент. Первоначально необходимо закрепить понятие переработки фонограммы, в отношении которого, однако, отечественная доктрина не выработала единый подход. Только после решения этого вопроса имеет смысл говорить о нормативных границах переработки, в которые рассматриваемые случаи семплирования не должны входить.

В связи с этим закономерны предложения различных авторов относительно легитимации семплов посредством режима свободного использования. Как указывает Е. А. Бурак, «понимание семплирования как «добросовестное использование» произведения в культурном диалоге позволит установить более гибкие правовые ограничения данной практики. Данное понимание отвязывает семпл от смежных прав, оставляя некоторые права за создателем первоначального произведения»[399]. П. Г. Дадян предлагает узаконить семплирование как явление, сходное с пародией, в связи с чем предусмотреть возможность свободного использования семплов длительностью не более пяти секунд для одного музыкального произведения[400]. Ранее также рассматривался подход ряда авторов к семплам как к цитатам[401].

Такие идеи, на наш взгляд, не имеют под собой серьезного правового обоснования. Очевидно, что семпл сам по себе имеет мало общего как с пародией,

---

[399] Бурак Е. А. Правовые ограничения семплирования в цифровую эпоху на примере судебного дела Крафтверк. С. 40-41.

[400] Дадян П. Г. Музыкальное произведение как самостоятельный объект авторского права: теоретико-правовое исследование. С. 74.

[401] Виноградова Д. С. Музыкальные произведения как объекты авторского права. С. 215, Захаренко Д. С. Переработка объекта авторского права в контексте баланса интересов автора и общества. С 358.

так и с цитатой. Кроме того, рассматривать семплирование в авторско-правовой плоскости, игнорируя охрану смежных прав, представляется ошибочным.

Соответственно, единственная возможность для закрепления свободного использования семплов является создание самостоятельного ограничения смежных прав на фонограмму. Гражданский кодекс РФ в статье 1325 допускает распространение оригинала или экземпляров фонограммы без согласия и выплаты вознаграждения, правомерно введенных в оборот, а также согласно статье 1326 возможно использование фонограммы, опубликованной в коммерческих целях без разрешения обладателя фонограммы, но с выплатой вознаграждения. Закрепление наравне с этими нормами допустимости заимствования семплов в существенно измененной (или неузнаваемой) форме без согласия обладателя фонограммы и выплаты ему вознаграждения, безусловно, должно осуществляться исходя из потребностей сложившейся правоприменительной практики. Однако как уже ранее было рассмотрено, в отечественной судебной практике вопросы заимствования семплов на повестке дня не стоят, в связи с чем введение нормы, которая вряд ли будет использоваться судами, не является оправданным.

Таким образом, вопрос допустимости семплов указывает на необходимость доктринального и нормативного определения понятия переработки фонограммы. Предлагаемое нами понимание переработки как совокупности организационных действий, направленных на изменение звуковых свойств фонограммы, поднимает вопрос о творческом характере таких действий. В свою очередь, особые творческие усилия по изменению семпла до неузнаваемости должны указывать на то, что такое семплирование находится за границами переработки фонограммы, в связи с чем может осуществляться без разрешения обладателя фонограммы.

Заключение

Проведенное исследование однозначно показывает, что заимствование чужих музыкальных произведений и фонограмм без разрешения правообладателей при создании собственных объектов авторских и смежных прав по своей сути не является однозначным нарушением исключительных прав. Многогранный характер этого явления, особенности культуры и исторического развития музыкального искусства явно предполагают более гибкий подход к использованию чужого труда, чем принято сегодня в отечественном законодательстве и сложившейся практике. Этот подход должен базироваться на статье 44 Конституции РФ, предусматривающей свободу всех видов творчества, в том числе и такого творчества, которое вдохновлено уже существующими достижениями культуры.

В связи с этим, говоря о заимствовании формы объектов авторских прав, прежде чем отождествлять его с плагиатом, нужно выяснить, является ли заимствование неправомерным или нет. Для этого нужно не только установить, подпадает ли конкретный случай заимствования под требования, предъявляемые к свободному использованию, а именно может ли он быть признан цитированием или пародией (карикатурой), но и ответить на вопрос, затрагивает ли такое заимствование охраняемую часть формы произведения, то есть имеются ли признаки воспроизведения или переработки этой части.

Применительно к музыкальному произведению правильно разрешить этот вопрос мешают не столько недостатки правоприменения, сколько отсутствие сформированного в научной доктрине понимания музыкального произведения как явления. Устаревшее и упрощенное представление о форме музыкального произведения как исключительно о мелодии, гармонии и ритме, где каждый из указанных элементов существует как бы в отрыве от других, поэтому может получить самостоятельную правовую охрану, явно указывает на отсутствие диалога между исследователями авторского права и музыковедами. В настоящей работе предпринята попытка наладить этот диалог, в связи с этим был приведен

ряд концепций теории музыки, из которых сделан ключевой вывод: только совокупность взаимосвязанных музыкальных элементов может выразить ту или иную мысль, заложенную автором, поэтому в правовой плоскости имеет смысл рассматривать в качестве охраняемых лишь целостные музыкальные фрагменты, а не отдельные элементы.

Рассматривая вопросы заимствований в музыкальных произведениях именно с точки зрения использования фрагментов произведений, в исследовании убедительно доказано, что определять воспроизведение и переработку необходимо на основании критериев существенной части и существенного изменения произведения. Указанные критерии до сих пор не нашли отражения в законодательстве РФ и правоприменительной практике. Между тем на протяжении всей истории развития отечественного авторского права использование чужого произведения для создания нового, существенно от него отличающегося, не являлось нарушением авторских прав, что было пересмотрено лишь в современном гражданском законодательстве. При этом в законодательстве и судебной практике многих зарубежных стран на основе концепции существенной части выработаны эффективные методы, позволяющие разграничивать неправомерные заимствования формы музыкальных произведений от правомерных.

Имея в основе как традиции отечественного законодательства, так и применимый опыт зарубежных стран, выработанный в исследовании гибкий подход к оценке заимствований в музыкальных произведениях предлагает анализ как значимости использованных частей исходного произведения, так и качественных изменений, совершенных автором нового произведения, в сочетании с количественной оценкой совпадающих музыкальных элементов. Использование судами такого подхода, безусловно, позволит сбалансировать интересы авторов, вдохновляющихся уже существующими музыкальными произведениями, и интересы правообладателей таких произведений, а также достичь предсказуемости выносимых решений, которые в настоящее время в основном зависят от мнения судебного эксперта-музыковеда.

Заимствование в музыкальных произведениях также затрагивает вопросы защиты смежных прав, поскольку в таких случаях может происходить использование фонограммы музыкального произведения. Распространение исключительных прав на любые части фонограммы и отсутствие творческого вклада как критерия охраноспособности фонограммы не позволяет применить критерии существенной части и существенного изменения в целях определения неправомерного заимствования. Между тем в исследовании с опорой на выявленное понятие переработки фонограммы и зарубежный правоприменительный опыт сделан вывод, что существенное изменение звучания фрагмента фонограммы, приводящее к его трансформации до неузнаваемости на слух, может являться критерием правомерного заимствования фонограммы.

С учетом изложенного в диссертационном исследовании сформировано научное представление о содержании и случаях заимствований в музыкальных произведениях, а также разработаны практические рекомендации, позволяющие установить неправомерность тех или иных случаев заимствований в музыкальных произведениях. Основные выводы настоящего исследования сформулированы в положениях, выносимых на защиту.

Итоги проведенного исследования дают необходимую почву для дальнейших теоретических разработок, направленных на изучение музыкального произведения и фонограмм как объектов интеллектуальных прав, а также на изучение заимствования как универсальной категории и применительно к различным видам объектов авторских и смежных прав.

Проведенный в исследовании анализ недостатков сложившегося нормативно-правового регулирования и судебной практики по вопросам заимствований в музыкальных произведениях позволил сформулировать актуальные предложения по применению теоретических разработок в правоприменении.

Список использованных источников и литературы

1. Нормативные источники

1.1. Международные договоры

1. Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений от 09.09.1886 (измененная 28.09.1979) (официальный перевод) // WIPO Lex [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://wipolex.wipo.int/ru/text/283697.

1.2. Нормативные правовые акты Российской Федерации и иные официальные документы

1.2.1. Нормативные правовые акты и иные официальные документы

2. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г., с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 1 июля 2020 г.) // Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://pravo.gov.ru/.

3. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18 декабря 2006 г. № 230–ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2006. – № 52 (1 ч.). – Ст. 5496.

4. Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63–ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации от 17 июня 1996 г. – № 25. – Ст. 2954.

5. Федеральный закон от 08.08.2024 N 330-ФЗ "О развитии креативных (творческих) индустрий в Российской Федерации" // Собрание законодательства Российской Федерации – 12 августа 2024 г. – № 33 (Часть II). – Ст. 5026.

6. Распоряжение Правительства Российской Федерации от 20 сентября 2021 г. № 2613-р «Об утверждении Концепции развития креативных (творческих) индустрий и механизмов осуществления их государственной поддержки до 2030 года» // Собрание законодательства Российской Федерации. – 4 октября 2021 г. – № 40.

7. Распоряжение Правительства Российской Федерации от 17 августа 2022 г. N 2290-р «О плане мероприятий по реализации в 2022 – 2025 годах Концепции развития креативных (творческих) индустрий и механизмов осуществления их государственной поддержки до 2030 г.» // Собрание законодательства Российской Федерации, 22 августа 2022 г. – № 34.

1.2.2. Нормативные правовые акты, утратившие силу

8. Сборник постановлений и распоряжений по цензуре с тысяча семьсот двадцатого по тысяча восемьсот шестьдесят второй год // Тип. Морскаго министерства. – 1862. – 482 с.

9. Об авторском праве : Высочайше утвержденный одобренный Государственным советом и Государственною думою закон. 20 марта 1911 г. // 3 ПСЗ. Т 31. № 34935. Собрание узаконений. 1911. 30 марта. – Отд. I. – Ст. 560.

10. Декрет Совета Народных Комиссаров о признании научных, литературных, музыкальных и художественных произведений государственным достоянием. 26 ноября 1918 г. // Изв. ВЦИК. – 1918. – № 263. – 1 декабря; Собр. Узак. – 1918. – № 86. – Ст. 900.

11. Закон СССР от 08.12.1961 "Об утверждении Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик" // "Ведомости ВС СССР", 1961. – № 50. – Ст. 525.

12. Закон РСФСР от 11.06.1964 "Об утверждении Гражданского кодекса РСФСР" // "Ведомости ВС РСФСР", 1964. – № 24. – Ст. 406.

13. Закон РФ от 09.07.1993 N 5351–1 "Об авторском праве и смежных правах" // Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации от 12 августа 1993 г. – № 32. – Ст. 1242.

1.3. Нормативные правовые акты иностранных государств, ЕС

13. Директива Европейского Парламента и Совета ЕС 2001/29/ЕС от 22 мая 2001 г. "О гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе" // СПС «Гарант».

14. Закон «Об авторском праве и смежных правах» (с изменениями, внесенными Законом от 23.06.2021 г., Германия (перевод на англ.) // WIPO Lex

[Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://www.wipo.int/wipolex/ru/legislation/details/21825.

15. Закон «Об авторском праве и смежных правах» (с изменениями, внесенными Законом от 01.09.2017 г.), Германия (перевод на англ.) // WIPO Lex [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://www.wipo.int/wipolex/ru/legislation/details/17676.

16. Кодекс интеллектуальной собственности, Франция (сводная версия на 17.02.2024 г.) // WIPO Lex [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://www.wipo.int/wipolex/ru/legislation/details/22588.

17. Copyright, Designs and Patents Act 1988 // legislation.gov.uk. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/part/I.

18. The Copyright and Rights in Performances (Quotation and Parody) Regulations 2014 // legislation.gov.uk. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://www.legislation.gov.uk/uksi/2014/2356/introduction/made.

19. United States Code, Title 17 – Copyrights (17 U.S.C., amended up to Public Law No. 117–263) // WIPO Lex Database [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/589613.

20. United States Code, Title 17 – Copyrights. §114. Scope of exclusive rights in sound recordings. HISTORICAL AND REVISION NOTES HOUSE REPORT NO. 94–1476 (17 U.S.C., amended up to Public Law No. 117–263) // WIPO Lex Database [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://www.wipo.int/wipolex/ru/text/589613.

2. Научная, учебная и справочная литература

2.1.1. Научная, учебная и справочная литература на русском языке

2.1.2. Диссертации и авторефераты диссертаций

21. Алехина, Л. А. Генезис категорий «интеллектуальная собственность» и «исключительные права» в теории права XVIII – начала XX вв. : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Алёхина Лидия Анатольевна. – Санкт-Петербург, 2006. – 169 с.

22. Бородин, С. С. Свободное использование произведений в аспекте реализации принципов авторского права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Бородин Сергей Сергеевич. – Москва, 2014. – 236 с.

23. Волкова, А. А. Пределы свободного использования музыкальных произведений в праве России, Германии и Франции : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Волкова Анна Алексеевна. – Москва, 2022. – 297 с.

24. Ворожевич, А. С. Границы исключительных прав, пределы их осуществления и защиты : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Ворожевич Арина Сергеевна. – Москва, 2021. – 546 с.

25. Дадян, П. Г. Музыкальное произведение как самостоятельный объект авторских прав: теоретико-правовое исследование : дис. ... канд. юрид. наук. : 12.00.03 / Дадян Павел Гамлетович. – Москва, 2015. – 143 с.

26. Исаева, О. В. Пределы свободы автора производного произведения : дис. ... канд. юрид. наук. : 5.1.3. / Исаева Ольга Владимировна. – Москва, 2023. – 167 с.

27. Толочкова, Н. Г. Гражданско-правовая охрана авторских прав от контрафакции и плагиата: дис. ... канд. юрид. наук. : 12.00.03 / Толочкова Надежда Геннадьевна. – Волгоград, 2004. – 173 с.

2.1.3. Монографии, книги, комментарии, учебники и учебные пособия

28. Белов, В. А. Гражданское право. Т. 1. Общая часть. Введение в гражданское право : учебник 2-е изд., перераб. и доп. – Москва : Юрайт, 2012. – 520 с.

29. Большая советская энциклопедия / гл. ред. О. Ю. Шмидт. – Москва : Советская энциклопедия, 1925 – 1947. – Т. 40 : Монада – Нага. – Т. 40, 1938. – 392 с.

30. Богустов, А. А. Цивилистическая концепция интеллектуальной собственности в системе российского права : монография / А. А. Богустов, В. Н. Глонина, А. А. Семенова ; под общ. ред. М. А. Рожковой. – Москва : Статут, 2018. – 269 с.

31. Бонфельд, М. Ш. Введение в музыкознание: учеб. пособие для студ. высш. учеб. заведений. – Москва : Гуманит. изд. центр ВЛАДОС, 2001. – 224 с.

32. Вахромеев, В. А. Элементарная теория музыки / В. Вахромеев. – Москва : Музыка, 2012. – 254 с.

33. Витко, В. С. Понятие формы произведения в авторском праве / В. С. Витко. – Москва : Статут, 2020. – 266 с.

34. Витко, В. С. О признаках понятия «плагиат» в авторском праве : монография. – Москва : Статут, 2017. – 140 с.

35. Ворожевич, А. С. Границы и пределы осуществления авторских и смежных прав. – Москва : Статут, 2020. – 271 с.

36. Гаврилов, Э. П. Право интеллектуальной собственности. Авторское право и смежные права. XXI век. – Москва : Юрсервитум, 2016. – 876 с.

37. Гаврилов, Э. П. Комментарий к Закону об авторском праве и смежных правах (постатейный). 4-е изд., перераб. и доп. – Москва : Экзамен, 2005. – 350 с.

38. Гаврилов, Э. П. Советское авторское право: Основные положения. Тенденции развития. – Москва : ¨Наука¨, 1984. – 222 с.

39. Гладкова, О. И. «Галина Уствольская. Музыка как наваждение». – Санкт-Петербург : Музыка, 1999. – 168 с.

40. Гордон, М. В. Советское авторское право / проф. М. В. Гордон. – Москва : Госюриздат, 1955. – 232 с.

41. Дозорцев, В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации : сборник статей / В. А. Дозорцев ; Исследовательский центр частного права имени С. С. Алексеева при Правительстве Российской Федерации. 2-е изд. – Москва : Статут, 2023. – 413 с.

42. Дьячкова, Л. С. Мелодика : учеб. пособие по курсу "Мелодика" (спец. N 17.00.02 "Музыковедение") / Л. С. Дьячкова ; Гос. муз.-пед. ин-т им. Гнесиных. – Москва : ГМПИ, 1985 (1986). – 96 с.

43. Инвестиционное право + Приложение: тесты: учебник (под ред. Г. Ф. Ручкиной). – Москва : "КНОРУС", 2018. – 430 с. – Режим доступа: СПС «Гарант».

44. Займовский, С. Г. Авторское право (справочное пособие для издателей, авторов, переводчиков, художников, композиторов и сценических деятелей) / С. Г. Займовский. – Москва : Издание юридического книжного магазина "Правоведение" И. К. Голубева, 1914. – 132 с.

45. Зильберштейн, Н. Л. Авторское право на музыкальные произведения / Н. Л. Зильберштейн. – Москва : Сов. композитор, 1960. – 188 с.

46. Иванов, Н. В. Авторские и смежные права в музыке: учебно–практич. пособие / под ред. А. П. Сергеева. – Москва : Проспект, 2009. – 176 с.

47. Ингарден, Р. Исследования по эстетике / пер. с польского А. Ермилова и Б. Федорова ; ред. А. Якушева ; предисл. В. Разумного. – Москва : Изд-во иностранной литературы, 1962. – 572 с.

48. Ионас, В. Я. Произведения творчества в гражданском праве / В. Я. Ионас. – Москва : Юрид. лит., 1972. – 168 с.

49. Ионас, В. Я. Критерий творчества в авторском праве и судебной практике / В. Я. Ионас. – Москва : Юридическая литература, 1963. – 137 с.

50. Иоффе, О. С. Основы авторского права : авт., изобретательское право, право на открытие : учеб. пособие / д-р юрид. наук О. С. Иоффе. – Москва : Знание, 1969. – 127 с.

51. Канторович, Я. А. Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения : Сист. коммент. к закону 20 марта 1911 г. – с ист. очерком и объясн., осн. на законодат. мотивах, лит. источниках, иностр. законодательствах и судеб. практике / Я. А. Канторович, присяж. пов. 2-е изд., знач. доп. – Петроград : тип. АО б. "Брокгауз–Ефрон", 1916. – XII. – 791 с.

52. Кашанин, А. В. Творческий характер как условие охраноспособности произведения в российском и иностранном авторском праве / А. В. Кашанин // Вестник гражданского права. – 2007. – № 2. – С. 75–119.

53. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части четвертой: постатейный / отв. ред. Л. А. Трахтенгерц. – Москва : Юридическая фирма "КОНТРАКТ"; "ИНФРА-М", 2009. – 524 с.

54. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / Э. П. Гаврилов, В. И. Еременко. – Москва : Издательство "Экзамен", 2009. – 812 с.

55. Коптев, Д. А. Закон об авторском праве. С изложением рассуждений и материалов, на коих он основан / сост.: Коптев Д. А. – Санкт-Петербург : Изд. юрид. кн. магазина Н. К. Мартынова, 1911. – 444 с.

56. Лаврова, С. В. Цитирование в творчестве современных композиторов. – Санкт-Петербург : Из–во Санкт–Петербург. гос. консерватории, 2007. – 27 с.

57. Липцик, Д. Авторское право и смежные права / пер. с фр.; предисл. М. Федотова. – Москва : Ладомир; Изд-во ЮНЕСКО, 2002. – 788 с.

58. Луткова, О. В. Основные проблемы охраны интеллектуальной собственности в международном частном праве : учебное пособие для магистров / О. В. Луткова, Л. В. Терентьева, Б. А. Шахназаров. – Москва : Основные проблемы охраны интеллектуальной собственности в международном частном праве, 2017. – 221 с.

59. Мартынов, В. И. Конец времени композиторов / послесловие Т. Чередниченко. – Москва : Русский путь, 2007. – 293 с.

60. Матвеев, А. Г. Интеллектуальные права на произведения науки, литературы и искусства: учеб. пособие / А. Г. Матвеев; Перм. гос. нац. исслед. ун-т. – Пермь, 2015. – 444 с.

61. Музыкальная эстетика Западной Европы XVII – XVIII веков / сост. В. П. Шестаков. – Москва : Музыка, 1971. – 253 с.

62. Никитина, М. И. Авторское право на произведения науки, литературы и искусства / М. И. Никитина. – Казань : Изд-во Казан. ун-та, 1972. – 135 с.

63. Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части четвертой / Н. Г. Валеева, К. В. Всеволожский, Б. М. Гонгало и др.; под ред. П. В. Крашенинникова. – Москва : Статут, 2011. – 926 с.

64. Сергеев, А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. / А. П. Сергеев. – Москва : ТК "Велби"; Проспект, 2005. – 752 с.

65. Серебровский, В. И. Вопросы советского авторского права / В. И. Серебровский ; Акад. наук СССР. Ин-т права им. А. Я. Вышинского. – Москва : Изд-во Акад. Наук СССР, 1956. – 283 с.

66. Способин, И. В. Элементарная теория музыки : [Учебник для муз. училищ] / проф. И. В. Способин. 3-е изд. – Москва : Музгиз, 1955. – 204 с.

67. Табашников, И. Г. Литературная и художественная собственность с точки зрения науки гражданского права и по постановлениям законодательств: Северной Германии, Австрии, Франции, Англии и России. Т. 1. Литературная собственность, ее понятие, история, объект и субъект / под ред. И. Г. Табашникова. – Санкт-Петербург : Тип. М. И. Попова, 1878. – VIII. – 568 с.

68. Флейшиц, Е. А. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. –Т. 1. / Е. А. Флейшиц. – Москва : Статут, 2015. – 512 с.

69. Фойницкий, И. Я. Уголовное право. Посягательства личные и имущественные / И. Я. Фойницкий. – Санкт-Петербург : типография М. М. Стасюлевича, 1907. – 441 с.

70. Холопов, Ю. Н. Введение в музыкальную форму / Ю. Н. Холопов. – Москва : Московская гос. консерватория им. П. И. Чайковского, 2006. – 432 с.

71. Холопов, Ю. Н. Музыкально-теоретические системы : учебник для историко-теоретических и композиторских факультетов музыкальных вузов / Ю. Холопов [и др.] ; [ред.: Т. С. Кюрегян, В. С. Ценова (отв. ред.)] ; Московская гос. консерватория им. П. И. Чайковского. – Москва : Композитор, 2006. – 631 с.

72. Чайковский, М. Полн. собр. соч. В 17-ти т. – Т. 5. – Москва : Музгиз, 1959. – 548 с.

73. Шершеневич, Г. Ф. Авторское право на литературные произведения / [Соч.] Г. Ф. Шершеневича. – Казань : тип. Имп. ун-та, 1891. – 313 с.

74. Шершеневич, Г. Ф. Учебник русского гражданского права : (по изд. 1907 г.) / Г. Ф. Шершеневич; вступ. ст. Е. А. Суханова. – Москва : Фирма "Спарк", 1995. – 556 с.

75. Щербак, Н. В. Гражданско-правовое регулирование авторского права и смежных прав на современном этапе / Н. В. Щербак. – Москва : Юстицинформ, 2022. – 544 с.

76. Юргенсон, Б. П. Авторское право на музыкальные произведения / Б. П. Юргенсон. – Москва : Сам полиграфист, 2012. – 93 с.

2.1.4. Научные статьи

77. Антипова, Ю. В. К проблеме плагиата в отечественной массовой музыке / Ю. В. Антипова // Идеи и идеалы. – Новосибирск, 2015. – № 2 (24). – С. 126–136.

78. Барановская, Д. И. Использование электроники в музыке / Д. И. Барановская, М. И. Винцелович ; науч. рук. О. А. Пекарчик // Электроэнергетика и электротехника : материалы 80-й научно-технической конференции студентов и аспирантов «Актуальные проблемы энергетики» (Апрель 2024 г.) / редкол. : Е. Г. Пономаренко, И. В. Новаш, Е. А. Дерюгина ; сост. Т. Е. Жуковская. – Минск : БНТУ, 2024. – С. 96–100.

79. Близнец, И. А., Леонтьев, К. Б. Плагиат и заимствования: правовой аспект / И. А. Близнец, К. Б. Леонтьев // Копирайт. Вестник Российской академии интеллектуальной собственности и Российского авторского общества. – 2013. – № 3. – С. 84–94. – Режим доступа: СПС «КонсультантПлюс».

80. Богданова, О. В. Плагиат как фундаментальная проблема авторского права / О. В. Богданова // "Право и экономика". – 2020. – № 7. – С. 67–73. – Режим доступа: СПС «КонсультантПлюс».

81. Бонфельд, М. Пародия в музыке венских классиков / М. Бонфельд // Советская музыка. – 1977. – № 5. – С. 99–102.

82. Бузова, Н. В. Исполнения и фонограммы в цифровом формате: проблемы правоприменения / Н. В. Бузова // Труды по интеллектуальной собственности. – 2021. – № 4. – С. 55–62.

83. Бузова, Н. В. Смежные права: концептуальные подходы, определение и основные характеристики / Н. В. Бузова // Вестник РУДН. – Серия: Юридические науки. – 2021. – Т. 25. – № 2. – С. 541–561.

84. Бурак, Е. А. Правовые ограничения семплирования в цифровую эпоху на примере судебного дела Крафтверк / Е. А. Бурак // Правовая защита интеллектуальной собственности: проблемы теории и практики : материалы междунар. науч.-практ. конф. 17 – 18 мая 2019 г. / редкол.: В. А. Богоненко (отв. ред.), Н. А. Бесецкая, И. В. Вегера. – Новополоцк : Полоц. гос. ун-т, 2019. – С. 39–42.

85. Виноградова, Д. С. Музыкальные произведения как объекты авторского права / Д. С. Виноградова // Образование и право. – 2015. – № 5 – 6. – С. 125–130. – Режим доступа: СПС «КонсультантПлюс».

86. Витко, В. С. Судебная практика об информационной цели и допустимом объеме цитирования фотографий / В. С. Витко // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2019. – № 5. – С. 41–46.

87. Вишневский, А. Г. Состояние общества / А. Г. Вишневский // Социальные регуляторы. Человек. – Коммунист, 1989. – № 4. – С. 23–34.

88. Волкова, А. А. Критерии охраноспособности музыкального произведения в праве России и Германии в свете цифровизации / А. А. Волкова, Э. В. Власенко // Право и экономика. – 2021. – № 3. – С. 51–58.

89. Ворожевич, А. С. Границы смежных прав / А. С. Ворожевич // ИС. Авторское право и смежные права. – 2019. – № 11. – С. 29–42. – Режим доступа: СПС «КонсультантПлюс».

90. Ворожевич, А. С. Пародия как случай свободного использования объекта авторских прав / А. С. Ворожевич // ИС. Авторское право и смежные права. – 2019. – № 10. – С. 15–22.

91. Ворожевич, А. С. Правомерное цитирование как случай свободного использования различных объектов авторских прав / А. С. Ворожевич // Закон. – 2019. – № 7. – С. 169–182. – Режим доступа: СПС «Гарант».

92. Гаврилов, Э. П. Авторское право и содержание произведения / Э. П. Гаврилов // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. – 2009. – № 7. – 876 с.

93. Гаврилов, Э. П. Интеллектуальные права: есть над чем поразмыслить / Э. П. Гаврилов // Патенты и лицензии. – 2019. – № 11. – С. 11–20. – Режим доступа: СПС «Гарант».

94. Гаврилов, Э. П. Ограничения исключительного авторского права / Э. П. Гаврилов // Патенты и лицензии. – 2015. – № 5. – С. 2–13. – Режим доступа: СПС «Гарант».

95. Глазырина, А. И. Возможности семплеров для создания музыки / А. И. Глазырина, Е. Ю. Глазырина // Теория и практика применения информационных технологий в искусстве, культуре и музыкальном образовании : материалы Международной интернет-конференции, 3 – 23 апреля 2006 г., г. Екатеринбург. – Екатеринбург : РГППУ, 2006. – С. 39–44.

96. Горшунов, А. А. Музыкальные произведения как объекты авторского права / А. А. Горшунов // Новый юридический вестник. – 2020. – № 4 (18). – С. 24–29.

97. Гильманов, С. А. Музыкальная мысль как единица изучения музыкального мышления / С. А. Гильманов // Идеи О. К. Тихомирова и А. В. Брушлинского и фундаментальные проблемы психологии (к 80-летию со дня рождения). Материалы Всероссийской научной конференции (с иностранным участием). Москва, 30 мая – 1 июня 2013 г. – Москва: Московский государственный университет имени М. В. Ломоносова. – 2013. – С. 103–105.

98. Гудимова, С. А. Музыкальная Вселенная Оливье Мессиана / С. А. Гудимова // Вестник культурологии. – 2016. – № 4 (79). – С. 69–81.

99. Денисов, А. В. Критерии плагиата в музыкальном искусстве: исторический аспект проблемы / А. В. Денисов // Южно-Российский музыкальный альманах. – 2022. – № 1. – С. 41–48.

100. Денисов, А. В. О феномене пародии в музыкальном искусстве / А. В. Денисов // Человек и культура. – 2012. – № 1. – С. 206–227. – Режим доступа: https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=50.

101. Дозорцева, М. В. Особенности музыкального произведения как объекта авторских прав / М. В. Дозорцева // Правоведение. – Ленинград: Изд-во Ленингр. ун-та. – 1981. – № 5. – С. 36–44.

102. Дрозов, А. В. Неприкосновенность произведения и его переработка: личные неимущественные и исключительные права / А. В. Дрозов // Журнал российского права. – 2012. – № 2. – С. 55–60.

103. Елисеев, В. И. Правовой режим переработанных фонограмм / В. И. Елисеев // ИС. Авторское право и смежные права. – 2016. – № 10. – С. 15–22.

104. Жданова, А. Н. Соотношение права на неприкосновенность и права на переработку произведения / А. Н. Жданова, О. Г. Ершов // Патенты и лицензии. – 2017. – № 9. – С. 30–36.

105. Захаренко, Д. С. Переработка объекта авторских прав в контексте баланса интересов автора и общества / Д. С. Захаренко // Евразийское научное объединение. – 2019. – № 11–5 (57). – С. 356–359.

106. Касимова, Ю. В. Правовая охрана фонограмм с записями исполнений музыкальных произведений / Ю. В. Касимова // Вестник магистратуры. – 2014. – № 11–3 (38). – С. 68–71.

107. Келдыш, Ю. В. Балет «Стальной скок» и его автор – Прокофьев / Ю. В. Келдыш // «Пролетарский музыкант». – 1929. – № 6. – С. 12–19.

108. Кондратьев, Е. А. Фрагментированная художественная структура: эстетические и междисциплинарные подходы к интерпретации / Е. А. Кондратьев // Вестник ОГУ. – 2011. – № 7 (126). – С. 107–114.

109. Королев, М. П. Использование произведений при создании и дальнейшем использовании пародии / М. П. Королев // Актуальные проблемы права интеллектуальной собственности. – 2014. – № 3 (40). – С. 381–388.

110. Копылов, А. Ю. Охраняемые и неохраняемые элементы произведения / А. Ю. Копылов // Актуальные проблемы российского права. – 2021. – № 2. – С. 76–87.

111. Кочубей, Т. А. Понятие пародии как объекта авторских прав / Т. А. Кочубей // Вопросы частноправового регулирования. – 2018. – № 1. – С. 123–129.

112. Куропацкая, Е. Г. Правовая охрана фонограмм с записями музыкальных произведений и исполнений / Е. Г. Куропацкая // Судья. – 2021. – № 11. – С. 31–36. – Режим доступа: СПС «КонсультантПлюс».

113. Кудинов, М. А. К вопросу о допустимом объеме цитирования в произведениях науки и учебных произведениях / М. А. Кудинов // Исследования молодых ученых : материалы XIX Междунар. науч. конф. (г. Казань, апрель 2021 г.). – Казань : Молодой ученый, 2021. – С. 30–33.

114. Косицкий, А. О. Творчество как критерий охраноспособности объектов авторских прав: самостоятельное создание и творческий характер. Уровень творческого характера / А. О. Косицкий // Журнал Суда по интеллектуальным правам. – 2023. – № 4 (42). – С. 65–81 // Журнал Суда по интеллектуальным правам [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://ipcmagazine.ru/articles/1729309/.

115. Кутасевич, А. В. Музыкально-тематические параллели в творчестве Степана Дегтярева и Артема Веделя: Феномен заимствования и вопросы авторства сочинений / А. В. Кутасевич // Вестник ПСТГУ. – Серия V: Вопросы истории и теории христианского искусства. – 2014. – Вып. 1. – С. 104–119.

116. Луткова, О. В. Проблема охраноспособности произведений с незначительным уровнем творчества и повторных произведений в авторском праве зарубежных государств и РФ / О. В. Луткова // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2016. – № 8. – С. 5–16. – Режим доступа: СПС «КонсультантПлюс».

117. Мариупольская, Т. Г. Музыкальное исполнительство и проблемы интонирования / Т. Г. Мариупольская // Наука и школа. – 2022. – № 5. – С. 189–197.

118. Матвеев, А. Г. Некоторые сравнительно-правовые аспекты англо-американской и романно-германской концепций авторского права / А. Г. Матвеев // Вестник Пермского университета. Юридические науки. – 2009. – №4. – С. 16–23.

119. Мерзликина, Р. Правовой статус мелодии в музыкальном произведении / Р. Мерзликина, А. Юмашев // ИС. Авторское право и смежные права. – 2006. – № 7. – С. 37–44.

120. Ментюков, А. П. Искусственный звук и музыкальное интонирование / А. П. Ментюков // Вестник музыкальной науки. – 2015. – № 2 (8). – С. 6–13.

121. Милосердова, Е. Н. Мелодия как средство музыкальной выразительности, ее строение и эволюция в процессе исторического развития музыкального искусства / Е. Н. Милосердова // Вестник ТГУ. – 2013. – № 9 (125). – С. 257–265.

122. Мурзин, Д. В. Цитирование произведения и его использование в качестве иллюстрации как способ свободного использования объекта авторских прав / Д. В. Мурзин // Журнал Суда по интеллектуальным правам. – 2023. – № 2 (40). – С. 173–181.

123. Олин, Е. А. Доктринальные подходы к определению переработки фонограммы / Е. А. Олин // Бизнес. Образование. Право. – 2023. – № 4 (65). – С. 225–228.

124. Рабизов, А. Н. Особенности регулирования трансграничных отношений в сфере авторских и смежных прав на музыкальные произведения. – Сэмплирование / А. Н. Рабизов // Вестник Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА). – 2016. – № 12. – С. 194–201.

125. Рахманова, Н. Н. Понятие стиля в звукозаписи / Н. Н. Рахманова // Актуальные проблемы высшего музыкального образования. – 2016. – № 2 (40). – С. 76–80.

126. Рахматулина, Р. Ш. Произведение – охраняемый объект интеллектуальной собственности / Р. Ш. Рахматулина // Образование и право. – 2016. – № 6. – С. 90–98.

127. Рожкова, М. А. Понятие "цитирование" в современную эпоху / М. А. Рожкова, А. В. Ёрш, О. В. Исаева // Закон. – 2023. – № 5. – С. 20–25. – Режим доступа: СПС «КонсультантПлюс»

128. Рычкова, Н. Ю. Об объекте преступного присвоения авторства (плагиата) / Н. Ю. Рычкова // Вестник Сибирского юридического института МВД России. – 2011. – № 1. – С. 229–237.

129. Семенова, Е. Правомерность «креативных» нарушений авторских прав: стиль мэш–ап в современной литературе / Е. Семенова // Интеллектуальная собственность. Авторские права и смежные права. – 2016. – № 10. – С. 49–58.

130. Семченкова, А. В. Музыкальная цитата в структуре медиатекста: направления анализа / А. В. Семченкова, Т. Ф. Шах // Вестник Адыгейского государственного университета. Серия 2: Филология и искусствоведение. – 2010. – № 2. – С. 179–184.

131. Спектор, Г. В. К вопросу об охраняемых элементах музыкального произведения / Г. В. Спектор // Вестник МГПУ. Серия: Юридические науки. – 2024. – № 1(53). – С. 101-109.

132. Спектор, Г. В. Критерии для определения неправомерных заимствований в музыкальных произведениях / Г. В. Спектор // Копирайт (вестник Академии интеллектуальной собственности). – 2025. – № 1. – С. 133-143.

133. Спектор, Г. В. Правомерность заимствования в авторском праве России и зарубежных стран / Г. В. Спектор // Право интеллектуальной собственности. – 2024. – № 3(77). – С. 34-37.

134. Фролкин, В. А. Расширение понятия «исполнение» в современных условиях: междисциплинарный аспект / В. А. Фролкин // Южно-Российский музыкальный альманах. – 2012. – № 2. – С. 58–64.

135. Храмов, В. Б. Исполнение как интерпретация идеи музыкального произведения / В. Б. Храмов // Культурная жизнь Юга России. – 2016. – № 4. – С. 101–104.

136. Царева, П. Е. Музыкальные произведения в Интернет-пространстве: современные подходы и текущие реалии в правовой плоскости / П. Е. Царева // Юрист. – 2022. – № 7. – С. 42–47.

137. Чувствинов, И. В. Небуквальное копирование и переработка произведений как исключение из принципа охраны формы произведения / И. В. Чувствинов // Право интеллектуальной собственности. – 2024. – № 1 (75). – С. 11–14.

138. Шапинская, Е. Н. Пародия как культурный феномен: два взгляда на один предмет / Е. Н. Шапинская, А. В. Денисов // Культура культуры. – 2015. – № 4 (8). – Режим доступа: http://cult–cult.ru/parody–as–a–cultural–phenomemon–two–views–on–one–subject/.

139. Шостак, И. В. Особенности свободного использования произведений в информационных, учебных, научных и культурных целях / И. В. Шостак // ИС. Авторское право и смежные права. – 2024. – № 1. – С. 40–47. – Режим доступа: СПС «КонсультантПлюс»

140. Щербак, Н. В. Система ограничений исключительных прав как реакция на их монопольность / Н. В. Щербак // Хозяйство и право. – 2020. – № 3. – С. 61–75.

141. Юмашев, А. Критический анализ понятий "форма произведения" и "содержание произведения" в авторском праве / А. Юмашев // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2010. – № 3. – С. 34–41.

2.1.5. Словари и энциклопедии

142. Музыкальная энциклопедия / под ред. Ю. В. Келдыша. – Москва, 1976. – Т. 3. – 1102 с.

143. Ожегов, С. И. Толковый словарь русского языка : 80 000 слов и фразеологических выражений / С. И. Ожегов, Н. Ю. Шведова ; Российская академия наук. Институт русского языка им. В. В. Виноградова. 4-е изд., дополненное. – Москва : ООО «А ТЕМП», 2006. – 944 с.

144. Райзберг, Б. А. Современный экономический словарь / Б. А. Райзберг, Л. Ш. Лозовский, Е. Б. Стародубцева. 6-е изд., перераб. и доп. – Москва : ИНФРА-М, 2024. – 512 с.

2.2. Научная и учебная литература на иностранных языках

2.2.1. Монографии, учебники, учебные пособия

145. Bouche, N. Intellectual Property Law in France. 3rd Ed. Wolters Kluwer / N. Bouche. – 2017. – 344 p. – Режим доступа: https://books.google.ru/books?id=rvDSDwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=ru&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

146. Hegarty, P. Noise Music. A History / P. Hegarty. – Continuum. – 2007. – 232 p.

147. Hugenholtz, P. B. Fair Use in Europe. In Search of Flexibilities / P. B. Hugenholtz, M. R. F. Senftleben. – Amsterdam : Institute for Information Law/VU Centre for Law and Governance. – 2011. – 30 p.

148. Hugenholtz, P. B. The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy / P. B. Hugenholtz, M. Eechoud, S. Gompel, N. Helberger – Amsterdam : University of Amsterdam. – 2006. – 254 p.

149. Lai, A. T. Y The Right to Parody: Copyright and Free Speech in Selected Jurisdictions: thesis ... doctor of philosophy / Amy T. Y. Lai; [Place of defense of the thesis: «The University of British Columbia»]. – Vancouver. – 2018. – 408 p.

150. Pilichou, A. Originality Under EU Copyright Law / A. Pilichou – Thessaloniki : School of Economics, Business Administration and Legal Studies. – 2017. – 372 p.

151. Rosati, E. To what extent do current exclusions and limitations to copyright strike a fair balance between the rights of owners and fair use by private individuals and others? / E. Rosati. : Ligue Internationale du Droit de la Concurrence. – 2018. – 21 p.

152. Sowerby, J. R. Parody and Fair Dealing in Copyright Law / J. R. Sowerby : Wellington.: Law Faculty, Victoria University of Wellington. – 1991. – 49 p.

2.2.2. Научные статьи

153. Arnold, R. Reflections on "The Triumph of Music" / R. Arnold. – Copyrights and Performers' Rights in Music // Intellectual Property Quarterly. – 2010. – № 2. – P. 153–164.

154. Antons, C. The Germania 3 Decision Translated: The Quotation Exception before the German Constitutional Court / Adeney E. // European Intellectual Property Review. – 2013. – Vol. 35. – № 11. – P. 646–657.

155. Baumgardner, S. The "I Know It When I Hear It" Test: Decreasing Overdependence on Sheet Music in Substantial Similarity Cases / S. Baumgardner // Gonzala. Law. Review. – 2020. – Vol. 56. – № 2. – P. 351–403.

156. Chromar, S. A. Copyright and Moral Rights in the U.S. and France / S. A. Chromar // SSRN [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1898326 – 17 p.

157. Conley, N. English Translation: Metall auf Metall (Kraftwerk, et al. v. Moses Pelham, et al.), Decision of the German Federal Supreme Court no. I ZR 112/06, dated November 20, 2008 (November 1, 2009). / N. Conley, T. Braegelmann // Journal of the Copyright Society. – 2009. – Vol. 56. – № 2. – P. 1017–1029.

158. Craig, C. Out of Tune: Why Copyright Law Needs Music Lessons / C. Craig, G. Laroche // Osgoode Legal Studies Research Paper. – 2014. – Vol. 10. – № 13. – P. 43–71.

159. Dietz, A. Letter from the Federal Republic of Germany. The Development of Copyright Between 1979 and the Beginning of 1984 / A. Dietz // Monthly Review of the World Intellectual Property Organization (WIPO). – 1984. – № 11. – P. 426–448.

160. Duhanic, I. Copy this sound! The cultural importance of sampling for hip hop music in copyright law – a copyright law analysis of the sampling decision of the German Federal Constitutional Court / I. Duhanic // Journal of Intellectual Property Law & Practice. – 2016. – Vol. 11. – № 12. – P. 932–945.

161. Fishman, J. Music as a Matter of Law / J. Fishman // Harvard Law Review. – 2018. – Vol. 131. – № 2. – P. 1861–1923.

162. Free, D. Beckingham v. Hodgens: The Session Musician’s Claim to Music Copyright / D. Free // Entertainment and Sports Law Journal, 4. – 2016. – Vol. 1 (3). – № 4. – P. 93–97.

163. Geller, P. A. A German Approach to Fair Use: Test Cases for TRIPs Criteria for Copyright Limitations? // Journal of the Copyright Society of the USA. – 2010. – Vol. 57. – P. 553–571.

164. Gervais, D. J. The Derivative Right or Why Copyright Protect Foxes Better than Hedhehogs / D. J. Gervais // Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law. – 2013. – Vol. 15. – № 4. – P. 785–855.

165. Ginsburg, J. C. Fair Use in the United States: Transformed, Deformed, Reformed? / J. C. Ginsburg // Singapore Journal of Legal Studies. – 2020. – № 1. – P. 265–294.

166. Ginsburg, J. C. The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law / J. C. Ginsburg // Depaul Law Review. – 2003. – Vol. 52. – P. 1063–1092.

167. Goold, P. R. Why the U.K. Adaptation Right Is Superior to the U.S. Derivative Work Right / P. R. Goold // Nebraska Law Review. – 2021. – Vol. 92. – № 4. – P. 843–896.

168. Harrison, S. B. Fair Use and the Quotation of Song Lyrics in Fiction / S. B. Harrison // Chicago–Kent Journal of Intellectual Property. – 2012. – Vol. 11. – № 2. – P. 214–236.

169. Hood, T. G. C. Can the courts of England and Wales establish a ‘character of copying’ in the assessment of similar fact evidence for cases regarding musical copyright // Journal of Intellectual Property Law & Practice. – 2021. – Vol. 16. – № 12. – P. 1333–1339.

170. Jones, S. J. Music Copyright in Theory and Practice: An Improved Approach for Determining Substantial Similarity / S. J. Jones // Duquesne Law Review. – 1993. – Vol. 31. – № 2. – P. 277–306.

171. Jongsma, D. Parody after Deckmyn. A Comparative Overview of the Approach to Parody Under Copyright Law in Belgium, France, Germany and the Netherlands / D. Jongsma // International Review of Intellectual Property and Competition Law. – 2017. – Vol. 48. – № 6. – P. 652–682.

172. Keyes, J. M. Musical Musings: The Case for Rethinking Music Copyright Protection / J. M. Keyes // Michigan Telecommunications and Technology Law Review. – 2004. – Vol. 10. – № 2. – P. 407–444.

173. King, J. Tiny, Tiny Copyright: An Examination of the Copyrightability of Sampler Instruments and Its Impact on Derivative Works / J. King // Columbia Journal of Law & The Arts. – 2021. – Vol. 45. – № 1. – P. 95–119.

174. Laroche, G. Settling the Score: Copyright in Modern Editions of Public Domain Musical Works / G. Laroche // Intellectual Property Journal. – 2013. – Vol. 26 – № 1. – P. 83–110.

175. Lee, A. Does Fair Use Matter? An Empirical Study of Music Cases / A. Lee, A. Monshirnia / A. Lee // Southern California Law Review. – 2021. – Vol. 94. – № 3. P. 471–568.

176. Lim, D. Saving Substantial Similarity / D. Lim // Florida Law Review. – 2021. – Vol. 73. – № 3. – P. 591–660.

177. Maier, H. German Federal Court of Justice rules on parody and free u. /H. Maier // Journal of Intellectual Property Law & Practice. – 2017. – Vol. 12. – № 1. – P. 16–17.

178. Manderson, D., Caudill D. Modes of Law: Music and Legal Theory, An Interdisciplinary Workshop Introduction // Cardozo Law Review. – 1999. – Vol. 20. – P. 1325–129.

179. Maxwell, W. A comparative French and U.S. law approach to scènes à faire and other non– protectable elements in copyright law / W. Maxwell, K. Bolger, T. Zeggane // Propriétés Intellectuelles. – 2019. – № 30. – Режим доступа: https://www.hoganlovells.com/~/media/2b2d2cde1d424a9aa4c07013ecfcb61d.ashx (дата обращения: 14.10.2023).

180. McDonagh, L. Rearranging the roles of the performer and the composer in the music industry – the potential significance of Fisher v Brooker // Intellectual Property Quarterly. – 2012. – № 1. – P. 64–76.

181. Mueller, J. R. R. All Mixed Up: Bridgeport Music v. Dimension Films and De Minimis Digital Sampling // Indiana Law Journal. – 2016. – Vol. 81. – № 1. – P. 435–463.

182. Neophytou, J. P. Sheeran succeeds in ‘Shape of You’ music copyright infringement claim // Journal of Intellectual Property Law & Practice. – 2022. – Vol. 17. – № 7. – P. 544–546.

183. Peukert, A. An Introduction to Intellectual Property Law in Germany // SSRN [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4599740 – 43 p.

184. Postel, H. The Fair Use Doctrine in the U.S. American Copyright Act and Similar Regulations in the German Law // Chicago–Kent Journal of Intellectual Property. – 2006. – Vol. 5 – № 2. – P. 142–147.

185. Quintais, J. P. The Pelham Chronicles: sampling, copyright and fundamental rights // Journal of Intellectual Property Law & Practice. – 2021. – Vol. 16. – № 3. – P. 213–225.

186. Rahmatian, A. Originality in UK Copyright Law: The Old “Skill and Labour” Doctrine Under Pressure // International Review of Intellectual Property and Competition Law. – 2013. – Vol. 44. – № 1. – P. 4–34.

187. Rosati, E. Copyright in the EU: in search of (in)flexibilities // Journal of Intellectual Property Law & Practice. – 2014. – Vol. 9. – № 7. – P. 585–598.

188. Rosati, E. Not sufficiently ‘transformative’ appropriation of a photograph held infringing by French court // Journal of Intellectual Property Law & Practice. – 2018. – Vol. 13. – № 7. – P. 525–526.

189. Senftleben, M. Quotations, Parody and Fair Use // 1912 – 2012: A Century of Dutch Copyright Law / Ed. by P. B. Hugenholtz, A. A. Quaedvlieg, D. J. G. Visser. – Amstelveen : DeLex. – 2012. – P. 359–412.

190. Wilson, R. Comedy in Court: How Should the Courts Define Parodies and Humor Under UK Copyright Law? // SSRN [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3687414 – 38 p.

191. Yankwich, L. R. Parody and Burlesque in the Law of Copyright // The Canadian Bar Review. – 1955. – Vol. 33. – № 10. – P. 1130–1154.

3. Правоприменительная практика

3.1. Российская правоприменительная практика

192. Определение Конституционного Суда РФ от 26.01.2017 N 158–О // Конституционный Суд РФ [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision261878.pdf (дата обращения: 19.09.2024)

193. Постановление Пленума Верховного Суда РФ N 5, Пленума Высшего арбитражного суда РФ N 29 от 26 марта 2009 г. "О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации" // Верховный Суд РФ [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://www.vsrf.ru/documents/own/8103/?ysclid=m63omvnor5405547467

194. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 N 10 "О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации" // Российская газета. 06.05.2019. – № 96.

195. Обзор судебной практики рассмотрения гражданских дел, связанных с нарушением авторских и смежных прав в информационно–телекоммуникационной сети "Интернет" (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 29 мая 2024 г.) // Верховный Суд РФ [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://www.vsrf.ru/documents/all/33621/

196. Информационная справка по вопросам, возникающим при применении пункта 7 статьи 1259 Гражданского кодекса Российской Федерации (части произведения) (утверждена постановлением президиума Суда по интеллектуальным правам от 28.12.2022 № СП – 21/33) // Журнал Суда по интеллектуальным правам. – Март 2023. – Вып. 1 (39). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://jursite.garant.ru/official–cronicle/information–note–on–issues–application–paragraph–7–of–article–1259–civil–code–part–of–the–work

197. Постановление президиума Суда по интеллектуальным правам от 26 июля 2019 г. N С01–578/2019 по делу N СИП–818/2018 // Картотека арбитражных дел [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/3b16120e–4c1d–4b0f–9149–ce2adb37433d/dd1f776d–0159–417e–b1c9–b4bc280f87e7/SIP–818–2018_20190726_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True

198. Определение Второго кассационного суда общей юрисдикции от 24 декабря 2019 г. по делу № 88–2201/2019 // Второй кассационный суд общей юрисдикции [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://2kas.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=case&case_

id=7132467&case_uid=8c7bc457–44f0–4f3c–b5d5–
d51029c6d7e1&new=2800001&delo_id=2800001

199. Определение Второго кассационного суда общей юрисдикции от 16 декабря 2021 г. по делу № 8Г–28454/2021 // Второй кассационный суд общей юрисдикции [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://2kas.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=case&case_id=7537233&case_uid=558496da–df8c–4216–ae08–
08406dbac992&new=2800001&delo_id=2800001

200. Определение Второго кассационного суда общей юрисдикции от 18 мая 2023 г. по делу № 8Г–7450/2023 // Второй кассационный суд общей юрисдикции [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://2kas.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=case&case_id=7836448&case_uid=b49bbe56–6b5e–42a1–88f9–
be584ff90d6e&new=2800001&delo_id=2800001

201. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 4 июля 2016 г. N С01–400/2015 по делу № А46–10316/2014 // Картотека арбитражных дел [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/555cb32f–9e76–4fb3–a171–
c4d8e740d9cc/d4e70dc6–5740–47ef–bde2–52ff15301a7e/A46–10316–
2014_20160704_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True

202. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 2 ноября 2018 г. N С01–935/2018 по делу № А35–5996/2017 // Картотека арбитражных дел [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/2d2767a8–9c9d–4c99–ab83–
d7bade5e18ef/7da32ff9–27bc–4f44–b078–42b13e8c3d5c/A35–5996–
2017_20181102_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True

203. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 17 августа 2021 г. N С01–122/2021 по делу № А40–187546/2019 // Картотека арбитражных дел [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/23f89156–24d0–4980–979b–

d72b93210508/937496f8–f7f6–4951–a79a–ceaaffc8eb94/A40–187546–2019_20210817_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True

204. Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 1 сентября 2011 г. N Ф09–5444/11 по делу № А60–45012/2010 // Картотека арбитражных дел [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/ad23d357–58ff–4ea9–a17b–4c89a2f80bd2/89b8d51d–dbb1–4719–8ffb–42d57f86d809/A60–45012–2010_20110901_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True

205. Апелляционное определение Московского городского суда от 18.05.2015 по делу № 33–4745/2015 // Официальный портал судов общей юрисдикции города Москвы [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://mos–gorsud.ru/mgs/services/cases/appeal–civil/details/be17d833–5717–4ce6–861b–62fc5e911ed8?caseNumber=33–4745/2015

206. Апелляционное определение Московского городского суда от 04.12.2018 по делу № 33–52648/2018 // Официальный портал судов общей юрисдикции города Москвы [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://mos–gorsud.ru/mgs/services/cases/appeal–civil/details/022c2b15–7a7f–4868–a8f1–9eba330df6e2?caseNumber=33–52648/2018

207. Апелляционное определение Московского городского суда от 22.10.2013 по делу № 11–30264/13 // Официальный портал судов общей юрисдикции города Москвы [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://mos–gorsud.ru/mgs/services/cases/appeal–civil/details/229e13e1–bfde–4176–8363–9ef1feac592c?caseNumber=11–30264/13

208. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 12.12.2017 N 09АП-58634/2017-ГК по делу № А40-14248/2016 // Картотека арбитражных дел [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/ca03b625-3e33-460c-86d1-63a5a0c876da/061ea328-dcf0-4009-97d8-a106e13bc2bf/A40-14248-2016_20171212_Postanovlenie_apelljacionnoj_instancii.pdf?isAddStamp=True.

209. Решение Арбитражного суда г. Москвы от 25 сентября 2012 г. по делу № А40–76451/2012 // Картотека арбитражных дел [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/43c26fa8–d6ed–4817–b076–428a9253f1d0/63eb14ed–8c9a–4cc8–b66a–7acb48207c25/A40–76451–2012_20120925_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True

210. Решение Арбитражного суда Костромской области от 12 июля 2019 г. по делу № А31–9334/2018 // Картотека арбитражных дел [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/ea5fd36c–52a4–4620–97d6–94901a1b1e51/42e9a786–1936–48d8–9f6a–8a7e9a207455/A31–9334–2018_20190712_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True

211. Решение Арбитражного суда г. Москвы от 7 июня 2021 г. по делу № А40–145214/2020–134–959 // Картотека арбитражных дел [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/082da941–777f–4548–b677–4453fe541f1a/a46c6e81–9f6b–4e07–91e6–aa4619ee1c11/A40–145214–2020_20210607_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True

212. Решение Арбитражного суда Кировской области от 21 ноября 2022 г. по делу № А28–1210/2022 // Картотека арбитражных дел [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/c500b7c7–6f57–413a–a481–1483d5b082f2/37cd5692–c470–459b–aa2c–1f928e6265b8/A28–1210–2022_20221121_Reshenie.pdf?isAddStamp=True

213. Решение Арбитражного суда Псковской области от 14 июня 2024 г. по делу № А52-1300/2024 // Картотека арбитражных дел [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/6e4f2f92-3d15-4b57-ab2e-a31280560c2c/772ae0b0-b4e0-4aef-a229-c1c7502f9129/A52-1300-2024_20240614_Reshenie.pdf?isAddStamp=True

3.2. Зарубежная правоприменительная практика

214. Arnstein v. Porter, 154 F.2d 464 (2d Cir. 1946) // JUSTIA [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://law.justia.com/cases/federal/appellate–courts/F2/154/464/1478575/

215. Ashdown v Telegraph Group Ltd // v|lexJustis [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://vlex.co.uk/vid/ashdown–v–telegraph–group–792945629

216. Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films, 410 F.3d 792 (6th Cir. 2005) // JUSTIA [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://law.justia.com/cases/federal/appellate–courts/F3/410/792/574458/

217. Cameron, A. Copyright exceptions for the digital age: new rights if private copying, parody and quotation // Journal of Intellectual Property Law & Practice. – 2014. – Vol. 9. – № 12. – P. 1002–1007.

218. Campbell v. Acuff–Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994) // JUSTIA. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/510/569/

219. Cour d'appel de Paris, 10 décembre 2003, n° 2002/12940 // Doctrine [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2003/UCA7431D77BAD9B4BD6AF

220. Cour d'appel de Paris, Pôle 5 - chambre 1, 17 décembre 2019, n° 17/09695 // Doctrine [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2019/CADA7CE1020322143E6CE

221. Cour de cassation, Chambre civile 1, 30 septembre 2015, 14-11.944, Publié au bulletin // Doctrine [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://www.doctrine.fr/d/CASS/2015/JURITEXT000031264064

222. Document 62013CJ0201 Judgment of the Court (Grand Chamber), 3 September 2014 Johan Deckmyn and Vrijheidsfonds VZW v Helena Vandersteen and Others // EUR–Lex [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://eur–lex.europa.eu/legal–content/EN/TXT/?uri=ecli%3AECLI%3AEU%3AC%3A2014%3A2132 .

223. Document 62017CJ0476 Judgment of the Court (Grand Chamber) of 29 July 2019 Pelham GmbH and Others v Ralf Hütter and Florian Schneider–Esleben. // EUR–Lex [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://eur–lex.europa.eu/legal–content/en/TXT/?uri=CELEX:62017CJ0476.

224. Estate of James Oscar Smith et al v. Cash Money Records, Inc. et al // JUSTIA [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://cases.justia.com/federal/district–courts/new–york/nysdce/1:2014cv02703/425904/135/0.pdf

225. Francis Day & Hunter Ltd v Bron // v|lexJustis [Электронный ресурс] – Режим доступа: https://vlex.co.uk/vid/francis–day–hunter–ltd–793242945

226. Frisby v. Sony Music Entertainment, Slip Copy (2021) // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://bpb–us–e2.wpmucdn.com/sites.uci.edu/dist/d/2220/files/2021/11/Frisby–v–Sony–Music–Entertainment.pdf.

227. Jerome, D. Salinger A/k/a J.d. Salinger, Plaintiff–appellant, v. Random House, Inc. and Ian Hamilton, Defendants–appellees, 811 F.2d 90 (2d Cir. 1987) // JUSTIA [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://law.justia.com/cases/federal/appellate–courts/F2/811/90/206150/

228. KNITWAVES INC v. LOLLYTOGS LTD INC (1995)] // FindLaw [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://caselaw.findlaw.com/court/us–2nd–circuit/1182935.html

229. New Era Publications International, Aps, a Corporation Ofdenmark, Plaintiff–appellant–cross–appellee, v. Henry Holt, Co., a New York Corporation,defendant–appellee–cross–appellant, 884 F.2d 659 (2d Cir. 1989) // JUSTIA [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://law.justia.com/cases/federal/appellate–courts/F2/884/659/464495/.

230. Newspaper Licensing Agency v Meltwater [2011] EWCA Civ 890 // WIPO Lex Database [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://www.wipo.int/wipolex/en/judgments/details/1492

231. OLG Hamburg v. 04.02.2002: Zur Verletzung des Urheberrechts durch Verwendung von Musik als Klingelton // Webshoprecht.de [Электронный ресурс] – Режим доступа: https://webshoprecht.de/IRTexte/Rspr318.php#Top.

232. Sheeran v Chorki judgement 06.04.2022 // Courts and Tribunlas Judiciary [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://www.judiciary.uk/wp–content/uploads/2022/07/Sheeran–v–Chokri–judgment–060422.pdf

233. Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. and Sid &marty Krofft Productions, Inc., Plaintiffs–appellants, v. Mcdonald's Corporation and Needham, Harper & Steers, Inc.,defendants– Appellees.sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. and Sid &marty Krofft Productions, Inc., Plaintiffs–appellees, v. Mcdonald's Corporation and Needham, Harper & Steers, Inc.,defendants– Appellants, 562 F.2d 1157 (9th Cir. 1977) // JUSTIA [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://law.justia.com/cases/federal/appellate–courts/F2/562/1157/293262/

234. Skidmore v. Led Zeppelin, No. 16–56057 (9th Cir. 2018) // JUSTIA [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://law.justia.com/cases/federal/appellate–courts/ca9/16–56057/16–56057–2018–09–28.html.

235. Swirsky v. Carey // EDGESCOPE [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://edgescope.com/swirsky–v–carey–r

236. Tisi v. Patrick, 97 F. Supp. 2d 539 (S.D.N.Y. 2000) District Court, S.D. New York // CourtListener [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://www.courtlistener.com/opinion/2339758/tisi–v–patrick/

237. Tribunal de grande instance de Paris, 3e chambre 3e section, 22 février 2006, n° 02/12476// Doctrine [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://www.doctrine.fr/d/TGI/Paris/2006/FRF1F86C71B57EEDBDC91C

238. Tribunal de grande instance de Paris, 3e chambre 4e section, 27 janvier 2011, n° 09/15307. // Doctrine [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://www.doctrine.fr/d/TGI/Paris/2011/FRBB677D4238C140411262

239. Tribunal de grande instance de Paris, 7 novembre 2019, 19/03440 // Doctrine [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://www.doctrine.fr/d/TGI/Paris/2019/JURITEXT000043759836

240. Urteil des I. Zivilsenats vom 13.11.2013 – I ZR 143/12 // Der Bundesgerichtshof [Электронный ресурс]. – Режим доступа:

https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi–bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2013&anz=208&pos=23&nr=66284&linked=urt&Blank=1&file=dokument.pdf.

241. Urteil des I. Zivilsenats vom 28.7.2016 – I ZR 9/15 // Der Bundesgerichtshof [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi–bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=a16afe65ebd17883367848f09a83fd38&nr=75832&pos=0&anz=1.

242. Urteil des I. Zivilsenats vom 30.4.2020 – I ZR 115/16 // Der Bundesgerichtshof [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi–bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=fb323e50728fc9a29d62599970d0af8d&nr=107050&pos=5&anz=23.

243. Urteil des I. Zivilsenats vom 7.4.2022 – I ZR 222/20 // Der Bundesgerichtshof [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi–bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=1536099b244e82b2149fddacb0cee45&nr=129052&pos=0&anz=1.

244. VMG Salsoul, LLC v. Ciccone, No. 13–57104 (9th Cir. 2016) // JUSTIA [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://law.justia.com/cases/federal/appellate–courts/ca9/13–57104/13–57104–2016–06–02.html.

245. 376 F.3d 841 Seth SWIRSKY, an individual d/b/a Julian's Dad; Warryn Campbell, Plaintiffs–Appellants, v. Mariah CAREY; James Harris, III; Terry Lewis; Flyte Time Productions, Inc., an entity of unknown designation, e/s/a Flyte Tyme Tunes, Inc.; ATV Songs LLC; Rye Songs; Columbia Records; Sony Music Entertainment, Inc.; EMI April Music, Defendants–Appellees // Berkman Klein Center [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/2004_Swirsky.pdf.

246. 982 F.2d 693 United States Court of Appeals, Second Circuit. COMPUTER ASSOCIATES INTERNATIONAL, INC., Plaintiff–Appellant–Cross–Appellee, v.

ALTAI, INC., Defendant–Appellee–Cross–Appellant. No. 762, Dockets 91–7893, 91–7935. Argued Jan. 9, 1992. Decided June 22, 1992. Amended Opinion Dec. 17, 1992. // BITLAW [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://www.bitlaw.com/source/cases/copyright/altai.html.

4. Иные источники

247. Довгалюк, А. Переработка произведения vs «параллельное» творчество: понятие, критерии разграничения / А. Довгалюк, В. Глонина // Закон.ру [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://zakon.ru/blog/2019/1/17/pererabotka_proizvedeniya_vs_parallelnoe_tvorchestvo_ponyatie_kriterii_razgranicheniya (дата обращения: 14.10.2023).

248. Понимание авторского права и смежных прав // Официальный сайт Всемирной организации интеллектуальной собственности [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/ru/wipo_pub_909_2016.pdf.

249. Протокол N 22 заседания Научно–консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам от 16 июля 2020 г. // Журнал Суда по интеллектуальным правам. –2020. – № 29 (сентябрь). – Режим доступа: https://ipcmagazine.ru/court/1729533/.

250. Протокол № 29 Заседания Научно–консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам // Суд по интеллектуальным правам [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://ipc.arbitr.ru/storage/sites/ipc/files/288/nks_protokoly/29.pdf.

251. Протокол № 30 Заседания Научно–консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам // Суд по интеллектуальным правам [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://ipc.arbitr.ru/storage/sites/ipc/files/288/nks_protokoly/nks_protocol_30.pdf.

252. Тотальная перегармонизация: обзор техник на примере поп-песни // YouTube [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://www.youtube.com/watch?v=GUDFD8ZCGBE.

253. Document 62017CC0476. Opinion of Advocate General Szpunar delivered on 12 December 2018. Pelham GmbH and Others v Ralf Hütter and Florian Schneider–

Esleben // EUR–Lex [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://eur–lex.europa.eu/legal–content/en/TXT/?uri=CELEX:62017CC0476

254. Exceptions to copyright: Guidance for creators and copyright owners // Intellectual Property Office. – Режим доступа: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/359250/Exceptions_to_copyright_–_Guidance_for_creators_and_copyright_owners.pdf.

255. All You Need Is Love – 1s Preview // YouTube [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://www.youtube.com/watch?v=t5ze_e4R9QY.