**Создание эффективных правовых инструментов надлежащей охраны фонограмм и музыкальных произведений - главное условие интеграции России во Всемирную Торговую Организацию**

21-й век станет столетием, в котором доминирующее положение во всех областях человеческой деятельности будет принадлежать интеллектуальной собственности. К подобным выводам пришли правительства и эксперты как в странах Европейского Союза [1] (EU), так и в Соединенных Штатах Америки [2].

Законодателям каждой страны мира в той или иной форме сегодня приходится сталкиваться не только с необходимостью приспособления уже существующих на данный момент правовых актов к дальнейшему развитию технических средств создания и использования фонограмм и музыкальных произведений, но и с рассмотрением ряда совершенно новых, еще не получивших четкого определения, аспектов охраны фонограмм и музыкальных произведений (DAB [3] и так называемые услуги «USE ON DEMAND [4]»).

На Западе уже давно осознали, что успешное развитие и функционирование экономики любого государства зависит от эффективного использования различных объектов интеллектуальной собственности. Наглядной иллюстрацией подобному утверждению могут служить данные статистики, касающиеся функционирования экономики Соединенных Штатов Америки. Только такой сектор экономики, как индустрия создания произведений, охраняемых авторским правом, ежегодного приносит экономике США доход в 238 миллиардов 600 миллионов долларов. А в свою очередь индустрии, связанные с распространением произведений, охраняемых авторским правом, дают экономике США доход в 120 миллиардов долларов. Потери же США, образующиеся в результате "интеллектуального пиратства", составляют ежегодно 15-17 миллиардов долларов. Снижение таких потерь позволило бы США существенно сократить дефицит государственного бюджета, который в 1993 году составлял сумму в 45 миллиардов 800 миллионов долларов [5].

В Европейском Союзе музыкальная индустрия имеет больший товарооборот, чем такие вместе взятые отрасли промышленности, как видео и кино. В 1995 году товарооборот музыкальной индустрии в странах Европейского Союза составил 18,8 миллиардов экю. Музыкальная индустрия ЕС включает в себя такие секторы экономики, как: производство и продажа фонограмм; управление авторскими и смежными правами на коллективной основе; организацию и проведение концертов. Доходы от управления на коллективной основе вторичными авторскими правами на музыкальные произведения (право на публичное исполнение, "механические" права и т.д.) составили в 1995 году более чем 1 миллиард экю. Европейские авторы музыкальных произведений и музыкальные издательства получили в 1995 году в качестве дохода только от такого вида использования вторичных авторских прав, как "механические" права, 750 миллионов экю [6].

Не являлась исключением из данного правила и экономика СССР. В 1989 году на территории СССР было продано: грампластинок - 99 миллионов 500 тысяч штук (из них виниловых синглов 10 миллионов 400 тысяч штук, виниловых «дисков-гигантов» (LP) - 89 миллионов 100 тысяч штук) и аудиокассет - 11 миллионов 100 тысяч штук. Сумма дохода за 1989 год только от продаж на территории СССР фонограмм составляла 696 миллионов 600 тысяч долларов США. Для сравнения за аналогичный период времени на территории США было всего продано: грампластинок - 71 миллион 200 тысяч штук, из них виниловых синглов - 36 миллионов 600 тысяч штук, LP - 34 миллиона 600 тысяч штук [7].

Что касается современного российского рынка фонограмм и музыкальных произведений, то в 1999 году он был признан Европейской Комиссией самым привлекательным и крупным музыкальным рынком Восточной Европы. Вместе с тем Европейская Комиссия считает его и самым крупным «пиратским» рынком фонограмм и музыкальных произведений в Восточной Европе. По данным экспертов ЕС ежегодный доход от производства и продажи на территории России «пиратских» носителей звукозаписи составляет более 300 миллионов долларов США. Уровень же «пиратства» в нашей стране по данным экспертов ЕС превышает 70 процентов [8]. Поэтому 29 сентября 1999 Европейская Комиссия и Российская Федерация согласовали в рамках двустороннего соглашения список наиболее приоритетных действий по гармонизации действующего российского законодательства в сфере охраны интеллектуальной собственности с законодательством ЕС. Россия обязалась добровольно осуществить такие действия до 1 июля 2000 года. России надлежало не только улучшить свое законодательство об авторском праве и смежных правах, но и в обязательном порядке внести соответствующие исправления в административное и уголовное законодательство. Поскольку действующая в настоящее время в России редакция статьи 146 «Нарушение авторских и смежных прав» Уголовного Кодекса являет собой наглядный пример нормы, которую не только нельзя применить на практике, но и которая принципиально не соответствует аналогичным нормам уголовного законодательства ни одной из стран ЕС.

Российские законодатели по непонятным для экспертов ЕС причинам отнесли «пиратство» к материальным составам преступления. На практике это означает, что для привлечения лица к уголовной ответственности по статье 146 УК необходимо установить и доказать наличие крупного ущерба, возникшего в результате преступных деяний этого лица. Но самым загадочным обстоятельством, связанным со статьей 146 УК России, является полное отсутствие в тексте статьи какого-либо упоминания со стороны законодателя о размерах этого самого злосчастного крупного ущерба.

В странах ЕС законодатели относят «пиратство» не к материальным, а к формальным составам преступления. В качестве примера можно привести выдержки из уголовного законодательства таких стран ЕС, как Франция, Бельгия и Германия.

Статья 426-1 Уголовного Кодекса Франции:

«Любая фиксация, воспроизведение, вещание или предоставление доступа публике, как на платной, так и бесплатной основе, или любому пользователю цифровых услуг, фонограммы, видеограммы или программы, сделанной без разрешения исполнителя, производителя фонограммы или видеограммы и организации вещания, должны быть наказуемы лишением свободы от трех месяцев до двух лет и штрафом от 6 000 до 120 000 франков или одной из этих двух санкций.

Любой импорт или эксплуатация фонограммы или видеограммы, произведенные без разрешения производителя или исполнителя, когда это необходимо, наказываются аналогичными санкциями.

Неуплата вознаграждения для автора, исполнителя или производителя фонограммы или видеограммы относительно частного копирования или общественного распространения или цифровых услуг наказывается штрафом, установленным в первом параграфе [9]».

Статья 80 Уголовного Кодекса Бельгии:

«Любое умышленное или мошенническое нарушение авторского права и смежных прав подпадает под правонарушение о подделках.

То же самое относится к умышленному или мошенническому использованию имени автора или обладателя смежного права или любого отличительного признака, принятого таким лицом, чтобы определять его произведение или исполнение им произведения, которые также подпадают под правонарушение о подделках.

Любой человек, кто умышленно продает, арендует, размещает для продажи или сдачи в аренду, хранит в памяти компьютера для сдачи в прокат или для продажи или кто поставляет на Бельгийскую территорию с коммерческим намерением, такие поддельные произведения виновен в том же самом правонарушении».

Статья 81 Уголовного Кодекса Бельгии:

«Правонарушения, упомянутые в Статье 80, наказываются штрафом от 100 до 100 000 франков. Любое повторное совершение одного из правонарушений, упомянутых в Статье 80, наказывается лишением свободы на срок от трех месяцев до двух лет и штрафом от 100 до 100 000 франков или одной из этих санкций».

Положения Уголовного Права ФРГ:

Статья 106. Незаконное Использование Охраняемых Авторским Правом Произведений

«(1) Любое лицо, которое иным образом, чем допускается законом и без согласия правообладателя, воспроизводит, распространяет или публично сообщает произведение или его адаптацию, или перевод произведения наказывается лишением свободы на срок до трех лет или штрафом.

(2) Покушение на совершение такого правонарушения также наказуемо».

Статья 108. Нарушение Смежных Прав

«(1) Любое лицо, которое иным образом, чем допускается законом и без согласия правообладателя:.....

5. Использует фонограмму вопреки Статье 85;

6. Использует радиопередачу вопреки Статье 87;

7. Использует видео или видео и звуковую запись вопреки Статьи 94 или Статьи 95 в сочетании со Статьей 94, наказывается лишением свободы на срок до трех лет или штрафом.

(2) Покушение на совершение такого правонарушения также наказуемо».

Статья 108a. Незаконное Использование на Коммерческой Основе

«(1) Когда лицо, совершающее деяния, предусмотренные Статьями 106 - 108, совершает их на коммерческой основе, то такое лицо наказывается лишением свободы на срок до пяти лет или штрафом.

(2) Покушение на совершение такого правонарушения также наказуемо».

О существовании в России такого вида преступных посягательств на интеллектуальную собственность, как «музыкальное пиратство», могут свидетельствовать следующие факты:

1) В начале 2000 года сотрудниками отдела английской уголовной полиции по борьбе с мошенничеством в Лондоне была проведена специальная операция. В результате этой успешной операции полицией были арестованы 6 человек и изъято несколько тысяч «пиратских» компакт-дисков, поддельные кредитные карточки и оборудование для их производства. Дальнейшее расследование выявило, что «пиратские» диски были импортированы на территорию Соединенного Королевства из России. А все арестованные лица также оказались выходцами из нашей страны. Ущерб, причиненный действиями этой группы, составил 5 миллионов фунтов стерлингов. В январе 2001 года лондонский уголовный суд приговорил двух человек из этой группы к лишению свободы сроком на 4 года [10].

2) В 2001 году на одном из крупных московских заводов по производству компакт-дисков был установлен факт изготовления в 2000 году более 35 000 "пиратских" компакт-дисков формата CD-ROM. На дисках были записаны MP3 файлы альбомов таких ведущих западных исполнителей, как Oasis, UFO, Guano Apes and AC/DC. Эти «пиратские» компакт-диски распространялись на территории Российской Федерации и даже экспортировались на Украину и в США [11].

3) Производственные мощности только легально действующих в России заводов по изготовлению компакт-дисков в 2001 году составляли 120 миллионов штук в год. Потребность же музыкального рынка России в легальных компакт-дисках по оценкам одних экспертов не превышает 10 миллионов штук в год, а по оценкам других экспертов - 45 миллионов штук [12]. Причем производственные мощности российских заводов в 2001 году по сравнению с 1998 годом были увеличены как минимум вдвое при сохранении объемов легального потребления компакт-дисков в неизменном виде. Более того, в период с апреля по август 2001 года в России были введены в строй еще 6 новых производственных линий. Аналогичная ситуация с избытком производственных мощностей существовала до марта 2001 года и на Украине. Производственные мощности украинских заводов составляли 70 миллионов штук в год, а объемы легального рынка компакт-дисков в свою очередь не превышали 5 миллионов штук в год [13]. Изготовленные на украинских заводах «пиратские» компакт-диски были обнаружены в 22 странах мира. Призывы и просьбы международного сообщества к Украине навести в данном секторе украинской экономики порядок, просто игнорировались. Поэтому в марте 2001 года Министерство торговли США, руководствуясь специальным федеральным законом 301, присвоило Украине статус «Приоритетного Иностранного Государства», которое нарушает авторские и смежные права американских правообладателей. Присвоение Украине подобного статуса со стороны Министерства торговли США, фактически являлось официальным предупреждением о скором введении против Украины со стороны США экономических санкций [14]. В августе 2001 года министерство торговли США уже официально объявило о введении против Украины экономических санкций и опубликовало в Федеральном Реестре список украинских товаров запрещенных к импорту в США. Введение экономических санкций влечет для Украины убытки в размере 200 миллионов долларов США. После этого реакция украинских властей была молниеносной. Большинство украинских заводов, которые ранее были по аналогичным причинам доставлены на Украину из Болгарии, сразу же свернули свою деятельность и переместились на территорию России. 11 июля 2001 года Президент Украины подписал новую редакцию Закона Украины "Об авторском праве и смежных правах" № 2627 - III [15]. Закон имеет обратную силу в отношении охраны на территории Украины смежных прав иностранных производителей фонограмм. Теперь Украина будет охранять любые иностранные фонограммы, включая и те, которые были созданы за ее пределами 50 лет назад. 11 октября 2001 года Президент Украины подписал законы о присоединении Украины к Договору ВОИС по Авторскому праву (WCT) [16], Договору ВОИС по Исполнениям и Фонограммам (WPPT), Международной конвенции об охране интересов артистов-исполнителей, производителей фонограмм и организаций вещания (Римская конвенция).

Государственной Думой Российской Федерации 13 июля 2001 года был принят долгожданный Закон «О лицензировании отдельных видов деятельности». В пункте 1 статьи 17 закона теперь предусматривается лицензирование такой деятельности, прямо имеющей отношение к музыкальному рынку, как «...воспроизведение (изготовление экземпляров) аудиовизуальных произведений и фонограмм на любых видах носителей...». Положения закона вступят в силу только в марте 2002 года. У государства и законопослушных участников российского музыкального рынка с введением лицензирования может появиться реальный и эффективный инструмент борьбы с «музыкальным пиратством» в свете статьи 171 «Незаконное предпринимательство» УК России. Именно может, а не обязательно появится такая возможность. Среди участников музыкального рынка ведутся ожесточенные споры на тему: кого и как лицензировать.

Существуют две точки зрения на решение данной проблемы.

Первая. Лицензию должны получать все участники музыкального рынка, занимающиеся воспроизведением фонограмм: заводы, фирмы грамзаписи, владельцы музыкальных сайтов с которых осуществляется неконтролируемая никем загрузка (воспроизведение фонограммы и музыкального произведения в память ЭВМ) пользователями на жесткие диски (материальные носители) своих компьютеров фонограмм в ныне модном у молодежи формате МР3. Сторонники такого подхода к лицензированию исходят из того, что с развитием на территории Российской Федерации Цифрового Аудио Вещания (DAB) и цифровых систем доставки фонограмм и музыкальных произведений потребителям, российская фонографическая индустрия столкнется с проблемой сохранения контроля за использованием созданных ею нематериальных активов (интеллектуальной собственности). Музыка и фонограммы, распространяемые в цифровой форме, не смогут более идентифицироваться как материальная собственность. И российские владельцы интеллектуальной собственности не смогут собирать вознаграждение за авторские и смежные права и пресекать незаконное использование принадлежащих им авторских и смежных прав.

Другая точка зрения основывается на том, что необходимо лицензировать только крупные заводы и никого более.

Какая из этих точек зрения на лицензирование победит, пока неясно. Не вызывает сомнение только то обстоятельство, что, если Россия в самое ближайшее время не приведет свое законодательство в сфере интеллектуальной собственности, а также административную и судебную практику в соответствие с мировым законодательством и мировой практикой, то ее скорее всего постигнет печальная участь Украины - введение экономических санкций и запрет на вступление в члены Всемирной Торговой Организации.

Алексей Сергеевич Кондрин, Директор Автономной некоммерческой организации по коллективному управлению имущественными правами «Независимый Фонографический Альянс» (НФА)

**Список литературы**

 [1] "Music in Europe", European Music Office / Dave Laing. 1996

 [2] United States. Information Infrastructure Task Force. Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights / Bruce A. Lehman, Chair. 1995

 [3] DAB - Цифровое Аудио Вещание (прим. автора)

 [4] USE ON DEMAND - предоставление множеству пользователей доступа к фонограмме с помощью цифровых или других форм носителей информации или трансляции таким способом, что данная фонограмма краткосрочно может быть воспроизведена по индивидуальному востребованию с помощью телевизионного или другого аппарата. Также включает производство, размножение и распространение носителей информации, на которых фонограмма записана не полностью, так что для воспроизведения фонограммы пользователь должен будет в индивидуальном порядке за отдельную плату получить у правообладателя отсутствующие фрагменты фонограммы. Также включает внесение фонограммы или ее фрагментов в банки электронных данных, сети данных и системы телефонных услуг государственных и частных телефонных компаний с целью их использования неограниченным или ограниченным кругом пользователей способом индивидуального востребования через телефонные линии или линии передачи данных (прим. автора)

 [5]«Copyright Industries in the U.S. Economy», International Intellectual Property Alliance / S.Siwek and H.Furchtgott-Roth. 1995

 [6] "Music in Europe", European Music Office / Dave Laing. 1996

 [7] IFPI 1991 Review., p. 37

 [8] «Recording Industry welcomes the steps taken by Russia and the EU to improve Intellectual Property Rights», www.ifpi.org

 [9] Статья 56 Закона Французской Республики об Авторском Праве и Правах Исполнителей, Производителей Фонограмм, Видеограмм и Вещательных Организаций № 85-660 от 3 июля 1985

 [10] IFPI Music Piracy Report, June 2001, p. 4

 [11] Plant settlement in Russia first step in tackling massive pirate CD production, www.ifpi.org

 [12] IFPI Music Piracy Report, June 2001, p. 3

 [13] там же, стр. 3

 [14]«Ukraine: progress after sanctions», Extract from IFPI Network - Issue 8, www.ifpi.org

 [15] Закон Украины "Об авторском праве и смежных правах" № 2627 - III, "Голос Украины" № 146, 16.08. 2001.

 [16]Договор по Авторскому праву (WCT) был принят на Дипломатической конференции по некоторым вопросам авторского права и смежных прав в Женеве 20 декабря 1996 года. Договор вступает в силу 6 марта 2002 года. Договор подписали свыше 60 стран мира. В настоящее время Договор ратифицировали 30 стран. Российская Федерация пока не подписала его и не ратифицировала (прим. автора).