Предоставление услуг ТВ в сети передачи данных: правовые и экономические аспекты

Автор: кандидат юридических наук, руководитель www.ordercom.ru

В настоящее время многие Операторы связи1, эксплуатирующие сети связи, предоставляют от своего имени 3 услуги: интернет, голосовая связь, ТВ.

В правоотношениях по оказанию услуги ТВ выделю следующих базовых участников:

Автор – Организация эфирного или кабельного вещания2**- Абонент.**

Сообщение – «любое действие, посредством которого произведение становится доступным для слухового и (или) зрительного восприятия независимо от его фактического восприятия публикой»3

Ретрансляция – «**сообщение** телепередачи одной организацией эфирного или кабельного вещания одновременно с получением ею такого сообщения этой передачи от другой такой организации»4.

Соответственно **организация эфирного или кабельного вещания подразделяется на 2 вида: 1) Вещатель 2) Оператор связи**

Источником ТВ является **Автор произведения**

Выделим 2 вида авторов:

1) Вещатель

2) Автор произведения, используемого при производстве телепередачи.

П.2 Правил определяет, что «**вещатель** - пользователь услугами связи для целей телерадиовещания, с которым заключен договор, и который:

- составляет телепрограммы5 … для их приема неопределенным кругом лиц,

- на основании лицензии на вещание, … обеспечивает их распространение в полной и неизменной форме третьим лицом».

Вещателю принадлежат6 авторское и смежные права на собственные7 телепередачи8, в том числе на их **ретрансляцию** с помощью спутника кабеля, провода, оптического волокна или аналогичных средств.

Вещатель навязывает Оператору договор о передаче неисключительного права на распространение (ретрансляцию) телепередач.

Автору произведения, использованного при производстве телепередач (видео, музыки, стихов) принадлежит исключительное право использовать9 произведение, в частности: сообщать произведение **для всеобщего сведения** по телевидению. Автор таких произведений имеет право на отчисления за использование его произведения Оператором связи путем ретрансляции. Интересы авторов 2 вида чаще представляет организация, осуществляющая коллективное управление авторскими и смежными правами10.

РАО требует от Оператора заключения лицензионного договора11 и выплаты вознаграждения за использование произведения автора при ретрансляции телепередач. При не заключении договора возникает судебные риски взыскания авторских отчислений, штрафов, конфискации оборудования связи, а также налоговые риски.

При этом следует учитывать: при установлении судом факта использования Оператором авторских или смежных прав, **доказывать невиновность будет Оператор связи**12. Так, в деле по иску РАО к ООО «Жанр»13 о взыскании авторского вознаграждения за ретрансляцию по кабельному телевидению в г. Владимире телепрограмм телеканала «Россия», СК по гражданским делам ВС РФ направила дело на новое рассмотрение, указав, что «суд не учёл, что ответчик не оспаривал факт трансляции телепрограмм представленных ФГУП «РТРС» и неправильно распределил обязанности по доказыванию обстоятельств».

Выделю следующие группы рисков, возникающих при неоплате авторских отчислений:

А) Административные, возникающие при нарушении авторских и смежных прав14 с Примером является иск прокуратуры, повлекший привлечение Оператора связи в г. Железноводске к штрафу 34000 с конфискацией оборудования за сообщение по кабелю музыкальных произведений по каналу «Ретро ТВ» без авторских отчислений в РАО15.

Б) Гражданские. Так, ФГУП «ВГТРК» взыскало 3 млн. рублей (из 15) с владельца домЕна www.championat.ru в качестве компенсации за нарушение исключительного права на сообщение ЭСМИ «ТК «Спорт», незаконное использование товарного знака, нарушение исключительного права на коммерческие обозначения «СПОРТ» и «Вести Спорт», оригинальную графику и оригинальные комментарии16.

Данная тема является актуальной, поскольку для многих Операторов связи подобные вэб-ресурсы являются источником дохода (за пропуск трафика на сеть других Операторов). Зачастую, компании, на которые зарегистрированы доменные имена, являются и Операторами связи.

В) Налоговые. Здесь практика только формируется. Но особенно актуально выглядит дело о доначислении ОАО «Дальсвязь» налога на прибыль за неуплату в фонд авторских отчислений РАО 5% от услуг связи для целей вещания17.

МИ ФНС России по крупнейшим налогоплательщикам № 7 привлекло ОАО «Дальсвязь» к налоговой ответственности путём доначисления налога на прибыль в размере 8,5 млн. руб., пени и штрафа.

Налоговая доказала суду 1 инстанции, что если бы производились авторские отчисления (5% от услуг связи для целей вещания), то Оператор связи вынужден был бы увеличить стоимость услуг связи для Абонентов на 5 %. Соответственно налог на прибыль был бы уплачен на большую сумму.

Оператор связи, с одной стороны является «транспортом» для доставки услуги ТВ до потребителей, а с другой - получает с пользователей ТВ деньги за просмотр телепрограмм**.**

После решения арбитража Москвы по делу Стрим18, ТВ предоставляется Оператором связи под лицензией на услуги связи для целей кабельного вещания19.

Выделю некоторые обременительные условия действия данной лицензии20. Их неисполнение квалифицируется по п. 3 ст. 14.1. Кодекса РФ об административных правонарушениях (далее – «КоАП») как незаконная предпринимательская деятельность с нарушением условий действия лицензий и создает риск привлечения Оператора к ответственности в виде штрафа 30-40 тыс. руб. с дальнейшим возможным приостановлением деятельности в случае продолжения нарушения.

Самым трудоёмким является требование заключить **договоры на оказание услуг связи с лицензиатами-вещателями**. Верховным судом данное условие признано соответствующим законодательству21.

Раздел IV. Правил (в частности п.п. 37, 38) требует от Оператора связи заключения с Вещателем договора на оказание **именно** услуг **связи**. Отмечу о необходимости заключения таких договоров со **всеми** Вещателями, кроме Вещателей ООТК: ОАО «Первый канал», ФГУП «ВГТРК», ОАО «Телекомпания НТВ», ОАО «ТРК «Петербург».

Практика привлечения к ответственности за неисполнение данного условия весьма обширна. При этом Оператор связи виновен не только когда у Вещателя нет лицензии22, но и если лицензия Вещателя не покрывает территорию деятельности Оператора23. Примером является 55 штрафов24 в отношении ОАО «Уфанет», отмененных **только** по процессуальным основаниям.

Некоторые Вещатели, не желая платить, отказывают Оператору в заключении договора на оказание услуг связи, что создает для Оператора риск привлечения Роскомнадзором к ответственности. Таким образом, между Вещателем и Оператором должен быть заключен смешанный договор, содержащий элементы договоров на оказание услуг связи (по которому Оператор предоставляет Вещателю услуги по доставке его телепрограммы до абонента) и лицензионного договора (на передачу права на ретрансляцию программ Вещателя).

Здесь следует отметить, что некоторые Вещатели, заключают договоры только с Операторами с количеством абонентов ТВ не менее 1000. При этом Вещатель устанавливает фиксированную цену за 1 абонента, и эта цена понижается в зависимости от количества Абонентов и региона.

Б) Другим лицензионным условием является **оказание услуг в соответствии с** правилами оказания услуг связи25 для целей телерадиовещания26.

Оператор обязан исполнять требования норм Правил как в отношениях с Вещателями, так и с Абонентами27. Конфликты с Абонентами зачастую переходят в плоскость оспаривания Оператором предписаний Роспотребназдора, признающего ущемление прав Абонента путем включения в договор незаконных условий (например, одностороннего повышения стоимости услуг) и привлекающего Оператора связи по ст. 14.8 КоАП РФ к штрафу в размере до 20 тысяч рублей28

С 29 октября 2010 (даты вступления в силу ФЗ от 27.07.2010 N 221-ФЗ) Оператор связи обязан: «В **неизменном виде** и за свой счет (**без взимания платы**) **осуществлять прием и доставку** до

пользовательского (оконечного) оборудования сигнала, посредством которого осуществляется распространение **обязательных общедоступных** телеканалов[29].

При этом Оператор связи **обязан** согласовать с Вещателями ООТК местонахождение источника сигнала либо точки присоединения. А Вещатель **вправе отказать** Оператору связи **в согласовании**, если …от указанного в заявлении источника сигнала, не обеспечивается трансляция телеканала[30], содержание которого предназначено для территории деятельности Оператора.

Таким образом, неизменный вид означает, например, что Оператор связи в регионе обязан ретранслировать программу «Вести» с региональными новостями. При этом Вещатели иногда обязывают Оператора связи получать сигнал с эфирного передатчика местного филиала ФГУП «РТРС»[31]. А это, вкупе с расположением филиалов ФГУП «РТРС» в центрах субъектов РФ, обременительно для Операторов связи, имеющих сети в населенных пунктах, удаленных от центра.

И хотя практика здесь только формируется, уже есть случаи, управление Роскомнадзора не наказало Оператора за неисполнение данного требования.

Вышеуказанное требование не распространяет своё действие на договорные отношения, возникшие до 29.10.2010 г. Вместе с абз. 2 пункта 1 ст. 4, п. 2. ст. 422, главой 39 Гражданского кодекса РФ[32], это позволяет утверждать, что Операторы связи, начавшие оказывать услуги до «даты пи» не обязаны бесплатно доставлять общеобязательные телеканалы и имеют право приостановить оказание данных услуг при их неоплате.

Также, учитывая п./п. «в» п. 4 Перечня XVII[33], возможно брать с абонента, получающего только ООТК, деньги за «предоставление абонентской линии в постоянное пользование».

Учитывая, что основная масса смотрящих ТВ привыкла делать это по-старому, предоставление услуги ТВ является для Оператора конкурентным преимуществом, а не основным источником дохода. Анализ правоотношений и судебной практики позволяет утверждать о необходимости выделения Оператором бизнеса ТВ на отдельное юридическое лицо. Тогда схема правоотношений будет выглядеть следующим образом:

Автор–Вещатель–**Оператор УСцКВ**–Оператор, эксплуатирующий сеть–Абонент.

При этом Оператор, эксплуатирующий сеть:

1) Оператор, сдает Оператору УСцКВ в аренду средства связи и место для их размещения.

2) Заключает с Оператором УСцКВ агентский договор, по которому он:

-от имени Оператора УСцКВ заключает с Абонентами договор на оказание услуг;

-собирает с них деньги за пользование УСцКВ, и перечисляет их Оператору УСцКВ за вычетом агентского вознаграждения.

3) Оказывает от своего имени иные услуги связи (Интернет, голосовая связь).

Таким образом, Оператор УСцКВ снимает с Оператора, эксплуатирующего сеть, следующие риски:

I. Бремя договорных отношений с Вещателями;

II. Ответственность перед Правообладателями, включая раздельный учет доходов от УСцКВ и иных услуг связи. Это позволяет умерить аппетиты РАО по взысканию авторских отчислений со всех услуг связи.

III. Отношения с Роскомнадзором, в т.ч. по вводу в эксплуатацию сети связи;

IV. Ответственность перед Абонентами по оказанию УСцКВ.

1 Лицо, оказывающее услуги связи на основании соответствующей лицензии. См. ст. 2 ФЗ «О связи»

2 Юридическое лицо, осуществляющее сообщение в эфир или по кабелю телепередач (ст. 1329 ГКРФ).

3 См. 2-е предложением п./п. 7 п. 2 ст.1270 ГК РФ

4 П.п. 4 п. 2 ст. 1330 ГК РФ;

5 То же, что «телепередача», см. ссылку 8

6 В соответствии со ст. 1329 и 1330 ГК РФ

7 Созданную самим Вещателем, либо по его заказу и за счет его средств

8 Совокупность звуков и изображений или их отображений – см. ст. 1329 ГК РФ.

9 Как в целях извлечения прибыли, так без такой цели

10 В настоящее время: Российское Авторское Общество (далее по тексту – «РАО»), и Всероссийская Организация Интеллектуальной Собственности (далее по тексту – «ВОИС») – только в отношении фонограмм, опубликованных в коммерческих целях (ст. 1326 ГКРФ).

11 См. ст. 1233 ГК РФ

12 См. п. 14 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 19 июня 2006 г. N 15

13 См. определение от 14 октября 2008 г. N 86-В08-18

14 Ст. 7.12. Кодекса об административных правонарушениях РФ 195-ФЗ от 30.12.2001

15 См. данные по делу № 3-451-10-436/10 с http://stavmirsud.ru/

16 Дело № А40-175301/09 с http://kad.arbitr.ru

17 См. информацию по делу А40-69515/2010

18 Из решения по делу А40-49862/06-152-172: «частные технологические особенности распространения ТВ программ по СПД, такие как, использование в качестве оконечного оборудования не ТВ приемника, а компьютерного монитора, время задержки сигнала и порядок его преобразования в ходе доставки до потребителя не могут служить основанием для изменения сути оказываемой услуги, так как деятельность ответчика имеет целью предоставление абоненту возможности смотреть телевизионные программы. Исключительно данное обстоятельство позволяет Оператору получать коммерческую выгоду».

19 Далее по тексту – «УСцКВ»

20 Полный перечень см. в разделе XVII, утверждён Постановлением Правительства РФ от 18.02.05 г. N 87

21 См. постановление Кассационной коллегии ВС РФ от 30 марта 2010 г. N КАС10-143

22 См. суд. акты по делам №№ А40-11190/09, А50-19211/2008 и А23-1647/08А, А71-6714/07, А31-10571/2009

23 См. суд. акты по делам N А56-15864/2007, А11-14324/2009, А12-615/2008

24 В соответствии с решениями арбитража РБ от 23.11.09 были установлены следующие нелицензионные каналы: Deutsche Welle, Eurosport HD, Eurosport 2, France 24 (Eng), France 24 (Fra), Kids Co, Zee TV, Discovery Travel & Living, Hallmark, Zone Romantica, Animal Planet, Arirang TV, Discovery, National Geographic, Private Spice, XXL, FOX Crime, FOX Life, Cartoon Network, Discovery Science, Discovery World, Extreme Sports, MCM Top, MGM, Zone Reality, NatGeo, Wild, TCM, Mezzo, Девятый канал, Viasat Explorer, Viasat History, RTVi,TV1000 Action, Viasat Sport, TV1000 русское кино,BBC Prime, Wedding TV,ESPN Classic Sport, AB Moteurs, BBC World, CNN, Nickelo-deon, Melody Zen HD, High Life-HD.

25 Данное условие прописано в п. 5. Перечня XVII

26 Далее по тексту – «Правила», утверждены Постановлением Правительства РФ от 22.12.2006 N 785

27 Пользователь услугами для целей вещания, с которым заключен соответствующий договор, с выделением для этого уникального кода идентификации

28 См. информацию по делам №№ А34-2333/2009, А28-11952/2008, А63-7300/2009, А67-1667/2008

29 Далее – «ООТК», они указаны в Перечне, утвержденном Указом Президента РФ от 24.06.2009 N 715

30 сформированная в соответствии с сеткой вещания и выходящая в свет (эфир) под постоянным наименованием и с установленной периодичностью совокупность телепрограмм;

31 См., например: http://forum.nag.ru/forum/index.php?showtopic=63931

32 Далее по тексту – «ГК РФ»

33 Введен Постановлением Правительства РФ от 24.01.2008 N 23

Обновленный текст статьи с законодательством и практикой находится здесь