

НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ
“ВЫСШАЯ ШКОЛА ЭКОНОМИКИ”

НАУЧНО-МЕТОДИЧЕСКИЙ ЦЕНТР
“КАФЕДРА ЮНЕСКО ПО АВТОРСКОМУ ПРАВУ
И ДРУГИМ ПРАВАМ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ”

ТРУДЫ ПО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

№ 4 (том XV)
2013

Москва



United Nations
Educational, Scientific and
Cultural Organization

Организация
Объединенных Наций по
вопросам образования,
науки и культуры



ВЫСШАЯ ШКОЛА ЭКОНОМИКИ
НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ



HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS
NATIONAL RESEARCH UNIVERSITY



The UNESCO Chair on copyright
and other intellectual property rights
Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву
и другим правам интеллектуальной собственности

Главный редактор:

М. А. Федотов (Советник Президента Российской Федерации, Председатель Совета при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека, директор Научно-методического центра “Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности”, доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации)

Редакционный совет:

Ю. М. Батурин (член-корреспондент РАН, доктор юридических наук, профессор), **И. Л. Бачило** (доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации), **И. А. Близнец** (доктор юридических наук, профессор), **М. М. Богуславский** (доктор юридических наук, профессор), **Ю. Л. Бошицкий** (кандидат юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Украины), **Э. П. Гаврилов** (доктор юридических наук, профессор), **М. А. Краснов** (доктор юридических наук, профессор), **А. Н. Козырев** (доктор экономических наук, профессор), **В. В. Орлова** (доктор юридических наук, профессор), **М. И. Пастухов** (доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Республики Беларусь), **С. В. Потапенко** (доктор юридических наук, профессор), **И. М. Рассолов** (доктор юридических наук, профессор), **А. П. Сергеев** (доктор юридических наук, профессор), **Л. С. Симкин** (доктор юридических наук, профессор), **В. Н. Синельникова** (доктор юридических наук, профессор), **С. В. Степашин** (доктор юридических наук, профессор), **А. А. Тедеев** (доктор юридических наук, профессор), **И. Г. Шаблинский** (доктор юридических наук, профессор), **С. К. Шайхитдинова** (доктор философских наук, профессор), **С. М. Шахрай** (доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации)

ТРУДЫ ПО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

НАУЧНЫЙ ЖУРНАЛ
КАФЕДРЫ ЮНЕСКО ПО АВТОРСКОМУ ПРАВУ
И ДРУГИМ ПРАВАМ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

№ 4 (том XV)
2013

Москва

Научный журнал **“Труды по интеллектуальной собственности”**
зарегистрирован в Федеральной службе по надзору в сфере связи
и массовых коммуникаций.

Свидетельство о регистрации ПИ № ФС77-45963
от 15 июля 2011 г. ISSN 2225-3475.

Учредитель и издатель:

АНО “Творческий Центр ЮНЕСКО”, г. Москва

Адрес редакции:

117279, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 55А, каб. 112.
Тел. +7-499-238-31-39

Адрес для корреспонденции:

119017, г. Москва, ул. Малая Ордынка, д. 17, каб. 221, Кафедра ЮНЕСКО
www.unescochair.ru
unesco.chair.copyright@mtu-net.ru

Издается с 1999 г. (бюллетень “Труды по интеллектуальной собственности” зарегистрирован Госкомпечати России 28 мая 1999 г., свидетельство № 018878). Журнал посвящен актуальным проблемам авторского права, информационного права, прав интеллектуальной собственности. Плата за публикацию материалов в журнале не взимается ни в какой форме. Все представленные материалы в обязательном порядке проходят научное рецензирование. Перепечатка статей без согласия правообладателей запрещена в соответствии с п. 3 ст. 1274 ГК РФ.

Подписные индексы:

Объединенный каталог “Пресса России” - 11287

© Составление.

Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и
другим правам интеллектуальной собственности, 2013.

ОГЛАВЛЕНИЕ

ИННОВАЦИИ И ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ

Федотов М. А. Автор как «элементарная частица» правовой охраны интеллектуальной собственности 4

Оганесян Р. О. Правовая охрана интеллектуальной собственности в сфере геологического изучения и использования недр: особенности правового регулирования в зарубежных странах 37

Антонова А. В. К вопросу о праве следования 53

Будник Р. А. Инклюзивный метод в системе права интеллектуальной собственности: теоритические вопросы 73

ИНФОРМАЦИЯ И ГОСУДАРСТВЕННОЕ УПРАВЛЕНИЕ

Шаблинский И. Г. Судебная власть и политический режим: некоторые аспекты взаимодействия 94

Потапенко С. В. Открытость и гласность судопроизводства – основа конструктивного взаимодействия судов и СМИ 108

Моргун А. В. Особенности некоторых информационных споров в сфере рекламы 123

Тедеев А. А. Совершенствование систем сбора и обработки финансовой информации на примере валютного мониторинга (публично-правовые аспекты) 160

ИННОВАЦИИ И ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ

М. А. ФЕДОТОВ

Советник Президента Российской Федерации; Совет при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека, Председатель; Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», директор Научно-методического центра «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности», доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации (115184, г. Москва, ул. Малая Ордынка, д. 17, к. 221; тел.: (499) 234-31-39; hse@hse.ru)

АВТОР КАК «ЭЛЕМЕНТАРНАЯ ЧАСТИЦА» ПРАВОВОЙ ОХРАНЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Ключевые слова: интеллектуальная собственность; интеллектуальные права; законодательство об интеллектуальной собственности; автор; авторское право; соавторство; Pussy Riot

Аннотация: Статья посвящена выявлению актуальных проблем развития права интеллектуальной собственности в Российской Федерации. Основное внимание в статье акцентируется на вопросе о субъ-

ектном составе отношений по правовой охране интеллектуальной собственности и в первую очередь на правовом феномене авторства.

Понятие «автор» относится к числу основополагающих в категориальном аппарате, как отечественного законодательства, так и международно-правового инструментария об интеллектуальной собственности. Будучи «элементарной частицей» данной сферы правового регулирования, понятие автора характеризуется, с одной стороны, кажущейся ясностью, а с другой – глубинной неопределенностью и противоречивостью. Достаточно вдуматься в формулировки ст. 1228 части IV Гражданского кодекса Российской Федерации¹, чтобы понять справедливость такого вывода.

Согласно п. 1 ст. 1228 ГК4Ч РФ, «автором результата интеллектуальной деятельности признается гражданин, творческим трудом которого создан такой результат». Такой подход в целом соответствует общемировой традиции, сложившейся, прежде всего, в сфере авторского права. В Хартии прав авторов, принятой 26 сентября 1956 г. в Гамбурге на XIX конгрессе Международной конфедерации обществ авторов и композиторов (CISAC), говорится: «В основе обладания авторским правом лежит акт интеллектуального творчества, и только у физического лица может возникнуть право ав-

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ (в ред. от 23 июля 2013 г.) // Российская газета. 2006. 22 дек.; далее – ГК4Ч РФ.

торства на свои творения. Юридическое лицо никогда не должно рассматриваться как первоначальный обладатель авторского права на интеллектуальное произведение. Следует отвергнуть как неприемлемую концепцию, согласно которой автор считается простым служащим промышленного предприятия, которому принадлежало бы созданное автором произведение как обычная продукция этого предприятия»¹.

Такой подход, в целом, нашел отражение в нормах международного права. Так, Бернская конвенция, хотя текстуально не определяет понятие автора, но по всему тексту под автором понимает именно физическое лицо, применяя по отношению к нему так называемый критерий личности, включающий гражданство автора и (или) его обычное местожительство. Отсюда логично следуют и положения о неимущественных правах авторов (ст. 6^{bis}). Хотя эти положения были включены в Конвенцию только в 1928 г., однако они оказали огромное влияние на национальное законодательство многих стран, заставив даже Соединенные Штаты принять специальные законы об охране личных неимущественных прав авторов.

Несомненное влияние эти положения Бернской конвенции оказали и на российского законодателя. Другое дело, что в ст.ст. 1228 и 1266 ГК4Ч РФ положения Конвенции отразились с серьезными изменениями. Так, предусмотренное Конвенцией право автора «требовать признания своего авторства на произведение и противодействовать всякому извращению, искажению или иному изме-

¹ <http://www.cisac.org>

нению этого произведения, а также любому другому посягательству на произведение, способному нанести ущерб чести или репутации автора» трансформировалось в бессрочно охраняемые, с одной стороны, право на неприкосновенность произведения, а с другой – в право на защиту от извращения, искажения или иного изменения произведения, порочащих честь, достоинство или деловую репутацию автора.

В зарубежных странах вопрос о понятии автора и характере его исключительных и личных неимущественных прав решается по-разному, прежде всего, в зависимости от принадлежности страны к европейской континентальной или англосаксонской правовым семьям. В то же время, поскольку единого законодательного акта, регулирующего права интеллектуальной собственности в зарубежных странах пока не создано, постольку весьма затруднительно сравнивать российские нормы, касающиеся всех видов объектов прав интеллектуальной собственности, с зарубежными нормами, касающимися только отдельных их видов.

В римской юридической традиции в соответствии с исторически сложившейся концепцией *droit d'auteur* авторское право признается только за физическим лицом, которое создало произведение. Это характерно, в частности, для Испании и Франции, где все реже заключаются договоры об отчуждении прав в полном объеме, а все чаще – о предоставлении лицензии. По испанскому законодательству даже при уступке исключительного права, этот процесс осуществляется не путем отчуждения исключительно-

го права, а путем конститутивного правопреемства, при котором правообладатель учреждает в пользу приобретателя одно или нескольких новых прав, ограничивающих действие его исходного, первоначального права¹.

В странах англо-саксонской правовой семьи и, соответственно, господства концепции *copyright*, первоначальным обладателем авторского права признается заказчик, наниматель, продюсер. Наиболее отчетливо это проявляется в американском законодательстве². В законе Великобритании об авторском праве 1988 г., положения, касающиеся первоначального авторского права, более благоприятны для автора. Так, ст. 9 под автором понимает «лицо, которое по отношению к произведению является его создателем». Кроме того, авторами признаются: в отношении фонограммы или аудиовизуального произведения – «лицо, которое принимает необходимые меры с целью осуществления записи или создания фильма»; в отношении радиовещания – «лицо, осуществившее передачу в эфир»; в отношении программ, распространяемых по кабелю, – «лицо, предоставляющее услуги, связанные с распространением по кабелю, в рамках которых осуществляется распространение программы» и т. д.

¹ Delgado Porras A. Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual. Madrid: Civitas, 1988. P. 58.

² См., напр.: Закон США об авторском праве («Copyright Act»), ст. 101 (определение «work made for hire» – «служебное произведение») и ст. 202(b).

Наиболее ярко различие между концепциями *droit d'auteur* и *copyright* проявляется в вопросе признания личных неимущественных прав автора. В странах римской юридической традиции регулирование личных неимущественных прав осуществляется в рамках законодательства об авторском праве. Напротив, в большинстве стран англосаксонской правовой семьи защита подобных прав возлагается на суды, которые признают многие из этих прав охраняемыми обычным правом. Так, в США суды признают право на имя в рамках защиты от недобросовестной конкуренции, право на защиту произведения от искажения – в рамках обязательственного права или защиты от диффамации, право на обнародование – в рамках защиты неприкосновенности частной жизни. Правда, в деле *Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 540 U.S. 806 (2003), Верховный Суд США решил, что охрана права на имя не продолжается после истечения срока авторского права.

В конце 1990 г., в связи с присоединением США к Бернской конвенции, Конгрессу пришлось принять федеральный закон (Закон США № 101-650 от 1 февраля 1990, который добавил ст. 106А к Закону об авторском праве), закрепляющий охрану личных неимущественных прав творческих работников в сфере визуальных искусств. Этот нормативный правовой акт впервые признал за авторами личные неимущественные права, от которых можно отказаться, но которые нельзя уступить: право на авторство и право на целостность произведения. Право на авторство понимается при этом как юридическая возможность воспрещать ложное призна-

ние авторства, а право на целостность – как возможность запретить искажение и умышленное или по грубой неосторожности уничтожение произведения.

Представляется, что размывание понятия автора за счет распространения его также на лиц, которые не являлись реальными создателями результата интеллектуальной деятельности, порождает путаницу между авторством и правообладанием, а также между первоначальным и производным правообладанием. «Первоначальное обладание авторским правом соотносится с авторством; вот почему оно принадлежит физическим лицам, создающим произведения, – отмечает Делия Липчик. – Это соответствует действительности и политико-правовой направленности авторского права: гарантировать авторам соответствующую охрану прав на результаты их творчества, а также поощрять творческую деятельность»¹.

Аналогичной позиции придерживается, в целом, и российское законодательство об интеллектуальной собственности, сформировавшееся в 90-х гг. прошлого века и, по общему правилу, признававшее автором только физическое лицо. Например, в Патентном законе РФ² указывалось, что «автором изобретения, полезной модели, промышленного

¹ Липчик Д. Авторское право и смежные права / Пер. с фр.; предисл. М. Федотова. М.: Ладомир; Издательство ЮНЕСКО, 2002. С. 107.

² Патентный закон Российской Федерации от 23 сентября 1992 г. № 3517-1 (утратил силу с 1 января 2008 г.) // Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1992. № 42. Ст. 2319; далее – ПЗ.

образца признается физическое лицо, творческим трудом которого они созданы» (п. 1 ст. 7). Аналогичная норма содержалась в ч. 2 ст. 4 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»¹ («автор – физическое лицо, творческим трудом которого создано произведение»), в п. 1 ст. 8 Закона РФ «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных»² («автором программы для ЭВМ или базы данных признается физическое лицо, в результате творческой деятельности которого они созданы»).

Более гибкая формулировка содержалась в ч. 3 ст. 22 Закона РФ «О селекционных достижениях»³: «автором селекционного достижения *может быть* физическое лицо, творческим трудом которого выведено, создано или выявлено селекционное достижение». Тем самым допускалась возможность ситуации, когда автором селекционного достижения может быть юридическое лицо. Однако подобное противоречило бы части первой ст. 11 того же закона, которая требовала при регистрации се-

¹ Закон Российской Федерации от 9 июля 1993 г. № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах» (утратил силу с 1 января 2008 г.) // Российская газета. 1993. 9 авг; далее – ЗоАП.

² Закон Российской Федерации от 23 сентября 1992 г. №3523-1 «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных» (утратил силу с 1 января 2008 г.) // Российская газета. 1992. 1 окт.; далее – ЗоПЭВМ.

³ Закон Российской Федерации от 6 августа 1993 г. № 5605-1 «О селекционных достижениях» (утратил силу с 1 января 2008 г.) // Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 36. Ст. 1436; далее – ЗоСД.

лекционного достижения вносить в Государственный реестр охраняемых селекционных достижений фамилию, имя, отчество автора селекционного достижения и его адрес.

Из общего правила, согласно которому только физические лица могут признаваться авторами результата интеллектуальной деятельности, существует несколько исключений.

Согласно ст. 6 Федерального закона от 18 декабря 2006 г. № 231-ФЗ «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (в ред. от 2 июля 2013 г.)¹, юридические лица считаются авторами произведений, если возникшие у них авторские права продолжают действовать и после 1 января 2008 г. Такие авторские права могли возникнуть на основании ст. 100 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г., которая устанавливала, что «за юридическими лицами авторское право признается в случаях и пределах, установленных законодательством Союза ССР и союзных республик». Конкретные ситуации, когда юридическое лицо может выступать в качестве субъекта авторского права, были предусмотрены ст.ст. 484, 485 и 486 ГК РСФСР. Причем, авторское право за юридическими лицами не признавалось, если они приобрели авторские права по договору.

Напротив, вне зависимости от договоров, за организациями, выпускавшими в свет (самостоятель-

¹ Федеральный закон от 18 декабря 2006 г. № 231-ФЗ «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (в ред. от 2 июля 2013 г.) // Российская газета. 2006. 22 дек.; далее – Вводный закон.

но или при посредстве какого-либо издательства) научные сборники, энциклопедические словари, журналы или другие периодические издания, признавалось авторское право на эти издания в целом. Точно так же авторское право на кинофильмы и телевизионные фильмы признавалось принадлежащим предприятию, осуществившему его съемку, а авторское право на радио- и телевизионные передачи – передающим их радио- и телевизионным организациям.

Согласно постановлению Верховного Совета Российской Федерации от 9 июля 1993 г. № 5352-1 «О порядке введения в действие Закона Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах»,¹ авторское право юридических лиц, возникшее до введения в действие указанного Закона, продолжало действовать до истечения 50 лет с момента правомерного обнародования произведения или создания произведения, если оно не было обнародовано. Федеральный закон от 20 июля 2004 г. № 72-ФЗ «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах»»² увеличил этот срок до 70 лет. Вводный закон подтвердил эту норму, закрепив в ст. 6, что к правоотношениям, связанным с авторским правом

¹ Постановление Верховного Совета Российской Федерации от 9 июля 1993 г. № 5352-1 «О порядке введения в действие Закона Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах» (утратило силу с 1 января 2008 г.) // Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 32. Ст. 1243.

² Федеральный закон от 20 июля 2004 г. № 72-ФЗ «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах»» (утратил силу с 1 января 2008 г.) // СЗ РФ. 2004. Ст. 3090.

юридических лиц, по аналогии применяются правила ГК4Ч РФ. Для целей реализации таких правоотношений данные юридические лица считаются авторами произведений.

Вторым исключением из общего правила, согласно которому автором результата интеллектуальной деятельности признается только гражданин, является изготовитель фонограммы как субъект интеллектуальных прав (прав интеллектуальной собственности), предусмотренных § 3 гл. 71 ГК4Ч РФ. Как предусматривает ст. 1322, «изготовителем фонограммы признается лицо, взявшее на себя инициативу и ответственность за первую запись звуков исполнения или других звуков либо отображений этих звуков». Более того, на экземпляре фонограммы или его упаковке указывается «имя или наименование» изготовителя фонограммы. Очевидно, что в данном случае субъектом интеллектуальных прав (прав интеллектуальной собственности) может быть как физическое, так и юридическое лицо. Следовательно, либо изготовитель фонограммы не должен признаваться автором результата интеллектуальной деятельности и, соответственно, на него не должны распространяться положения гл. 69 ГК4Ч РФ, относящиеся к правовому положению авторов, либо диспозиция ч. 1 п. 1 ст. 1228 неполна.

Конечно, в данном случае можно было бы поставить вопрос и в иной плоскости: изготовитель фонограммы не может считаться автором, поскольку фонограмма не является результатом интеллектуальной деятельности. Однако в таком случае возникает противоречие с общей концепцией ГК4Ч

РФ: если фонограмма не является ни результатом интеллектуальной деятельности, ни, что очевидно, средством индивидуализации, то она вообще не может быть объектом интеллектуальных прав (прав интеллектуальной собственности) и всякое упоминание о ней должно быть исключено из ГК4Ч РФ. Однако такое решение вступило бы в очевидное противоречие с международными обязательствами Российской Федерации, вытекающими из многосторонних конвенций по смежным правам.

Третьим исключением из общего правила, согласно которому автором результата интеллектуальной деятельности признается только гражданин, является организация эфирного или кабельного вещания как субъект интеллектуальных прав (прав интеллектуальной собственности), предусмотренных § 4 гл. 71 ГК4Ч РФ. В данном случае автором результата интеллектуальной деятельности может быть только «юридическое лицо, осуществляющее сообщение в эфир или по кабелю радио- или телепередач (совокупности звуков и (или) изображений или их отображений)».

Четвертым исключением из общего правила, согласно которому автором результата интеллектуальной деятельности признается только гражданин, является изготовитель базы данных как субъект интеллектуальных прав (прав интеллектуальной собственности), предусмотренных § 5 гл. 71 ГК4Ч РФ. Согласно ст. 1333, изготовителем базы данных признается гражданин или юридическое лицо, организовавшее создание базы данных и работу по сбору, обработке и расположению состав-

ляющих ее материалов. Очевидно, что логические противоречия, содержащиеся в аналогичном исключении применительно к изготовителю фонограммы, в равной степени относятся и к изготовителям базы данных и к организациям эфирного и кабельного вещания.

С понятием автора непосредственно связано признание за ним права на авторство, права на имя и иных личных неимущественных прав. Эта связь существовала в отечественном законодательстве и ранее. Так, согласно п. 1 ст. 15 ЗоАП за автором признавались следующие личные неимущественные права: право авторства, право на имя, право на обнародование (включая право на отзыв), право на защиту репутации автора. Напротив, в законодательстве о промышленной собственности личные неимущественные права автора столь подробно не регламентировались, однако и здесь закреплялась неотчуждаемость личных неимущественных прав автора. Например, в п. 3 ст. 7 ПЗ говорилось: «Право авторства является неотчуждаемым личным правом и охраняется бессрочно».

Развивая традиционные для отечественного законодательства об интеллектуальной собственности представления об институте авторства, часть первая п. 2 ст. 1228 ГК4Ч РФ закрепляет: *«Автору результата интеллектуальной деятельности принадлежит право авторства, а в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, право на имя и иные личные неимущественные права»*. Отсюда следует, что право авторства признается в отношении всех объектов гражданских прав, являющихся результатом интеллектуальной деятельности. Оно

закрепляется в ст. 1265 ГК4Ч РФ применительно к объектам авторского права, в ст. 1315 – к исполнениям, в ст. 1356 – к изобретениям, полезным моделям и промышленным образцам, в ст. 1408 – к селекционным достижениям, в ст. 1449 – к топологии интегральной микросхемы.

Фактические, исключение в отношении права авторства сделано только для секретов производства. И это вполне оправданно, поскольку секреты производства понимаются в гл. 75 ГК4Ч РФ как сведения любого характера (производственные, технические, экономические, организационные и другие), в том числе о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, а также сведения о способах осуществления профессиональной деятельности, отвечающие определенным дополнительным признакам (неизвестность третьим лицам, коммерческая ценность и т. д.) Очевидно, что далеко не всякие сведения из числа перечисленных выше могут быть результатом интеллектуальной деятельности. Однако в отношении тех секретов производства, которые являются результатом интеллектуальной деятельности, право авторства должно признаваться в качестве универсального неимущественного права автора. Соответствующую поправку давно следует внести в гл. 75 ГК4Ч РФ.

Вопрос об авторстве применительно к таким объектам смежных прав как фонограммы, базы данных и вещание телерадиоорганизаций решен в ГК4Ч РФ неоднозначно. С одной стороны, п. 2 ст. 1228 признает право авторства в отношении всех результатов интеллектуальной собственности, а

следовательно, и в отношении указанных интеллектуальных объектов. С другой стороны, п. 2 ст. 1303 к интеллектуальным правам (правам интеллектуальной собственности) в сфере смежных прав относит личные неимущественные права только в случаях, предусмотренных Кодексом. В частности, применительно к фонограммам право авторства не предусмотрено. Однако, за изготовителями фонограмм признаются другие личные неимущественные права: право на указание на экземплярах фонограммы и (или) их упаковке своего имени или наименования (аналог права на имя, предусмотренного ст. 1265 ГК4Ч РФ); право на защиту фонограммы от искажения при ее использовании (аналог права на неприкосновенность произведения, предусмотренного ст. 1266 ГК4Ч РФ); право на обнародование фонограммы (аналог права на обнародование произведения, предусмотренного ст. 1268 ГК4Ч РФ).

Следует подчеркнуть, что применительно к фонограммам законодатель специально оговаривает, что право изготовителя указывать на экземплярах фонограммы и (или) их упаковке свое имя или наименование, как и право на защиту фонограммы от искажения, действуют и охраняются в течение всей жизни правообладателя-гражданина либо до прекращения правообладателя – юридического лица (п. 4 ст. 1323 ГК4Ч РФ). Однако – в силу требований п. 2 ст. 1228 ГК4Ч РФ – право авторства должно признаваться за изготовителями фонограмм и охраняться бессрочно.

Отчасти схожая ситуация просматривается и применительно к базам данных как объектам

смежных прав. Согласно п. 2 ст. 1333 ГК4Ч РФ, изготовителю базы данных принадлежит право указывать на экземплярах базы данных и (или) их упаковках свое имя или наименование. Это право можно считать аналогом права на имя, предусмотренного в отношении объектов авторского права п. 1 ст. 1265 ГК4Ч РФ. Что же касается других личных неимущественных прав (права авторства, права на неприкосновенность интеллектуального объекта, права на обнародование), то в отношении баз данных они законодателем не признаются. И это тоже оправдано, поскольку указанные права принадлежат автору базы данных как объекта авторского права в силу требований ст. 1265–1268 ГК4Ч РФ. Следовательно, личные неимущественные права в отношении базы данных как объекта смежных прав не могут возникнуть в той части, в которой они противоречили бы личным неимущественным правам в отношении базы данных как объекта авторского права. Здесь мы усматриваем еще одно доказательство того, что права изготовителя базы данных должны рассматриваться не как смежные права, а как права «*sui generis*». Именно так регулируются права изготовителя базы данных в Директиве ЕС 96/9/СЕ «О юридической охране баз данных»¹.

Вещание телерадиоорганизаций также должно быть признано объектом личных неимущественных прав. Наличие интеллектуального труда при создании телевизионного или радиоканала доста-

¹ Директива № 96/9/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза «О юридической охране баз данных» // СПС «КонсультантПлюс».

точно очевидно. Даже такая, казалось бы, техническая задача, как программирование вещания требует большого творческого вклада, хотя подп. 4 п. 6 ст. 1259 и не признает программы телепередач объектами авторского права. На практике каждая телерадиоорганизация уделяет очень много внимания оформлению и организации программного пространства. В этих целях компании проводят собственные исследования структуры аудитории, тесты, коллауты и так далее.

Телерадиокомпании также широко пользуются правом авторства и правом на имя, закрепляя их путем постоянного или регулярного объявления названия своего телеканала или радиостанции, демонстрации на экране его логотипа, использования фирменных звуковых джинглов и т. п. Закон РФ от 27 декабря 1991 г. № 2124-1 «О средствах массовой информации»¹ прямо обязывает телерадиокомпании объявлять название своего канала при каждом выходе теле- или радиопрограммы в эфир, а при непрерывном вещании не реже четырех раз в сутки (ч. 2 ст. 27). При заключении договоров коммерческой концессии в сфере телерадиовещания логотипы, джинглы, эксклюзивные звуковые эффекты и мелодии, прочие идентификационные элементы вещания, составляющие «одежду» («*dressing*») канала, имеют большое значение и их использование всегда оговаривается. Вот почему в вопросе о признании права авторства в отношении

¹ Закон Российской Федерации от 27 декабря 1991 г. № 2124-1 «О средствах массовой информации» (в ред. от 2 июля 2013 г.) // Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 7. Ст. 300.

вещания телерадиоорганизаций следует руководствоваться п. 2 ст. 1228 ГК4Ч РФ¹.

В отличие от личных неимущественных прав, вопрос о принадлежности первоначального исключительного, имущественного права на результат интеллектуальной деятельности не был однозначно решен в российском законодательстве и долгое время оставался открытым в правовой доктрине. Так, согласно ЗоАП и ЗоПЭВМ именно за автором признавались исключительные права. Однако в отношении служебных произведений п. 2 ст. 14 ЗоАП признавал исключительные права за работодателем, если в договоре между ним и автором не предусмотрено иное. Таким образом, получалось, что на служебные произведения исключительные права первоначально возникают не у автора, а у работодателя.

Несколько иначе решался этот вопрос в законодательстве о промышленной собственности. Хотя п. 2 ст. 8 ПЗ признавал право на получение патента на служебное изобретение (полезную модель, промышленный образец) за работодателем, если договором между ним и автором не предусмотрено иное, однако допускал ситуацию, при которой это право «принадлежит работнику (автору)». Подобная ситуация могла возникнуть, если работодатель в течение четырех месяцев с даты уведомления его

¹ См.: Якимовская Н. Л. Авторские и смежные квазиличные права организаций радиовещания // Труды по интеллектуальной собственности. 2012. № 1 (том X). С. 71–75; Якимовская Н. Л. Особенности коллективного управления исключительными правами в сфере радиовещания // Вопросы правоведения. 2011. № 2. С. 296–319.

работником (автором) о полученном им результате интеллектуальной деятельности не подаст заявку на выдачу патента либо не передаст право на получение патента другому лицу и не сообщит работнику (автору) о сохранении информации о соответствующем результате в тайне.

Двойственность в вопросе о первоначальном правообладании исключительным правом, существовавшая ранее в российском законодательстве об интеллектуальной собственности, преодолена в п. 3 ст. 1228 ГК4Ч РФ, который гласит: *«Исключительное право на результат интеллектуальной деятельности, созданный творческим трудом, первоначально возникает у его автора. Это право может быть передано автором другому лицу по договору, а также может перейти к другим лицам по иным основаниям, установленным законом»*.

Это общее правило призвано обеспечить единообразие в решении вопросов, связанных, в частности, с результатами интеллектуальной деятельности, созданными в пределах, установленных для работника (автора) трудовых обязанностей, по государственному или муниципальному контракту. Например, если исключительное право первоначально возникает у автора (работника) и только потом, в силу договора, переходит к работодателю, то норма п. 2 ст. 1295 ГК4Ч РФ должна толковаться следующим образом: исключительное право автора (работника) на служебное произведение переходит к работодателю, если трудовым или иным

договором между работодателем и автором не предусмотрено иное¹.

Переход исключительного права от автора результата интеллектуальной деятельности к другому лицу далеко не ограничивается ситуациями, связанными с созданием служебных интеллектуальных объектов или исполнением государственных (муниципальных) контрактов. Закон предполагает возможность передачи исключительного права от автора к другому лицу по договору или по иным основаниям, установленным законом. «Другим лицом» в данном случае может быть как юридическое лицо, так и физическое лицо. Например, автор литературного произведения может по договору передать свое исключительное право издательству (юридическое лицо) или литературному агенту (физическое лицо), может заложить его, осуществить его отчуждение и т. д.

Обратим внимание на тот факт, что право авторства, право на имя и иные личные неимущественные права автора неотчуждаемы и непередаваемы; отказ от этих прав ничтожен. В этой связи значительный теоретический и практический интерес представляет вопрос о защите личных неимущественных прав автора после его кончины. Часть третья п. 2 ст. 1228 ГК4Ч РФ гласит: *«Авторство и имя автора охраняются бессрочно. После смерти автора защиту его авторства и имени может осуществлять любое заинтересованное лицо, за исключением случаев, предусмотренных п. 2 ст. 1267 и п. 2 ст. 1316 настоящего Кодекса»*.

¹ См. также: ст.ст. 1295, 1370, 1430, 1461, 1470 ГК4Ч РФ.

Данную норму невозможно рассматривать в отрыве от других норм ГК РФ, касающихся защиты личных неимущественных прав граждан. В частности, часть вторая п. 1 ст. 152 ГК РФ допускает по требованию заинтересованных лиц защиту чести и достоинства гражданина после его смерти. Хотя закон не уточняет, кого следует понимать под заинтересованными лицами, однако из содержания ст. 3, 34 и других ГПК РФ можно заключить, что таковыми признаются *любые* лица, обратившиеся в суд за защитой нарушенных или оспариваемых прав, свобод или законных интересов. В судебной практике, однако, уже успело укорениться представление, что третьи лица могут осуществлять защиту личных неимущественных прав покойного лишь в случае, если они действуют в своем интересе¹.

Здесь-то и заключены логические ловушки: а) если истец обращается в суд в защиту нарушенных прав покойного, то это означает пролонгацию правоспособности гражданина после его смерти; б) если же он обращается в защиту своих прав в связи с нарушением личных неимущественных прав покойного, то фактически это означает наследование таких прав, что опять-таки противоречит требованиям гражданского законодательства.

Причем, в отличие от гражданско-правового института наследования в данном случае «заинтересованным лицом» себя может посчитать любой и

¹ Честь, достоинство и репутация: Журналистика и юриспруденция в конфликте (результаты исследования и материалы конференции). М.: Права человека, 1998. С. 57.

каждый. Известен, например, иск о защите чести и достоинства Карла Маркса, который не был принят к рассмотрению на том основании, что истец не смог доказать свое родство с основоположником марксизма-ленинизма. Напротив, иск о защите чести и достоинства И. В. Сталина, предъявленный одним из его почитателей, был рассмотрен по существу и суд не потребовал никаких доказательств родства. Подобные решения создают крайне опасное направление судебной практики. Отсутствие в п. 2 ст. 1228 ГК4Ч РФ ограничений по срокам исковой давности («охраняются бессрочно») и по кругу лиц («любое заинтересованное лицо») формально открывает путь для исков в защиту авторства и имени Антиоха Кантемира, Державина, Пушкина и вообще любого автора, чье историческое существование доказуемо.

Представляется, что в отношении защиты авторства и имени автора более справедливыми и практичными были правила, содержавшиеся в ст. 29 ЗоАП: наследники автора вправе осуществлять защиту права авторства, права на имя и права на защиту репутации автора; эти правомочия наследников сроком не ограничиваются; при отсутствии наследников автора защиту указанных прав осуществляет специально уполномоченный орган РФ. Разумеется, подобная защита не должна становиться источником дохода, поскольку в таком случае меняется ее цель, или средством наказания нарушителя, так как в последнем случае налицо будет злоупотреблением правом.

Примечательно, что пленум Верховного Суда Российской Федерации истолковал понятие «заин-

тересованные лица» достаточно узко, разъяснив, что к числу заинтересованных лиц следует отнести, «например, родственников, наследников»¹. Хотя отсюда не следует, что круг заинтересованных лиц ограничивается исключительно указанными категориями граждан, однако такое уточнение способно ориентировать судебную практику, что и по делам, связанным с защитой авторства и имени автора, круг заинтересованных лиц должен определяться ограничительно, а не расширительно.

В п. 2 ст. 1267 ГК4Ч РФ законодатель предусмотрел для автора возможность самому указать лицо, на которое он возлагает охрану авторства, имени автора и неприкосновенности произведения после своей смерти. При этом должен быть соблюден порядок, предусмотренный для назначения исполнителя завещания (ст. 1134 ГК РФ). Отсюда следует, что автор должен в своем завещании возложить данные полномочия на конкретного гражданина (организация не может исполнителем завещания) независимо от того, является ли этот гражданин наследником. Согласие гражданина принять на себя функции охраны личных неимущественных прав автора выражается в его собственноручной надписи на самом завещании, или в заявлении, приложенном к завещанию, или в заявлении, поданном нотариусу в течение месяца со дня открытия наследства. Кроме того, гражданин

¹ П. 2 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 февраля 2005 г. № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. № 4.

признается также давшим согласие быть исполнителем завещания в части охраны указанных прав автора, если он в течение месяца со дня открытия наследства фактически приступил к такой охране.

После открытия наследства суд может освободить лицо, назначенное автором для охраны его личных неимущественных прав, от этих обязанностей, как по его просьбе, так и по просьбе наследников при наличии обстоятельств, препятствующих исполнению гражданином этих обязанностей.

Следует иметь в виду, что согласно ст. 1173 ГК РФ исполнитель завещания может учредить доверительное управление в отношении исключительных прав умершего автора. Если функции доверительного управления исключительными правами и функции охраны личных неимущественных прав автора окажутся возложенными на разных лиц, то весьма велика вероятность споров между ними в связи, например, с переработкой произведения (исключительное право), которое может вести к нарушению неприкосновенности произведения (личное неимущественное право).

Лицо, на которое автор возложил в своем завещании полномочия по охране его авторства, имени автора и неприкосновенности произведения, осуществляет свои полномочия пожизненно. Дальнейший переход этих полномочий по наследству или каким-либо иным способом законом не предусмотрен, что может создавать юридически неразрешимые ситуации.

Охрана авторства, имени автора и неприкосновенности произведения может осуществляться по-

сле смерти автора также и иными лицами. Это возможно в следующих случаях, если:

- автор в своем завещании ни на кого не возложил полномочия по охране его авторства, имени автора и неприкосновенности произведения;
- назначенное автором лицо отказалось от исполнения соответствующих полномочий;
- суд освободил назначенное автором лицо от исполнения соответствующих полномочий по просьбе наследников при наличии обстоятельств, препятствующих исполнению гражданином этих полномочий;
- назначенное автором лицо скончалось.

В любом из перечисленных выше случаев охрана авторства, имени автора и неприкосновенности произведения может осуществляться:

- наследниками автора;
- правопреемниками наследников автора;
- другими заинтересованными лицами.

Аналогичным образом законодатель предусмотрел в п. 2 ст. 1316 ГК⁴ РФ возможность исполнителя самому указать лицо, на которое он возлагает охрану своего имени и неприкосновенности исполнения после своей смерти. В отношении других субъектов смежных прав (изготовитель фонограммы, изготовитель базы данных, организация эфирного или кабельного вещания, публикатор) законодатель не предусмотрел каких-либо специальных правил, касающихся защиты их интеллектуальных прав (в части личных неимущественных прав) после смерти правообладателя, хотя очевидно, что такой пробел может породить определенные проблемы.

Разумеется, в отношении вещательных организаций такие правила были бы лишены смысла. Однако изготовителями фонограмм и баз данных могут быть как юридические лица, так и граждане, а публикатором – только гражданин. Следовательно, в отношении всех этих правообладателей – если они являются физическими лицами – должно применяться общее правило, закрепленное в п. 2 ст. 1228 ГК4Ч РФ. При этом следует иметь в виду, что часть первая данного пункта признает право авторства за автором любого результата интеллектуальной деятельности, не делая при этом исключения для каких-либо отдельных видов интеллектуальных объектов. Следовательно, право авторства принадлежит всем субъектам смежных прав. В то же время иные личные неимущественные права принадлежат только тем субъектам смежных прав, которые указаны в Кодексе. Именно так следует толковать п. 2 ст. 1303 ГК4Ч РФ, согласно которому к смежным правам относится исключительное право, а в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, относятся также личные неимущественные права.

В сфере промышленной собственности защита авторства после смерти автора изобретения, полезной модели или промышленного образца осуществляется согласно общим правилам, предусмотренным ч. 3 п. 2 ст. 1228 ГК4Ч РФ.

Судебная практика по делам, связанным с защитой исключительных и личных неимущественных прав авторов результатов интеллектуальной деятельности, достаточно обширна и может быть предметом специальных научных исследований.

Здесь же упомянем судебное дело 1999 г. по иску П. к редакции журнала «Огонек» и автору Л. о защите чести и достоинства и взыскании компенсации морального вреда. Поводом послужила опубликованная в 1997 г. статья Л. «Смерть минус живопись», в которой излагались взгляды автора на творчество известного художника-баталиста В. В. Верещагина (1842–1904 гг.). В частности, слова «занятия живописью – явно лишний факт его биографии» суд в своем решении расценил следующим образом: «Одна эта фраза сводит на нет художественные достоинства картин В. В. Верещагина и значение его творческого наследия и, несомненно, порочит его честь и достоинство».

Признавая право автора статьи высказывать свое мнение о творчестве любого художника, суд в своем решении подчеркнул, что, «давая оценку творчества, не следует переступать грань, отделяющую оценку творчества от оценки личности художника, и наделять его чертами, порочащими честь и достоинство, компрометирующими художника как личность в глазах читателей». При этом суд не принял во внимание представленные ответчиками отрывки из книг различных авторов, решив, что они не могут являться доказательствами по делу, поскольку в них «содержатся высказывания также представляющие собой субъективное мнение авторов».

Суд не только обязал редакцию журнала «Огонек» опубликовать опровержение, но также, «учитывая конкретные обстоятельства дела, характер и содержание сведений, распространенных ответчиками в отношении деда истца, тираж журнала, а

также степень физических и нравственных страданий претерпеваемых самим истцом, инвалидом второй группы», взыскал в пользу истца компенсацию морального вреда в сумме 3 000 рублей.¹

В этой связи представляет интерес решение Верховного Суда ФРГ по так называемому «делу Меффисто» от 20 марта 1968 г. Судебный спор касался, помимо прочего, возможности правовой защиты чести и достоинства умершего. Суд ответил на этот вопрос следующим образом: а) достойные защиты личностные ценности живут дольше, чем их субъект, который прекращает свое юридическое существование после смерти; б) то, что личные неимущественные права являются правами исключительно личного характера и потому не могут быть переданы или унаследованы, не является решающим фактором; в) применение санкций, вытекающих из правовой охраны личных прав, не зависит от наличия живого субъекта этих прав; г) лицо, не являющееся собственником личных прав, в случае смерти владельца прав может требовать прекращения или запрета совершения действий, направленных против чести и достоинства умершего лица; д) человеческое достоинство и свободное развитие личности при жизни субъекта права могут быть действительно гарантированы лишь в том случае, если человек может при жизни рассчитывать на защиту прожитой жизни от оскорбительных искажений и после своей смерти; е) в первую очередь правом на защиту личных прав

¹ См.: решение Савеловского межмуниципального районного народного суда г. Москвы от 29 января 1999 г. по гражданскому делу № 2-226/99.

умершего лица обладают те лица, которые были уполномочены им при жизни; ж) во вторую очередь таким правом могут обладать родственники умершего лица, которые нередко страдают и лично в результате оскорбления умершего родственника; з) осуществление этих полномочий ограничено, однако, временными рамками и необходимо, чтобы истец предъявил наличие интереса, подлежащего правовой защите, а он объективно убывает по мере того, как блекнут воспоминания об умершем человеке¹.

Понятие автора теснейшим образом связано с институтом соавторства. Этот гражданско-правовой институт известен российскому законодательству давно. Еще в ГК РСФСР 1964 г. закреплялось, что авторское право на произведение, созданное совместным трудом двух или более лиц (коллективное произведение), принадлежит соавторам совместно независимо от того, образует ли такое произведение одно неразрывное целое или состоит из частей, каждая из которых имеет также и самостоятельное значение (ст. 482). В более позднем отечественном законодательстве об интеллектуальной собственности, правовое регулирование соавторства обеспечивалось, прежде всего, ст. 10 ЗоАП, ст. 8 ЗоПЭВМ, ст. 7 ПЗ, ст. 22 ЗоСД.

В действующей редакции ГК4Ч РФ дается наиболее обобщенное определение понятия соавторства: *«Права на результат интеллектуальной деятельности, созданный совместным творческим трудом двух и более граждан (соавторство),*

¹ Bundesgerichtshof, 50, 133.

принадлежат соавторам совместно» (п. 4 ст. 1228). Отсюда следует, что признаками соавторства являются: трудовое участие двух и более граждан в создании результата интеллектуальной деятельности, творческий и совместный характер труда. Кроме того, закрепляется, что соавторам совместно принадлежат права на результат интеллектуальной деятельности, то есть, как исключительное право, так и право авторства, иные личные неимущественные права. При этом, однако, не конкретизируется, что означает совместность правообладания.

С большей или меньшей степенью детализации институт соавторства регламентирован в ст. 1258 ГК4Ч РФ применительно к объектам авторского права, в ст. 1314 – к исполнениям, в ст. 1348 – к изобретениям, полезным моделям, и промышленным образцам, в ст. 1411 – к селекционным достижениям, в ст. 1451 – к топологии интегральных микросхем.

В то же время институт соавторства никак не конкретизирован применительно к фонограммам, вещанию телерадиоорганизаций и базам данных как объектам смежных прав, к объектам прав публикатора, а также к ноу-хау. Однако, поскольку все эти объекты понимаются законодателем как результаты интеллектуальной деятельности, постольку в отношении них институт соавторства должен применяться непосредственно в том виде, в котором он закреплен в п. 4 ст. 1228 ГК4Ч РФ, с учетом возможной аналогии закона и в зависимости от сходства регулируемых отношений.

Стремясь отграничить институт соавторства от различных форм иного, нетворческого участия в создании результата интеллектуальной деятельности, законодатель предусмотрел в п. 1 ст. 1228 важное положение, касающееся лиц, которые не могут считаться авторами результата интеллектуальной деятельности. Здесь, как и в определении понятия автора, внимание акцентируется на наличии или отсутствии творческого вклада. Законодатель однозначно не относит к числу авторов тех граждан, которые не внесли личного творческого вклада в создание результата интеллектуальной деятельности. При этом уточняется, что творческим вкладом не признается:

- оказание автору технического, консультационного, организационного или материального содействия (предоставление оборудования, выдача ссуды или гранта, подбор материалов, составление библиографии и т. п.);

- оказание автору содействия в оформлении его прав на результат интеллектуальной деятельности (подготовка документов для получения патента, составление договоров на создание аудиовизуального произведения и т. п.);

- оказание автору содействия в использовании результата интеллектуальной деятельности (редактирование и корректирование рукописи; организация выставки произведений изобразительного искусства, содействие внедрению изобретения и т. д.);

- осуществление контроля «за выполнением соответствующих работ» (организация благоприят-

ных условий для работы автора, контроль за творческим трудом автора и т. д.)

Представляется, что указанный перечень не может считаться исчерпывающим, особенно, если учесть процесс расширения и размывания границ человеческого творчества. Если признать, например, так называемый акционизм панк-группы Pussy Riot проявлением современного искусства, то закономерно возникает вопрос о том, можно ли считать соавторами состоявшегося «перформанса» в храме Христа Спасителя в Москве тех участников группы, которые не зафиксированы на видеозаписи, а также тех охранников и других лиц, которые невольно стали исполнителями «ролей второго плана» на съемках данной акции. Неожиданные юридические коллизии возникают также при попытке интерпретировать с позиций традиционного института соавторства такие явления, как шахматная партия человека и компьютера, коллективное творчество в киберпространстве и т. д.

Библиографический список:

1. *Delgado Porras A.* Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual. Madrid: Civitas, 1988.

2. Директива № 96/9/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза «О юридической охране баз данных» // СПС «КонсультантПлюс».

3. *Якимовская Н. Л.* Авторские и смежные квазиличные права организаций радиовещания // Труды по интеллектуальной собственности. 2012. № 1 (том X).

4. *Якимовская Н. Л.* Особенности коллективного управления исключительными правами в сфере радиовещания // Вопросы правоведения. 2011. № 2.

5. Честь, достоинство и репутация: Журналистика и юриспруденция в конфликте (результаты исследования и материалы конференции). М.: Права человека, 1998.

Р. О. ОГАНЕСЯН

Российская государственная академия интеллектуальной собственности, аспирант кафедры авторского права, смежных прав и частноправовых дисциплин (117279, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 55а)

**ПРАВОВАЯ ОХРАНА
ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ
В СФЕРЕ ГЕОЛОГИЧЕСКОГО ИЗУЧЕНИЯ
И ИСПОЛЬЗОВАНИЯ НЕДР:
ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО
РЕГУЛИРОВАНИЯ В ЗАРУБЕЖНЫХ
СТРАНАХ**

Ключевые слова: охрана интеллектуальной собственности; геологическая информация; изучение и использование недр; зарубежный опыт

Аннотация: В статье подробно рассматриваются особенности регламентации на вопросах правовой охраны интеллектуальной собственности в сфере геологического изучения и использования недр в зарубежных странах. Основное внимание уделяется возможности использования этого зарубежного опыта в нашей стране.

В зарубежных странах правовая охрана интеллектуальной собственности, созданной в сфере геологического изучения и использования недр, определяется, прежде всего, взаимодействием

норм различных отраслей права. Также, система законодательства в рассматриваемой сфере во многом зависит от государственного устройства. В странах с федеративным устройством наряду с федеральным законодательством действуют законы субъектов (штатов, территорий, провинций, земель) федерации, в унитарных государствах правовая охрана рассматриваемых отношений осуществляется едиными актами органов государственной власти. Следует также отметить прямую зависимость правового регулирования рассматриваемых отношений в зарубежных странах от правовой системы конкретного государства: романо-германской (континентальной) или англосаксонской.

Как показывает современный зарубежный правовой опыт, в спектре нормативного регулирования охраны интеллектуальной собственности в сфере геологического изучения и использования недр, направление «интеллектуально-правового» регулирования занимает одно из приоритетных мест. Специфика права интеллектуальной собственности заключается в том, что оно призвано регулировать различные группы интеллектуальных продуктов по мере их вовлечения в экономический оборот, а также в зависимости от той роли, которую они начинали играть в таком обороте (регулирование прав авторов с началом книгопечатания, регулирование смежных прав после появления радио и т. д.) При этом следует отметить, что разработка и совершенствование законодательства об интеллектуальной собственности происходило для каждой взаимосвязанной группы интеллектуаль-

ных продуктов отдельно (промышленная собственность, авторское право, ноу-хау, и т. п.), а не для интеллектуальных продуктов, создаваемых в конкретной сфере экономики или творчества, в том числе сфере геологического изучения и использования недр.

Анализ законодательства зарубежных стран показывает, что охрана объектов интеллектуальной собственности, создаваемой в сфере геологического изучения и использования недр, осуществляется посредством авторских, патентных законов, законов об охране промышленных образцов, товарных знаков, и др., прецедентов, а также международных соглашений. Например, во Франции авторско-правовые отношения, возникающие во всех сферах экономики, регулируются Кодексом интеллектуальной собственности 1993 г., объединивший Закон об охране литературной и художественной собственности (1957 г.), Закон об авторском праве, правах артистов-исполнителей, производителей фонограмм и видеogramм и предприятий аудиовизуального вещания (1985 г.) и некоторые другие правовые акты; в Англии – Законом об авторском праве, промышленных образцах и патентах 1988 г.; в США – Законом 1976 г. об общем пересмотре авторского права; в Японии – Законом № 48 от 6 мая 1970 г. с изменениями, внесенными Законом № 62 от 14 июня 1985 г. и Законом № 64 от 23 мая 1986 г., и т. д. Подобные законы сферы авторского права, принятые в зарубежных странах, содержат нормы, регулирующие комплекс авторских прав субъектов, признаки охраноспособности объектов авторских прав, перечни объектов авторских прав,

иные нормы. Примечательно, например, следующее: п. «б» § 102 Закона США 1976 г. об общем пересмотре авторского права, устанавливает, что авторско-правовая охрана оригинального произведения не распространяется на какую-либо идею, операцию, способ, систему, метод, концепцию, принцип или открытие, независимо от формы их описания, объяснения, иллюстрирования или изображения в таком произведении», однако одновременно п. «а» § 102 упомянутого закона предусматривает, что авторским правом охраняются оригинальные авторские произведения, зафиксированные в любой осязаемой форме¹. Таким образом, можно сделать вывод, что авторским правом охраняются, к примеру, зафиксированные в документальной форме данные о результатах первичного изучения недр база геологических данных, включающая материалы предшествующих геолого-съёмочных, поисково-разведочных, геофизических и геохимических работ.

При этом необходимо обратить внимание на то, что законодательство зарубежных стран, так же как и российское законодательство, не дает исчерпывающего перечня охраняемых произведений интеллектуальной деятельности. К примеру, в том же п. «а» § 102 Закона США говорится не просто о «любой осязаемой форме», а о такой, «которая известна в настоящее время или будет открыта впоследствии». С одной стороны, это обусловлено тем, что новые виды объектов интеллектуальной собственности появляются постоянно, с другой

¹ См.: *Зенин И. А.* Гражданское и торговое право зарубежных стран. М.: МЭСИ, 2005. С. 109.

стороны, открытый, неисчерпывающий перечень охраняемых объектов интеллектуальной деятельности позволяет применять нормы об интеллектуальных правах ко всем существующим и появляющимся интеллектуальным продуктам взаимосвязанной группы объектов.

Еще одним заслуживающим внимания вопросом в правовой охране объектов авторских прав в различных государствах является принадлежность соответствующих прав на них. Поскольку, объекты авторских прав рассматриваемой сферы чаще всего создаются лицами, работающими по найму на предприятиях нефтегазовой и горной промышленности, необходимо обратить особое внимание на механизм распределения прав на объекты, созданные в таких условиях.

Так, согласно Кодексу интеллектуальной собственности Франции, авторское право первоначально возникает только у автора произведения, даже если речь идет об авторском праве на служебное произведение¹. На основании данной нормы, Кодекс интеллектуальной собственности Франции предусматривает, что имущественные права работников на результаты интеллектуальной деятельности принадлежат работодателю, а личные неимущественные – работнику.

Совершенно иная ситуация сложилась с англосаксонской правовой системой: Закон США от 19 октября 1976 г. «Об авторском праве» в § 201 установил, что автором произведения, созданного наемным работником, является работодатель, если

¹ France. Intellectual Property Code (as last amended by Decree № 2012-634 of May 3, 2012) // <http://www.wipo.int>

иное не предусмотрено их соглашением. Следует отметить, что работодателю принадлежат не только исключительные имущественные права, но и все личные неимущественные права¹. В британском Законе «Об авторском праве, дизайне и патентах» 1988 г. также предусмотрено, что первым правообладателем служебного произведения является работодатель, что означает, что все авторские права, за исключением некоторых личных неимущественных прав, принадлежат работодателю.

В России все исключительные права на служебное произведение, в соответствии со ст. 1295 ГК РФ, принадлежат работодателю, при этом работник имеет право на вознаграждение. Однако как свидетельствует сложившаяся практика, в частности в рассматриваемой сфере геологического изучения и использования недр, это имущественное право автора по своей сути является заработной платой по трудовому договору и никакого авторского вознаграждения работник не получает. В этой связи, на наш взгляд, следует согласиться с некоторыми исследователями, предлагающими исключить ч.3. п. 2. ст. 1295 ГК РФ, предусматривающий выплату вознаграждения автору при использовании служебного произведения, в целях гармонизации хозяйственной практики и гражданского законодательства РФ в сфере авторского права².

¹ Боровская Е. А., Ермакович С. Л., Кудашов В. И., Лосев С. С., Успенский А. А. Правовая охрана компьютерных программ и баз данных. Минск, 2010. С. 46.

² См.: Добрякова Н. И. Правовое обеспечение охраны и использования учебных произведений (сравнительно-

Охрана объектов интеллектуальных прав в рассматриваемой сфере в зарубежных странах реализуется также существующими законами о патентных правах. Изобретения в рассматриваемой сфере, как правило, охраняются патентами на изобретения.

В настоящее время действующими являются следующие законы: во Франции – Закон о патентах на изобретения от 2 января 1968 г. (с изменениями и дополнениями от 11 июня 1970 г., 13 июля 1978 г., 27 июня 1984 г.); в США – патентный закон от 19 июля 1952 г. (с изменениями от 8 ноября 1984 г.); в Японии – патентный закон от 13 апреля 1959 г. (с последними изменениями 1978 г.); в Испании – патентный закон от 20 марта 1986 г. (вступил в действие 26 июня 1986 г.), в ФРГ – патентный закон, вступивший в силу с 1 января 1981 г.¹. Действие национальных патентных законов во всех развитых странах дополняется применением норм международных соглашений, прежде всего Парижской конвенции по охране промышленной собственности.

Каждая страна, в которой обеспечивается правовая охрана изобретений, использует для этой цели патенты. В национальных патентных законах и международных конвенциях понятие изобретения отсутствует, однако в каждой стране патентные законы содержат критерии его патентоспособности, которые, в разных странах могут отличаться. При

правовой анализ): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М.: 2008. С. 23–24.

¹ См.: *Зенин И. А.* Гражданское и торговое право зарубежных стран. М.: МЭСИ, 2005. С. 108–109.

этом необходимо отметить, что в странах с континентальной системой права основой патентного законодательства являются нормативные правовые акты в виде законов, а в государствах англосаксонской системы права, таких как США, Великобритания, Австралия и др., действует прецедентная система, в которой наравне с национальными патентными законами и подзаконными нормативными актами источниками патентного права являются многочисленные прецеденты.

Однако, на практике, в связи с особым характером интеллектуальных продуктов, создаваемых в сфере геологического изучения и использования недр, многие субъекты предпочитают не патентовать, а охранять изобретения, новые процессы и методы в качестве ноу-хау. При этом ноу-хау может являться как изобретением, умышленно непатентуемым и сохраняющимся в тайне, так и изобретением, не отвечающим критериям патентоспособности, установленным законами или судебными прецедентами.

Термин ноу-хау впервые введен в США в 1916 г. на одном из судебных процессов в деле «Дузэед Браун». В США в настоящее время действует Единообразный закон о деловых секретах (trade secrets) от 1979 г., согласно которому под деловым секретом понимается «информация (формула, устройство, метод, техника или способ), имеющая самостоятельную экономическую ценность (фактическую или потенциальную), поскольку не является общеизвестной или легко устанавливаемой при помощи надлежащих средств другими лицами, которые могут получить экономическую выгоду от

ее раскрытия или использования, а также являющаяся объектом усилий, разумно необходимых для сохранения ее секретности»¹.

Необходимо обратить внимание, что в мире в настоящее время нет единого, установленного определения понятия ноу-хау (секрета производства). В законодательстве различных стран понятие ноу-хау определяется разными способами. Вместе с тем, анализ норм законодательства разных стран говорит о том, что существуют единые, общепринятые критерии охраноспособности ноу-хау. В первую очередь, к таким критериям правовой охраны ноу-хау относятся условия о конфиденциальности (необщеизвестность) информации, составляющей ноу-хау, отсутствия доступа к такой информации, а также экономическая обоснованность охраны конфиденциальности информации, составляющей ноу-хау.

Также следует отметить, что в разных странах правовой статус ноу-хау определяется в рамках различных отраслей права. Например, во Франции, в Англии, Японии, правоотношения по вопросам ноу-хау регулируются в рамках блока положений об интеллектуальной собственности в гражданском законодательстве, так же как и в Российской Федерации, в Германии, в Китае – законодательством о недобросовестной конкуренции, и т. д.

В настоящее время режим ноу-хау является самым распространенным способом защиты объек-

¹ Ионова О. В., Комиссаров А. А., Малаева Л. З., Судаков А. А. Правовая охрана деловых секретов за рубежом: Обзор информации / Ком. Российской Федерации по патентам и товарным знакам. М.: 1993. С. 8.

тов интеллектуальной собственности, создаваемых в результате геологического изучения и использования недр, как в России, так и в зарубежных странах. Это объясняется, прежде всего, тем, что в сфере геологического изучения и использования недр сохранение в тайне информации, полученной с результата геологоразведочных работ, в особенности, первичной геологической информации, информации о месторождениях полезных ископаемых, и т. п., является единственным проверенным способом противодействия их заимствованию конкурентами. Также во многом это определяется тем, что законодательство о недрах предполагает охрану конфиденциальности данных, полученных в результате геологоразведочных работ. Если говорить о законодательстве Российской Федерации, то можно обратить внимание, к примеру, на императивную норму, содержащуюся в ст. 27 Закона РФ «О недрах» об обеспечении конфиденциальности геологической информации, представляемой в фонды геологической информации, должностными лицами федерального и территориального фондов геологической информации.

В законодательстве зарубежных стран также встречаются требования об охране конфиденциальности данных, содержащихся в геологической информации о недрах. Примечательно, что в Англии законодательство, несмотря на то, что охватывает очень мало определений ноу-хау, в одном из нормативных актов содержит прямое указание на то, что результаты интеллектуальной деятельности, созданные в результате геологического изучения недр, являются ноу-хау. Так, Закон о дохо-

дах и налогах корпораций, принятый в 1970 г., содержит следующее определение ноу-хау: «ноу-хау означает любую производственную информацию и технические приемы, непосредственно содействующие производству товаров и материалов, а также информацию и технические приемы, применяемые при разработке рудников, нефтяных скважин или других источников минеральных залежей (включая изыскательные работы, открытие месторождений и их испытание) или при проведении сельскохозяйственных и лесотехнических работ, или на рыбных промыслах»¹.

В США действует ряд судебных прецедентов, регулирующих вопросы охраны ноу-хау в сфере геологического изучения и использования недр. Например, согласно Решению Верховного суда Штата Индиана (*Amoco Production company против Laird*), геологическая информация о возможном расположении нефтяных месторождений, а также данные о местах запасов нефти, подлежат охране в качестве торгового секрета (*trade secrets*) (622 N.E.2d at 920-21); согласно Апелляционному суду Пятого округа (*Union Pacific Resources против Musser Davis Land Company*) данные, получаемые в результате геологических, геофизических и сейсмических исследований, являются торговыми секретами (*trade secrets*) (201 F.3d 561 at 569); согласно Решению Верховного суда штата Алабама (*Stryker против Phillips Petroleum*), геологическая и сейсморазведочная информация, будучи результатом дорогостоящего исследования, является торго-

¹ Там же.

вым секретом (trade secret) (723 S0.2d at 587), и другие¹.

Таким образом, законодательство об интеллектуальной собственности, а также судебные прецеденты в странах с англосаксонской системой права, обеспечивают правовую охрану объектам интеллектуальной собственности, созданным в сфере геологического изучения и использования недр. Однако было бы ошибочным утверждать, что охрана указанных объектов интеллектуальной собственности в зарубежных странах определяется только законодательством об интеллектуальной собственности.

Важным блоком правовых норм, обеспечивающим дополнительную охрану интеллектуальных прав на объекты, созданные в результате геологоразведочных работ в определенных странах, в частности, в США, является законодательство о защите информации. Довольно интересно выделить Закон США о свободе информации.

Закон США «О свободе информации» был принят 89-м Конгрессом США 20 июня 1966 г. Основное назначение закона – предоставление гражданам полной открытости всех документов органов Федерального правительства США путем публикации документов в бюллетене Federal Register, а также предоставления гражданам права знакомиться и копировать документы. В частности, закон распространяется на документы всех феде-

¹ In the Supreme Court of Texas № 02-0071. In re Lee M. Bass, Lee M. Bass, Inc., and Palladian Corporation, Relators On Petition for Writ of Mandamus. Argued on December 11, 2002 // <http://www.supreme.courts.state.tx.us>

ральных судебных органов, иных органов государственной власти, Конгресса США, в том числе его комитетов и учреждений, включая библиотеку Конгресса США, кроме документов Президента США и его непосредственных советников.

При этом, закон предусматривает некоторые ограничения: закон содержит ряд оговорок, согласно которым разглашению не подлежат определенные виды информации (такие как, например, информация о национальной безопасности, внутренние правила и распоряжки, касающиеся только служащих данного государственного учреждения и т. п.), в числе которых содержится и любая информация геологического и геофизического характера¹.

На основании анализа указанной нормы Закона США «О свободе информации» можно сделать вывод, что законодательство США, с учетом информационно-составляющей отношений, возникающих в сфере геологического изучения и использования недр, достаточно эффективно регулирует правоотношения, связанные с геологической информацией: с одной стороны действуют нормы об интеллектуальных правах на геологическую информацию о недрах, с другой – нормы о конфиденциальности информации. Поскольку разработка единых правовых механизмов регулирования правоотношений, возникающих в сфере геологического изучения и использования недр является достаточно сложной задачей, можно утверждать, что совокупность рассмотренных правовых норм

¹ См.: Закона США «О свободе информации» // <http://www.dzyalosh.ru>

законодательства США является достаточно большим достижением на пути к многостороннему правовому регулированию рассматриваемых отношений.

Следует отметить, что законодательство России о конфиденциальной информации, в частности ФЗ «Об информации, информационных отношениях и защите информации» №149-ФЗ от 8 июля 2006 г., имеет некоторые недоработки.

Так, в указанном законе содержится упоминание о таких видах информации с ограниченным доступом, как «государственная тайна, коммерческая тайна, служебная тайна, профессиональная тайна, и иные виды тайн» и отсутствует упоминание о геологической информации о недрах, которая, в соответствии с Законом РФ «О недрах» должна обеспечиваться конфиденциальностью. Более подробная классификация информации с ограниченным доступом содержится в Перечне сведений конфиденциального характера, утвержденном Указом Президента РФ от 6 марта 1997 г. № 188, который предусматривает следующие виды конфиденциальной информации: персональные данные; тайна следствия и судопроизводства; служебная тайна; профессиональная тайна; коммерческая тайна; сведения о сущности изобретения, полезной модели или промышленного образца до официальной публикации информации о них, однако, как и Федеральный закон «Об информации, информационных отношениях и защите информации» «умалчивает» о геологической информации.

В настоящее время в России в силу ряда обстоятельств нет закона о защите информации, содержащего аналогичные с упомянутым Законом США нормы о том, что геологическая информация оглашению не подлежит. Такая норма, на наш взгляд, обеспечивает правообладателям объектов, содержащих геологическую информацию о недрах, дополнительной мерой защиты их интеллектуальных прав. Соглашаясь с И. Л. Бачило, В. Н. Лопатиным, М. А. Федотовым, считаем, что необходимо принятие подобного закона, при этом необходимо создание одного закона, в котором «были бы предусмотрены общие и специфические условия реализации права на информацию для всего разнообразия субъектов с учетом многообразия их ролей в информационных процессах»¹.

Таким образом, для решения некоторых проблем правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности в сфере геологического изучения и использования недр применительно к таким субъектам, как правообладатели интеллектуальных прав, целесообразно не только с помощью законодательства об интеллектуальной собственности или о недропользовании. Существенную роль могут сыграть нормы в законодательстве об информации и защите информации, определяющие основные права и обязанности, связанные с созданием, использованием, передачей геологической ин-

¹ Бачило И. Л. Лопатин В. Н. Федотов М. А. Информационное право. СПб.: Юридический центр Пресс, 2005. С. 166.

формации, статус геологической информации как одного из разновидностей информации.

Библиографический список:

1. *Зенин И. А.* Гражданское и торговое право зарубежных стран. М.: МЭСИ, 2005.

2. France. Intellectual Property Code (as last amended by Decree № 2012-634 of May 3, 2012).

3. *Боровская Е. А., Ермакович С. Л., Кудашов В. И., Лосев С. С., Успенский А. А.* Правовая охрана компьютерных программ и баз данных. Минск, 2010.

4. *Добрякова Н. И.* Правовое обеспечение охраны и использования учебных произведений (сравнительно-правовой анализ): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008.

5. *Ионова О. В., Комиссаров А. А., Малаева Л. З., Судаков А. А.* Правовая охрана деловых секретов за рубежом: Обзор информации / Ком. Российской Федерации по патентам и товарным знакам. М.: 1993.

6. *Бачило И. Л. Лопатин В. Н. Федотов М. А.* Информационное право. СПб.: Юридический центр Пресс, 2005.

А. В. АНТОНОВА

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», ведущий научный сотрудник Научно-методического центра «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности», кандидат юридических наук (115184, г. Москва, ул. Малая Ордынка, д. 17, к. 221; тел.: (499) 234-31-39; hse@hse.ru)

К ВОПРОСУ О ПРАВЕ СЛЕДОВАНИЯ

Ключевые слова: авторское право, произведение искусства, право следования.

Аннотация: Целью данной статьи является анализ понятия «право следования». Дана историческая справка, а так рассматривается состояние этого права в мире и России на сегодняшний момент.

Как часто мы говорим о произведениях искусства, например о «Моно Лизе» Да Винчи в Лувре или «Рождении Венеры» Боттичелли в Уффици, но никогда не задумываемся о том, что большинство произведений искусства редко остаются навсегда в одних и тех же музеях, галереях, или частных коллекциях. Они продаются с аукциона или через коммерческих агентов – много раз в течение многих лет. Художники долгое время отстаивали свое положение, о том, что их права должны уважаться в течение этого времени. Что означает, мало того,

что работа должна быть защищена, а также должна продолжать содействовать благосостоянию художника хотя бы через маленький процент от перепродажи.

Право следования (право перепродажи) является неотчуждаемым и неотъемлемым правом автора оригинального графического или пластического произведения. Оно не подлежит передаче и гарантирует ему право на участие в доходах от любой перепродажи произведения. Это право призвано установить равновесие между экономическим положением авторов произведений графических или пластических искусств и другими авторами, которые получают вознаграждение за последующие использования их произведений. Бернская конвенция (ст. 14^{ter}) гласит, что право следования требуется только тогда, когда оно предусматривается национальным законодательством автора.

Следовательно, оно факультативно и подчинено принципу взаимности. Это право предоставляется в подавляющем большинстве Государств-членов ЕС. По логике вещей оно должно было стать предметом унификации не только в пользу граждан Государств, в которых данное право не было закреплено, но и для тех авторов, чьи произведения продаются в таких Государствах. Вышеизложенные причины и послужили стартовой позицией для разработки директивы по данному вопросу.

Право следования получило распространение в Европе в 2001 г. после принятия Директивы 2001/84 ЕС.

Эта Директива является компромиссом для стран, которые не предусматривают в своем законодательстве право следования. Также некоторым странам дана была отсрочка сроком на 5 лет в соответствии со ст. 17 Директивы ЕС для того, чтобы юридические институты не применяли сразу это право и помогли бы участникам продажи в этих странах адаптироваться к этому нововведению, сохраняя при этом рентабельность. Законодательства Государств-членов ЕС должны были быть приведены в соответствие с Директивой к 2006 г. для авторов, которые живы, а к 2010 г. для авторов, которые умерли в течение последние 70 лет. В данном нормативном акте, обязательном для стран Европейского союза, определен перечень произведений искусства, в отношении перепродажи которых возникает право следования. В этот перечень включены в том числе: картины, рисунки, фотографии, гравюры, литографии, скульптуры, керамика.

Право следования трудно осуществимо без наличия системы коллективного управления (организаций по управлению правами на коллективной основе). Один из ключевых вопросов в осуществлении права следования – «право информации», и это особенно уместно с точки зрения коллективного управления этим правом. Это понятно, что без информации о перепродаже произведений искусства, это было бы просто невозможно для авторов, для осуществления их права. В этом можно убедиться, сравнив список стран, в которых это право закреплено законодательным путем, со списком стран, где эти положения реально осуществляются.

Можно отметить, что в этих странах управление подобным правом осуществляется обществами, объединяющими авторов произведений изобразительного искусства: BILD-KUNST в Германии, SPADEM (до 1997 г.) и ADAGP во Франции, HUNGART в Венгрии, VEGAP в Испании.

Подобная реальность была учтена в Проекте типовых законодательных положений в области авторского права ВОИС, в ст. 9 которого в отношении права следования предусматривается (подп. 2): «Процентная доля, упомянутая в подп. 1, взимается и распределяется организацией коллективного управления»¹.

Другие организации коллективного управления управляют правами на произведения изобразительного искусства (подобно упомянутому выше организациям они являются членами СИЗАК), например: VBK в Австрии, «Vis-Art» в Канаде, COPY-DAN BILLEDKUNST в Дании, VAGA в Соединенных Штатах Америки, DDG BEELDEFCHT в Нидерландах, DACS в Великобритании, «Bonus» в Швеции; некоторые организации одновременно управляют правом следования и правами на другие категории произведений.

Право следования обозначается так по его французскому названию *droit de suite* – это право было установлено французским законодательством 20 марта 1920 г. Некоторые российские специалисты высказывают мнение о том, что это обозначение не выражает суть этого права и было бы логично

¹ Документ ВОИС СЕ/МРСИ/2-II от 11 августа 1989 г.

назвать его «правом долевого участия»¹ или «право на долю после перепродажи»², однако разработчики ГК РФ решили сохранить французскую версию.

Право следования является правом авторов произведений изобразительного искусства на получение части суммы от перепродажи оригиналов этих произведений – к которым могут быть приравнены рукописи графических произведений – на аукционах, при посредничестве коммерсантов или коммерческих агентов. Перепродажа происходит в случае публичной продажи на аукционе, – например, во Франции; в случае последующих продаж через коммерсантов или коммерческих агентов, – например, в Германии. В некоторых странах, например в Бразилии, Португалии и Уругвае, предусмотрено, что право следования применяется в отношении каждой перепродажи, однако в конечном итоге можно считать, что такое толкование не является реалистичным.

Воспроизведение и сообщение для всеобщего сведения являются традиционными формами использования произведений изобразительного искусства и приносят доход их авторам лишь в виде исключения; только знаменитые произведения воспроизводятся на постерах, диапозитивах, почтовых открытках и в рекламных целях. Авторы

¹ Гаврилов Э. П., Городов О. А., Гришаев С. П. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть четвертая. М.: Проспект, 2007. С. 234.

² Подносков Д. В. Право следования и право доступа в российском авторском праве. М., 2006. С. 48.

произведений изобразительного искусства не получают никакого вознаграждения за публичную экспозицию своих произведений.

Обычным способом коммерциализации таких произведений является отчуждение оригинального экземпляра произведения. Когда автор продает или выставляет на продажу свое произведение, то, как правило, к этому его вынуждает забота о хлебе насущном, особенно в начале профессиональной деятельности. Он держится вдали от действий, связанных с последующим использованием, которые обычно предпринимаются, когда произведение приобрело определенную ценность на рынке и становится источником прибыли, зачастую весьма значительной, по мере роста известности автора.

В связи с этим справедливо, чтобы вслед за коллекционерами и посредниками (аукционы и галереи изобразительных искусств, продавцы картин и др.), авторы произведений изобразительного искусства участвовали в экономическом успехе своего произведения, получив в виде дополнительного вознаграждения определенный процент от цены последующих перепродаж. Право следования играет для этих художников роль компенсации. Оно равноценно прибыли, которую авторы литературных или музыкальных произведений получают за каждое сообщение этих произведений новой аудитории.

Принимая во внимание законность этого права и время, прошедшее после его введения законом, принятым во Франции в 1920 г., можно отметить, что право следования было введено далеко не все-

ми странами¹, значительно меньше стран, в которых право следования реально действует: Бельгия и Франция (продажа на публичных аукционах), Венгрия, Германия и Испания. В большинстве этих стран право авторов произведений изобразительных искусств определяется авторскими обществами или союзами, которые мы указывали выше – ADAGP (Франция), HUNGART (Венгрия), BILD-KUNST (Германия) и VEGAP (Испания).

Противники права следования приводят, как правило, следующий довод: существует опасность перепродажи произведений искусства в странах, где это право отсутствует, что может повредить странам, которые ввели это право (например, такие страны как Великобритания, Нидерланды, Ирландия, Австрия)².

Как мы уже говорили выше, Бернская конвенция признает право следования как право автора быть заинтересованным в операциях по продаже оригиналов произведений искусства и подлинников рукописей, которые следуют за первой их уступкой автором (ст. 14 ter Парижского текста). Эта норма была включена в Конвенцию при ее пересмотре в Брюсселе в 1948 г. (ст. 14 bis). Конвенция придает этому праву характер неотчуждаемости, хотя и признает, что данное право передается *mortis causa* (после смерти), но автор не пользуется этим правом как *jure conventionis*: его признание не являет-

¹ Collective Management of Copyright and Related Rights / by Dr. Mihaly Ficsor. Geneva: WIPO, 2002. P. 60.

² *Липчик Д.* Авторское право и смежные права / Пер. с фр.; Предисл. М. Федотова. М.: Ладомир; Изд-во ЮНЕСКО, 2002.

ся обязательным для стран Союза и оно подчинено правилу материальной взаимности (ст. 14 ter). Эта статья гласит:

«1. В отношении оригиналов произведений искусства и оригиналов рукописей писателей и композиторов автор, а после его смерти лица или учреждения, уполномоченные национальным законодательством, пользуются неотчуждаемым правом долевого участия в каждой продаже произведения, следующей за первой его уступкой, совершенной автором произведения.

2. Охрана, предусмотренная предшествующим пунктом, может быть истребована в любой стране Союза, только если законодательство страны, к которой принадлежит автор, это разрешает, и в объеме, допускаемом законодательством страны, в которой истребуется эта охрана.

3. Порядок сбора и размеры сумм определяются национальным законодательством»¹.

Подавляющее большинство национальных законодательств признают право следования как неотчуждаемое право, и от него нельзя отказаться по соображениям социального порядка. Отказ от него или его уступка противоречили бы цели охраны, закрепленной этим правом.

С другой стороны, нет единого мнения по поводу природы права следования, а именно в отношении того, является ли это право разновидностью авторского права или же речь идет о «простом праве на вознаграждение» (Германия, ст. 26; Испания, ст.

¹ Минков А. М. Международная охрана интеллектуальной собственности. СПб: Питер, 2001. С. 592.

24), задачей которого является компенсация несправедливости по отношению к автору путем обеспечения права автора произведения искусства на получение справедливого вознаграждения, выплачиваемого с прибыли от экономического использования его произведения, реализованного вне рамок его абсолютного права на использование произведения.

Существуют несколько решений вопроса перехода права следования после смерти (*mortis causa*).

Переход права следования *mortis causa* не признается в Германии, Чили, Венгрии (в тех случаях, когда оригинал продается музеем или становится собственностью государственных коллекций, ст. 35-А декрета о применении закона об авторском праве), в Италии. В Испании первоначальный текст ст. 24 закона 22/1987 об интеллектуальной собственности был изменен, с тем, чтобы допустить переход права *mortis causa* и установить продолжительность срока охраны после смерти автора.

В других странах переход права следования не предусмотрен. Однако в отношении наследников по закону существуют различные подходы: либо только упоминаются, либо исключаются наследники по завещанию, либо им приоритет по сравнению с наследниками по закону.

В странах, которые не признают перехода права следования, это право прекращается со смертью автора. Там, где переход права следования признается, срок его действия равен сроку действия имущественных прав автора.

Существуют две системы, когда применяется право следования:

- обычно право следования применяется в случае публичной продажи на аукционе, а также при продаже через коммерсанта или коммерческого агента (как, например, в Германии, ст. 26, в Боливии, ст. 50; в Испании, ст. 24 или во Франции, ст. L. 122-8, бывшая ст. 42);

- в некоторых странах предусматривается, что право следования применяется к любому типу продажи или отчуждения (например, в Бразилии, ст. 39, в Уругвае, ст. 9).

Размер вознаграждения определяется в виде процента от продажной цены. Такой процент устанавливается законом. Что касается базы для расчета, то существует несколько систем:

- выплата вознаграждения в определенном размере от каждой новой или продажной цены, без каких-либо вычетов. (В Алжире, Боливии, Коста-Рике, Эквадоре, Венгрии, Марокко, на Филиппинах, в Сенегале и Тунисе сумма вознаграждения составляет 5% от общей цены при каждой новой перепродаже; в Португалии размер вознаграждения составляет 6% от объема каждой сделки (после вычета расходов на рекламу или презентацию и другие аналогичные действия, связанные с рекламой и продажей произведения, принимая во внимание уровень инфляции). В Бельгии ставка вознаграждения является прогрессивной (от 2% до 6%) и зависит от продажной цены произведения);

- выплата определенного размера вознаграждения от продажной цены при условии, что она выше определенной стоимости (определение размера

вознаграждения в объеме, ниже которого право следования не действует, является ограничением, основанным на максиме *de minimis lex non regit* («право не занимается пустяками»). (Во Франции эта доля составляет 3% от перепродажной цены и применяется только начиная с размера продажной цены, устанавливаемой в регламентарном порядке (в настоящее время это 15 Евро); в Германии размер вознаграждения составляет 5% от продажной цены, если она превышает 51 Евро; в Испании размер вознаграждения составляет 3% от отчуждаемой стоимости, если стоимость проданного произведения выше 1 803,04 Евро; в Дании 5%, если стоимость выше 275 Евро; в Швеции 5% – 200 Евро; в Бельгии 4% – 1 239,47 Евро)¹;

– выплата определенного размера вознаграждения от добавленной стоимости в случае перепродажи произведения по цене, превышающей предыдущую. (В Чили эта доля составляет 5%. В Италии (и в Ватикане) она составляет от 2 до 10% от увеличения суммы исключительно тогда, когда эта цена выше установленных сумм, размер которых за рисунки, изображения или гравюры, за произведения живописи и за скульптурные произведения отличается. Право следования применяется также к закрытым, пользующимся известностью продажам, при которых автор получает 10% от наибольшей суммы, предложенной за его произведение, а также, если стоимость не превысит минимального порога, но будет более чем в пять раз выше цены и превысит пятикратно стоимость первой продажи; в Турции эта доля не должна превы-

¹ Данные приведены по журналу CISAC.

шать 10% увеличения стоимости сверх минимума, размер которого определяется декретом; в Бразилии размер вознаграждения составляет 2%, а в Уругвае – 25%).

В большинстве стран расходы по оплате права следования несет продавец (за исключением Венгрии, где расходы, связанные с правом следования, относятся на счет покупателя). Эти отчисления отражаются также на доходах аукционов или посредника, вознаграждение которых обычно составляет часть от чистой продажной цены. Это объясняет, почему право следования мало применяется.

Процент от добавленной стоимости может показаться самым справедливым решением, однако возникающие в результате этого трудности настолько велики, что эта система становится практически неосуществимой. Бенефициары должны знать и быть в состоянии доказать цену первой продажи и последующих перепродаж и определить разницу в твердой валюте. Это предполагает, что автор, затем его наследники получили и сохранили документы, подтверждающие цену каждой продажи, и хорошо разбираются в бухгалтерии. На невозможность применить эту систему со всей очевидностью указывает тот факт, что ее так и не смогли ввести в действие в странах, которые приняли эту систему (Бразилия, Чили, Португалия и Уругвай). Таким образом, система, которая на первый взгляд является самой справедливой, фактически становится самой несправедливой. Только страны, которые предпочли взимать определенный процент непосредственно от пере-

продаж и в которых этим занимается организация коллективного управления, как мы показывали выше, смогли сделать так, чтобы право следования не осталось мертвой буквой.

В Проекте типовых положений ВОИС¹ дается следующая формулировка права следования, в которой предполагается выбор между двумя системами: «Ст. 9. «Право следования». 1) В случае перепродажи оригинальных экземпляров произведений изобразительного искусства и скульптуры на публичных аукционах или через посредство торговца произведениями искусства автор имеет право на получение <...>% от перепродажной цены (когда эта цена является более высокой по сравнению с той, что установлена в соответствии с правилами, указанными в ст. 57) (ниже именуемое «право следования»). 2) Упомянутую в подп. 1 долю собирает и распределяет организация коллективного управления».

Право следования предназначено гарантировать, что авторы произведения изобразительного искусства должны участвовать в экономическом успехе своего произведения. Это помогает восстановить баланс между экономической ситуацией авторов и последующих владельцев, которые извлекают выгоду из эксплуатации этих работ².

Впервые право следования в Российской Федерации было введено Законом РФ «Об авторском праве и смежных правах» в 1993 г. До этого вре-

¹ Документ CE/MPC/I/2/II от 11 августа 1989 г.

² The Recital (3) of the Directive 2000/84/EC of the European Parliament and of the Council on the resale right for the benefit of the author of an original work of art.

мени наше законодательство не предусматривало этого права и автор оригинального графического или пластического произведения «терял связь» со своим произведением в имущественном отношении.

Давайте остановимся на самих положениях Гражданского кодекса РФ.

Ст. 1293. Право следования:

«1. В случае отчуждения автором оригинала произведения изобразительного искусства при каждой публичной перепродаже соответствующего оригинала, в которой в качестве продавца, покупателя или посредника участвует галерея изобразительного искусства, художественный салон, магазин или иная подобная организация, автор имеет право на получение от продавца вознаграждения в виде процентных отчислений от цены перепродажи (право следования). Размер процентных отчислений, а также условия и порядок их выплаты определяются Правительством Российской Федерации.

2. Авторы пользуются правом следования в порядке, установленном п. 1 настоящей статьи, также в отношении авторских рукописей (автографов) литературных и музыкальных произведений.

3. Право следования неотчуждаемо, но переходит к наследникам автора на срок действия исключительного права на произведение»

Это право упомянуто в ст. 1226 ГК РФ среди «других интеллектуальных прав», не относящихся ни к исключительным правам, ни к личным немущественным правам.

П. 1 устанавливает, что право следования принадлежит автору произведения изобразительного искусства. Это право возникает в том случае, когда оригинал произведения изобразительного искусства публично перепродается: «при публичной перепродаже».

Термин «перепродается» означает любую продажу оригинала, право собственности на который уже не принадлежит автору. Часто, создав оригинал произведения, автор уступает его (возмездно или безвозмездно) другому лицу. На эти случаи право следования не распространяется. Не действует право следования и в других случаях, когда право собственности на оригинал произведения переходит от автора к другому лицу не по воле автора.

«Публичной» следует считать такую перепродажу, когда в ней в качестве продавца, покупателя или посредника участвует «галерея изобразительного искусства, художественный салон, магазин или иная подобная организация». Любые торги (ст. 447–449 ГК РФ), в том числе закрытые, следует считать «публичной перепродажей».

Само право следования заключается в том, что автор вправе при каждой публичной перепродаже оригинала произведения получить от продавца определенный процент от цены перепродажи. Этот процент («процентные отчисления») определяется от «цены перепродажи».

Это значит, что:

1) при первой «перепродаже» этот процент исчисляется от всей цены сделки;

2) при второй и каждой последующей перепродаже – от цены сделки за минусом цены предшествующей публичной перепродажи.

В данной норме указывается, что Правительство РФ имеет право (и обязано) определить «размер процентных отчислений, а также условия и порядок их выплаты»¹.

В соответствии с этим положением 19 апреля 2008 г. было принято Постановление Правительства Российской Федерации № 285 «Об утверждении Правил выплаты автору вознаграждения при публичной перепродаже оригиналов произведений изобразительного искусства, авторских рукописей (автографов) литературных и музыкальных произведений»². Данное постановление предусматривает право на выплату вознаграждения вне зависимости от цены перепродажи произведения изобразительного искусства, а также авторских рукописей (автографов) литературных и музыкальных произведений.

Постановлением Правительства РФ № 285 установлено, что выплата автору вознаграждения осуществляется при соблюдении следующих условий:

а) в качестве продавца, покупателя или посредника в перепродаже участвует галерея изобразительного искусства, художественный салон, магазин или иная подобная организация;

¹ Гаврилов Э. П., Городов О. А., Гришаев С. П. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть четвертая. М.: Проспект, 2007. С. 234–235.

² Российская газета. 2008. 23 апр.

б) объектом публичной перепродажи являются оригиналы произведений живописи, скульптуры, графики, дизайна, графических рассказов, комиксов и других произведений изобразительного искусства, оригиналы авторских рукописей (автографов) литературных и музыкальных произведений, собственноручно написанных автором либо напечатанных с помощью технического устройства и подписанных им, а также копии (повторы) произведений изобразительного искусства, которые были сделаны самим автором или под его руководством, подписаны или иным способом отмечены автором (далее – оригиналы произведений);

в) публичная перепродажа оригинала произведения осуществляется в пределах срока действия исключительного права на это произведение.

В соответствии со ст. 1244 ГК РФ предусматривается возможность получения организацией по коллективному управлению правами государственной аккредитации на сбор процентных отчислений по праву следования. Однако эта норма не дает Правительству РФ права установить, что сбор процентных отчислений по праву следования должен осуществляться только аккредитованной организацией и только одной организацией.

ГК РФ, в отличие от Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», предусматривает предоставление права следования не только авторам изобразительного искусства, но также и авторам литературных и музыкальных произведений в отношении авторских рукописей (автографов) таких произведений. Следует считать, что здесь имеются в виду оригиналы, а не копии этих рукописей.

П. 3 устанавливает, что право следования неотчуждаемо. Это, в частности, означает, что автор не может заранее отказаться от получения причитающихся ему сумм. Однако автор вправе не предъявить требования о выплате причитающейся ему суммы после того, как у него возникло право на ее получение. Не может автор и уступить другому лицу свое право следования. Однако после смерти автора право следования переходит по наследству.

Положение о невозможности отчуждения права следования призваны оградить автора и его наследников от попыток «выкупа» данного права одновременно с приобретением оригинала произведения¹.

В соответствии со ст. 14 ter Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений иностранный автор, пользующийся охраной в России на основе этой Конвенции, имеет право следования в России только в том случае, если право признается по законодательству той страны, к которой принадлежит этот автор.

Право следования является изъятием из «принципа исчерпания» исключительных прав (ст. 1272 ГК РФ).

На сегодняшний день в России есть организация, которая занимается реализацией этого права – это УПРАВИС. Некоммерческое партнерство «Партнерство по защите и управлению правами в сфере искусства» (УПРАВИС), учреждено в соответствии с Федеральным законом от 12 января 1996 г.

¹ Добрынин О. В., Косунова Д. Д., Ларин А. Ю., Леонтьев К. Б., Орлова В. В. Комментарий к ГК РФ. Части 4 (постатейный): Правовое регулирование отношений в сфере интеллектуальной собственности. / Под редакцией: Близнец И. А., Ларин А. Ю. М.: Книжный мир, 2008. С. 214.

№ 7-ФЗ «О некоммерческих организациях», Гражданским кодексом Российской Федерации и является некоммерческой организацией. С декабря 2008 г. НП «УПРАВИС» имеет государственную аккредитацию в соответствии со ст. 1244 ГК РФ, а с декабря 2011 г. является ассоциированным членом международной конфедерации обществ защиты авторских прав CISAC¹.

Основным предметом деятельности УПРАВИС является управление на коллективной основе правом следования в отношении произведений изобразительного искусства, а также авторских рукописей (автографов) литературных и музыкальных произведений.

Однако, несмотря на то, что норма о праве следования в России существует уже 20 лет, на практике она не выполняется. В 2012 г. в Общественной палате РФ прошли слушания «Актуальные вопросы применения права следования в Российской Федерации», организаторами которой были Комиссия по культуре и сохранению историко-культурного наследия и Министерство культуры РФ. Участники обсуждали вопросы правоприменительной практики, механизмы контроля подобных сделок и многие другие вопросы. Однако ни к каким реальным результатам это пока не привело.

Библиографический список:

1. *Близнец И. А., Антонова А. В.* Право следования: состояние и перспективы // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2005. № 3.

¹ Официальный сайт УПРАВИС // www.upravis.ru

2. *Близнец И. А., Леонтьев К. Б.* Авторское право и смежные права / Под ред. И. А. Близнеца. М.: Проспект, 2011.

3. *Гаврилов Э. П., Городов О. А., Гришаев С. П.* Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть четвертая. М.: Проспект, 2007.

4. *Добрынин О. В., Косунова Д. Д., Ларин А. Ю., Леонтьев К. Б., Орлова В. В.* Комментарий к ГК РФ. Части 4 (постатейный): Правовое регулирование отношений в сфере интеллектуальной собственности/ Под ред.: Близнец И. А. Ларин А. Ю. М.: Книжный мир, 2008.

5. *Зимин В. А.* Право следования и право доступа по российскому законодательству о правовой охране интеллектуальной собственности // Политика, государство и право. 2012. № 5.

6. *Липчик Д.* Авторское право и смежные права / Пер. с фр.; предисл. М. Федотова. М.: Ладомир; Издательство ЮНЕСКО, 2002.

7. *Минков А. М.* Международная охрана интеллектуальной собственности. СПб.: Питер, 2001.

8. *Подносков Д. В.* Право следования и право доступа в российском авторском праве. М., 2006.

9. *Флорансон П.* Опыт европейского сообщества в сфере охраны авторского права и смежных прав. Материалы TACIS. 2001.

Р. А. БУДНИК

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», ведущий научный сотрудник Научно-методического центра «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности», кандидат юридических наук (115184, г. Москва, ул. Малая Ордынка, д. 17, к. 221; тел.: (499) 234-31-39; hse@hse.ru)

ИНКЛЮЗИВНЫЙ МЕТОД В СИСТЕМЕ ПРАВА ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ: ТЕОРИТИЧЕСКИЕ ВОПРОСЫ

Ключевые слова: интеллектуальные права; инклюзивный метод; интернет

Аннотация: Предлагается дополнить российскую систему интеллектуальных прав инклюзивным правовым методом. Эта новация позволит преодолеть запретительный дисбаланс действующего законодательства об интеллектуальных правах и повысить его эффективность в условиях развитых информационно-коммуникационных возможностей современного общества.

В обществе с развитыми информационно-коммуникационными возможностями решение задачи по извлечению прибыли из использования результатов интеллектуальной деятельности все чаще предполагает формирование условий и даже

гарантий их максимального распространения за счет всеобщего и беспрепятственного доступа. В сфере объектов авторских и смежных прав сама возможность получить доход от использования произведения появляется лишь в том случае, если оно востребовано многими. Способ извлечения дохода может быть прямым как, например, живое концертное исполнение или косвенным в виде производства материальных продуктов и услуг на основе авторского произведения. Однако при любом способе использования объекта авторского права и смежных прав размер полученного дохода растет пропорционально увеличению размера аудитории.

Специфическая двойственность сложившегося положения заключается в том, что ценности в сфере интеллектуальной собственности и вслед за ними поведение участников отношений, связанных с интеллектуальными правами, в значительной части поменяли свой знак на противоположный. То, что раньше признавалось наивысшей ценностью, например, ограничение доступа с целью его предоставления за вознаграждение, более таковой не является. И наоборот явления, от которых ранее правообладателям приходилось защищаться, как например массовое безвозмездное распространение, сегодня поощряются, поскольку приносят перспективу извлечения прибыли из использования объекта интеллектуальных прав новыми способами.

С нашей точки зрения причины этого парадокса произрастают из информационной природы результатов интеллектуальной деятельности. Если

ценность материальных вещей в большинстве случаев зиждется на их редкости, т. е. они тем дороже чем реже встречаются в природе или их сложнее создать, то ценность нематериальных информационных объектов повышается с ростом уровня их распространенности, доступности, проникновения в сознание людей. В доинформационном обществе результаты интеллектуальной деятельности были связаны с материальным носителем, традиционной осязаемой вещью, что до некоторой степени давало возможность построить экономические отношения вокруг информационных объектов на установившихся принципах купли-продажи материальных вещей, т. е. право использования интеллектуального продукта продавалось в комплекте с материальной вещью. С появлением киберпространства связь информационного объекта с конкретным материальным носителем оказалась утраченной и определяющее место в формировании характера отношений заняли информационные свойства результатов интеллектуальной деятельности.

Насущная потребность правообладателей в наибольшем распространении своих работ должна быть обеспечена системой интеллектуальных прав. В законодательстве об интеллектуальных правах необходимо предусмотреть дополнительный метод правового регулирования, который будет воздействовать на общественные отношения так, чтобы результаты интеллектуальной деятельности, в особенности объекты авторского права и смежных прав, становились более доступными максимальному числу пользователей. Нормы, составляющие новый метод правового регулирования, должны

работать на снижение барьеров доступа к объектам интеллектуальных прав вплоть до их полной отмены, а также на поощрение как можно более широких слоев общества к использованию результатов интеллектуальной деятельности, в отношении которых такую волю выразят их авторы и правообладатели. Правовой метод дозволения и поощрения доступа к объекту интеллектуальной собственности должен стать равновеликим методу правового запрета, на котором преимущественно строится регулирование действующей системы интеллектуальных прав. Совокупность норм права направленных на вовлечение максимально широких слоев общества в круг пользователей результата творческой деятельности по воле автора мы предлагаем именовать инклюзивным методом в системе интеллектуальных прав или инклюзивным правом автора.

Инклюзивность предполагает включение кого-либо чего-либо в общую картину, в некоторое множество, в данном случае вовлечение всех потенциально заинтересованных лиц в число реальных пользователей результата интеллектуальной деятельности. Введение инклюзивного правового метода в систему интеллектуальной собственности станет актом по ее адаптации к информационной экономике и постиндустриальному общественному устройству. Инклюзивный правовой метод не отрицает метод правового запрета, который является основным в системе интеллектуальных прав, но дополнит его в тех местах, где запрет не работает. Запрет не работает по причине личной убежденности автора, наделенного правом распоряжаться

судьбой своего произведения, в том, что наибольшей ценностью для него является максимально широкое использование произведения. Такой автор видит своей главной целью наибольшее распространение, популярность и востребованность его работ. Для достижения этой цели автор отказывается от взимания платы за доступ к своим произведениям в сети и не предлагает приобретать физических носителей за исключением коллекционных изданий. Имплементация инклюзивного правового метода станет шагом на пути модернизации российской системы интеллектуальных прав с целью ее гармонизации с реалиями информационного общества и развитием аналогичных процессов, идущих в передовых странах мира.

Инклюзивный правовой метод в системе интеллектуальной собственности – это способ воздействия на общественные отношения с целью максимизации количества пользователей результата интеллектуальной деятельности посредством устранения правовых барьеров доступа к нему по воле автора либо правообладателя. Полноту инклюзивного метода составит совокупность правовых норм направленных на упрощение доступа к объекту интеллектуальной собственности и вовлечение широкой аудитории в круг его пользователей. Далее предлагается алгоритм законотворческих действий по интеграции инклюзивных норм в институты авторского права, смежных прав и патентного права, в которых инклюзивный правовой метод будет наиболее эффективен.

Инклюзивные нормы в авторском праве

Возможности по распоряжению авторскими и смежными правами в индивидуальном порядке на платной основе обеспечены законом в форме письменного лицензионного договора. Новый подход, нацеленный на максимизацию размера аудитории за счет свободного доступа, легитимного механизма реализации не имеет. Восполнить этот пробел мы предлагаем с помощью инклюзивных норм в сфере авторских и смежных прав.

С развитием Интрнета потребность в модернизации механизма распоряжения правами на использование объектов авторских и смежных прав оказалась актуальной как для пользователей, так и для правообладателей. В мире появился ряд институциональных концепций направленных на решение этой задачи. Из общего ряда две концепции оказались наиболее состоятельными, о чем свидетельствует их применение на практике и широкое обсуждение, как в среде специалистов, так и в обществе в целом. Первая модель – система добровольных лицензий Лоуренса Лессига «Creative Commons» призвана смягчить абсурдную жесткость копирайта, при этом оставляет в силе запрет на свободное использование произведений без явно выраженного волеизъявления автора. Вторая – альтернативная система вознаграждения правообладателей Вильяма Фишера строится на принципах свободного использования творческих продуктов широкой публикой, для которого не требуется специальное разрешение правообладателя. Альтернативная система вознаграждения правообладателей – это государственная система, которое

обеспечивает источники финансирования и механизмы распределения вознаграждения между правообладателями.

Creative Commons строится на том, что значительная часть авторов не возражают и даже поощряют использование своих произведений другими творцами¹. Творческая практика и культура в целом из глубины веков и до наших дней развиваются через свободный обмен: передачу из уст в уста, заимствование и импровизацию, а сегодня в новых формах ремиксов, машапов, мультимедийной цифровой компиляции материала, который создан авторами всего мира. По историческим меркам запреты копирайта, действующие несколько десятилетий, – всего лишь непродолжительный эпизод в истории развития человечества, который вряд ли изменит принципы развития культурного континума цивилизации. Авторы чувствуют данный факт лучше посредников и торговцев, поэтому многие из них не возражают против заимствования материала из их собственных работ для создания новых. Лицензии Creative Commons позволяют автору определить тот объем прав, который он добровольно готов предоставить любому желающему. Большим достоинством данной системы является ее непротиворечивость действующим правилам. К середине 2011 г. лицензии Creative Commons адаптированы к законодательству более чем семидесяти стран мира. Юридическая сила лицензий Creative Commons признается судами мира в частности судом Бельгии по делу 09-1684-A

¹ *Лессиг Л.* Свободная культура / Пер. с англ. М.: Прагматика культуры, 2007.

Lichôdmapwa v. L'asbl Festival de Theatre de Spa от 28 октября 2010 г.¹ и судом Израиля по делу Avi Re'uveni против Mapa inc. от 18 января 2011 г.² При этом система Creative Commons не разрешает главную дилемму между фактической свободой контента в киберпространстве и экономической моделью вознаграждения авторов, построенной на ограничении доступа к произведениям.

Задачу построения принципиально новой экономико-правовой модели решает Альтернативная система компенсации, разработанная гарвардским профессором права Вильямом Фишером. Данная система строится на том, что государство узаконивает свободное использование произведений в Интернете и компенсирует выпадающие доходы правообладателей с помощью дополнительного налога. В общем виде эта система работает следующим образом. Правообладатель, желающий получать компенсацию за свободное использование, регистрирует свое произведение в государственном ведомстве, которое ведет реестр объектов авторских и смежных прав. Ведомство выдает уникальный идентификатор, с помощью которого отслеживаются факты распространения, использования и модификации произведения. Правительство осуществляет сбор средств для выплаты компенсации правообладателям в виде налога, взимаемого преимущественно с производителей устройств и услуг, необходимых для доступа к цифровому контенту, а также частично с самих пользователей. Используя действующие способы сбора данных в

¹ <http://wiki.creativecommons.org>

² Там же.

Интернете и методы сетевой статистики, ведомство получает информацию о частоте использования каждого зарегистрированного произведения. Налоговые поступления распределяются между правообладателями пропорционально относительной популярности (частоте использования) зарегистрированных работ. Подробно все элементы и механизмы альтернативной системы компенсации, включая источники финансирования фонда вознаграждения правообладателей и методы его распределения, описаны в известной работе В. Фишера¹.

Обе концепции Creative Commons и Альтернативную систему вознаграждения правообладателей, а также опыт их применения в мире, имеет смысл зять за основу при формировании инклюзивного правового метода в российском законодательстве об интеллектуальной собственности. В качестве первого шага нужно обеспечить более мягкий правовой режим использования результатов интеллектуальной деятельности с помощью имплементации лицензий Creative Commons в отечественное законодательство. На втором этапе инклюзивный метод необходимо реализовать с помощью альтернативной системы вознаграждения правообладателей как фундаментальной экономико-правовой новации в системе интеллектуальной собственности.

Еще до вступления в силу в 2008 г. Четвертой Части Гражданского Кодекса РФ, посвященной регулированию интеллектуальных прав, стартовал

¹ *Fisher W. Promises to keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment. Stanford University Press, Stanford, California 2004.*

процесс по внесению изменений в ее текст. В конце 2010 г. поправки увидели свет, и в настоящий момент продолжается обсуждение новой редакции. В ст. 1233 ГК РФ «Распоряжение исключительным правом» предлагается внести норму, которая составит собой часть инклюзивного правового метода в институте авторского права и смежных прав. П. 6 ст. 1233 ГК РФ предлагается сформулировать так:

«Правообладатель может сделать публично, то есть путем сообщения неопределенному кругу лиц, заявление о предоставлении любым лицам возможности безвозмездно использовать принадлежащий ему результат интеллектуальной деятельности на определенных им условиях и в течение указанного им срока. В течение этого срока любое лицо вправе использовать этот результат на указанных условиях. При отсутствии в заявлении правообладателя указания на срок считается, что этот срок составляет пять лет. В течение срока действия заявление не может быть отозвано, а предусмотренные в нем условия использования не могут быть изменены».

По юридическому смыслу эта норма представляет собой не что иное, как обобщенную лицензию Creative Commons. В этой связи представляется логичным осуществить имплементацию в отечественное законодательство всего перечня вошедших в правоприменительную практику лицензий Creative Commons¹. Для включения инклюзивной нормы в институт авторских и смежных прав на

¹ Официальный электронный ресурс Creative Commons // <http://creativecommons.org>

основе системы лицензий Creative Commons мы предлагаем использовать следующий порядок. Во-первых, дополнить ст. 1233 ГК РФ п. 6, в котором узаконить обобщенную инклюзивную модель Creative Commons. Во-вторых, в формулировке п. 6 ст. 1233 ГК РФ дать конкретную отсылку на лицензии Creative Commons как международно-правовые нормы. Предлагается следующая формулировка п. 6 ст. 1233 ГК РФ.

«Правообладатель может предоставить любым лицам возможность безвозмездно использовать принадлежащий ему результат интеллектуальной деятельности одним из нижеуказанных способов.

– Публично заявить о предоставлении любым лицам возможности безвозмездно использовать принадлежащий ему результат интеллектуальной деятельности на определенных им условиях и в течение указанного им срока. В течение этого срока любое лицо вправе использовать этот результат на указанных условиях. При отсутствии в заявлении правообладателя указания на срок считается, что этот срок составляет пять лет. В течение срока действия заявление не может быть отозвано, а предусмотренные в нем условия использования не могут быть изменены.

– Обозначить свою волю с помощью лицензий, инструментов и маркировок некоммерческой организации Creative Commons».

В качестве дополнительной меры, которая позволит избежать разночтений относительно воли правообладателя, а также придать данному заявлению статус юридического факта при возникновении спора, предлагается регистрировать публич-

ные заявления правообладателей. Обязанность регистрации заявлений правообладателей предлагается вменить аккредитованным обществам по управлению правами на коллективной основе. Нам представляется целесообразным и справедливым поручение этой общественно полезной функции аккредитованным организациям по следующим причинам. Во-первых, эти организации имеют необходимую материально-техническую базу, которую будет несложно дополнить поддержкой еще одного информационного атрибута для объектов авторских или смежных прав. Во-вторых, материально-техническая база аккредитованных обществ создана за счет сумм удержанных из вознаграждения правообладателей. В-третьих, организациям по управлению правами на коллективной основе необходимо иметь полный список тех произведений, за использование которых по воле правообладателя не может взиматься вознаграждение. Регистрация публичных заявлений правообладателей о передаче конкретных произведений в безвозмездное пользование неограниченному кругу лиц поможет этим организациям точнее выполнять свою функцию.

Рассмотрим механизм включения альтернативной системы компенсации правообладателей в институт авторского права и смежных прав в качестве инклюзивной нормы. Практика как критерий истины показывает, что действующая система – копирайт, эффективно функционирует в средах контролируемого использования объектов авторских и смежных прав, а именно применительно к материальным носителям и односторонним

вещательным системам. По этой причине сферу действия альтернативной системы компенсации не стоит распространять на среды контролируемого использования объектов авторских и смежных прав. Внедрение альтернативной системы компенсации правообладателей имеет смысл начать с наиболее проблемной области, где действующие нормы явно не справляются с регулированием отношений. Такой сферой сегодня является киберпространство в обиходе именуемое Интернетом.

На первом этапе сферы действия альтернативной системы компенсации по объектам стоит ограничить музыкальными произведениями, результатами исполнительской деятельности и фонограммами по следующим причинам. Во-первых, данные объекты составляют наиболее многочисленную группу из числа объектов авторского права и смежных прав, распространяемых и используемых в киберпространстве. Во-вторых, эти объекты являются наиболее проблемными, именно они составляют большую часть противозаконного трафика в Интернете и являются предметом громких судебных процессов. В-третьих, вышеуказанные объекты в наибольшей степени соответствуют технологической основе предлагаемой системы. В-четвертых, ст. 13 Бернской конвенции допускает ограничение объема исключительных прав в отношении музыкальных произведений. Регулирование использования в киберпространстве остальных объектов авторского права и смежных прав, включая кинофильмы и другие аудиовизуальные произведения, после принятия по ним поправок в Бернскую конвенцию и TRIPS, также будет осуществ-

ляться в рамках предлагаемой системы. Однако, как и любую другую новацию, в тестовый период альтернативную систему компенсации имеет смысл опробовать на ограниченном количестве объектов.

После того как альтернативная система компенсации будет задействована, законодательство об авторских и смежных правах необходимо будет изменить в направлении отмены большинства действующих запретов на неавторизованное воспроизведение, распространение, переработку и доведение до всеобщего сведения музыкальных произведений, результатов исполнительской деятельности и фонограмм. Рассмотрим, какие изменения в российском законодательстве об интеллектуальных правах необходимо сделать, чтобы включить в него инклюзивную норму, основанную на альтернативной системе компенсации правообладателей. Ст.ст. 1270, 1317 и 1324 наделяют правообладателей указанных объектов широким спектром исключительных прав. Ст.ст. 1272–1280 балансируют частные и общественные интересы рядом изъятий из исключительных прав, разрешая несколько видов свободного использования произведений без согласия и выплаты вознаграждения автору или иному правообладателю. Ст. 1229 в п. 5 допускает ограничение исключительных прав в связи с расширением возможностей свободного использования произведений при сохранении за правообладателями права на вознаграждение. Для законодательного закрепления режима свободного использования объектов авторского и смежных прав в киберпространстве предлагается дополнить поло-

жения ст. 1274 ГК РФ, которая допускает свободное использование произведения в информационных, научных, учебных или культурных целях, п. 4. Изложить п. 4 ст. 1274 ГК РФ в следующей редакции:

«В киберпространстве с выплатой административного вознаграждения правообладателям допускается:

1) свободное воспроизведение, распространение, публичный показ, публичное исполнение и доведение до всеобщего сведения зарегистрированных музыкальных произведений, результатов исполнительской деятельности и фонограмм;

2) переработка и создание производных произведений на основе музыкальных произведений, результатов исполнительской деятельности и фонограмм, зарегистрированных в соответствии с новыми правилами, при условии, что производное произведение также будет зарегистрировано до опубликования».

Инклюзивная норма в патентном законодательстве

В последнее время уплотнился информационный поток о патентных войнах вспыхивающих в секторе мобильных технологий. Фигурантами, выдвигающими взаимные претензии, выступают крупнейшие мировые корпорации, такие как Google, Apple, HTC, Samsung, Motorola и др. Конкуренцию технологий за выбор потребителя предлагается рассмотреть глазами их авторов.

Применение средств автоматизированного проектирования и роботизация производств позволили сократить цикл внедрения изобретений, полезных

моделей и промышленных образцов. Эту тенденцию поддерживает экосистема быстрой и недорогой разработки программного обеспечения, а также растущий банк свободного ПО. Повышение конкуренции вследствие наличия в мировом хозяйстве избыточных производственных мощностей также заставляет компании как можно чаще обновлять продукцию и оснащать ее технологическими новинками. Информационная прозрачность общества привела к тому, что направления развития той или иной области техники становятся легко прогнозируемыми. Нередки случаи одновременной и независимой разработки устройств, решений и способов несколькими компаниями либо индивидуальными создателями в разных точках земного шара.

В такой ситуации автор сталкивается с проблемой нового типа, а именно необходимостью защитить свое изобретение, полезную модель и промышленный модель с помощью его наискорейшего внедрения в производство – до того как это сделают конкуренты. Даже если первый автор раньше другого получил патент на результат интеллектуальной деятельности, но в производство пошел результат интеллектуальной деятельности второго опоздавшего с патентованием изобретателя, то первого автора в этой ситуации нельзя считать выигравшим. Во-первых, правообладатель, патент которого нарушен, вынужден будет тратить ресурсы на борьбу за восстановление права и компенсацию понесенных убытков. Во-вторых, судебный процесс о нарушении патента может длиться годами, и как мы видим из практики, доказать наруше-

ние патента и получить возмещение удастся далеко не всегда.

Описанная ситуация приводит современного автора к мысли о том, что на первом этапе жизни изобретения, полезной модели или промышленного образца имеет смысл максимально быстро и широко распространить информацию о нем, а также минимизировать барьеры для его внедрения в производство. Эта задача становится для автора задачей номер один. Вопрос о немедленном получении вознаграждения за коммерциализацию патента отходит на второй план. В соответствии с набирающими популярность тенденциями автор может выбрать не прямую продажу прав на использование патента, но косвенный путь его коммерциализации, например через создание фирмы совместно с будущим пользователем его интеллектуальной собственности или выполнение работ под заказ. В этом случае автор делает выбор в пользу долгосрочной стратегии коммерциализации своего интеллектуального потенциала за счет индивидуального, персонифицированного лидерства в определенной технологической сфере.

Интеллектуальный капитал автора патента, которой внедрен в производство высокотехнологичного товара или услуги, многократно повышается, он становится востребованным на рынке и более свободным в выборе партнера для реализации своих идей. Такая перспектива привлекает все больше творческих людей и ради нее они готовы на минимально обременительных финансовых условиях предоставлять свои изобретения, полезные модели и промышленные образы для воплощения в конеч-

ных продуктах и услугах в кратчайшие сроки. В современном мире с высоким темпом внедрения инноваций и частой сменой технологических поколений успеть воплотить объект промышленной собственности в производстве, заработать имя, стать востребованным, получить перспективу на рынке труда, становится истинной целью автора. Эта цель замещает задачу получения паушальной платы за использование патента или лицензионных отчислений в короткий период коммерческой актуальности инновации, решить которую удастся не всегда вследствие наличия у производителя технологических альтернатив. Описанные мотивы поведения авторов объектов промышленной собственности требуют их отражения в системе интеллектуальных прав с помощью инклюзивного метода.

Инклюзивная норма в институте патентного права призвана облегчить авторам задачу продвижения патента к производителю товаров на его основе. Действующее патентное законодательство РФ содержит норму, которая после ее доработки позволит в полной мере реализовать инклюзивный метод в сфере промышленной собственности. Это ст. 1368 «Открытая лицензия на изобретение, полезную модель или промышленный образец». В соответствии с логикой инклюзивного метода финансовые и временные затраты на получение патента и его продвижение в производство должны быть минимизированы настолько это возможно сделать без нарушения принципов и правил патентного законодательства. Минимизация издержек в случае предоставления открытой лицензии заключается в том, чтобы отменить патентную

пошлину, как за выдачу, так и за поддержание патента в силе.

С нашей точки зрения правильным будет установить следующий порядок. Если заявитель изначально указывает, что на патент будет выдана открытая лицензия, то федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности не взимает пошлину за проведение процедуры регистрации и одновременно вместе с выдачей патента публикует сведения об открытой лицензии. Если изначально на патент не предоставлена открытая лицензия, но патентообладатель решил ее выдать позже, то он в соответствии с действующими правилами подает в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности заявление о предоставлении открытой лицензии любому лицу. В этом случае патентная пошлина за поддержание патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец в силе не взимается, начиная с года, следующего за годом публикации федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности сведений об открытой лицензии. Для реализации инклюзивного метода в институте патентного права в ст. 1368 ГК РФ «Открытая лицензия на изобретение, полезную модель или промышленный образец» необходимо внести поправки, устанавливающие вышеизложенный порядок.

Практика предоставления открытых лицензий на запатентованные объекты промышленной собственности должна поощряться государством, которое ставит перед собой модернизационные задачи. Институт открытых лицензий на объекты про-

мышленной собственности поможет запустить механизм обновления производственной базы экономики. Совокупный объем объектов промышленной собственности в режиме открытой лицензией усилит инновационный потенциал страны. Отмена пошлины, взимаемой Роспатентом за открытые лицензии, очевидно, является невысокой платой за улучшение инновационного, а значит и инвестиционного климата в России. Поддержать институт открытых лицензий на объекты промышленной собственности предлагается с помощью внесения поправок в ст. 1368 ГК РФ, которые трансформирую ее в полноценную норму инклюзивного метода в системе интеллектуальных прав.

Проблема гармонизации системы интеллектуальных прав с общественными отношениями, которые складываются на основе их свободного использования, может быть решена при помощи инклюзивного метода в системе интеллектуальных прав. Инклюзивный метод позволит узаконить отношения, основанные на ценности максимального использования, распространенности и доступности объектов интеллектуальной собственности, в отличие от тех моделей отношений, что базируются на предоставлении права использования результата интеллектуальной деятельности за плату, т. е. на ценности, опирающейся на редкость. Инклюзивные отношения базируются на ценности самого факта обращения к результату интеллектуальной деятельности, на аккумуляции внимания к нему большого количества пользователей или небольшой, но целевой аудитории. Инклюзивные отношения на рынке интеллектуальных прав обре-

тают все более надежную экономическую основу в виде конкретных моделей обмена внимания пользователей на материальные и нематериальные блага.

Библиографический список:

1. *Лессиг Л.* Свободная культура. Пер. с англ. М.: Прагматика культуры, 2007.
2. *Fisher W.* Promises to keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment. Stanford University Press, Stanford, California 2004.

ИНФОРМАЦИЯ И ГОСУДАРСТВЕННОЕ УПРАВЛЕНИЕ

И. Г. ШАБЛИНСКИЙ

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», ведущий научный сотрудник Научно-методического центра «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности», заместитель заведующего кафедрой конституционного и муниципального права факультета права, доктор юридических наук, профессор (115184, г. Москва, ул. Малая Ордынка, д. 17, к. 221; тел.: (499) 234-31-39; hse@hse.ru)

СУДЕБНАЯ ВЛАСТЬ И ПОЛИТИЧЕСКИЙ РЕЖИМ: НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ ВЗАИ- МОДЕЙСТВИЯ

Ключевые слова: судебная власть; политический режим; конституционное законодательство; административная вертикаль; правосудие; справедливость судебных решений

Аннотация: Статья посвящена выявлению актуальных проблем зависимости судов от исполнительной власти и шире, проблеме реальной независимости правосудия в Российской Федерации.

Одним из наиболее явных и значимых следствий эволюции политического режима в России в первое десятилетие XXI века оказалось усиление зависимости судов от исполнительной власти. В сущности, этот процесс можно было бы счесть возвращением к дореформенному состоянию. Но всё же дело обстояло сложнее и тоньше. Тут следует хотя бы коротко обрисовать исходные условия реформы.

В советский период суды находились под политическим и идеологическим контролем, олицетворяемым районными, городскими и прочими органами компартии. Этот контроль был вполне совместим и с обычным административным давлением. Судьи, безусловно, были включены в номенклатуру, правящий слой – на разных его уровнях. Замещать должности судей к середине 1970-х гг. могли только члены КПСС (в крайнем случае, в народных судах также и члены ВЛКСМ). Формально ещё с 1930-х гг. в законах провозглашались принципы независимости судей и выборности судов. Народные судьи в СССР избирались населением, но выборные процедуры все 60 лет оставались сугубой формальностью. В бюллетенях всегда была одна фамилия кандидата, определённая (одобренная) соответствующим партийным органом. Гражданам следовало просто донести бюллетень до прорези в ящике. «Избранные» таким путём судьи, разумеется, были совершенно зависимы от того, кто их реально назначил. Т. е. фактически, судебная власть находилась в подчинении административной. Степень этой несвободы могла быть выражена по-разному. В целом, она была обуслов-

лена стилем, прихотями и замашками конкретного руководителя страны, её региона, территории – в общем, стилем власти.

Суды участвовали в организованных властью политических компаниях (гласных и негласных), если эти компании были связаны с мерами уголовной репрессии. Скажем, в конце 1950-х – начале 1960-х гг. по инициативе партийных органов и прокуроров судами достаточно регулярно выносились приговоры за бранные надписи, оставлявшиеся в ходе голосования на выборах в избирательных бюллетенях. Такие надписи квалифицировались как антисоветская агитация. Авторов, несмотря на тайну голосования, успешно выявляли. В середине и конце 1960-х гг. было вынесено также немало приговоров по ст. 209 УК РСФСР – лицам, ведущим «паразитический образ жизни». Суды обычно чётко исполняли волю партии, выраженную в позициях прокуратуры. Но в какой-то момент власть могла утрачивать интерес к подобным «преступлениям». И суды, чутко реагируя на гласные либо негласные установки, вносили в практику коррективы: вопреки жалобам некоторых бдительных членов избирательных комиссий или борцов с «тунеядцами».

Вообще, судьи должны были уметь чувствовать настроение и пожелания начальства. В крайнем случае, последнее могло воспользоваться и «телефонным правом» – методом прямого воздействия. Отметим, кстати, что с советских времён у нас закрепился принцип совпадения судебных и административных территорий. Этот принцип, думается, тоже сыграл определённую негативную роль.

В период перестройки в самом конце 1980-х гг. от выборности судей народных судов отказались – скорее всего, с учётом упомянутой сугубой формальности и дороговизны процедуры выборов. Согласно новому закону народных судей стали назначать областные и приравненные к ним Советы народных депутатов – по представлению Минюста и Верховных Судов союзных республик. Членов областных и краевых судов избирали (назначали) Верховные Советы этих республик.

В те годы популярность приобрела тема «социалистического правового государства». С этой компромиссной идеологической конструкцией не могли поначалу разобраться российские правоведы. Но советская эпоха уже иссякала.

После того как в начале 1990-х гг. прекратил существование однопартийный режим, и распался СССР, перед судебной системой открылась перспектива реформы. Избавление от докучливого политического контроля партийных органов было лишь частью проблемы. Стоял вопрос о восстановлении правосудия как такового.

Реформа судебной системы, как известно, стала частью широкого реформационного процесса. Она, в частности, нашла выражение в создании Конституционного Суда и разделении системы судов общей юрисдикции и арбитражных судов. Постепенно стал оформляться институт судов присяжных.

В то же время, не менее важной задачей оставалось обеспечение независимости судей – прежде всего, от административной власти. Но тут всё оказалось не так просто.

Закон о статусе судей, принятой в 1992 г. (вскоре после первого закона о Конституционном Суде), закрепил и конкретизировал принципы независимости и несменяемости судей. Но в отличие от законов периода перестройки, он наделил полномочиями по назначению федеральных судей не представительные органы, а Президента России. Он должен был осуществлять эти полномочия «по представлению Председателя Верховного Суда РФ» и «с учётом мнения законодательного (представительного) органа субъекта Российской Федерации». Во многом эта конструкция соответствовала духу эпохи. Во многих государствах судьи назначаются президентом — этот опыт оказался востребован. Такой порядок должен был усилить статус судей.

Можно также предположить, что автором закона трудно было полностью освободиться от влияния личности первого российского Президента — Бориса Ельцина. Многими инициаторами реформы он воспринимался как её гарант. И в каком-то смысле, действительно, им был.

Президент стал назначать всех федеральных судей, в том числе (по умолчанию) и председателей и заместителей председателей судов. Это означало, что отбором и проверкой кандидатов на судейские должности занялись в Президентской администрации. Конституция 1993 г. закрепила данный порядок, уточнив процедуру назначения судей высших судов: их стал назначать Совет Федерации по представлению главы государства. Условная независимость судей главных судов страны оказалась

связана с независимостью и влиятельностью «верхней палаты» российского парламента.

Данный порядок начал действовать. И, нужно сказать, что поначалу он не давал особых поводов для беспокойства. Мало-помалу судебная ветвь власти начинала ощущать себя властью. Судьи всё чаще принимали решения, которые могли идти в разрез с интересами административных структур – от глав районов до Администрации Президента РФ. Справедливость таких решений могла оцениваться по-разному. Но не вызвала сомнений то, что они были вынесены самими судьями, не поддавшимися давлению извне.

Примеров таких решений хватало. Можно вспомнить, в частности, оправдательный приговор, вынесенный Верховным Судом в августе 1994 г. генералу В. Варенникову, активному участнику заговора ГКЧП в 1991 г., считавшемуся едва ли не личным врагом тогдашнего Президента России. В феврале 1995 г. Президиум Верховного Суда оставил приговор в силе. Вряд ли всё это сильно поразовало главу государства. Но данные решения для судей Верховного Суда не обернулись неприятностями.

Второй Президент России, судя по всему, придавал роли судов особое значение. Второй год его президентства (2001 г.) ознаменовался внесением поправок в закон о статусе судей. На первый взгляд поправки не так уж много и меняли.

Из закона исчезло упоминание о согласовании кандидатур судей с органами законодательной (представительной) власти регионов. Но появились специальные нормы о назначении Президентом

председателей и заместителей председателей судов – их компетенция была впервые довольно подробно регламентирована. Было предусмотрено, что председатель суда распределяет обязанности между судьями, осуществляет общее руководство аппаратом суда и т. д. Председатели судов и их замы становились, таким образом, полноценными начальниками.

И хотя многими из появившихся в законе полномочий они пользовались и раньше, это было явное усиление статуса. Правда, срок этих полномочий ограничивался двумя шестилетними сроками. По истечении первого срока председатель суда мог быть заменён: решающее слово тут оставалось за Администрацией Президента. Тот, кто определял судьбу председателей судов, получал возможность влиять на поведение судов. Последние приобретали некоторые черты бюрократических иерархически устроенных ведомств.

Необходимо подчеркнуть: в сущности, эти поправки лишь закрепили неформальную практику, чётко обозначившуюся в 2000–2001 гг.

Все кандидаты на судебские должности по-прежнему проходили всестороннюю проверку в структурах Администрации Президента. Но теперь в ещё большей степени, чем раньше, это была проверка на лояльность. Председатели же судов рассматривались (и должны были чувствовать себя) в качестве доверенных лиц президентской власти. Лояльность Президенту не исключала, но скорее даже подразумевала лояльность главе региональной (городской) администрации. Исключения (весьма редкие) составляли случаи, когда регио-

нальный или городской глава был уже по тем или иным причинам не угоден Администрации Президента. Так, например, в октябре 2000 г. Курский областной суд отменил регистрацию в качестве кандидата на губернаторскую должность самого действующего губернатора Александра Руцкого. А в июне 2001 г. городской суд Нижнего Новгорода преградил путь в губернаторы мэру Нижнего Новгорода Юлию Лебедеву. Оба вышли из доверия у власти в Москве.

Суды понемногу встроились в так называемую властную вертикаль – тем более что административные и судебные территории – как уже отмечалось выше – совпадали.

Нужно отметить ещё одну важную деталь. До 2009 г. действовала норма, согласно которой каждый вновь назначенный судья наделялся полномочиями на пять лет с возможностью назначения по истечении этого «испытательного» срока уже без ограничения срока полномочий. Но в этой ситуации переназначение судьи уже целиком зависело от председателя суда. «Испытания» судей при приёме на работу, фактически, действовали 16 лет. За это время произошёл неизбежный отбор. Можно предположить: остались те, кто доказал свою лояльность председателю и административной вертикали.

По закону, давать оценку работе судей, контролировать соблюдение ими правовых и этических норм должны были квалификационные коллегии судей (ККС). Они задумывались как органы судейского сообщества, обеспечивающие его независимость от других ветвей власти, а также беспри-

страстность при разборах конфликтов и жалоб. И тут мы снова сталкиваемся с ситуацией явного разрыва между идеей (вполне рациональной и демократичной) и её воплощением. ККС, фактически, повсеместно оказались под контролем председателей региональных судов.

Особое – одновременно начальствующее и зависимое – положение председателей судов стало предопределять линию поведения коллегий. Они, мягко говоря, не проявляли благосклонности к судьям, настаивающим на своей независимости или не проявляющим готовности автоматически одобрять любую работу следственных органов. И, уже тем более, судьи не должны были испытывать сомнений при рассмотрении дел, связанных с интересами лиц из правящего слоя. Нелояльность (или недостаточная лояльность) могла тут обойтись дорого.

В этих вопросах, впрочем, немалую роль играла личность председателя регионального суда, его способность расставлять и менять судейские кадры. Так, например, строго иерархическая система отношений, связанная с административной вертикалью, сформировалась в московских судах. Для других регионов она, пожалуй, служила ориентиром – с точки зрения обслуживания интересов исполнительной власти. Присмотримся к московскому опыту повнимательнее.

Для начала председателю городского суда потребовалось в 2001 г. (практически сразу после утверждения в должности) заменить председателя ККС, перенести её заседания из помещения одного из районных судов в здание городского суда, а за-

тем — с помощью обновлённой коллегии — избавиться ещё от полутора десятков строптивных судей.

Итогом стало превращение всей системы судов Москвы в достаточно надёжный инструмент административной власти.

Длинный ряд решений, принятых в течение 15 лет по делам, стороной в которых выступало правительство Москвы либо мэр позволяет судить о динамике отношений «суд — власть».

Важно отметить, что мэром, то есть главой Московского Правительства с 1992 по 2010 гг. был один человек — Юрий Лужков. Его восприятие судебной власти, как можно предположить, все эти годы особенно не менялось. А вот отношение судов и судей Москвы к мэру менялось весьма заметно.

В 1990-е гг. мэрия судилась с переменным успехом. Несколько огрубляя, можно сказать, что на два выигранных хозяйственных спора у Лужкова приходился и один проигранный. Причём, в эту пору можно ещё встретить случаи, когда суд вставал на сторону организаций и групп граждан осмеливавшихся оспаривать распоряжения мэра и постановление правительства, связанные с передачей объектов недвижимости. Например, защиту суда в 1993 г. получил «Антисионистский комитет» (споривший с Лужковым и Еврейским культурно-просветительским обществом), в 1994 г. — общество «Спартак» (добивавшееся от Лужкова передачи обещанного здания), Московская товарная биржа (добивавшаяся примерно того же), в 1995 г. ПТУ № 87 (лишённое мэром здания мастерских), в

1996 г. – администрация кинотеатра «Новороссийск» (которой, правда, это не помогло), и т. д.

Подобных решений – не в пользу мэрии и мэра – после 2000 г. мне обнаружить не удалось. Похоже, они были уже просто немыслимы.

В середине и конце 90-х гг. московский мэр ещё мог проиграть в суде дело о защите чести и достоинства. Нужно сказать, он показал себя весьма обидчивым политиком. Основаниями для его исков зачастую становились фразы, носящие характер политических оценок либо аналитических суждений. Например, в мае 1998 г. один из районных судов отклонил иск Ю. Лужкова к Егору Гайдару, предъявленный в связи со статьёй в «Московских новостях» («Почему в Москве жить хорошо»), в которой разбирались коррупционные схемы, используемые в столице. Правда, спустя полгода Мосгорсуд вынес всё же новое решение – в пользу мэра.

И далее, начиная с 2000 г., московские суды удовлетворяли уже все иски главы города. Ю. Лужков как раз восстановил добрые отношения с Президентом: данная новая реальность широко освещалась в СМИ. После этого мэр мог успешно судиться с кем угодно. Например, со своим главным критиком на федеральных телеканалах журналистом С. Доренко (несколько исков в 2000 г.), с Владимирским управлением ФСБ (в 2001 г.), с телеканалом «Россия» (в 2005 г.), с газетой «Известия» (в 2006 г.) и т. д. Суды признавали порочащими честь и достоинство мэра обвинения его в разжигании конфликта в районе Бутово, а фразу одного из адвокатов жителей района («не надо пугать нас рас-

правой...») сочли наносящей вред деловой репутации московской мэрии. В то же время, фразу мэра, назвавшего жителей Бутово «жлобами» суд не признал унижающей достоинство указанных граждан.

Суды защищали мэра от любых упреков и обвинений, подразумевавших коррумпированность Правительства Москвы. Таким образом, были удовлетворены иски Лужкова к журналу GQ (в 2008 г.), к Издательскому дому «Коммерсант» (в 2009 г.), к сопредседателю партии «Правое дело» и телекомпании Ren-TV (в 2009 г.). В апреле 2010 г. Ю. Лужков предъявил иск от имени правительства Москвы лидеру ЛДПР В. Жириновскому (назвавшего «коррупционерами» московских чиновников). Рассмотрение дела несколько затянулось, а в сентябре 2010 г. Ю. Лужков был указом Президента Д. Медведева освобождён от должности мэра. Ситуация слегка изменилась. В октябре 2011 г. глава Администрации Президента С. Нарышкин назвал «запредельным» уровень коррупции в Москве при Ю. Лужкове. Последний немедленно обратился с иском в суд – вероятно, по привычке. Однако в ноябре того же года Савёловский суд отклонил предыдущий иск экс-мэра (к В. Жириновскому), а в декабре Пресненский суд отклонил его иск к С. Нарышкину. Мосгорсуд оставил эти решения в силе.

Позже о коррумпированности власти при Ю. Лужкове писали и говорили самые разные издания. Но экс-мэр уже не пытался оспорить эти оценки в судах. Результат был предсказуем.

Конечно, случай Ю. Лужкова – особый. Главы региональных администраций обычно не прибегают так часто к защите суда. Но модель отношений «губернатор – региональный суд», думается, во всех российских регионах действовала, в общем, по одним и тем же правилам. Судья должен был защищать губернатора. Но именно как институт, а не как личность. Когда глава региона терял политические позиции, судья должен был оперативно делать выводы.

Речь тут шла об отношениях судов с представителями регионального правящего слоя. Нам этот аспект был особенно важен с учётом того, что главным объектом нашего интереса остаётся политический режим. Но та же модель отношений утвердилась в итоге в уголовном судопроизводстве. В 2013 г. Верховный Суд РФ опубликовал статистические данные, согласно которым число вынесенных оправдательных приговоров по уголовным делам в предыдущем году оказалось ниже, чем когда бы то ни было – 0,7%. Может ли это свидетельствовать, скажем, об общем ужесточении уголовной политики? Отчасти да, но дело, думается, всё же не в этом. Главная причина тут – не критическое отношение подавляющего большинства судей к результатам работы следствия. Формирование привычной зависимости от исполнительной власти закономерно приводит к фактическому отказу суда от осуществления функции правосудия. Всё, что сделано следствием будет устраивать зависимый суд, и потому текст обвинительного заключения окажется воспроизведённым в приговоре.

Именно такая судебная власть оказалась совершенно органичной политическому режиму, который сформировался в России к 2013 г. — к 20-летию Конституции.

С. В. ПОТАПЕНКО

Кубанский государственный университет, заведующий кафедрой гражданского процесса и международного права юридического факультета, доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации, Почетный работник судебной системы Российской Федерации (350000, г. Краснодар, ул. Рашпилевская, д. 43; тел.: (861) 275-18-03)

ОТКРЫТОСТЬ И ГЛАСНОСТЬ СУДОПРОИЗВОДСТВА – ОСНОВА КОНСТРУКТИВНОГО ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ СУДОВ И СМИ

Ключевые слова: судопроизводство; правосудие; открытость; массовая информация

Аннотация: В статье обосновывается прямая зависимость между необходимостью обеспечения открытости и гласности судопроизводства в демократическом государстве и взаимодействием судов со средствами массовой информации.

Центральным событием VIII Всероссийского съезда судей стало выступление на нем 18 декабря 2012 г. Президента РФ В. В. Путина¹, который отметил важнейшее достижение нашей судебной системы – по-

¹ Российская газета. 2012. 19 дек.

вышение уровня её открытости. «Такой открытостью не может похвастаться, пожалуй, ни одна судебная система сегодня», – сравнил Президент: в некоторых странах ЕС у судов даже сайтов нет». Обращаясь к российским судьям, Президент РФ сказал: «Просил бы вас активно и дальше работать со средствами массовой информации. Считаю, что нам принципиально важно сформировать компетентное, объективное сообщество судебной журналистики. Кстати, многому здесь можно поучиться и на опыте прежних лет и прежних столетий. В XIX веке, например, в ходе великих преобразований одним из результатов судебной реформы стало рождение очень сильного и влиятельного корпуса судебных репортёров».

Действительно взаимодействию судов и СМИ на основе принципов открытости и гласности судопроизводства уделялось внимание еще в период судебных преобразований императора Александра II во второй половине XIX столетия. Так, в частности, известный российский ученый – юрист Г. А. Джаншиев в 1891 г. писал: «Упускают из виду, как велико воспитательное значение гласности. Оно

проявляется двояко: во-первых, в виде влияния формы и содержания судебного разбирательства на непосредственную аудиторию и, чрез посредство печати, на отсутствующую публику, и, во-вторых, в виде воздействия аудитории на судей и ничем не заменимого контроля печати над судебными действиями»¹.

Другой виднейший российский ученый – юрист И. Е. Энгельман в 1904 г. обращал внимание на то, что гласность более чем какое-либо другое средство контроля над деятельностью судей поднимает нравственный уровень судебного мира, развивает в нем чувство законности, достоинства и приличия, усиливая в то же время доверие к нему общества².

В современной юридической литературе имеется существенный разброс мнений, касающихся понятий открытости, гласности, прозрачности, транспарентности, публичности судопроизводства. Так, например, термин «открытость», по мнению А. К. Горбуза, в большей степени применим к судебному решению, с одной стороны, и деятельности суда в качестве государственного органа – с другой, а понятие «гласность» относится к судебному процессу³. В. И. Анишина отмечает, что в современном понимании содержание принципа транспарентности многогранно и все термины, используемые в названии данного принципа («гласность»,

¹ Джанишиев Г. А. Основы судебной реформы. М., 2004. С. 133.

² Энгельман И. Э. Учебник русского гражданского судопроизводства. Изд. 2-е, испр. и доп. Юрьевъ, 1904. С. 177.

³ Горбуз А. К. Доступность судебного решения // Российская юстиция. 2001. № 1. С. 36.

«открытость», «транспарентность»)), весьма близки по значению, но не идентичны, и каждый из них связан с определенной стороной в организации или деятельности судебной власти¹. Е. Г. Фоменко гласность рассматривается как составляющая публичности, транспарентность – как наиболее широкое понятие, включающее в себя и публичность, и гласность².

В нашем понимании, гласность судопроизводства – это конституционный принцип судопроизводства. «Разбирательство дел во всех судах, – говорится в ч. 1 ст. 123 Конституции РФ, – открытое. Слушание дела в закрытом заседании допускается в случаях, предусмотренных федеральным законом». На основе этого принципа в процессуальных кодексах регламентируются основания и порядок принятия решения о проведении закрытого судебного слушания. Исходя из этого, принцип гласности характеризует само судопроизводство, способ рассмотрения, слушания дела.

Как справедливо отмечал К. Ф. Гуценко, «суть данного принципа состоит в стремлении дать возможность всем гражданам, не являющимся участниками процесса по тому или иному судебному делу, присутствовать при его разбирательстве. Это, по идее, должно способствовать демократизму правосудия; предоставляемая гражданам возмож-

¹ Анишина В. И. Принцип гласности, открытости и транспарентности судебной власти: проблемы теории и практики реализации // Мировой судья. 2006. № 11. С. 21.

² Фоменко Е. Г. Принцип публичности гражданского процесса: истоки и современность: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2006.

ность находиться в помещении, где происходит разбирательство судебного дела, является своеобразной формой народного контроля за правосудием, дисциплинирует суд, вынуждает его более ответственно относиться к решению возникающих вопросов как по существу, так и по форме, проявлять заботу о том, чтобы все происходящее в суде было максимально убедительным, обоснованным»¹.

В отличие от гласности, открытость судопроизводства – это, прежде всего обеспечение доступа к информации о деятельности судов, что вполне закономерно «рассматривается в контексте становления информационного общества и открытости органов государственной власти»².

С учетом определенной синонимичности вышеприведенных понятий открытости, гласности, прозрачности, транспарентности, публичности судопроизводства, на наш взгляд, заслуживает внимания мнение о том, чтобы для простоты и удобства отказаться от некоторых из них и свести к минимуму. Л. С. Аносова предложила использовать два термина: гласность – применительно к судебному разбирательству и открытость – в отношении деятельности суда как государственного органа³.

¹ *Гуценко К.Ф.* Правоохранительные органы: Учебник. 2-е изд., испр. и перераб. М.: КНОРУС, 2013. С. 98.

² *Подняков М. Л.* Практическая реализация принципа открытости правосудия в Российской Федерации. СПб.: Институт проблем правоприменения при Европейском университете в Санкт-Петербурге, 2013. С. 2.

³ *Аносова Л. С.* Конституционный принцип гласности судопроизводства: правовое регулирование и практика реализации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012.

Именно такая итоговая формула «открытость и гласность судопроизводства» воспринята Верховным Судом РФ. Гласность рассматривается как конституционный принцип судопроизводства, закрепленный во всех процессуальных кодексах, т. е. в процессуальном аспекте. А открытость – с позиции обеспечения доступа к информации о деятельности судов, что, в конечном счете, обеспечивает конституционное право каждого на доступ к информации (ч. 4 ст. 29 Конституции РФ), приобретает особую актуальность в современных условиях становления информационного общества и открытости органов государственной власти.

Вопросам реализации судами принципа открытости и гласности судопроизводства посвящено постановление Пленума Верховного Суда РФ от 15 июня 2010 г. № 16 «О практике применения судами Закона Российской Федерации «О средствах массовой информации» (в ред. от 16 сентября 2010 г.)¹ (далее – постановление Пленума ВС № 16). В его преамбуле отмечается, что открытость и гласность судопроизводства, своевременное, квалифицированное, объективное информирование общества о деятельности судов общей юрисдикции способствуют повышению уровня правовой осведомленности о судоустройстве и судопроизводстве, являются гарантией справедливого судебного разбирательства, а также обеспечивают общественный контроль за функционированием судебной власти. Открытое судебное разбирательство является одним из средств поддержания доверия общества к суду.

¹ Российская газета. 2010. № 132, 211.

Таким образом, Пленум Верховного Суда РФ рассматривает открытость и гласность судопроизводства в качестве одноуровневых понятий, обеспечивающих конституционное право каждого на доступ к информации. Социальное значение открытости и гласности в том, что они ставят работу суда под контроль общества, обеспечивают связь между судом и обществом.

Гарантией открытости и гласности судопроизводства является такая организация судебной власти, которая делает реальным доступ граждан и представителей СМИ во все суды. Как пишет Председатель Верховного Суда РФ В. М. Лебедев: «Двери судебных заседаний открыты для каждого, и тот, кто желает увидеть, как вершится правосудие, имеет на это полное право»¹.

Регламентирует порядок доступа граждан, организаций, общественных объединений, органов государственной власти и местного самоуправления к информации о деятельности судов Федеральный закон от 22 декабря 2008 г. № 262-ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации» (в ред. от 28 июня 2010 г.)² (далее – Закон № 262-ФЗ), вступивший в силу с 1 июля 2010 г. Этим Законом, в частности, установлены основные принципы и способы обеспечения доступа к информации о деятельности судов, а также определены формы предоставления такой информации.

Закон № 262-ФЗ разработан по инициативе руко-

¹ Лебедев В. М. Судебная власть в современной России: проблемы становления и развития. СПб., 2001. С. 117.

² СЗ РФ. 2008. № 52. Ч. 1. Ст. 6217; 2010. № 27. Ст. 3407.

водства Верховного Суда РФ. Судьи раньше других осознали, что определенную почву для недоверия общества к судам создают недостаточная открытость судебной системы и отсутствие необходимой прозрачности в ее деятельности, поэтому закон содержит регламентацию вопросов, касающихся открытости и свободного доступа к информации о судах и судебной деятельности, а также к судебным актам

Доступ к информации о деятельности судов может обеспечиваться следующими способами: присутствие в открытом судебном заседании; обнаружение (опубликование) информации о деятельности судов в СМИ; размещение информации в сети Интернет; размещение информации в помещениях судов; ознакомление с информацией из архивных фондов; предоставление информации по запросу. При этом доступ к информации о деятельности судов ограничивается, если она отнесена к сведениям, составляющим государственную или иную охраняемую законом тайну. Доступ к информации обеспечивается судами, Судебным департаментом, органами Судебного департамента, органами судейского сообщества.

Основой «электронного правосудия» в судах общей юрисдикции является Государственная автоматизированная система (ГАС) РФ «Правосудие», представляющая собой территориально распределенную автоматизированную информационную систему, предназначенную для формирования единого информационного пространства судов общей юрисдикции и системы Судебного департамента при Верховном Суде РФ, обеспечивающую

информационную и технологическую поддержку судопроизводства на принципах поддержания требуемого баланса между потребностью граждан, общества и государства в свободном обмене информацией и необходимыми ограничениями на распространение информации. В порядке реализации Закона № 262-ФЗ на базе «ГАС «Правосудие» созданы интернет-портал и сайты судов общей юрисдикции, а также сайты органов судейского сообщества и мировой юстиции.

Действие Закона № 262-ФЗ распространяется на отношения, связанные с предоставлением информации о деятельности судов редакциям средств массовой информации, в части, не урегулированной законодательством РФ о средствах массовой информации (п. 3 ст. 2). В ст. 21 раскрыты цели и формы взаимодействия судов, Судебного департамента, органов Судебного департамента, органов судейского сообщества с редакциями средств массовой информации.

В частности, взаимодействие судов, Судебного департамента, органов Судебного департамента, органов судейского сообщества с редакциями средств массовой информации может предусматривать:

- 1) свободный доступ представителей редакций средств массовой информации в помещения судов, где размещена информация о деятельности судов, а также их присутствие в открытых судебных заседаниях;

- 2) присутствие представителей редакций средств массовой информации на заседаниях органов судейского сообщества в порядке, установленном ак-

тами, регламентирующими деятельность указанных органов;

3) предоставление информации о деятельности судов по запросам редакций средств массовой информации;

4) информационное освещение деятельности судов, в том числе вопросов совершенствования законодательства, регулирующего указанную деятельность;

5) участие представителей судов, Судебного департамента, органов Судебного департамента, органов судейского сообщества в пресс-конференциях и иных совместных с представителями редакций средств массовой информации мероприятиях;

6) аккредитацию в судах, Судебном департаменте, органах Судебного департамента, органах судейского сообщества представителей редакций средств массовой информации;

7) иные формы взаимодействия, обеспечивающие информирование пользователей информацией о деятельности судов.

Важное значение имеет п. 13 Постановления Пленума ВС № 16, которым обращено внимание судов на то, что положения ч. 7 ст. 10 ГПК РФ, ч. 3 ст. 24.3 КоАП РФ, ч. 5 ст. 241 УПК РФ не предусматривают обязанность лиц, присутствующих в открытом судебном заседании и фиксирующих его ход в письменной форме и (или) с помощью средств аудиозаписи, уведомлять суд и получать у него разрешение на фиксацию хода судебного разбирательства в данных формах. К письменной форме фиксации хода судебного разбирательства

относятся в том числе ведение непосредственно в информационно-телекоммуникационной сети Интернет (далее – сеть Интернет) текстовых записей, осуществляемых с помощью компьютерных и иных технических средств, а также зарисовки судебного процесса.

Таким образом, лица, присутствующие в открытом судебном заседании, имеют право не только делать заметки по ходу судебного заседания, но и в режиме реального времени публиковать их в текстовом режиме в социальных сетях и в электронных средствах массовой информации с использованием собственных технических средств. Такие публикации производятся без специального разрешения судьи – председательствующего в судебном заседании.

В этом же пункте своего постановления Пленум Верховного Суда РФ дополнительно разъяснил, что фотосъемка, видеозапись, киносъемка, а также трансляция по радио и (или) телевидению хода судебного разбирательства могут осуществляться исключительно с разрешения суда (ч. 7 ст. 10 ГПК РФ, ч. 3 ст. 24.3 КоАП РФ, ч. 5 ст. 241 УПК РФ). В таком же порядке допускается осуществление видеотрансляции хода судебного разбирательства в сети Интернет.

В судебной практике нередки случаи, когда участники судебного разбирательства высказывают возражения относительно проведения кино-, фотосъемки, видеозаписи или трансляции судебного заседания по радио, телевидению и (или) в сети «Интернет», ссылаясь на ч. 1 ст. 23 Конституции РФ, согласно которой каждый имеет право на

неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени.

М. В. Баглай считает, что частную жизнь составляют те стороны личной жизни человека, которые он в силу своей свободы не желает делать достоянием других. Это своеобразный суверенитет личности, означающий неприкосновенность ее «среды обитания»¹. Резонно задать вопрос о том, является ли средой обитания личности судебное разбирательство. Думается, что такая среда обитания для нормального здравомыслящего человека скорее исключение, чем правило. В этом случае судам следует учитывать разъяснения, содержащиеся в п. 7 постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 26 марта 2009 г. № 5/29 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»², исходя из которых под съемкой, проводимой в местах, открытых для свободного посещения, понимается в том числе кино- и фотосъемка, видеозапись, осуществляемая в ходе проведения открытых судебных заседаний, поэтому по смыслу ст. 152.1 ГК РФ согласие гражданина на обнародование и дальнейшее использование его изображения не требуется.

Е. Г. Фоменко обоснованно предлагает законодательно урегулировать процессуальную деятельность судов по общению со СМИ путем дополне-

¹ Баглай М. В. Конституционное право Российской Федерации. М., 1999. С. 181.

² Российская газета. 2009. 22 апр.

ния ст. 158 ГПК РФ положением о необходимости разъяснения прав и обязанностей присутствующим представителям средств массовой информации. По ее мнению, включение в правовое процессуальное поле средств массовой информации будет служить объективным критерием независимости «третьей власти»¹.

Кодекс судейской этики, утвержденный на очередном VIII Всероссийском съезде судей в декабре 2012 г., в главе «Принципы и правила профессионального поведения судьи» содержит ст. 13 «Взаимодействие со средствами массовой информации», где, в частности, отмечается, что судья должен способствовать профессионально грамотному освещению в средствах массовой информации работы суда и судей, так как это не только помогает формированию правосознания граждан и укреплению доверия к суду, повышению авторитета правосудия, но и содействует выполнению средствами массовой информации их важной общественной функции по информированию граждан обо всех социально значимых событиях.

Тем самым с помощью корпоративных этических норм судьи настраиваются на конструктивное взаимодействие со СМИ. Однако имеются также иные способы воздействия на судей, не считающихся с требованиями закона о гласности и открытости судопроизводства.

Так, согласно п. 23 постановления Пленума ВС № 16 несоблюдение требований о гласности судопроизводства

¹ *Фоменко Е. Г.* Принцип публичности гражданского процесса: истоки и современность: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2006.

производства (ст. 10 ГПК РФ, ст. 24.3 КоАП РФ, ст. 241 УПК РФ) в ходе судебного разбирательства свидетельствует о нарушении судом норм процессуального права и является основанием для отмены судебных постановлений, если такое нарушение соответственно привело или могло привести к принятию незаконного и (или) необоснованного решения, не позволило всесторонне, полно и объективно рассмотреть дело об административном правонарушении либо привело или могло привести к постановлению незаконного, необоснованного и несправедливого приговора (п. 4 ч. 1 и ч. 3 ст. 330, ст. 387 ГПК РФ, п. 3, 4 ч. 1 ст. 30.7, п. 3, 4 ч. 2 ст. 30.17 КоАП РФ, п. 2 ч. 1 ст. 369, ч. 1 ст. 381 УПК РФ). Так, проведение всего разбирательства дела в закрытом судебном заседании при отсутствии к тому оснований, предусмотренных ч. 2 ст. 10 ГПК РФ, ч. 1 ст. 24.3 КоАП РФ и ч. 2 ст. 241 УПК РФ, является нарушением принципа гласности судопроизводства и влечет за собой отмену судебных постановлений в установленном законом порядке.

Таким образом, открытость и гласность судопроизводства – это не частное дело судей, а установленное законом направление государственной политики, которого судьи должны неукоснительно придерживаться.

Библиографический список:

1. *Джанишиев Г. А.* Основы судебной реформы. М., 2004.
2. *Энгельманъ И. Э.* Учебникъ русского гражданского судопроизводства. Изд. 2-е, испр. и доп. Юрьевъ, 1904.

3. *Горбуз А. К.* Доступность судебного решения // Российская юстиция. 2001. № 1.

4. *Анишина В. И.* Принцип гласности, открытости и транспарентности судебной власти: проблемы теории и практики реализации // Мировой судья. 2006. № 11.

5. *Фоменко Е. Г.* Принцип публичности гражданского процесса: истоки и современность: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2006.

6. *Гуценко К. Ф.* Правоохранительные органы: Учебник. 2-е изд., испр. и перераб. М.: КНОРУС, 2013.

7. *Подняков М. Л.* Практическая реализация принципа открытости правосудия в Российской Федерации. СПб.: Институт проблем правоприменения при Европейском университете в Санкт-Петербурге, 2013.

8. *Аносова Л. С.* Конституционный принцип гласности судопроизводства: правовое регулирование и практика реализации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012.

9. *Лебедев В. М.* Судебная власть в современной России: проблемы становления и развития. СПб., 2001.

10. *Баглай М. В.* Конституционное право Российской Федерации. М., 1999.

А. В. МОРГУН

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», аспирант Научно-методического центра «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности» (119017, г. Москва, ул. Малая Ордынка, д. 17; тел.: (499) 238-31-39; hse@hse.ru)

ОСОБЕННОСТИ НЕКОТОРЫХ ИНФОРМАЦИОННЫХ СПОРОВ В СФЕРЕ РЕКЛАМЫ

Ключевые слова: право; реклама; информационные споры; бранные слова; некорректные сравнения; «зонтичная реклама»

Аннотация: С момента формирования института рекламы одной из ключевых задач правового регулирования в данной сфере стал вопрос оценки этики и безопасности рекламной информации. Рекламный контент в средствах массовой информации стал вызывать некоторое количество информационных споров, в процессе разрешения которых появлялось понимание правоприменителей, что существует целый ряд вопросов, на которые законодатель не в состоянии дать ответ. В частности, такая постановка вопроса касалась споров, связанных с ненадлежащей рекламой с использованием бранных слов, непристойных и оскорбительных образов, а также связанных с ненадлежащей рекламой в форме некорректных сравнений.

Наиболее существенно данная проблема возникает в процессе разрешения информационных споров в судебной инстанции.

С момента принятия Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»)¹ правоприменительная практика указала не только на его преимущества, но и недостатки. Она показала, что определенные сегменты отношений, связанные с рекламной деятельностью так и не были урегулированы законом должным образом, а некоторые его запреты послужили причиной новых информационных споров и жалоб, в большей степени информационных споров по поводу содержания рекламного материала.

Данные информационные споры обладают определенной спецификой. В частности, общей чертой решений, выносимых по результатам разрешения указанных споров, на наш взгляд, является достаточно ярко выраженная субъективность, произвольность в процессе выбора критериев оценки отдельных слов и выражений – в сущности, в процессе разбора сквернословия. Например, работа судов, рассматривающих такого рода споры, сводится, таким образом, к не очень плодотворным эстетико-лингвистическим дискуссиям. Это свидетельствует о том, что информационные споры в сфере рекламы – в частности, в сфере этики рекламы – должны рассматривать органы саморегулирования при соответствующем расширении их полномочий. Это, с одной стороны, ускорило бы

¹ СЗ РФ. 2006. № 12. Ст. 1232.

выработку критериев – общеприемлемых для рекламного сообщества, а с другой стороны – позволило бы разгрузить суды.

Но сначала рассмотрим коротко ряд проблем, связанных с изменением законодательства в этой части.

Как известно, из Федерального закона «О рекламе» было исключено понятие «неэтичная реклама». Взамен указанного понятия в Федеральном законе «О рекламе» появились новые категории недобросовестной рекламы:

- реклама с использованием бранных слов, непристойных и оскорбительных образов;

- реклама с использованием сравнений и выражений, в том числе в отношении пола, расы, национальности, профессии, социальной категории, возраста, языка человека и гражданина, официальных государственных символов (флагов, гербов, гимнов), религиозных символов, объектов культурного наследия (памятников истории и культуры) народов Российской Федерации, а также объектов культурного наследия, включенных в Список всемирного наследия (ч. 6 ст. 5).

Важно отметить, что отказ от понятия «неэтичная реклама» сопровождался определенным расширением сферы «неэтичного». В частности, ранее неэтичной признавалась реклама, «порочащая объекты искусства, составляющие национальное или мировое культурное достояние». Согласно же норме действующего закона (п. 6 ст. 5), в рекламе, в частности, не допускается использование непристойных и оскорбительных образов в отношении объектов культурного наследия (памятников исто-

рии и культуры) народов Российской Федерации, а также объектов культурного наследия, включенных в Список всемирного наследия. С последним все более или менее ясно – названный список представляет собой перечень конкретных объектов. А вот понятие «объектов культурного наследия, памятников истории и культуры» оказалось весьма расплывчатым.

Это послужило причиной целого ряда споров.

В частности, в 2009 г. Экспертный совет по применению законодательства о рекламе при Управлении ФАС по Республике Коми признал, что реклама пейнтбольного клуба в Сыктывкаре, в которой использован образ с самого известного плаката времен Великой Отечественной войны – «Родина-мать зовет!», оскорбляет чувства ветеранов и рекомендовал возбудить дело о нарушении закона о рекламе. Экспертный совет также рассмотрел вопрос о рекламе сыктывкарского такси, в которой был использован образ с плаката времен Гражданской войны «Ты записался добровольцем?». О том, что реклама оскорбляла чувства ветеранов гражданской войны, говорить было трудно. Но некоторые члены совета настаивали на том, что данный плакат широко использовался и во время Великой Отечественной войны. Поэтому совет признал, что реклама с использованием этого образа также оскорбляет чувства ветеранов, и рекомендовал возбудить дело о нарушении законодательства о рекламе по этому факту. Поводом к рассмотрению Экспертным советом всех этих вопросов явились жалобы граждан на неправомерное, оскорбительное использование в рекламе плакатов, которые

члены совета признали памятниками истории и культуры¹.

Другим примером является признание судом наличия нарушения ч. 6 ст. 5 Федерального закона «О рекламе» в действиях компании «Гринфилдбанк». Компания разместила рекламу банковского вклада с текстом: «Победа-65» – Сделай свой вклад Победным!». Суд признал, что в данном случае совокупное использование в рекламе слогана «Сделай свой вклад Победным!», а также образа скульптуры «Родина-мать зовет!» и изображения георгиевской ленты может оскорблять чувства участников Великой Отечественной войны, пожилых людей².

Такое толкование понятия «памятники истории», на наш взгляд, можно считать расширительным.

Но наибольшее внимание общественности вызывали информационные споры, связанные с использованием бранных слов, непристойных и оскорбительных образов. Надо сказать, что ранее законодателями была сделана попытка каким-то образом уточнить понятие неэтичной рекламы. В частности, до принятия Федерального закона «О рекламе» 2006 г. в Государственную Думу Российской Федерации был внесен Проект Федерального закона № 305247-3 «О внесении дополнений в ст. 8 и ст. 20 Федерального закона «О рекламе». В нем предлагалось с учетом сложившихся исторических, культурных традиций отнести к неэтичной

¹ Ответ за Родину // Интерфакс // <http://www.interfax.ru>

² Постановление ФАС Московского округа от 19 января 2012 г. по делу № А40-145305/10-106-985 // <http://www.msk.arbitr.ru>

рекламе, в том числе рекламу, содержащую визуальную информацию в виде показа обнаженного человеческого тела, в том числе, в нижнем белье и (или) прозрачной (полупрозрачной) одежде в целях защиты несовершеннолетних от морального вреда, наносимого показом такого рода рекламы¹.

Данный подход был, конечно, спорным, но стремление законодателя дать точное определение неэтичной рекламе было вполне объяснимо. Проблема квалификации того или иного рекламного материала в качестве «неэтичного» возникала на всех стадиях рассмотрения информационных споров в связи с ненадлежащей рекламой. В сущности, процесс разрешения указанных споров сводится к определению тех или иных критериев ненадлежащей рекламы с использованием бранных слов, непристойных и оскорбительных образов.

Следует отметить, что разрешение существенного количества споров, связанных с так называемой «неэтичной» рекламой до определенного момента зависело от количества и содержания представляемых сторонами в качестве доказательств экспертных заключений. Предметом спора при этом становилось значение того или иного слова в рекламном материале. На стадии судебного рассмотрения подобных информационных споров экспертные заключения принимаются в качестве доказательств, в соответствии с ч. 1 ст. 26.1 Кодекса об административных правонарушениях (далее – Ко-

¹ Проект Федерального закона № 305247-3 «О внесении дополнений в ст. 8 и ст. 20 Федерального закона «О рекламе» // Официальный сайт Государственной Думы ФС РФ // <http://www.duma.gov.ru>

АП РФ) наравне с остальными доказательствами¹. Тем не менее, согласно сложившейся практике в процессе рассмотрения информационных споров, в связи с ненадлежащей рекламой, именно экспертным заключениям придавалось особое, решающее значение. В некоторых случаях эти заключения встречали одобрения обеих сторон – поскольку фиксировали очевидные вещи.

Можно, например, вспомнить такую роль заключения в споре по делу № А68-5666/08-439/8 в Тульской области. Основанием для спора послужила публикация компании «С» в газете «Слобода» за 2 июля 2008 г. № 27 на странице 14 в рубрике «Здоровье» рекламного макета «Похудение без диет и без запретов». Так как в слове «похудение» отсутствовала буква «д», УФАС по Тульской области привлек ООО «С» к административной ответственности, посчитав, что данная реклама свидетельствует о нарушении ими требований ч. 6 ст. 5 Федерального закона «О рекламе» и содержит бранное (нецензурное) слово. Согласиться с тем, что это лишь опечатка, Управление антимонопольной службы по Тульской области оказалось готовым лишь с учетом акта экспертизы (согласно экспертному заключению от 28 октября 2008 г. № 47-10/08, данного РОО «Гильдия лингвистов-экспертов по документальным и информационным спорам» в рамках проведенной по назначению суда лингвистической экспертизы, использование в рекламном пакете написания слова «похудение» с пропуском буквы «д» следовало рассматривать как опечатку, которая не могла рассматриваться в ка-

¹ СЗ РФ. 2002. № 1. Ч. 1. Ст. 1.

честве обсценизма, то есть бранного слова). В данном случае, экспертное заключение представлялось вполне объективным, поскольку контекст указанной рекламы явно не предполагал наличия бранного слова в рекламной информации¹.

Отметим, что одним из важных критериев определения ненадлежащей рекламы с использованием бранных слов, непристойных и оскорбительных является именно контекст указанной рекламы. В то же время в практике можно встретить случаи, когда суды игнорировали контекст рекламной информации и принимал экспертным оценкам решение.

Например, одним из таких спорных решений стало решение Арбитражного суда Республики Саха (Якутия) об отмене постановления УФАС по Республике Саха (Якутия) №03-118/09Р от 12 августа 2009 г. в отношении ООО «Телемарт Якутск». Последнее осуществляло распространение рекламы следующего содержания: «К нашим ЦЕНАМ вернулся ПОЛНЫЙ ПЕСЕЦ! ПЕСЕЦ ТОЛЩЕ, ЦЕНЫ ТОНЬШЕ! МОБИЛЬНИКИ ЕЩЕ ДЕШЕВЛЕ». В рекламе использовался образ животного (песца), в нижней части которого имеется надпись «цензура». В данном информационном споре примечательно то, что УФАС по Республике Саха (Якутия) на основании п. 35 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе, утвержденных постановлением Прави-

¹ Постановление Федерального арбитражного суда Центрального округа от 7 апреля 2009 г. по делу № А68-5666/08-439/8 // <http://www.msk.arbitr.ru>

тельства РФ от 17 августа 2006 г. № 508, самостоятельно обратилось к эксперту с просьбой дать заключение на указанный рекламный материал. Эксперты установили наличие устойчивой ассоциации в языковом сознании носителей русского языка, особенно молодого и среднего поколения, слова «песец» с обсценной лексикой. В то же время ими было отмечено, что при соответствии указанного слова орфографическим нормам правил русского языка нельзя однозначно утверждать, что само по себе слово «песец» является непристойным и не-литературным словом, бранным словом, поскольку оно может быть употреблено и в значении, не воспринимаемом в качестве оскорбительного¹.

Несмотря на то, что в экспертном заключении не было однозначной оценки указанного рекламного материала, из экспертизы следует, что использование обсценного слова в завуалированной форме и устойчивая ассоциация в языковом сознании носителей русского языка с обсценной лексикой нарушает ч. 6 ст. 5 Федерального закона «О рекламе». Однако Арбитражный суд Республики Саха (Якутия) дал свою оценку указанному экспертному заключению, указав на то, что в отношении текста рекламы заключение составлено в отрыве от изображения, осуществлено без социологического опроса. Суд также пришел к выводу о том, что Управлением не доказано, что реклама содержит бранные слова, непристойные и оскорбительные

¹ Решение Арбитражного суда Республики Саха (Якутия) об отмене постановления УФАС по Республике Саха (Якутия) № 03-118/09Р от 12.08.2009 г. // <http://www.msk.arbitr.ru>

выражения и соответственно является ненадлежащей. Хотя на наш взгляд, в данном случае из контекста данного рекламного слогана вытекает его вполне бранный, оскорбительный смысл¹.

Итак, чаще всего информационный спор выстраивается вокруг контекста рекламной информации. В связи с наличием такого рода решений, возникает вопрос о значении понятия «контекст» рекламной информации.

«Контéкст (от лат. contextus – «соединение», «связь») – законченный отрывок письменной или устной речи (текста), общий смысл которого позволяет уточнить значение входящих в него отдельных слов, предложений»².

Такой параметр как «изображение» в основном рассматривается судами как часть контекста, но в большей степени это касается рассмотрения споров, связанных с рекламой с использованием непристойных образов. В отдельных спорах важным элементом контекста является не только изображение, но и соответствующий видеоряд.

Например, согласно решению Арбитражного суда Республики Хакасия от 9 февраля 2008 г. по делу № А74-2480/2007-Ф02-760/2008 использование в рекламе визуальных образов и выражения – фразы «как два пальца» и изображения кулака, где большой палец руки находится между указатель-

¹ Решение Арбитражного суда Республики Саха (Якутия) об отмене постановления УФАС по Республике Саха (Якутия) № 03-118/09Р от 12 августа 2009 г. // <http://www.msk.arbitr.ru>

² *Торсуева И. Г.* Контекст / В кн.: Лингвистический энциклопедический словарь. М.: СЭ, 1990. С. 238–239.

ным и средним, было не признано непристойным и оскорбительным. Как следует из материалов дела, согласно п. 1.2 договора от 7 августа 2007 г. № 7, заключенному между ИП Чувашовой Н. А. и обществом с ограниченной ответственностью «Хакасское кредитное агентство», предприниматель изготовила рекламный постановочный видеоролик, содержащий печатный текст, закадровый текст, читаемый женским голосом и изображение в виде 12 фрагментов, распространенном на телевизионном канале НТВ. Не принимая оценок лингвистической экспертизы кандидата филологических наук Тазминой И. Б., указывающей на наличие в рекламе непристойных и оскорбительных образов, сравнений и выражений, суд первой инстанции посчитал, что экспертом не было объяснено, почему изображение кукиша оскорбляет чувства зрителей. С точки зрения суда, ничего оскорбительного в данном изображении не было¹.

Возвращаясь к спорам, связанным с ненадлежащей рекламой в связи с использованием бранных слов, стоит отметить, что одним из возможных критериев ненадлежащей рекламы, на которые часто указывают как эксперты, так и суд в подобных спорах является наличие устойчивой ассоциации в языковом сознании носителей русского языка спорного слова с обценной лексикой. Данный критерий, также является ключевым в разрешении споров, связанных с использованием бранных слов, непристойных и оскорбительных образов. В боль-

¹ Постановление Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 11 марта 2008 г. № А74-2480/2007-Ф02-760/2008 // <http://www.msk.arbitr.ru>

шинстве случаев рекламодаделец старается явно не нарушать прямой запрет на использование в рекламе бранных слов, и в тоже время стремится привлечь к рекламному материалу внимание. В одном из экспертных заключений «ассоциация» была обозначена как механизм восприятия индивидом материала, а также указаны такие закономерности и принципы восприятия как: принцип близости, принцип замыкания, принцип фигуры и фона¹.

Этот анализ позволяет сделать вывод о том, что изображение, фон, близость расположения – также являются частью контекста рекламного материала, а соответственно, использование таких критериев как «ассоциативность» и «контекстуальность» в установлении факта ненадлежащей рекламы, очевидно, связаны друг с другом, но в тоже время обладают различной природой.

Рассмотрим информационный спор, в основе разрешения которого лежит исключительно принцип «ассоциативности».

ООО «Твинс-Урал» обратилось в арбитражный суд с заявлением о признании незаконными и отмене решения Управления Федеральной антимонопольной службы по Челябинской области № 524/08 от 14 января 2010 г. о признании ненадлежащей рекламы зоомагазина «Твинс-Урал»: «все \$уки, как \$уки, а я царица!», распространенную в г. Челябинске. ООО «Твинс-Урал» полагало, что

¹ Решение Арбитражного суда Республики Саха (Якутия) об отмене постановления УФАС по Республике Саха (Якутия) № 03-118/09Р от 12 августа 2009 г. // <http://www.msk.arbitr.ru>

если даже предположить, что было бы написано слово «сука», то, как следует из лингвистической экспертизы, проведенной автономной некоммерческой организацией «СОЮЗЭКСПЕРТИЗА» Торгово-промышленной палаты РФ № 026-21-00011 от 27 июля 2009 г. в контексте рекламного текста применение слова «суки» является профессиональным термином, определяющим пол животного (собаки). По мнению ООО «Твинс-Урал» использование профессиональной лексики в рекламных текстах действующим законодательством РФ не запрещено, а также обращает внимание на то, что значение слова «сука» в словаре Ушакова – «самка домашней собаки, а также вообще из рода собак». Данный информационный спор является показательным, так как это одно из многочисленных дел, в котором сторона информационного спора заявила в качестве доказательств огромное количество актов лингвистической экспертизы, поддерживающих его позицию. В частности, заключение Фатхутдиновой А. Г, преподавателя русского и башкирского языков и литературы (т. 1 л. д. 134), в котором указано, что с точки зрения башкирской филологии и семантики башкирского языка спорная реклама не содержит бранных слов, оскорбительных образов и двусмысленных ассоциаций; заключение Д. С. Скареева, кандидата филологических наук (т. 1 л. д. 140), в котором указывалось, что спорная реклама представляет собой образец эпатажной, но нормативной лексики, так как он не вызывает оскорбительных ассоциаций, не содержит бранных слов и непристойных образов в контексте видеоряда. Благодаря использованию знака

доллара данная реклама привлекает и удерживает внимание, вызывает побудительные эмоции и, следовательно, обеспечивает потенциальное действие, необходимое рекламодателю и других. В данном заключении эксперта содержался вывод о том, что слово «\$уки» имеет ребусное написание¹.

Можно допустить, что подобные экспертные заключения составляются в угоду одной из сторон информационного спора, что делает его разрешение ещё более затруднительным.

Еще раз отметим тут, что споры, связанные с использованием бранных слов и непристойных и оскорбительных образов должны разрешаться на основании таких критериев как «ассоциативность» и «контекстуальность».

Важно, что судебные инстанции в каждом отдельном случае требуют обоснования того или иного критерия в различных формах: наличия в экспертных заключениях оценки изображения, видеоряда как части контекста, либо социологического опроса и экспертного заключения, как подтверждения ассоциативности рекламного слогана с обценными словами.

Есть немало примеров из судебной практики, когда в качестве одного из доказательств, представленных антимонопольным органом, использовалось экспертное заключение специалиста социологической лаборатории, основанное на данных опроса потребителей рекламы: Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 3 мая 2012 г. по

¹ Решение Арбитражного суда Челябинской области по делу № А76-5366/2010-45-181 от 16 ноября 2010 г. // <http://www.msk.arbitr.ru>

делу № А43-23178/2011; Постановление ФАС Поволжского округа от 7 июля 2011 г. по делу № А55-22835/2010; Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 31.01.2011 г. по делу № А63-5935/2010; Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 20.07.2011 г. по делу № А58-7608/2010¹.

Важно, что социологические опросы могут быть использованы не только как подтверждение ассоциации с бранными словами и наличие оскорбительных образов, но и как подтверждение воздействия, которое может оказать рекламный материал.

Впервые такой параметр как «воздействие и влияние рекламного материала на потребителя рекламы» был приведен в п. 17 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 декабря 1998 г. № 27 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе»². Указанный критерий касался оспаривания в суде факта распространения рекламы с нарушением требований Закона в защиту несовершеннолетних.

Помимо этого данный критерий в совокупности с критерием «ассоциативности» был использован в качестве юридического основания в решении Арбитражного суда Красноярского края по делу № А33-50/2008-03АП-752/2008 от 16 мая 2008 г. Рассмотрим подробнее данное дело. В решении суда

¹ <http://www.msk.arbitr.ru/>

² Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25 декабря 1998 г. № 27 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе» // Вестник ВАС РФ. 1999. № 2.

было отмечено следующее. В ходе проверки печатных СМИ г. Красноярска на предмет нарушений Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» в журнале «Деловой квартал» № 31 (85) от 3 сентября 2007 г. была выявлена реклама следующего содержания: на белом фоне изображена рыба, над которой расположена надпись: «Вы уху ели?». В левом верхнем углу был расположен текст: «Бар «Самогон» культура питья крепких напитков пр. Мира, 64 тел. 66-02-83». Внизу на рекламном поле надпись «Дни ухи. Рыбная неделя». Словосочетание «вы уху ели» написано по диагонали рекламного поля, заглавные буквы в нем отсутствовали. Начальная буква «у» в выражении «уху ели» расположена ниже остальных букв. При написании данного словосочетания внимание акцентируется на второй части выражения, при быстром прочтении которой слышится бранное слово¹.

Не согласившись с данным судебным решением, ООО «Практика» обратилось с апелляционной жалобой, мотивируя свою позицию следующими доводами: суд необоснованно расширил толкование п. 17 Информационного Письма Высшего Арбитражного Суда № 37 от 25 декабря 1998 г., оценив воздействие рекламы на часть аудитории, а не конкретно на несовершеннолетних, о защите которых идет речь в указанном пункте. По мнению заявителя, в данном случае необходимо было оцени-

¹ Решение Арбитражного суда Красноярского края по делу № А33-50/2008-03АП-752/2008 от 16 мая 2008 г. // <http://www.msk.arbitr.ru>

вать рекламу по содержанию, а не по воздействию, которое она может оказать¹.

В поддержку указанной позиции о том, что данный критерий нельзя использовать в качестве основания для судебного решения, следует отметить следующее: «воздействие и влияние рекламного материала на потребителя рекламы» сложно проверить.

Также стоит обратить внимание на тот факт, что воздействие на потребителя рекламы не возможно в отсутствии наличия двух других критериев — «ассоциативности» и «контекстуальности». Так в приведенном информационном споре, так и в подобных спорах, в сущности, предметом спора является не использование в рекламе бранного слова, негативно влияющего на несовершеннолетних потребителей рекламы, а использование сочетания, вызывающего соответствующую ассоциацию: лингвистическая экспертиза от 28 сентября 2007 г., проведенная доктором филологических наук, профессором Т. М. Григорьевой установила, что указанной рекламе бара «Самогон» бранные слова и выражения отсутствуют, но в пределах данной фразы могут возникнуть смысловые ассоциации непристойного содержания, распространять данный опыт рекламирования не следует (л. д. 28–29). В то же время профессором кафедры философии СибЮИ МВД России, доктором психологических наук Ю. Г. Паниковой по обращению Красноярского УФАС России проведена пси-

¹ Решение Арбитражного суда Красноярского края по делу № А33-50/2008-03АП-752/2008 от 16 мая 2008 г. // <http://www.msk.arbitr.ru>

хологическая экспертиза указанной рекламы, по результатам которой установлено, что в данной рекламе бара «Самогон» присутствуют бранные слова¹.

С учетом подобных случаев расхождения экспертных оценок некоторых аспектов рассматриваемого рекламного материала, а иногда и по существу Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ (далее – Пленум ВАС РФ) в постановлении № 58 от 8 октября 2012 г. «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» указал следующее. По делам о привлечении лиц к административной ответственности, предусмотренной ст. 14.3 КоАП РФ, за использование ими в рекламе бранных слов, непристойных и оскорбительных образов, сравнений и выражений при решении вопроса об отнесении тех или иных слов к числу бранных или образов, сравнений и выражений к числу непристойных (то есть крайне предосудительных и недопустимых ввиду неприличия) и (или) оскорбительных (то есть способных причинить обиду) специальных знаний, как правило, не требуется. Ввиду чего не требуется назначение судом экспертизы, поскольку суд вправе и в силах самостоятельно оценить по своему внутреннему убеждению соответствующие слова, использованные в рекламе на

¹ Решение Арбитражного суда Красноярского края по делу № А33-50/2008-03АП-752/2008 от 16 мая 2008 г. // <http://www.msk.arbitr.ru>

предмет их бранности, непристойности, оскорбительности¹.

На наш взгляд, данное положение также не является путем решения проблемы. Суды по-прежнему перегружены рассмотрением споров, связанных с использованием бранных слов в рекламе. Хотя регулирование вопросов этичности и пристойности рекламы в большинстве развитых стран осуществляется на уровне саморегулирования: при проведении предварительных экспертиз, путем осуждения рекламы рекламными ассоциациями².

Учитывая перспективу, намеченную Пленумом ВАС РФ, следует обратить особенное внимание на альтернативные механизмы разрешения споров. Речь идет об участии саморегулируемых организаций. В нашей стране сложилась определенная практика саморегулирования, плюсы и минусы которой стоит рассмотреть отдельно.

Существенная часть споров, которую также можно выделить в отдельную категорию информационных споров и охарактеризовать как сложный и комплексный вид – споры, в связи с ненадлежащей рекламой в форме некорректных сравнений. В соответствии с ч. 2 ст. 5 Федерального закона «О рекламе» реклама считается недобросовестной, если содержит некорректные сравнения

¹ Постановление Пленума ВАС РФ № 58 от 8 октября 2012 г. «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» // <http://www.arbitr.ru>

² *Богацкая С. Г.* Правовое регулирование рекламной деятельности: Учебное пособие. М.: Университетская книга, 2007. С. 35.

рекламируемого товара с продукцией других производителей или продавцов. В то же время, п. 3 ч. 1 ст. 14 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Федеральный закон «О защите конкуренции») «гласит, что не допускается некорректное сравнение хозяйствующим субъектом производимых или реализуемых им товаров с товарами, производимыми или реализуемыми другими хозяйствующими субъектами¹.

Таким образом, согласно существующей конструкции ст. 5 Федерального закона «О рекламе» реклама, являющаяся актом недобросовестной конкуренции в соответствии с антимонопольным законодательством, является отдельным видом недобросовестной рекламой.

Так как признаки недобросовестной рекламы в форме некорректных сравнений и признаки актов недобросовестной конкуренции практически совпадают, возникает также проблема установления состава административного правонарушения. Поскольку нельзя дважды наказать за одно и то же деяние, Пленум ВАС РФ дал следующее разъяснение: «при разграничении сферы применения названных статей КоАП РФ судам необходимо исходить из того, что если ложные, неточные или искаженные сведения, которые могут причинить убытки хозяйствующему субъекту либо нанести ущерб его деловой репутации, некорректное сравнение хозяйствующим субъектом производимых или реализуемых им товаров с товарами, производимыми или реализуемыми другими хозяйствую-

¹ СЗ РФ. 2006. № 31. Ч. 1. Ст. 343.

щими субъектами, находящимися в состоянии конкуренции с указанным лицом, а также иная информация, распространение которой отвечает признакам недобросовестной конкуренции, содержащаяся в рекламе, то применяется административная ответственность, установленная ст. 14.3 КоАП РФ, а не ст. 14.33 КоАП РФ». В тоже время, если информация, распространение которой отвечает признакам недобросовестной конкуренции, распространяется не только посредством рекламы, но и другим способом (например, на этикетках товара, в переписке с контрагентами по договорам), лицо подлежит привлечению к административной ответственности на основании ст. 14.33 КоАП РФ.

Казалось бы, проблема квалификации этих двух составов решена, но в тоже время возникает вопрос: зачем выделять недобросовестную рекламу, являющуюся актом недобросовестной конкуренции в качестве самостоятельного вида? Ведь сложившаяся практика показывает, что недобросовестная реклама в форме некорректных сравнений и порочащая честь, достоинство и деловую репутацию недобросовестная реклама, по сути, и является актом недобросовестной конкуренции и подпадает под действие Федерального закона «О защите конкуренции».

Возможно, стоит исключить п. 4 ч. 2 ст. 5 Федерального закона «О рекламе», так как на практике он не является отдельным основанием для привлечения рекламодателей к ответственности. Ведь все основные признаки недобросовестной конкуренции в рекламе в форме некорректных сравнений уже присутствуют: она является действием хозяй-

ствующего субъекта, которое направлено на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности и противоречит законодательству Российской Федерации.

Тем более, существует практика привлечения к ответственности рекламодателей на основании норм Федерального закона «О защите конкуренции».

Например, ФАС России на основании п. 3 ч. 1 ст. 14 Федерального закона «О защите конкуренции» возбудила административное производство в отношении ООО «Эльдорадо» и ООО «Эльдорадо-Юг», нарушивших запрет на осуществление действий, направленных на недобросовестную конкуренцию в форме распространения рекламных материалов. В частности, ООО «Эльдорадо» публично сравнивали свои товары с товарами, предлагаемыми другой коммерческой организацией – ООО «М.Видео Менеджмент». При этом данные сравнения носили некорректный характер, заостряя внимание потребителей рекламы на качестве и ценах товаров, реализуемых ООО «М.Видео Менеджмент»¹.

Реклама в форме некорректных сравнений является одним из инструментов, позволяющим нанести удар по конкуренту, в частности путем формирования негативного впечатления о его продукции. Комиссия ФАС России привлекала к ответственности компанию ОАО «Дека» в связи с распространением ими рекламных роликов кваса «Никола» в эфире ряда телеканалов («Квас – не кола, пей

¹ Негативные сравнения запрещены. ИА «Клерк.ру» // <http://www.klerk.ru>

«Николу»!»). В решении ФАС было отмечено, что усматривается некорректное сопоставление продукции ОАО «ДЕКА» (кваса) с «колосодержащими» напитками других производителей. Причем «сравнение в рекламе осуществляется не по потребительским характеристикам продукции, а с использованием противопоставления эмоционально-негативного отношения к «колосодержащим» напиткам и позитивного отношения к рекламируемому квасу»¹.

Другой пример – спор между производителями продукции под марками «Равиоли» и «Дарья» в отношении рекламного слогана «От этих равиолек дождешься желудочных колик». В этом рекламном слогане помимо сравнения продуктов конкурентов, мы видим явно негативную характеристику одного из них, а также указание на возможные проблемы со здоровьем в связи с употреблением товара конкурента в пищу. В указанном случае проявляется новый аспект рекламы в форме некорректных сравнений: требование о достоверности рекламы².

Обращая внимание на важность указанного критерия, Пленум ВАС РФ указал на то, что он должен соблюдаться как в отношении сведений, которые относятся к собственной деятельности (това-

¹ Решение Комиссии ФАС России по делу о нарушении законодательства о рекламе в отношении ОАО «Дека» (реклама кваса «Никола») от 17 августа 2007 г. № РЦ.08.07.31 // <http://www.fas.gov.ru>

² *Болотнов И.* Недобросовестная конкуренция и ненадлежащая реклама // Корпоративный юрист. 2009. № 5. С. 56.

ру) рекламодателя, являющихся объектом рекламирования, так и в отношении тех сведений, которые относятся к деятельности (товару) его конкурентов, объектом рекламирования не являющихся. Из этого следует вывод о том, что разрешение информационных споров, связанных с некорректными сравнениями также зависит от достоверности информации, приводимой в рекламе в форме сравнения¹.

Спецификой определения достоверности рекламной информации в спорах о рекламе в форме некорректных сравнений является установленный также Пленумом ВАС РФ запрет на проведение сравнений, основанных на несопоставимых критериях, или неполном сравнение товаров, поскольку это искажает представление о рекламируемом товаре и не позволяет объективно оценить его свойства². Критерий достоверности информации в установлении рекламы в форме некорректных сравнений не является единственным. Ведь в рамках большинства информационных споров встает вопрос о том, задевает ли указанное некорректное сравнение деловую репутацию конкурента.

Безусловно, выделение в качестве самостоятельного вида недобросовестной рекламы – рекламы порочащей честь, достоинство или деловую репутацию лица, в том числе конкурента – представляется обоснованным. Отметим, что оно значительно

¹ Постановление Пленума ВАС РФ от 8 октября 2012 г. № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» // <http://www.arbitr.ru>

² Там же.

шире такого вида недобросовестной рекламы как рекламы в форме некорректных сравнений.

При определении того, что реклама действительно порочит честь, достоинство или деловую репутацию лица, в том числе конкурента, необходимо убедиться в наличии ряда обязательных признаков.

Согласно п. 7 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 февраля 2005 г. № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц» в деле о защите чести, достоинства и деловой репутации решающую роль играют следующие обстоятельства:

- факт распространения ответчиком сведений об истце;

- порочащий характер этих сведений;

- их несоответствие действительности¹.

Перечисленные обстоятельства, имеющие в силу ст. 152 Гражданского кодекса Российской Федерации² (далее – ГК РФ) значение для дела о защите чести, достоинства и деловой репутации, должны быть определены судьей при принятии искового заявления и подготовке дела к судебному разбирательству, а также в ходе судебного разбирательства. При отсутствии хотя бы одного из указанных

¹ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 февраля 2005 г. № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц» // Российская газета. 2005. 15 мар.

² СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

обстоятельств иск не может быть удовлетворен судом¹.

Верховный Суд РФ не сформулировал определения порочащих сведений, либо их исчерпывающий перечень, ограничившись перечислением лишь некоторых их примеров. Порочащими, в частности, являются сведения, содержащие утверждения о нарушении гражданином или юридическим лицом действующего законодательства, совершении нечестного поступка, неправильном, неэтичном поведении в личной, общественной или политической жизни, недобросовестности при осуществлении производственно-хозяйственной и предпринимательской деятельности, нарушении деловой этики или обычаев делового оборота, которые умаляют честь и достоинство гражданина или деловую репутацию гражданина либо юридического лица².

Учитывая отсутствие в приведенных выше примерах указанных признаков, доказать, что реклама порочит честь, достоинство и деловую репутацию лица бывает достаточно сложно. Ведь в рекламных материалах не всегда есть точное указание на продукцию конкурента.

Характерным примером является спор между ООО «РоСКом» и ООО «Научно-

¹ Кудрявцев М. Честь, достоинство и деловая репутация на весах российской фемиды. // Законодательство и практика масс-медиа. 2005. № 10. С. 8.

² Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 февраля 2005 г. № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц»// Российская газета. 2005. 15 мар.

производственное объединение «Конструкторское бюро Кочубея, а также ООО «Экоэффект» (дело № А32-6749/2006-49/193). ООО «РоСКом» обратилось с иском к указанным лицам в Арбитражный суд Краснодарского края о понуждении прекратить распространение ненадлежащей рекламы, осуществить контррекламу в объеме проведенной ненадлежащей рекламы, восстановить деловую репутацию общества путем опубликования в средствах массовой информации и на сайте в сети «Интернет» опровержений распространенных сведений. По мнению ООО «РоСКом» реклама, распространяемая оппонентами, содержала некорректные сравнения рекламируемого сепаратора СЦВ-6 «Колибри» с сепаратором СЦВ-5, производителем которого является общество. Реклама также содержала высказывания, порочащие деловую репутацию истца, и не соответствующие действительности сведения; вводила потребителей в заблуждение относительно рекламируемого товара посредством копирования и подражания аналогичной рекламной продукции, рассылаемой истцом. В указанной рекламе содержалась следующая информация: в связи с тем, что СЦВ-6 «Колибри» существенно превосходит своих предшественников СЦВ и СЦВ-5 по таким параметрам, как potencia и производительность. На рынке появились подделки сепараторов СЦВ-6 под марками предшественников. Фирмы, реализующие подделки, не знают методики расчета «Колибри» и сепараторов седьмого поколения, методики геометрического и гидродинамического моделирования, следовательно, предприятия рискуют получить

оборудование не соответствующее паспортным характеристикам (т. 1, л. д. 9). Как мы видим, конкуренты тут не называют наименование производителя, в то же время, потребитель, знающий местный рынок, должен был сам догадаться и, вполне мог угадать о каком конкуренте идет речь¹.

Все судебные инстанции единодушно отказались признавать порочащим характер сведений указанных в данном рекламном материале, поскольку в материалах не упоминалось наименование продукции конкурента, а, следовательно, в сведениях не приводились признаки, позволяющие определить, что речь идет о конкретных компаниях и об осуществляемой ими деятельности.

Казалось бы, зачем пострадавшим от недобросовестной рекламы в форме некорректных сравнений в подобных случаях обращаясь в судебные инстанции квалифицировать действия своих оппонентов как диффамацию.

Тому есть логическое объяснение. Результатом информационных споров, связанных с защитой чести, достоинства и деловой репутации, могут быть самые различные меры ответственности проигравшей стороны:

1) опровержение не соответствующих действительности сведений, порочащих честь, достоинство и деловую репутацию истца;

2) компенсация морального вреда, причиненного истцу публикацией и распространением таких сведений;

¹ Постановление ФАС Северо-кавказского федерального округа от 10 января 2007 г. по делу № № А32-6749/2006-49/193 // <http://www.msk.arbitr.ru>

3) возмещение убытков, причиненных истцу распространением указанных сведений.

Каждое из перечисленных требований носит самостоятельный характер. Требования о компенсации морального вреда или о возмещении убытков могут быть выдвинуты истцом самостоятельно в дополнение к требованию об опровержении не соответствующих действительности порочащих сведений¹. Разрешение информационных споров, в связи с ненадлежащей рекламой в форме некорректных сравнений предполагает привлечение лица к административной ответственности. Меры же гражданско-правовой ответственности чаще всего судами не применяются, ввиду того, что доказать причинение потерпевшей стороне убытков крайне трудно.

Очевидно, что для признания рекламы недобросовестной необходимо, чтобы она содержала не просто сравнение, но и противопоставление одного товара другому. Именно сравнение должно в каком-то смысле задевать деловую репутацию конкурента, представляя его продукцию или услугу в негативном свете. По мнению некоторых практиков «представляется разумным, что простое сравнение продукта с аналогичным товаром конкурента (в том числе по цене и иным характеристикам) не может расцениваться как недобросовестная конкуренция»².

¹ *Болотнов И.* Недобросовестная конкуренция и ненадлежащая реклама // Корпоративный юрист. 2009. № 5. С. 56–59.

² Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 февраля 2005 г. № 3 «О судебной прак-

Но иногда в рекламе используется даже не сравнение, а ассоциативная связь, которая должна свидетельствовать в пользу продукции рекламодателя. В подобных случаях необходимо доказать наличие такой ассоциативной связи. Тут снова возникает проблема, связанная с отсутствием отработанных механизмов установления устойчивых ассоциаций в содержании рекламного материала. В данном случае имеются в виду ассоциации с продукцией конкурента.

Здесь имеет смысл упомянуть спор ООО «Рекитт Бенкизер» с антимонопольной службой по поводу рекламы универсального пятновыводителя «Vanish». Реклама содержала слова «с этими средствами столько вещей испорчено»: видеоряд включал при этом упаковки других производителей. Реклама распространялась в июне-октябре 2007 г. в эфире телеканалов «Первый», «Россия», «REN-TV», «НТВ», «СТС», «5 канал», «СТО». Решением ФАС России от 20 декабря 2007 г. (по делу №РЦ.08.07.45) данная реклама была признана ненадлежащей, как нарушающая требования п. 1 ч. 2, п. 1 ч. 3 ст. 5 Федерального закона «О рекламе». Суды поддержали позицию ФАС России. ООО «Рекитт Бенкизер» в обосновании своей позиции указывало на то, что судами не была дана оценка всем его доводам, касающимся наличия некорректного сравнения в видеоролике, а также тому, что в сознании потребителей отсутствуют устойчивые ассоциации между упаковками средства для стирки (изображенном в рекламном ролике

тике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц».

«Vanish») и упаковками средства для стирки «БОС» компании закрытое акционерное общество «Аист», которое обратилось с жалобой в ФАС России¹.

Данный спор интересен тем, что в отличие от случаев, связанных с оценкой этичности рекламы суд не принял результаты социологического опроса в качестве доказательства отсутствия ассоциативной связи, а отдал предпочтение экспертному заключению региональной организации союза дизайнеров России, а также экспертному заключению испытательной лаборатории, которые свидетельствовали о схожести до степени смешения образца из рекламы с образцом логотипа ЗАО «Аист».

ООО «Рекитт Бенкизер» проиграло спор, поскольку судом была установлена ассоциация с продукцией ЗАО «Аист». Также было установлено наличие в рекламном ролике недостоверных сведений о том, что при использовании производимых ЗАО «Аист» товаров для стирки в отличие от использования отбеливателя «Vanish» «цвета могут поплыть» – на основании экспертного заключения № 3 от 7 сентября 2007 г., что также повлияло на исход дела.

Указанный спор также подтверждает, что наличие признания сравнения некорректным зависит от установления факта недостоверности сведений в отношении продукции конкурента.

В то же время значение имеет то обстоятельство, что сторона в ходе спора может доказать свои ис-

¹ Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 1 декабря 2008 г. № КА-А40/11212-08 // <http://www.msk.arbitr.ru>

ключительные права на промышленный образец или товарный знак. Особую роль данное обстоятельство сыграло в споре между ООО «Нестле Россия» и ООО «Юнилевер Русь». Предметом спора была реклама, содержащаяся в телевизионных роликах «Knorr (КНОРР) Душа Обеда Куриный бульон», «Knorr (КНОРР) Душа Обеда Говяжий бульон» и «Knorr (КНОРР) на второе. Для сочной курицы». В роликах использовалась фраза: «Настоящий вкус. Никакой магии». Компания Союзе Продюи Нестле СА (Швейцария) потребовала признать указанную рекламу ненадлежащей, поскольку являлась правообладателем товарных знаков со словесным элементом «Maggi» и усмотрела недобросовестность в созвучии «Maggi» и фразы «Никакой магии». Товарный знак «Maggi» был признан общеизвестным в Российской Федерации (свидетельство № 50) с 31 декабря 1999 г. в отношении товаров 29-го и 30-го классов МКТУ (супы; бульоны дегидрированные; составы для приготовления бульонов и супов; концентраты бульонные; составы для приготовления вторых блюд; приправы). Однако, с учетом разъяснений, изложенных в п. 27 совместного Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 26 марта 2009 г. № 5/29 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации», суд пришел к выводу о том, что ООО «Нестле Россия» не обладает правом на судебную защиту прав на товарные знаки «Maggi», поскольку на основании соответствующей

щих лицензионных договоров ему предоставлена неисключительная лицензия¹.

Впрочем, в указанном споре ООО «Нестле Россия» не удалось также доказать и наличие той самой ассоциативной связи с продукцией конкурента: по результатам различных опросов общественного мнения рекламные ролики Knorr не содержали негативной оценки продукции ООО «Нестле Россия». В роликах не демонстрировалось какая-либо иная продукция, кроме продукции Knorr, не показывали какие-либо упаковки, кроме упаковки рекламируемого продукта, не упоминались наименования какой-либо продукции, отличной от рекламируемого продукта, включая продукцию, распространяемую с использованием товарных знаков «Maggi».

С другой стороны нельзя отрицать и наличие споров, в которых рекламодателя привлекали к ответственности лишь на основании наличия указанной ассоциативной связи. В частности, Управление ФАС по Татарстану возбудило дело в отношении ООО «Данон Индустрия» (российская «дочка» Danone, владеющая 18,36% Вимм-Билль-Данн) по признакам нарушения законодательства о рекламе. Основанием для этого стала жалоба, поданная казанским филиалом ОАО «Вимм-Билль-Данн – Продукты Питания» на слоган «Не надейтесь на чудо, пейте Danone», размещенный на ценниках во всех торговых точках, где продается продукция Danone. Как владелец бренда «Чудо», ОАО «Вимм-Билль-Данн – Продукты Питания» посчи-

¹ Решение Арбитражного суда города Москвы по делу № А40-64553/2011-26-476 // <http://www.msk.arbitr.ru>

тал, что ООО «Данон Индустрия» в некорректной форме сравнила производимую и реализуемую ею продукцию с продукцией конкурента: из формы подачи и смысла слогана вытекает негативная оценка товара, выпускаемого ВБД¹.

Интересно, что в данном случае УФАС по Татарстану проигнорировали тот факт, что в соответствии с п. 8 ч. 2 ст. 2 Федерального закона «О рекламе» информация, размещенная на ценниках в торговых точках, не является рекламой.

Как мы видим, в этих случаях речь идет в основном о некорректных сравнениях рекламируемой продукции с продукцией вполне конкретных и очевидных конкурентов. В то же время, существует мнение, которому норма применяется и «к случаям, когда в рекламе используется сравнение со всеми иными товарами, представленными на данном товарном рынке без упоминания конкретного наименования производителя или продавца»².

Данная точка зрения представляется обоснованной. Приведем тут еще один пример из практики.

Арбитражный суд Свердловской области признал недобросовестной следующую рекламу ОАО «СКБ-банк»: «дефицит ликвидных активов у ряда банковских структур вынудил их «попридержать» обороты своих корпоративных клиентов, докредитовываясь, таким образом, за их счет». Распространение данного рекламного материала было

¹ *Соболев С., Гораева Ю.* ВБД защищает «Чудо» // Коммерсантъ (Казань). 2009. № 8. С. 12.

² *Минбалеов А. В.* Правовое регулирование рекламной деятельности. Учебное пособие. М.: Юриспруденция, 2012. С. 73.

расценено как акт недобросовестной конкуренции: рекламная информация, содержит сравнение качества услуг, оказываемых ОАО «СКБ-банк», с услугами иных банков в части расчетно-кассового обслуживания. Суд посчитал, что таким образом ОАО «СКБ-банк» обращает внимание на проблемы, возникающие у некоторых банков, наименования которых не были указаны. Но в тоже время сообщалось, что данные проблемы к ОАО «СКБ-банк» не относятся. И соответственно, данную фразу можно было оценить как сопоставление банка с другими банками, основанное на утверждении о превосходстве данного банка над другими кредитным организациям¹.

Упомянем также спор между ОАО «МОБИЛЬНЫЕ ТЕЛЕСИСТЕМЫ» и ЗАО «ВОТЕК МОБАЙЛ» по поводу рекламы, содержащей слоган «ТЕЛЕ2 всегда дешевле». ЗАО «ВОТЕК МОБАЙЛ» распространил данный слоган с 01.01.2005 г. по 30 июня 2006 г. в газете «МОЁ», в газете «Антенна», на рекламных конструкциях, а также в виде текстовой информации на сайте в Интернете. ОАО «МОБИЛЬНЫЕ ТЕЛЕСИСТЕМЫ» посчитало указанную рекламу недобросовестной в связи с наличием в ней некорректного сравнения с ценами других сотовых операторов и в обосновании своей позиции приобщило к 6 заключений экспертов (экспертное заключение от 3 июня 2003 г. (т. 1 л. д. 27–28), экспертное лингвистическое заключение от 12 апреля 2006 г. (т. 1 л. д. 50–53),

¹ Решение Арбитражного суда Свердловской области по делу №А60-20161/2009-С 9 от 11 июля 2009 г. // <http://www.msk.arbitr.ru>

экспертное заключение от 25 августа 2006 г. (т. 5 л. д. 10), социологическое исследование от 5 мая 2008 г., заключение комиссии экспертов от 20 мая 2008 г. (т. 4 л. д. 35–58), заключение комиссии экспертов от 20 июня 2008 г. (т. 5 л. д. 26–45)¹.

Практически все приведенные ОАО «МОБИЛЬНЫЕ ТЕЛЕСИСТЕМЫ» экспертные заключения ссылались на то обстоятельство, что рекламный слоган «ТЕЛЕ2 всегда дешевле» создает у потребителя рекламы впечатление о наименьшей цене тарифов указанного мобильного оператора и наличия неизменности в данном вопросе.

Тем не менее, суд, невзирая на наличие такого количества письменных доказательств указанной позиции, указал на то, что в данном же случае, в слогане «TELE2 всегда дешевле» не упоминается ни об иных определенных товарах, ни об иных операторах сотовой связи, ни о конкретных юридических лицах, в связи с чем признал указанную рекламу надлежащей.

Выводом касательно указанных материалом может быть следующее: основными критериями разрешения информационных споров, связанных с установлением ненадлежащей рекламы в форме некорректных сравнений являются:

1. Наличие в рекламной информации ассоциативной связи с продукцией конкурента либо прямое указание на его продукцию.

¹ Решение Арбитражного суда Воронежской области по делу № А14-13966-2007511/5 от 9 декабря 2008 г. // <http://www.msk.arbitr.ru>

2. Наличие в рекламной информации недостоверных сведений в отношении продукции конкурента либо продукции рекламоателя.

3. Наличие у конкурента исключительных прав на продукцию, в отношении которой нарушено законодательство о рекламе.

4. Наличие в рекламной информации сведений, порочащих честь, достоинство и деловую репутацию лица.

Библиографический список:

1. *Богацкая С. Г.* Правовое регулирование рекламной деятельности: Учебное пособие. М.: Университетская книга, 2007.

2. *Минбалева А. В.* Правовое регулирование рекламной деятельности: Учебное пособие. М.: Юриспруденция, 2012.

3. *Болотнов И.* Недобросовестная конкуренция и ненадлежащая реклама // Корпоративный юрист. 2009. № 5.

4. *Кудрявцев М.* Честь, достоинство и деловая репутация на весах российской фемида // Законодательство и практика масс-медиа. 2005. № 10.

5. *Торсуева И. Г.* Контекст // В кн.: Лингвистический энциклопедический словарь. М.: СЭ, 1990.

6. Ответ за Родину // Интерфакс // <http://www.interfax.ru>

7. Негативные сравнения запрещены. ИА «Клерк.ру» // <http://www.klerk.ru>

8. *Соболев С., Гореева Ю.* ВБД защищает «Чудо». // Коммерсантъ (Казань). 2009. № 8.

А. А. ТЕДЕЕВ

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», заместитель директор Научно-методического центра «Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности», доктор юридических наук, кандидат экономических наук (115184, г. Москва, ул. Малая Ордынка, д. 17; тел.: (499) 234-31-39; hse@hse.ru)

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ СИСТЕМ СБОРА И ОБРАБОТКИ ФИНАНСОВОЙ ИНФОРМАЦИИ НА ПРИМЕРЕ ВАЛЮТНОГО МАНИТОРИНГА (ПУБЛИЧНО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ)

Ключевые слова: государственный контроль; валютный мониторинг; информация; сбор и обработка финансовой информации

Аннотация: Статья посвящена выявлению актуальных проблем развития информационных основ валютного мониторинга как системы сбора и обработки социально значимой финансовой информации. Основное внимание в статье акцентируется на вопросах межведомственного взаимодействия и информационного обмена между участниками отношений в сфере валютного мониторинга.

Важнейшим фактором обеспечения эффективности всякого социального управления, и том числе

государственного и муниципального, выступает адекватная уровню сложности системы такого управления подсистема контрольно-надзорных мероприятий. Неслучайно некоторые исследователи, относят надзорную (контрольно-надзорную) деятельность к числу функций государства, характеризующих его как политико-правовое явление¹.

Государственный контроль как форма контрольно-надзорных мероприятий публичного характера является неминуемым и необходимым условием эффективного функционирования экономической системы любого государства².

В валютно-денежной сфере в последние годы, новым элементом подсистемы контрольно-надзорных мероприятий помимо валютного контроля, достаточно традиционной формы государственного финансового контроля в сфере экономической деятельности, в последние годы становится валютный мониторинг.

Как и всякий процесс сбора и анализа социально значимой информации, мониторинг валютно-денежных потоков институционально имеет информационную природу.

Если основной экономической сутью валютного контроля выступает создание для субъектов ва-

¹ *Пожарский Д. В.* Контрольно-надзорная функция современного государства. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М.: Академия управления МВД Российской Федерации, 2004. С. 8–10; *Адыев А. А.* Контрольно-надзорная функция современного российского государства (политико-правовое исследование): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М.: Казанский государственный университет им. В.И. Ульянова-Ленина, 2007. С. 2–4.

² *Беленчук С. И.* Глобальная экономика и социальное государство // Европейский журнал социальных наук (European Social Science Journal). 2013. № 9 (т. 1). С. 339–344.

лютной деятельности невыгодных условий для нелегального осуществления валютных транзакций, в том числе вывоза капитала за рубеж, валютный мониторинг в первую очередь направлен на пресечение развития отмыывания нелегальных денежных средств, в том числе полученных преступным путем в целях обеспечения финансовой безопасности государства, за счет эффективного сбора и обработки юридически значимой финансовой информации.

Легализацией (отмыыванием) доходов, полученных преступным путем, считается придание правомерного вида владению, пользованию или распоряжению денежными средствами или иным имуществом, полученными в результате совершения преступления.

Отметим, что до 30 июня 2013 г. исключение при этом составляли следующие преступления: невозвращение из-за границы средств в иностранной валюте, уклонение от уплаты таможенных платежей, взимаемых с организации или физического лица, уклонение от уплаты налогов и (или) сборов с физического лица, уклонение от уплаты налогов и (или) сборов с организации, неисполнение обязанностей налогового агента, сокрытие денежных средств либо имущества организации или индивидуального предпринимателя, за счет которых должно производиться взыскание налогов и (или) сборов. При этом доходами, полученными преступным путем, являются денежные средства или иное имущество, полученные в результате совершения преступления.

Под финансированием терроризма понимается предоставление или сбор средств либо оказание финансовых услуг с осознанием того, что они предназначены для финансирования организации, подготовки и совершения хотя бы одного из следующих преступлений: террористический акт, содействие террористической деятельности, публичные призывы к осуществлению террористической деятельности или публичное оправдание терроризма, захват заложника, организация незаконного вооруженного формирования или участие в нем, угон судна воздушного или водного транспорта либо железнодорожного подвижного состава, незаконное обращение с ядерными материалами или радиоактивными веществами, хищение либо вымогательство ядерных материалов или радиоактивных веществ, посягательство на жизнь государственного или общественного деятеля, насильственный захват власти или насильственное удержание власти, вооруженный мятеж, нападение на лиц или учреждения, которые пользуются международной защитой, либо для обеспечения организованной группы, незаконного вооруженного формирования или преступного сообщества (преступной организации), созданных или создаваемых для совершения хотя бы одного из указанных преступлений (ст. 3 Федерального закона от 7 августа 2001 г. № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма»¹).

Таким образом, указанная совокупность правовых мер образует национальную систему противодей-

¹ СЗ РФ. 2001. № 33. Ст. 3418.

ствия легализации преступных доходов и финансированию терроризма, необходимость наличия которой, как отмечается специалистами, обусловлена не только существующими международными стандартами ФАТФ (Международная организация по борьбе с финансовыми злоупотреблениями «Группа разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег» (Financial Action Task Force on Money Laundering – FATF)), которые Россия как член международного сообщества должна выполнять, но и задачами повышения прозрачности и безопасности национальной финансовой системы, улучшения инвестиционного климата и обеспечения макроэкономической стабильности, в том числе путем снижения уровня угроз и рисков легализации преступных доходов и финансирования терроризма¹.

Эффективное осуществление указанных выше государственных контрольно-надзорных мероприятий в валютной сфере направленно на обеспечение устойчивого развития отечественной финансовой системы, и в частности, обеспечение устойчивости национальной валюты, в условиях либерализации валютного законодательства. Поэтому современная система сбора и обработки финансовой информации формируется в Российской Федерации с 2002 г.

Таким образом, под валютным мониторингом необходимо понимать комплекс организационно-экономических мероприятий, направленных на

¹ Чиханчин Ю. А. Антиотмывочная система как фактор, способствующий модернизации экономики // Федеральный справочник. 2010. № 23.

обеспечение финансовой безопасности Российской Федерации, осуществляемых специально уполномоченными государством органами (органами и агентами финансового мониторинга) государственных контрольно-надзорных мероприятий в форме сбора и обработки финансовой информации, направленных на противодействие легализации (отмыванию) полученных преступным путем доходов и финансированию терроризма (ПОД/ФТ). Объектом финансового мониторинга выступают подлежащие проверке сведения об операциях с денежными средствами или иным имуществом, независимо от формы и способа их осуществления, направленные на установление, изменение или прекращение связанных с ними гражданских прав и обязанностей, которые могут контролироваться на основании информации полученной в специально установленном законодательством Российской Федерации порядке, а также в процессе проверки этой информации, в целях предупреждения, выявления и пресечения деяний, связанных с легализацией (отмыванием) доходов, полученных преступным путем, и финансированием терроризма.

Основным органом валютного мониторинга в Российской Федерации в настоящее время выступает Федеральная служба по финансовому мониторингу (Росфинмониторинг), - федеральный орган исполнительной власти, осуществляющим функции по противодействию легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма, а равно по выработке государственной политики в сфере ПОД/ФТ. В частности, при наличии достаточных оснований,

свидетельствующих о том, что операции, выступающие объектом мониторинга, связаны с легализацией (отмыванием) доходов, полученных преступным путем, или с финансированием терроризма, Росфинмониторинг направляет соответствующие информацию и материалы в компетентные правоохранительные или налоговые органы.

С июня 2012 г., после переподчинения указанного органа напрямую Президенту Российской Федерации, Росфинмониторинг выступает национальным центром по оценке угроз национальной финансовой безопасности, и выработке мер по противодействию этим угрозам.

Выступая формой сбора и анализа задокументированной в установленном порядке финансовой информации, мониторинг может осуществляться эффективно, только при содействии специально обязанными к тому законом лиц (публично-правовых и частноправовых), выступающих соответственно информационными и операционными агентами финансового мониторинга.

Публично-правовыми участниками таких валютных отношений выступают органы, обеспечивающие эффективность валютного мониторинга (информационные агенты валютного мониторинга), которые предоставляют Росфинмониторингу необходимую информацию и документы (за исключением информации о частной жизни граждан), а также обеспечивают автоматизированный доступ к своим базам данных.

Таковыми информационными агентами валютного мониторинга выступают: Органы государственной власти Российской Федерации (например, Пенси-

онный фонд Российской Федерации; ЦБ РФ; Фонд социального страхования Российской Федерации; Федеральный фонд обязательного медицинского страхования и др.); государственные корпорации и иные организации, созданные на основании федеральных законов; организации, созданные для выполнения задач, поставленных перед федеральными государственными органами (например, ФКУ «Российская государственная пробирная палата при Министерстве финансов Российской Федерации»); органы государственной власти субъектов Российской Федерации; органы местного самоуправления.

Операционными агентами валютного мониторинга являются следующие организации и физические лица, осуществляющие операции с денежными средствами или иным имуществом, могущие выступать объектами мониторинга: кредитные организации; профессиональные участники рынка ценных бумаг; страховые организации (за исключением страховых медицинских организаций, осуществляющих деятельность исключительно в сфере обязательного медицинского страхования), страховые брокеры; лизинговые компании; почта; ломбарды; организации, осуществляющие скупку, куплю-продажу драгоценных металлов и драгоценных камней, ювелирных изделий из них и лома таких изделий, за исключением религиозных организаций, музеев и организаций, использующих драгоценные металлы, их химические соединения, драгоценные камни в медицинских, научно-исследовательских целях либо в составе инструментов, приборов, оборудования и изделий произ-

водственно-технического назначения; организации, содержащие тотализаторы и букмекерские конторы, а также организующие и проводящие лотереи, тотализаторы (взаимное пари) и иные основанные на риске игры, в том числе в электронной форме); организации, осуществляющие управление инвестиционными фондами или негосударственными пенсионными фондами; риэлторы (организации, оказывающие посреднические услуги при осуществлении сделок купли-продажи недвижимого имущества); операторы по приему платежей; коммерческие организации, заключающие договоры финансирования под уступку денежного требования в качестве финансовых агентов; кредитные потребительские кооперативы, в том числе сельскохозяйственные кредитные потребительские кооперативы; микрофинансовые организации; общества взаимного страхования; негосударственные пенсионные фонды, имеющие лицензию на осуществление деятельности по пенсионному обеспечению и пенсионному страхованию; операторы связи, имеющие право самостоятельно оказывать услуги подвижной радиотелефонной связи; индивидуальные предприниматели, являющиеся страховыми брокерами, осуществляющие скупку, куплю-продажу драгоценных металлов и драгоценных камней, ювелирных изделий из них и лома таких изделий, или оказывающие посреднические услуги при осуществлении сделок купли-продажи недвижимого имущества; адвокаты, нотариусы, а равно лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность в сфере оказания юридических или бухгалтерских услуг.

В Российской Федерации применяется двух-уровневая система организации финансового мониторинга, состоящая из внутреннего контроля (условно на нижнем уровне этой системы) и обязательного контроля (на верхнем уровне).

Внутренний контроль, осуществляется агентами валютного мониторинга в целях выявления операций, подлежащих обязательному контролю, и иных подозрительных операций с денежными средствами или иным имуществом, которые могут быть связаны с легализацией (отмыванием) доходов, полученных преступным путем, или финансированием терроризма. Отметим, что в литературе, эти мероприятия называют так же факультативным или дополнительным финансовым мониторингом.

В целях эффективного осуществления внутреннего контроля агенты валютного мониторинга:

разрабатывают специальные правила внутреннего контроля (с учетом требований, утверждаемых Правительством РФ, а для кредитных организаций – ЦБ РФ, по согласованию с Росфинмониторингом);

назначают специальных должностных лиц, ответственных за реализацию этих правил;

осуществляют подготовку, переподготовку и повышение квалификации своих сотрудников;

идентифицируют клиентов, их представителей, выгодоприобретателей;

осуществляют документальное фиксирование сведений (информации) имеющих значение для целей валютного мониторинга, обеспечивают их надлежащее хранение, и передачу в Росфинмониторинг;

предоставляют по запросам Росфинмониторинга необходимую информацию.

Отметим, что законодательство не содержит исчерпывающего перечня критериев, которые позволяли бы отнести ту или иную иную операцию с денежными средствами или иным имуществом к подозрительным, а информацию о ней, - к имеющей значение для валютного мониторинга. Тем не менее, к некоторым основным критериями относят следующие:

- запутанный или необычный характер сделки, не имеющей очевидного экономического смысла или очевидной законной цели;

- несоответствие сделки целям деятельности организации, установленным ее учредительными документами;

- выявление неоднократного совершения операций или сделок, характер которых дает основание полагать, что целью их осуществления является уклонение от процедур в системе валютного мониторинга обязательного контроля;

- совершение операции, сделки клиентом, в отношении которого Росфинмониторингом уже направлялся запрос;

- отказ клиента от совершения разовой операции, в отношении которой у работников организации возникают подозрения, что указанная операция осуществляется в целях легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем, или финансирования терроризма

При этом законодательством установлен запрет на информирование клиентов и иных лиц о принимаемых мерах ПОД/ФТ, за исключением ин-

формирования клиентов о приостановлении операции, об отказе в выполнении распоряжения клиента о совершении операций, об отказе от заключения договора банковского счета (вклада), о необходимости предоставления документов.

Обязательный контроль, осуществляется Росфинмониторингом в форме проверочных мероприятий в отношении информации об операциях с денежными средствами или иным имуществом, представляемой ему агентами валютного мониторинга.

В настоящее время в рамках системы валютного мониторинга обязательному контролю подлежат следующие операции с денежными средствами или иным имуществом:

1) если сумма, на которую совершается операция равна или превышает 600 тыс. руб. (эквивалентной ей сумме в иностранной валюте), а сама она по своему характеру является:

а) операцией с наличными денежными средствами (снятие со счета или зачисление на счет юридического лица денежных средств в наличной форме в случаях, если это не обусловлено характером его хозяйственной деятельности; покупка или продажа наличной иностранной валюты физическим лицом; приобретение физическим лицом ценных бумаг за наличный расчет; получение физическим лицом денежных средств по чеку на предъявителя, выданному нерезидентом; обмен банкнот одного достоинства на банкноты другого достоинства; внесение физическим лицом в уставный (складочный) капитал организации денежных средств в наличной форме);

б) зачислением или переводом на счет денежных средств, предоставлением или получением кредита (займа), операцией с ценными бумагами (в случае, если хотя бы одной из сторон является лицо, имеющее соответственно регистрацию, место жительства или место нахождения в государстве (на территории), не выполняющем рекомендации ФАТФ; либо если указанные операции проводятся с использованием счета в банке, зарегистрированном в таком государстве (на такой территории);

в) операцией по банковским счетам или вкладам (размещение денежных средств во вклад (на депозит) с оформлением документов, удостоверяющих вклад (депозит) на предъявителя; открытие вклада (депозита) в пользу третьих лиц с размещением в него денежных средств в наличной форме; перевод денежных средств за границу на счет (вклад), открытый на анонимного владельца, и поступление денежных средств из-за границы со счета (вклада), открытого на анонимного владельца; зачисление денежных средств на счет (вклад) или списание денежных средств со счета (вклада) юридического лица, период деятельности которого не превышает 3 месяцев со дня его регистрации, либо в случае, если операции по указанному счету (вкладу) не производились с момента его открытия);

г) сделкой с движимым имуществом (помещение драгоценных металлов, драгоценных камней, ювелирных изделий из них и лома таких изделий или иных ценностей в ломбард; выплата физическому лицу страхового возмещения или получение от него страховой премии по страхованию жизни или иным видам накопительного страхования и пенси-

онного обеспечения; получение или предоставление имущества по договору финансовой аренды (лизинга); переводы денежных средств, осуществляемые некредитными организациями по поручению клиента; скупка, купля-продажа драгоценных металлов и драгоценных камней, ювелирных изделий из них и лома таких изделий; получение денежных средств в виде платы за участие в лотерее, тотализаторе (взаимном пари) и иных основанных на риске играх, в том числе в электронной форме, и выплата денежных средств в виде выигрыша, полученного от участия в указанных играх; предоставление юридическими лицами, не являющимися кредитными организациями, беспроцентных займов физическим лицам и (или) другим юридическим лицам, а также получение такого займа);

2) если сумма, на которую была совершена сделка, направленная на переход права собственности на недвижимое имущество, равна или превышает 3 млн. руб. (эквивалентной сумме в иностранной валюте);

3) если сумма, на которую совершается операция по получению некоммерческой организацией денежных средств и (или) иного имущества от иностранных государств, международных и иностранных организаций, иностранных граждан и лиц без гражданства равна или превышает 200 тыс. рублей (эквивалентной сумме в иностранной валюте);

4) если хотя бы одной из сторон операции является организация или физическое лицо, в отношении которых имеются полученные в установленном законом порядке сведения об их причастности к экстремистской деятельности или терроризму,

либо юридическое лицо, прямо или косвенно находящееся в собственности, под контролем или в любой другой форме зависимости от таких лиц.

По результатам мероприятий валютного мониторинга, операционные агенты валютного мониторинга, в случае выявления подозрительных операций в соответствии с правилами внутреннего контроля обязаны:

а) известить о таких операциях Росфинмониторинг в срок не позднее 3 рабочих дней, следующих за днем их выявления (независимо от того, относятся ли они к операциям, подлежащим обязательному контролю). Порядок представления такой информации в Росфинмониторинг установлен Постановлением Правительства Российской Федерации от 17 апреля 2002 г. № 245 «Об утверждении Положения о представлении информации в Федеральную службу по финансовому мониторингу организациями, осуществляющими операции с денежными средствами или иным имуществом» (в ред. от 23 апреля 2012 г.);

б) приостановить указанную подозрительную операцию на 2 рабочих дня (естественно, за исключением операций по зачислению денежных средств, поступивших на счет физического или юридического лица).

При этом, если полученная Росфинмониторингом информация о сомнительности операций по результатам предварительной проверки признана им обоснованной, издается постановление о приостановлении операций с советующими денежными средствами или иным имуществом, на срок до 30 суток.

Далее Росфинмониторинг направляет соответствующие информацию и материалы о том, что та или иная операция связаны с легализацией (отмыванием) доходов, полученных преступным путем, или с финансированием терроризма в соответствующие правоохранительные или налоговые органы.

Приостановление операций по банковским счетам (вкладам), а также другие операции организаций или лиц, в отношении которых имеются полученные в установленном порядке сведения об их какой либо причастности к экстремистской деятельности или терроризму, осуществляется в судебном порядке, на основании заявления Росфинмониторинга.

Таким образом, в последние годы в связи с усложнением расчетно-денежных отношений за счет появления и развития различных новых информационных технологий осуществления банковской деятельности, а равно интернет-банкинга, вопросы совершенствования информационных основ валютного мониторинга как системы сбора и обработки социально значимой финансовой информации приобретают особую актуальность.

Библиографический список:

1. *Пожарский Д. В.* Контрольно-надзорная функция современного государства: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М.: Академия управления МВД Российской Федерации, 2004.
2. *Адыев А. А.* Контрольно-надзорная функция современного российского государства (политико-правовое исследование): Автореф. дис. ... канд.

юр. наук. М.: Казанский государственный университет им. В.И. Ульянова-Ленина, 2007.

3. *Беленчук С. И.* Глобальная экономика и социальное государство // Европейский журнал социальных наук (European Social Science Journal). 2013. № 9 (т. 1).

4. *Чиханчин Ю. А.* Антиотмывочная система как фактор, способствующий модернизации экономики // Федеральный справочник. 2010. № 23.

ПРАВИЛА ПРЕДСТАВЛЕНИЯ РУКОПИСЕЙ

– журнал публикует материалы по фундаментальным и прикладным проблемам авторского права, информационного права, права интеллектуальной собственности;

– в журнале печатаются материалы, ранее не опубликованные и не предназначенные к одновременной публикации в других изданиях; автор может опубликовать в одном номере журнала не более одного материала; все материалы проверяются на наличие плагиата;

– плата за публикацию материалов не взимается; авторам гонорар не выплачивается;

– элементы издательского оформления материалов включают: сведения об авторах; заглавие материала; подзаголовочные данные; аннотацию; ключевые слова; сведения о языке текста, с которого переведен публикуемый материал; приложения; пристатейный библиографический список; допускается использовать дополнительные элементы издательского оформления; представляются также на английском языке: название статьи, аннотация, ключевые слова, фамилия, имя, отчество автора(ов); отдельно необходимо указать контактный телефон и адрес электронной почты для оперативной связи, адрес с индексом для отправки номера журнала; по выходу журнала каждому автору бесплатно высылается отдельный номер журнала;

– объем материала не должен превышать 1 п. л. (40 000 знаков);

– решение редакционного совета о принятии статьи к печати или ее отклонении сообщается авторам;

– электронные носители и рукописи авторам не возвращаются; рецензии на принятые материалы представляются по запросам авторов;

– аннотации материалов, ключевые слова, информация об авторах будут находиться в свободном доступе

на сайте Кафедры, в системах цитирования на русском и английском языках; через год после выхода номера журнала его полнотекстовая версия будет размещена на сайте Кафедры.

Полный текст Правил представления рукописей авторами размещен на сайте www.unescochair.ru

Учредитель и издатель:
АНО «Творческий центр ЮНЕСКО»
117279, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая,
д. 55А, каб. 112.

Адрес редакции: 117279, г. Москва,
ул. Миклухо-Маклая, д. 55А, каб. 112.

Почтовый адрес: 119017, г. Москва, ул. Малая Ордынка,
д. 17, каб. 221, Кафедра ЮНЕСКО

www.unescochair.ru
unesco.chair.copyright@mtu-net.ru

Подписано в печать 20.12.2013 г.

Сдано в набор 22.12.2013 г.

Формат 60×90 ¹/₁₆. Печать офсетная.

Объем 10 п. л.

Тираж 1000 экз. Заказ 274.

Отпечатано в типографии НОУ «ПМБ ЕГУ».
107031, г. Москва, ул. Рождественка, д. 12.

Свободная цена.

ISSN 2225347-5



9 772225 347000



1 3 0 0 4