

КАФЕДРА ЮНЕСКО ПО АВТОРСКОМУ ПРАВУ И ДРУГИМ ОТРАСЛЯМ ПРАВА
ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ
ПРИ ИНСТИТУТЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА И ЭКОНОМИКИ
ИМЕНИ А.С.ГРИБОЕДОВА

**ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ
И ИНФОРМАЦИОННОЕ ПРАВО:
ПРОБЛЕМЫ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ**

ПОД ОБЩЕЙ РЕДАКЦИЕЙ
ДОКТОРА ЮРИДИЧЕСКИХ НАУК, ПРОФЕССОРА М.А.ФЕДОТОВА

**ТРУДЫ
ПО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ
СОБСТВЕННОСТИ
Том VI**

Москва – 2003

Издание осуществлено при финансовой поддержке Организации
Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры
(ЮНЕСКО),
и при информационно-правовой поддержке компании
«КонсультантПлюс»

Труды по интеллектуальной собственности. Том VI. Право
интеллектуальной собственности и информационное право: проблемы
правоприменения. Под общей редакцией д.ю.н., проф. М.А.Федотова – 2003. -
90 с.

Бюллетень «Труды по интеллектуальной собственности» зарегистрирован
Госкомпечати России 28.05.1999 года, свидетельство № 018878. Соучредители: Кафедра
ЮНЕСКО по авторскому праву и другим отраслям права интеллектуальной собственности,
Федотов М.А. Адрес редакции и издателя: 107066, Москва, ул. Спартаковская, 2/1, стр. 5. Гл.
редактор – Фаткина А.Е.

© Кафедра ЮНЕСКО по авторскому праву и другим отраслям
права интеллектуальной собственности – издание в целом, 2003 г.

ВМЕСТО ПРЕДИСЛОВИЯ

ДНИ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ: ВПЕРВЫЕ В РОССИИ

В 2003 году в Российской Федерации впервые прошли Дни интеллектуальной собственности, связавшие серией мероприятий Международный день книги и авторского права (23 апреля) и Международный день интеллектуальной собственности (26 апреля). Инициатива проведения Дней принадлежала Кафедре ЮНЕСКО по авторскому праву и другим отраслям права интеллектуальной собственности.

Начиная с 1995 года, день 23 апреля по решению Генеральной конференции ЮНЕСКО отмечается как Всемирный день книги и авторского права.¹ С тех пор из года в год растет число различных инициатив, которые реализуются уже более чем в ста странах мира. В своем послании к международной общественности по случаю Всемирного дня книги и авторского права в 2003 году Генеральный директор ЮНЕСКО Коитиро Мацуура подчеркнул, что этот День «посвящен миру чтения и писательского творчества, а также непосредственно с ним связанному авторскому праву. В этот день мы привлекаем внимание общественности к самым разным аспектам деятельности человека, связанным с книгой - творческим, издательским, нормативным, политическим, национальным и интернациональным».

С 2001 года 26 апреля отмечается как Международный день интеллектуальной собственности. Генеральная Ассамблея Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) на своем заседании в сентябре 2000 года приняла такое решение. При этом она исходила из того, что 26 апреля знаменует собой рождение ВОИС, организации, призванной содействовать охране и развитию интеллектуальной собственности во всем мире. Именно в этот день в 1970 году вступила в силу Конвенция, учредившая эту организацию.

По случаю празднования Международного дня интеллектуальной собственности в 2003 году Генеральный директор ВОИС доктор Камил Идрис обратился к мировому сообществу со следующим посланием: «История человеческого прогресса - это история возможностей. Сегодня всемирное принятие и стратегическое использование интеллектуальной собственности предлагает возможность отдельным лицам, деловым предприятиям и странам трансформировать свои творческие ресурсы в экономические активы, способные создавать материальные блага и вносящие вклад в более уверенное будущее. Прочная национальная приверженность системе интеллектуальной

¹ Инициатива объявления 23 апреля Международным днем книги (в память о дате кончины великих писателей Сервантеса и Шекспира в 1616 г.) принадлежала испанской делегации. По настоянию посла России при ЮНЕСКО, профессора М.А.Федотова содержание резолюции было дополнено темой охраны авторских прав.

собственности обеспечивает создание среды, в которой может успешно развиваться творческий и инновационный потенциал каждой страны».

В сегодняшней экономике, основанной на знаниях, интеллектуальные активы являются основной валютой. Экономический успех и ассоциируемые с ним социальные и культурные преимущества строятся на создании и управлении инновациями, информацией и идеями. Регулируемые системой интеллектуальной собственности, эти факторы содействуют небывалому росту технического и культурного развития и тем самым содействуют новому росту промышленного производства.

Дни интеллектуальной собственности в Российской Федерации стали ответом на инициативы ЮНЕСКО и ВОИС. Они были организованы Министерством РФ по делам печати, телерадиовещания и средств массовых коммуникаций (МПТР России), Российским агентством по патентам и товарным знакам (Роспатент) и Кафедрой ЮНЕСКО по авторскому праву и другим отраслям права интеллектуальной собственности.

Программа Дней открылась 23 апреля съездом Российского книжного союза. В этот же день состоялось специальное заседание Научного совета по интеллектуальной собственности при Отделении экономики Российской Академии наук. Заседание, которое вел заместитель председателя Совета, член Кафедры ЮНЕСКО профессор Анатолий Козырев, было посвящено весьма актуальной и вместе с тем оригинальной теме: «Copyright» и «Copyleft». Тогда же под патронажем Центра поддержки владельцев интеллектуальной собственности в рамках IV Международного форума «Высокие технологии XXI века» прошел круглый стол: «Предприятие и интеллектуальная собственность».

24 апреля организаторы обозначили как День артиста и автора. В этот день в МПТР России открылась выставка "Новейшая история пиратства" и прошла приуроченная к ней пресс-конференция, в которой приняли участие Генеральный директор Роспатента Александр Корчагин, заместитель министра МПТР России, председатель Экспертного совета по противодействию нарушениям в сфере интеллектуальной собственности Владимир Григорьев, руководитель Кафедры ЮНЕСКО Михаил Федотов, заместитель Генерального директора Роспатента Иван Блинец, заместитель министра культуры России Екатерина Чуковская, Генеральный директор Российской антипиратской организации Константин Земченков, вице-президент Коалиции в защиту прав интеллектуальной собственности Александр Шелемех.

В этот же день прошла научно-практическая конференция «Интеллектуальная собственность: от разграбления к приумножению». В ней приняли участие руководители и представители федеральных органов исполнительной власти, руководители обществ по коллективному управлению, научные работники, представители общественности, журналисты. С докладами и сообщениями на конференции выступили многие члены Кафедры ЮНЕСКО.

На конференции не раз звучали слова об имеющихся недостатках правового регулирования сферы авторских и смежных прав, о необходимости усиления роли государства, путях борьбы с пиратством в аудиовизуальной

сфере, о необходимости урегулирования использования объектов авторского права и смежных прав в сети Интернет.

В этот же день в Центре Павла Слободкина на Арбате состоялся торжественный вечер, в котором приняли участие известные российские авторы, представители общественности. С приветственным словом к собравшимся обратились заместитель министра МПТР России Владимир Григорьев, заместитель генерального директора Роспатента Иван Блинец и Президент Российского авторского общества Владимир Матецкий.

25 апреля организаторы обозначили как День изобретателя. В этот день был проведен семинар «Телевидение в Российской Федерации: организационная структура, производство программ и зрительская аудитория» и конкурс инновационных проектов "Лидер в разработке и производстве высоких технологий третьего тысячелетия". Тогда же состоялась презентация Национальной премии в области интеллектуальной собственности "Шлем Меркурия", организованная Торгово-промышленной Палатой России и Роспатентом. В этот же день прошел конкурс инновационных проектов «Лидер в разработке и производстве высоких технологий третьего тысячелетия».

26 апреля празднование Международного дня интеллектуальной собственности было организовано в торговом комплексе «Горбушкин двор». Главным событием стала презентация новых компьютерных программ, разработанных российскими компаниями «1С», «Руссобит», «Бука», «Новый диск», «Софт Клуб». В этот день на «горбушке» не торговали «пиратской продукцией», а напротив, прошли конкурсы, викторины, выступления артистов, посвященные теме охраны интеллектуальной собственности.

В рамках празднования Всемирного дня интеллектуальной собственности Роспатент наградил ряд изобретателей, научных работников и журналистов своим Почетным знаком.

В свою очередь, Кафедра ЮНЕСКО в рамках Дней организовала в Центральном Доме журналиста консультации по вопросам интеллектуальной собственности. На вопросы посетителей отвечали члены Кафедры: доктор экономических наук Анатолий Козырев, кандидаты юридических наук Надежда Макагонова, Андрей Минков, Виктор Монахов, Виктория Мотылева, патентный поверенный Валерий Усков, аспирант Антон Серго.

В адрес организаторов и участников Дней интеллектуальной собственности поступила поздравительная телеграмма Президента Российской Федерации Владимира Путина. В ней, в частности, говорится: «Поздравляю всех российских ученых, изобретателей, новаторов, творческих деятелей с Международным днем интеллектуальной собственности. Этот важный ресурс государства во многом определяет его научно-технический и творческий потенциал. Сегодня необходимо более эффективно задействовать механизмы защиты прав интеллектуальной собственности и использования ее как в интересах создателей, так и страны в целом».

Предполагается, что Дни интеллектуальной собственности в Российской Федерации станут традиционными.

РАЗДЕЛ ПЕРВЫЙ.

ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ**Михаил ФЕДОТОВ,**

Руководитель Кафедры ЮНЕСКО по авторскому праву и другим отраслям права интеллектуальной собственности, доктор юридических наук, профессор

Ксения ФЕДОТОВА,

реферндар права при Боннском земельном суде (ФРГ)

**АВТОРСКО-ПРАВОВОЙ КОНТЕКСТ
«КАЗУСА ПИГМАЛИОНА»**

Известно, что великий кипрский скульптор и женоненавистник Пигмалион попал в довольно щекотливую ситуацию, когда по воле Афродиты изваянная им скульптура неожиданно ожила. С одной стороны, он был обладателем исключительных прав на свое творение. С другой стороны, женщина из плоти и крови, разумеется, никак не может быть признана объектом авторских прав, даже если она внешне неотличима от статуи из белой слоновой кости.

Нечто подобное мы наблюдаем в работах фотохудожницы Екатерины Рождественской из ее авторского проекта «Частная коллекция», публикуемого в журнале «Караван историй». Только здесь «оживают» не скульптуры, а персонажи – женские и мужские – живописных полотен. Причем на роль «Галатеи» приглашаются обычно известные артисты, телеведущие, другие популярные фигуры.

По мнению Овидия, рассказавшего историю Пигмалиона и Галатеи в своих «Метаморфозах», Афродита дарит счастье тому, кто верно служит ей. В случае же с созданием фотографических произведений на основе произведений изобразительного искусства счастье творца в большей степени зависит от правильного истолкования норм авторского права. Рассмотрим эту ситуацию в контексте законодательства и правоприменительной практики России, ФРГ и Украины.

Наличие правовой охраны – первейшее условие защиты

Итак, попробуем, прежде всего, ответить на вопрос, имеется ли в данном случае использование чужого произведения? Представляется, что на него следует ответить утвердительно. Публикуя в рамках своего проекта «фотографию произведения изобразительного искусства», фотохудожник использует, как минимум, одно чужое произведение – то, которое изображено на фотографии. Кроме того, возможна ситуация, когда фотография произведения (репродукция) сама также является произведением. Такое

случается, например, если сфотографирована скульптура и при этом фотограф творчески подошел к вопросу о ракурсе, фоне, подсветке и т.д. Репродукция картины, как правило, не является произведением, поскольку в ней отсутствует элемент творчества, связанный с личностью создателя репродукции. Однако, в любом случае, публикация репродукции картины является разновидностью использования самой этой картины.

При решении вопроса о законности использования произведения в форме публикации его репродукции следует, прежде всего, обратить внимание на то, продолжается ли в настоящее время охрана авторских прав на это произведение. По истечении срока, установленного национальным законодательством на уровне не ниже определенного Бернской конвенцией 50-летнего срока, произведение переходит в общественное пользование (становится «общим достоянием») и может использоваться свободно.¹ В Российской Федерации авторское право действует в течение всей жизни автора и 50 лет после его смерти.² Проект новой редакции российского закона, прошедший первое чтение в Государственной думе осенью 2002 года, предполагает увеличение этого срока до 70 лет. В Украине этот срок уже увеличен до 70 лет.³

В ФРГ также установлен 70-летний срок охраны авторского права.⁴ В соответствии с § 2 Закона ФРГ «Об авторском праве» предметом регулирования авторского права являются, в частности, и произведения изобразительного искусства. По истечении 70 лет после смерти автора охраняемое произведение переходит в общественное достояние и может свободно использоваться любым лицом без выплаты авторского вознаграждения.

Следует подчеркнуть, что субъектом авторского права по законодательству Российской Федерации, ФРГ и Украины является создатель произведения, которым может быть только физическое лицо. В соответствии с § 28 и последующими нормами Закона ФРГ «Об авторском праве» авторское право передается по наследству; с момента смерти автора оно переходит к его наследникам в соответствии с §§ 1922, 1942 Гражданского Кодекса ФРГ. Помимо создателя произведения право использования произведения может также принадлежать и обладателю лицензии по § 31 и последующим параграфам Закона ФРГ «Об авторском праве». В случае, если лицензиату было передано исключительное право пользования, он вправе осуществлять права автора.⁵

¹ Пункт 1 статьи 7 Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений.

² Статья 27 Закона Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах" 1993 года в редакции от 19.07.1995 года.

³ Статья 28 Закона Украины "Об авторском праве и смежных правах" 1993 года в редакции от 11.07.2001 года.

⁴ § 64 Закона ФРГ «"Об авторском праве" в редакции от 23.06.1995 года.

⁵ § 31, абзац 3 Закона ФРГ "Об авторском праве".

Срок охраны авторских прав в отношении произведений изобразительного искусства и фотографических произведений может различаться. Это вполне согласуется с пунктом 4 статьи 7 Бернской конвенции, который устанавливает, что срок охраны фотографического произведения «не может быть короче двадцати пяти лет со времени создания такого произведения».

На последнее обстоятельство следует обратить особое внимание, так как интересующие нас произведения относятся именно к категории фотографических. Подчеркнем, что некоторые страны вообще отказываются признавать фотографии в качестве художественных произведений и устанавливают для их охраны особые режимы.⁶ Закон Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах" признает «фотографические произведения и произведения, полученные способами, аналогичными фотографии», объектами авторского права,⁷ не устанавливая в отношении них каких-либо особых условий, в том числе в вопросе о сроке правовой охраны. Аналогичным образом решается этот вопрос и в авторско-правовом законодательстве Украины.⁸

Напротив, законодательство ФРГ в отношении фотографических произведений устанавливает сокращенный срок – 50 лет с момента первой публикации, обнародования или изготовления.⁹

При решении вопроса о том, является ли произведение охраняемым или нет, следует учитывать также положения Бернской конвенции, касающиеся ее действия по **кругу лиц** и по **категориям произведений**.

Бернская конвенция предоставляет охрану нескольким категориям авторов:

1) авторам, которые являются гражданами одной из стран-участниц Конвенции.

В этом случае охрана предоставляется как выпущенным в свет произведениям, так и не выпущенным. Под выпущенными в свет произведениями понимаются произведения, выпущенные с согласия их авторов, каков бы ни был способ изготовления экземпляров, при условии, если эти экземпляры выпущены в обращение в количестве, способном удовлетворить разумные потребности публики, принимая во внимание характер произведения. Не является выпуском в свет представление драматического, музыкально-драматического или кинематографического произведения, исполнение музыкального произведения, публичное чтение литературного произведения, сообщение по проводам или передача в эфир литературных или

⁶ Специальное законодательство, касающееся фотографических изображений, действует, в частности, в Дании, Норвегии, Финляндии и Швеции.

⁷ Абзац 10 пункта 1 статьи 7 Закона Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах".

⁸ Подпункт 10 пункта 1 статьи 8 Закона Украины "Об авторском праве и смежных правах".

⁹ § 72, абзац 3 Закона ФРГ "Об авторском праве".

художественных произведений, показ произведения искусства и сооружение произведения архитектуры.¹⁰

2) авторы, которые не являются гражданами одной из стран участниц Конвенции.

В этом случае охраняются произведения, впервые вышедшие в свет в одной из стран-участниц или одновременно в стране-участнице и в стране, не являющейся стороной данного международного договора. Произведение считается выпущенным в свет одновременно в нескольких странах, если оно было выпущено в двух или более странах в течение тридцати дней после первого его выпуска.¹¹

3) авторы, не являющиеся гражданами одной из стран-участниц Конвенции, но имеющие свое обычное местожительство в одной из таких стран.

Конвенция устанавливает общие стандарты охраны прав для всех произведений. Пользование этими правами и их осуществление не требует выполнения каких бы то ни было формальностей, а также не зависит от охраны, существующей в стране происхождения произведения. Помимо установленных Бернской конвенцией положений, объем охраны прав регулируется исключительно законодательством той страны, в которой истребуется охрана. Таким образом, охрана произведения, впервые вышедшего в свет, скажем, на территории Российской Федерации, будет охраняться на территории ФРГ в соответствии с немецким законодательством. В то же время охрана этого произведения в России, как в стране происхождения, будет регулироваться нормами российского законодательства.

При этом страной происхождения считается:

а) для произведений, впервые выпущенных в свет в какой-либо стране-участнице Бернской конвенции, - эта страна;

б) для произведений, выпущенных в свет одновременно в нескольких странах-участницах, предоставляющих различные сроки охраны, - та страна, законодательство которой устанавливает самый короткий срок охраны;

в) для произведений, выпущенных в свет одновременно в какой-либо стране, не участвующей в Бернской конвенции, и в одной из стран-участниц, - эта последняя страна;

г) для произведений, не выпущенных в свет, или для произведений, выпущенных в свет впервые в стране, не участвующей в Бернской конвенции, без одновременного выпуска в свет в какой-либо стране-участнице, - та страна-участница, гражданином которой является автор.¹²

В частности, Законом ФРГ «Об авторском праве» охраняются права всех граждан ФРГ и граждан других стран, входящих в Европейский Союз.¹³ Авторские права прочих иностранных граждан охраняются Законом ФРГ «Об

¹⁰ Пункт 3 статьи 3 Бернской конвенции.

¹¹ Пункт 4 статьи 3 Бернской конвенции.

¹² Пункт 4 статьи 5 Бернской конвенции.

¹³ § 120 Закона ФРГ "Об авторском праве".

авторском праве» в том случае, если их произведения впервые выпущены в свет на территории ФРГ или же были включены в сферу действия Закона ФРГ «Об авторском праве» на основании международных договоров.¹⁴ К международным договорам относятся, прежде всего, Бернская конвенция, а также различные двусторонние договоры. Следовательно, российские авторы, авторские права которых были нарушены на территории ФРГ, вправе истребовать охрану по Закону ФРГ «Об авторском праве».

В пределах срока действия авторского права произведение считается охраняемым. По общему правилу, использование охраняемого произведения автора другими лицами допускается не иначе как с согласия автора или иного правообладателя (работодателя, если речь идет о служебном произведении; наследника; иного лица, которому авторские права переданы по договору) и с выплатой вознаграждения. Однако законодательству практически всех государств мира известны изъятия из этого правила, которые также допускаются и международными конвенциями. Это случаи так называемого «свободного» использования произведений.

Бернская конвенция¹⁵ и вслед за ней Договор ВОИС по авторскому праву 1996 года,¹⁶ выражая стремление государств-участников наиболее эффективно и единообразно совершенствовать и поддерживать охрану прав авторов на их произведения, разрешают государствам-участникам предусматривать в своем национальном законодательстве «ограничения или исключения из авторских прав в определенных особых случаях, которые не наносят ущерба нормальному использованию произведения и необоснованным образом не ущемляют законные интересы автора».¹⁷

Действующие российское, немецкое и украинское законодательство предусматривают случаи свободного использования произведений на основе международных стандартов, зафиксированных Бернской конвенцией.¹⁸

Репродукция как цитата

При публикации работ фотохудожника, созданных на основе использования произведений изобразительного искусства, следует различать а) воспроизведение репродукции произведения живописи и б) воспроизведение фотографического произведения. Воспроизведение репродукции не является самостоятельной целью фотохудожника, и может рассматриваться лишь как **цитирование**, поскольку основная задача проекта состоит в создании

¹⁴ § 121 Закона ФРГ "Об авторском праве".

¹⁵ Российская Федерация (с 13.03.1995 года), ФРГ (с 05.12.1887 года) и Украина (с 25.10.1995 года) являются участниками Бернской конвенции.

¹⁶ ФРГ и Украина участвуют в Договоре Всемирной Организации Интеллектуальной Собственности (ВОИС) об авторском праве 1996 года. Российская Федерация не участвует пока в этом договоре, но в настоящее время приводит Закон РФ "Об авторском праве и смежных правах" 1993 года в соответствие с этим Договором, чтобы затем присоединиться к нему.

¹⁷ Статья 10 (1) Договора ВОИС по авторскому праву 1996 года.

¹⁸ Прежде всего, статьи 10 и 10 bis Бернской конвенции.

современных фотографических произведений, в которых использованы **сюжеты** (композиции) общеизвестных произведений живописи.

Цитирование отрывков из произведений либо самих произведений подпадает под одно из установленных российским, немецким и украинским законами изъятий из исключительных прав автора. Оно допускается без согласия автора и без выплаты авторского вознаграждения, но с обязательным указанием фамилии автора и источника заимствования, в данном случае – названия произведения.¹⁹ Цитата представляет собой дословную выдержку из какого-либо текста, отрывок музыкального произведения, графическое воспроизведение части произведения изобразительного искусства и т. п. В авторском праве цитирование означает включение одного или нескольких отрывков из произведения одного автора в произведение другого. Делается это для того, чтобы проиллюстрировать то или иное высказывание автора, подтвердить или, наоборот, оспорить ту или иную мысль и т.п. Без цитирования практически не обходится ни одна научная или критическая работа.

Кроме того, цитирование как разновидность использования произведения не нарушает права авторов на защиту репутации, поскольку произведение не подвергается каким бы то ни было изменениям (искажениям), которые могли бы нанести ущерб чести и достоинству автора.

Следовательно, использование в качестве цитат репродукций правомерно обнародованных произведений изобразительного искусства с указанием имени автора и названия произведения, не является нарушением прав авторов этих произведений и иных правообладателей.

При этом, однако, нужно учитывать, что цитирование будет признано правомерным лишь в том случае, если оно осуществлено с соблюдением добрых обычаев, в объеме, оправданном поставленной целью, а также с указанием имени автора и источника заимствования, в данном случае – названия произведения²⁰. Конкретный объем цитат законами России, ФРГ и Украины не регламентирован и может быть предметом судебного спора, если автор цитируемого произведения усмотрит ущемление своих законных интересов. Очевидно, что невозможно дать абстрактный ответ, какой объем цитирования является допустимым. Многое зависит от объема и характера произведения, его жанра и художественной формы. Во всяком случае, вряд ли может считаться допустимым положение, когда цитата превышает половину объема произведения. Если репродукция будет занимать столько же места, сколько и фотографическое произведение, то трудно будет доказать, что в данном случае имеет место цитирование в объеме, оправданном поставленной целью.

¹⁹ Пункт 1 статьи 19 Закона Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах", § 51 Закона ФРГ "Об авторском праве", пункт 1 статьи 21 Закона Украины "Об авторском праве и смежных правах".

²⁰ Пункт 1 статьи 10 Бернской конвенции.

Разумеется, категория «добрых обычаев» чрезвычайно расплывчата и, в конечном счете, только суд может решить, насколько они соблюдены или, напротив, нарушены в каждом конкретном случае. При этом суд будет учитывать объем цитаты как по отношению к произведению, из которого она взята, так и к тому, в которое она включена. Это необходимо, в частности, чтобы определить, «насколько новое произведение, конкурируя со старым, оказывает воздействие на продажу и распространение последнего, если такое воздействие вообще имеется».²¹

Публикация в журнале репродукции охраняемого произведения изобразительного искусства без согласия автора или иного правообладателя (например, наследника) не будет считаться нарушением авторских прав только в том случае, если будет доказано, что данный способ использования произведения прямо указан в числе ограничений авторских прав. **Цитирование** является одним из традиционных и повсеместно принятых ограничений авторских прав. Однако, для того, чтобы цитирование было признано законным, необходимо соблюдение условий, которые были рассмотрены нами выше.

При решении вопроса о законности такой формы цитирования, как публикация репродукции произведения изобразительного искусства в журнале, следует принять во внимание отдельные уточняющие требования, касающиеся **целей** и **форм** цитирования и присутствующие в авторско-правовом законодательстве Российской Федерации, ФРГ и Украины.

Согласно российскому закону допускается цитирование исключительно в научных, исследовательских, полемических, критических и информационных целях.²² Никаких условий, касающихся форм цитирования, российский закон не содержит.

Украинский закон решает этот вопрос несколько иначе: здесь допускается использование цитат, «коротких отрывков», если оно обусловлено критическим, полемическим, научным или информационным характером создаваемого произведения, «в которое цитаты **включаются**».²³

В немецком законодательстве цитирование формально разрешается только в научных работах и только для иллюстрирования.²⁴

Вот почему целесообразно при опубликовании фотографических произведений, созданных на основе произведений живописи,

во-первых, непосредственно, в той или иной форме, включать репродукции в фотографические произведения;

во-вторых, в удобной форме давать понять читателю, что публикация репродукции обусловлена, с одной стороны, информационной целью (чтобы была ясность в вопросе о том, композиция какой картины используется в

²¹ Международные конвенции об авторском праве. Комментарий. – М.: Прогресс. 1982. – С. 77.

²² Пункт 1 статьи 19 Закона Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах".

²³ Пункт 1 статьи 21 Закона Украины "Об авторском праве и смежных правах".

²⁴ § 51, абзац Закона ФРГ "Об авторском праве".

данном случае), а с другой – научной целью, поскольку фотохудожник в своем произведении исследует в историческом ракурсе устойчивость и изменчивость представлений о человеческой красоте, используя при этом цитируемое произведение в качестве иллюстрации.

Обратим внимание также на то, что изъятия из авторских прав не затрагивают личных неимущественных прав авторов. Поэтому при любом использовании произведения его создателю гарантируется охрана права авторства, права на имя и права на защиту репутации автора. Отсюда следует, что при публикации в журнале репродукции произведения изобразительного искусства следует в обязательном порядке указывать фамилию его автора и название данной работы.

Переработка произведения или воплощение идеи?

Согласно общепринятому толкованию Бернской конвенции авторское право **распространяется лишь на объективные формы** выражения результатов творческой деятельности и **не распространяется на содержащиеся в произведении идеи, методы, процессы, системы, способы, концепции, принципы, открытия, факты**. Это закреплено в российском²⁵ и украинском²⁶ законах об авторском праве и смежных правах. Причем, украинский законодатель счел нужным уточнить, что авторское право «распространяется только на форму выражения произведения и не распространяется на любые идеи, теории, принципы, методы, процедуры, процессы, системы, способы, концепции, открытия, даже если они выражены, описаны, объяснены, проиллюстрированы в произведении».

Хотя в Законе ФРГ отказ в правовой защите идей и принципов текстуально касается только компьютерных программ,²⁷ однако нет оснований полагать, что немецкое законодательство отклоняется от общей тенденции. Статья 2 немецкого закона, перечисляя охраняемые авторским правом объекты, не включает сюда ни идеи, ни принципы, ни концепции и т.д.

Поскольку идеи не являются произведениями, постольку они могут свободно использоваться. Авторское право нацелено на охрану реально существующей формы воплощения той или иной идеи, а не самой этой идеи, независимо от того, выражена ли она в произведении схематически или подробно. История цивилизации свидетельствует о том, что к одним и тем же идеям и темам авторы возвращаются бесконечно. При этом каждый автор создает новое, свое собственное произведение, несущее отпечаток его личности и индивидуальности. Именно наличие творческого и индивидуализированного способа воплощения той или иной идеи в произведении обеспечивают ему оригинальность как необходимое условие его авторско-правовой охраны.

В современной юридической науке считается общепризнанным, что идеи, сюжеты, композиции не охраняются авторским правом. Как отмечает ведущий

²⁵ Пункт 4 статьи 6 Закона Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах".

²⁶ Пункт 3 статьи 8 Закона Украины "Об авторском праве и смежных правах".

²⁷ § 69а (2) Закона ФРГ "Об авторском праве".

эксперт ЮНЕСКО в области авторского права и смежных прав, руководитель одноименной Кафедры ЮНЕСКО, профессор Делия Липчик (Аргентина) «из произведения другого автора можно заимствовать не только чистую идею, но и другие отдельные элементы, взятые сами по себе, как то: разрозненные факты, замысел, тему, систему, метод, литературный стиль, литературную форму, художественную манеру, словарный запас и т.д. И напротив, заимствование совокупности элементов, отражающих индивидуальный характер произведения, является противоправным действием».²⁸

В силу указанных причин сюжет и композиция произведения – будь то живописная картина или литературное произведение – не могут быть объектами авторского права, если лишены способности использоваться самостоятельно.²⁹

Представляется, что использование сюжета или композиции произведения изобразительного искусства для создания самостоятельного фотографического произведения **не может рассматриваться как переработка** первого произведения и, следовательно, создание произведения производного, что возможно лишь с согласия автора или иного правообладателя.

Исключительное право автора разрешать переработку его произведения закреплено в российском³⁰, немецком³¹ и украинском³² законах. Но есть основания сомневаться в том, что современное фотографическое произведение можно признать результатом переработки общеизвестного произведения живописи. Несмотря на схожесть композиции, каждое из произведений будет сохранять свою индивидуальность и принципиальное отличие.

В фотографическом произведении, созданном на основе использования произведения живописи, **не копируется** тот или иной портрет, выполненный художником-живописцем (в противном случае это была бы репродукция), а заново воссоздается реальный интерьер, костюм, украшения, и все это объединяется изображением реально существующего человека, в соответствующем гриме, позирующего фотохудожнику. Следовательно, в данном случае можно говорить не о переработке произведения изобразительного искусства, а о создании нового, самостоятельного произведения фотографического искусства.

Очевидно, что в подобных фотографических произведениях не имеет место **покушение на целостность произведений** изобразительного искусства, сюжеты (композиции) которых использованы фотохудожником. Согласно статье 6 bis Бернской конвенции за автором сохраняется право на целостность

²⁸ Липчик Д. Авторское право и смежные права / Пер. с фр.; предисловие М.А.Федотова. – М.: Ладомир; Издательство ЮНЕСКО, 2002. С. 56.

²⁹ См.: пункт 3 статьи 6 Закона Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах" и статья 9 Закона Украины "Об авторском праве и смежных правах".

³⁰ Абзац 10 пункта 2 статьи 16 Закона Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах".

³¹ § 23 Закона ФРГ "Об авторском праве".

³² Подпункт 6 пункта 3 статьи 15 Закона Украины "Об авторском праве и смежных правах".

произведения, которое ему позволяет противодействовать всякому извращению, искажению или иному изменению его произведения, а также любому другому посягательству на произведение, способному нанести ущерб чести или репутации автора. После смерти автора наследники вправе осуществлять защиту этих прав бессрочно.³³ Согласно российскому закону при отсутствии наследников защиту указанных личных неимущественных прав автора осуществляет специально уполномоченный государственный орган, однако за десять лет существования Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах" этот орган так и не был определен.

Однако следует иметь в виду, что национальные законы различных стран по-разному интерпретируют формулу статьи 6 bis Бернской конвенции. Эти законы можно подразделить на две категории:

законы, основывающиеся на объективной концепции и охраняющие произведение от извращений, искажений или иных **изменений, способных причинить вред** законным личным или творческим интересам автора, которые могут быть объективно констатированы,³⁴ или же – что встречается чаще – способных нанести ущерб его чести или репутации;³⁵

законы, основывающиеся на субъективной концепции и безоговорочно запрещающие **любые** изменения.³⁶

Представляется, что использование сюжетов и композиции общеизвестных произведений живописи для создания оригинальных фотографических произведений не нарушает авторское право на **неприкосновенность произведения**. В обоснование этого тезиса сошлемся на следующие аргументы.

Во-первых, подобные фотографические произведения не приписываются художникам-живописцам.

Во-вторых, техника создания фотографических произведений и произведений живописи принципиально различна.

В-третьих, фотографические произведения ни в малейшей степени не влияют на репутацию авторов-живописцев, поскольку не узнаваемы в фотографических произведениях.

В-четвертых, использование сюжета и композиции охраняемого произведения живописи в создании нового фотографического произведения вполне вписывается в понятие дальнейшего углубления творческого процесса.

В то же время нельзя исключать возможность появления претензий со стороны правообладателей в том случае, если фотохудожник использует

³³ Статья 29 Закона Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах", § 28 Закона ФРГ "Об авторском праве", пункт 2 статьи 29 Закона Украины "Об авторском праве и смежных правах".

³⁴ § 14 Закона ФРГ "Об авторском праве".

³⁵ Такое толкование встречается, например, в законодательстве Великобритании, Дании, Испании, Италии, Канады, Нидерландов, Норвегии, Финляндии, Швеции.

³⁶ Такое толкование встречается, в частности, в законодательстве Бельгии, Венгрии, Румынии, Франции, Швейцарии, Японии.

произведение, охраняемое авторским правом. В этом случае правообладатель может построить свою правовую позицию, в частности, на следующих тезисах.

Во-первых, наличие репродукции в качестве цитаты, сопровождающей публикуемое фотографическое произведение, подтверждает факт использования охраняемого произведения живописи.

Во-вторых, при беглом взгляде зритель может перепутать охраняемое произведение изобразительного искусства и фотографическое произведение.

В-третьих, Бернская конвенция, а вслед за ней национальное законодательство Российской Федерации, ФРГ и Украины не дают исчерпывающего перечня форм переработки произведений, что, в принципе, позволяет попытаться подвести фотографические произведения под понятие производного произведения.

Конечно, границу между свободным использованием идеи произведения и его переработкой трудно провести по той причине, что автор, использующий чужое произведение искусства, использует не только отдельные идеи, формы или концепцию чужого произведения, но совокупность идей, форм и концепций, использованных в чужом произведении. С точки зрения § 24 Закона ФРГ «Об авторском праве» вопрос о правомерности использования охраняемых произведений живописи в работах фотохудожников оказывается еще более сложным. В соответствии с судебной практикой Федерального суда ФРГ и земельных верховных судов земель ФРГ использование произведения может быть признано свободным в том случае, если новое произведение настолько отличается от оригинала, что перенятые автором характерные черты произведения «бледнеют», т. е. **растворяются в новом произведении**.³⁷ При этом для переработки произведения характерно то, что использованное произведение доминирует, а при свободном использовании оно служит художнику только как инспирация и полностью уходит на задний план и растворяется в совершенно новом произведении.

Германская судебная практика предъявляет высокие требования для квалификации использования произведения как «свободное использование» в соответствии с § 24 Закона ФРГ «Об авторском праве». В каждом отдельном случае судами проводится строгая проверка. При этом для квалификации использования произведения суды пользуются изложенными выше критериями.

С учетом судебной практики и главенствующей научной точкой зрения германских ученых-юристов можно заключить, что использование фотохудожником охраняемых произведений изобразительного искусства без разрешения авторов или иных правообладателей, опубликование созданных фотографических произведений в журнале и распространение этого журнала на территории Германии может быть расценено как **нарушение авторского**

³⁷ См. решение Федерального суда ФРГ по гражданским делам по делу «Alcolix» от 11.03.1993 GRUR 1994, 206 ff.; решение верховного суда земли Бавария от 29.11.1985 г. по делу «Hubschrauber mit Damen», GRUR 1988, 36 ff.; решение верховного суда земли Гамбург от 12.10.1995 по делу «Power of blue», ZUM 1996, 315 ff.

права на переработку, предусмотренного § 23 Закона ФРГ «Об авторском праве».

Обратим внимание на немецкую судебную практику в похожих случаях. Так, например, верховный суд земли Бавария постановил по делу «Hubschrauber mit Damen»,³⁸ что создание произведения живописи на основе существующей фотографии является переработкой фотографического произведения в том случае, если произведение живописи перенимает основные характерные черты фотографического произведения. Бесспорно, что авторское право не распространяется на идеи, методы, принципы, открытия или факты. Однако авторским правом охраняется совокупность идей, методов, принципов и фактов, придающим данному произведению индивидуальность и оригинальность. Именно поэтому не повторение и использование методов и идей произведения подлежит охране авторским правом, а совокупность всех методов и идей, которые и создают уникальное и в своем роде единственное произведение.

В деле «Hubschrauber mit Damen» художник, пользуясь фотографическим произведением другого автора, изобразил двух девушек в тех же позах и в той же одежде, что и на фотографическом произведении. Кроме того, художник использовал те же контрасты света и тени. На основании данных фактов суд пришел к выводу, что своеобразность и индивидуальность фотографического произведения не уходит на второй план при рассмотрении произведения живописи, возникшего на основе фотографического произведения.

Руководствуясь данным решением суда и другими судебными решениями в сходных случаях, можно заключить, что фотографические произведения могут быть расценены как некий результат **переработки существующих произведений изобразительного искусства**. В пользу такого вывода говорит то, что при создании фотографического произведения художник имитирует произведение живописи, его целью является создание фотографической «копии» произведения при участии известных читателю (зрителю) моделей. Модели фотохудожника, позирующие для создания его произведений, одеты в схожие с персонажами произведений живописи одежды, стоят в тех же позах и имеют сходное с оригиналом выражение лица. Целью фотохудожника является создание эффекта **«узнаваемости»** известного произведения живописи.

Конечно, как уже говорилось выше, использованные живописцем методы и идеи не охраняются авторским правом. Однако, их совокупность, создающая уникальность и индивидуальность картины, в полной мере охраняются авторским правом. Поскольку фотографические произведения в определенной степени повторяют произведения живописи, перенимают существенные детали этих произведений, которые и составляют их индивидуальность, постольку они могут быть оценены как переработка произведений живописи.

Важно подчеркнуть, что фотографические произведения и используемые фотохудожником произведения живописи имеют одинаковое смысловое ядро.

³⁸ GRUR 1988, 36 ff.

При этом использованные произведения живописи не «растворяются» в фотографических произведениях, а скорее доминируют в них. Кроме того, следует заметить, что германская судебная практика имеет тенденцию к особо строгому толкованию случаев свободного использования произведений, когда такое использование происходит в рамках одного и того же вида искусства. В данном случае и живописное, и фотографическое произведения относятся к изобразительному искусству.

Хотя судебная практика ФРГ и доминирующие в германской юриспруденции доктрины недвусмысленно свидетельствуют о том, что использование охраняемых живописных произведений при создании фотографических произведений может быть квалифицировано как переработка произведения в нарушение § 23 Закона ФРГ «Об авторском праве», однако окончательное решение будет зависеть от конкретных обстоятельств дела.

Права авторов и претензии музеев

Большое теоретическое и практическое значение имеет вопрос о том, обязан ли фотохудожник получать предварительное разрешение музеев на использование изображений музейных предметов, включенных в состав Музейного фонда Российской Федерации и находящихся в музеях в Российской Федерации, а также в зарубежных музеях.

Рассмотрим в связи с этим **кажущееся противоречие** между Законом Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах» от 10.07.93 № 5351-1 и Федеральным законом «О музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации» от 26.05.96 г. № 54-ФЗ. С одной стороны, произведения, в отношении которых срок действия авторского права истек, переходят в общественное достояние и могут свободно использоваться любым лицом без выплаты авторского вознаграждения, но с соблюдением личных неимущественных прав автора (п. 2 ст. 28 Закона Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах"). С другой стороны, производство печатной продукции с использованием изображений музейных предметов осуществляется с разрешения дирекций музеев (ч. 3 ст. 36 Федерального закона "О музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации").

Чтобы убедиться в том, что никакой правовой коллизии здесь нет, следует уяснить различие предметов регулирования законодательства об авторском праве и законодательства о музеях. В этой связи проанализируем имущественные и личные неимущественные авторские права на произведения изобразительного искусства, находящиеся в музеях, и определим их отличия от правомочий, вытекающих из права собственности на музейные предметы.

Предметом регулирования законодательства об авторском праве являются отношения, возникающие в связи с созданием и использованием произведений науки, литературы и искусства. Причем, авторское право распространяется на произведения науки, литературы и искусства, являющиеся результатом творческой деятельности, независимо от назначения и достоинства

произведения, а также от способа его выражения (п. 1 ст. 6 Закона «Об авторском праве и смежных правах»). К объектам авторского права относятся и произведения живописи (абз. 7 п. 1 ст. 7 Закона «Об авторском праве и смежных правах»).

Подчеркнем, что авторское право на произведение никак не связано с его художественными достоинствами. Напротив, музейным предметом считается культурная ценность, качество либо особые признаки которой делают необходимым для общества ее сохранение, изучение и публичное представление (абз. 3 ст. 3 Закона "О музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации"). Таким образом, объект авторского права совсем не обязательно является культурной ценностью, а культурная ценность – объектом авторского права.

Право собственности на физический объект (в данном случае - картину), когда речь идет об уникальном экземпляре, не означает обладания авторскими правами на это произведение искусства. Это два отдельных и не зависимых друг от друга права, что отражено в п. 5 ст. 6 Закона «Об авторском праве и смежных правах»: «Авторское право на произведение не связано с правом собственности на материальный объект, в котором произведение выражено».

Соответственно, отчуждение произведения живописи, в том числе в собственность государства, как и включение его в состав Музейного фонда Российской Федерации не влечет за собой переход имущественных и личных неимущественных авторских прав. Приобретение произведений искусства не означает приобретения права на использование произведения. Точно так же человек, покупающий оригинальную рукопись или музыкальную партитуру, становится собственником лишь материального объекта и не может опубликовать рукопись или партитуру, не вправе демонстрировать или исполнять произведение, передавать его по радио или вносить в него какие-либо изменения, за исключением тех случаев, когда это специально разрешено автором.

Любое воспроизведение произведений искусства, в том числе хранящихся в музеях, должно осуществляться только с согласия автора или его наследника, вне зависимости от того, кому принадлежит право собственности на материальный объект. В целях обеспечения автору права на воспроизведение закон гарантирует ему специальное право на доступ к произведению, перешедшему в собственность другого лица. Согласно п. 1 ст. 17 Закона "Об авторском праве и смежных правах", автор вправе требовать от собственника произведения предоставления возможности осуществления права на воспроизведения своего произведения. Правда, при этом автор не может требовать, чтобы собственник доставил ему его произведение.

Следовательно, право на воспроизведение произведения живописи, в том числе находящегося в чужой собственности и включенного в Музейный фонд Российской Федерации, принадлежит исключительно автору или его наследнику. Ни государство, ни музей не имеют права на воспроизведение

произведения, а значит, не могут давать разрешения на воспроизведение произведения другими лицами.

В случае с произведениями изобразительного искусства, даже если они существуют в единственном экземпляре, отчуждение материального носителя не меняет принадлежности и **личных неимущественных авторских прав**. Автор произведения изобразительного искусства сохраняет в подобных случаях за собой право на авторство на свое произведение, которое ему позволяет требовать отождествления своего имени с оригиналом и всеми копиями этого произведения. За ним также сохраняется право на целостность произведения, которое ему позволяет возражать против любых форм изменения или искажения его произведения, а также против любых действий, которые, по его мнению, наносят ущерб его репутации. После наступления смерти автора наследники вправе осуществлять защиту этих прав. При отсутствии наследников автора защиту указанных прав осуществляет специально уполномоченный орган Российской Федерации (ст. 29 Закона "Об авторском праве и смежных правах").

Является ли музей тем специально уполномоченным органом Российской Федерации, о котором упоминает Закон? Нет, поскольку ст. 3 Закона "О музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации" характеризует музей как «некоммерческое учреждение культуры, созданное собственником для хранения, изучения и публичного представления музейных предметов и музейных коллекций».

Не является таковым органом и Министерство культуры Российской Федерации, поскольку в п. 3 Положения (утв. постановлением Правительства Российской Федерации от 6 июня 1997 г. № 679) Министерство культуры определено лишь «специально уполномоченным государственным органом охраны памятников истории и культуры, а также специально уполномоченным органом государственного контроля за соблюдением установленного порядка вывоза из Российской Федерации и ввоза на ее территорию культурных ценностей, реализации предметов антиквариата, а также правил внешнеэкономической деятельности в отношении культурных ценностей».

Что же касается осуществления от имени Российской Федерации имущественных и личных неимущественных прав в отношении музейных предметов, о чем говорится в ст. 4 Закона "О музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации" и в п. 4 Положения "О музейном фонде Российской Федерации" (утв. Постановлением Правительства РФ от 12 февраля 1998 г. № 179), то повторим, что понятия «произведение» и «музейный предмет» не только не тождественны, но даже относятся к разным сферам законодательства.

Переход произведений в общественное достояние совершенно не связан с переходом в собственность государства тех материальных объектов (картин), в которых эти произведения воплощены. Сами картины могут принадлежать как государству, так и любому юридическому или физическому лицу. Истечение срока действия авторского права дает любому лицу юридическую возможность

использования (воспроизведения, переработки и т.д.) произведений, но никак не меняет форму собственности на сами материальные объекты. При этом погашается и право автора на доступ (п. 1 ст. 17 Закона "Об авторском праве и смежных правах").

Разумеется, для создания фотографического произведения на основе использования идеи, композиции, колорита и т.п. характеристик произведения живописи совершенно не обязательно использовать сами картины, то есть материальные объекты, в которых воплощены произведения живописи и которые являются музейными предметами. Использование таких материальных объектов возможно лишь с разрешения музеев и в соответствии с правилами ст. 36 Федерального Закона "О музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации".

Как отмечалось выше, авторские права никак не связаны с правом собственности на те материальные объекты, в которых воплощено авторское произведение. Именно вопросам **собственности, а не авторского права** посвящены те положения Федерального Закона "О музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации", на который обычно ссылаются музеи в обоснование своих претензий.

Данный Закон ни в коей мере не затрагивает авторско-правовых отношений, т.к. они не относятся к его предмету регулирования. Анализируя его положения, следует прийти к выводу, что владение, пользование и распоряжение картинами, являющимися музейными предметами и постоянно находящимися в государственных музеях, осуществляется по общим правилам гражданского оборота при соблюдении установленных данным законом ограничений.

К числу таких ограничений можно отнести положения Закона "О музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации", согласно которым передача прав на использование в коммерческих целях воспроизведений музейных предметов и музейных коллекций, включенных в состав Музейного фонда Российской Федерации и находящихся в музеях в Российской Федерации, осуществляется музеями в порядке, установленном собственником музейных предметов и музейных коллекций. Производство изобразительной, печатной, и другой тиражированной продукции с использованием изображений музейных предметов осуществляется с разрешения дирекций музеев» (п. 2, 3 ст.36).

Для правильного понимания положений указанной статьи необходимо точно определить понятие музейного предмета и понятия изображение музейного предмета. Музейным предметом Закон признает культурную ценность, качество либо особые признаки которой делают необходимым для общества ее сохранение, изучение и публичное представление. В свою очередь, культурная ценность – это предмет религиозного или светского характера, имеющий значение для истории и культуры и относящийся к категориям, определенным в статье 7 Закона Российской Федерации "О вывозе и ввозе культурных ценностей". Одной из таких категорий являются картины и

рисунки целиком ручной работы на любой основе и из любых материалов (п. 4 ст.7 Закона Российской Федерации "О вывозе и ввозе культурных ценностей" от 15.04.93 № 4804-1). Таким образом, музейными предметами в нашем случае следует считать картины и рисунки целиком ручной работы на любой основе и из любых материалов, имеющие значение для истории и культуры. Именно подлинники полотен, находящиеся в музеях, отвечают этим признакам. В то же время репродукции картин, как правило, не могут считаться музейными предметами.

Отсюда следует, что положения ст. 36 Закона "О музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации" касаются лишь случаев использования самих музейных предметов в том виде, в каком они находятся в музее (например, подлинника картины в раме, в определенной экспозиции и т.п.). Естественно, что, когда производится фотосъемка или иным образом закрепляется изображение музейного предмета, необходимо получение предварительного разрешения дирекции музея и возможно взимание платы за предоставление такого рода возможности. Если же используется произведение живописи в отрыве от воплощающего его музейного предмета, то отношения между пользователем и музеем не возникают. Иными словами, если в первом случае используется вещь, то во втором – объект интеллектуальной собственности.

Данное утверждение можно наглядно проиллюстрировать следующим примером. Предположим, некое издательство намерено переиздать роман Л. Н. Толстого «Война и мир», на который, естественно, авторские права давно погашены. Если речь идет о копировании рукописи книги в том виде, в котором она хранится в архиве или музее, то необходимо разрешение организации-хранителя. Если же речь идет об обычном переиздании романа, то оно может быть осуществлено свободно.

Следовательно, для воспроизведения произведений, материально воплощенных в музейных предметах, хранящихся в музее, **не требуется испрашивать разрешения дирекции музея**. Напротив, для использования музейных предметов такое разрешение является обязательным.

Обратим внимание также на ст. 21 Закона РФ "Об авторском праве и смежных правах", допускающую без согласия автора и без выплаты авторского вознаграждения воспроизведение произведений изобразительного искусства, которые постоянно расположены в месте, открытом для свободного посещения, за исключением случаев, когда изображение произведения используется для коммерческих целей. В этой связи следует остановиться на анализе понятия «**коммерческие цели**», которое на сегодняшний день в законодательстве Российской Федерации однозначно не определено.

Представляется, что коммерческая цель в широком смысле тождественна цели извлечения прибыли. Поскольку журнал выпускается издательством, которое является акционерным обществом, т.е. коммерческой организацией,

постольку – по определению – основной целью деятельности является здесь извлечение прибыли.³⁹

Кроме того, распространение продукции средства массовой информации считается коммерческим, если за нее взимается плата. Продукция, предназначенная для некоммерческого распространения, должна иметь пометку "Бесплатно" и не может быть предметом коммерческого распространения.⁴⁰

Однако, следует обратить внимание на то, что статья 21 Закона Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах" говорит именно об использовании **произведения** для коммерческих целей. Использование произведений живописи для создания фотографических произведений не имеет коммерческих целей, так как целью творчества является создание произведения, что, в свою очередь, дает право на получение авторского вознаграждения. В то же время выпуск журнала, в котором опубликовано фотографическое произведение, должен квалифицироваться как осуществляемый в информационных целях.

Обратим внимание на то, что именно информационные цели использования произведений указаны в пункте 4 статьи 19 закона Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах", согласно которому разрешается свободное воспроизведение в СМИ публично произнесенных докладов и других аналогичных произведений. При этом законодатель не делает никаких изъятий из этого правила для тех СМИ, которые выпускаются коммерческими организациями. Таким образом, законодатель, очевидно, различает использование произведения в коммерческих целях и использование произведения в информационных целях, даже если оно осуществляется коммерческой организацией.

Обратим внимание также на то, что в статье 21 закона Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах» указано и еще одно исключение: используемое без согласия автора и без выплаты авторского вознаграждения произведение не должно быть основной целью такого воспроизведения. Иными словами, используемое произведение должно быть фоном или цитатой по отношению к другому, основному произведению. Например, в фоторепортаже о художественной выставке недопустимо воспроизведение отдельных картин, но допустимы фотографии посетителей на фоне выставленных картин.

Представляется, что оба ограничения, содержащиеся в статье 21, действуют кумулятивно, в сочетании друг с другом, хотя сама норма сформулирована в законе недостаточно четко.⁴¹

Таким образом, можно заключить, что произведения живописи, постоянно расположенные в открытых для публики местах, могут свободно воспроизводиться, но только в качестве фона, цитаты или чего-то подобного и

³⁹ Пункт 1 статьи 50 Гражданского Кодекса Российской Федерации.

⁴⁰ Часть 2 статьи 25 Закона Российской Федерации "О средствах массовой информации".

⁴¹ Гаврилов Э.П. Комментарий к Закону Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах". – М.: Спарк, Фонд «Правовая культура». 1996. С. 98 – 99.

только в информационных или подобных (исследовательских, полемических, критических) целях. Тот факт, что продукция СМИ, в которой опубликовано произведение, реализуется за плату или содержит рекламу, не свидетельствует о коммерческих целях использования произведения.

Нормы, закрепляющие право свободного и бесплатного воспроизведения произведений искусства, принадлежащих государству и постоянно находящихся в общественных местах, существуют в законах Бразилии, Испании, Колумбии, Чили и других стран.

Иван Блинец,

заместитель Генерального директора Роспатента, доктор юридических наук, профессор Кафедры ЮНЕСКО по авторскому праву и другим отраслям права интеллектуальной собственности

РОЛЬ ГОСУДАРСТВА В ОБЛАСТИ ЗАЩИТЫ ПРАВ АВТОРОВ

Известно, что одна из конституционных обязанностей государства - поддержание равновесия между правами личности и интересами общества в сфере культуры. Законодательная функция государства позволяет обеспечить развитие нормативно-правовой базы, призванной служить надежной «юридической оболочкой» для соответствующих отношений. В России, к настоящему времени, такая база, в целом, создана. Однако, наибольшие проблемы возникают с применением законодательства, о чем свидетельствует немногочисленная и противоречивая судебная практика. Поэтому важнейшей задачей государства на сегодняшний день является не только совершенствование законодательства, но, в первую очередь, судебной системы.

Основной проблемой в области авторского права и смежных прав является все увеличивающийся размах пиратства. По информации МВД России, ежегодно убытки отечественных и зарубежных правообладателей интеллектуальной собственности из-за нарушения их прав составляют не менее одного миллиарда долларов США. Прежде всего, речь идет о нарушении авторских и смежных прав в сфере оборота компьютерных программ, печатной, аудио- и видеопродукции. Программное обеспечение в России является «пиратским» на 91%. В сфере видеопродукции нелегальный рынок занимает 85% (в Москве - 65%). В сфере полиграфии и книгоиздательства доля контрафактной продукции составляет 70%. Как правило, это происходит за счет незаконного допечатывания тиражей или издания переведенных без разрешения правообладателей книг. Кабельное телевидение на 90 % использует программы и фильмы без какой-либо оплаты, то есть с нарушением закона. К наиболее распространенным в настоящее время видам нарушений авторского права и смежных прав относятся также использование соответствующих объектов без оформления договорных отношений с правообладателями, неуказание имени автора при использовании произведения.

Такое положение существует практически во всех регионах Российской Федерации. Следует, однако, отметить, что и в ряде других стран ситуация с соблюдением авторских и смежных прав складывается не лучшим образом.

Нарушениям в сфере авторского права и смежных прав способствует:

- отсутствие единой государственной концепции в данной сфере,
- несовершенство законодательства, в частности, отсутствие законодательства об охране правообладателей при использовании их произведений в цифровых сетях; отсутствие механизмов реализации некоторых норм, например, ст. 26 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» о

выплате вознаграждения за воспроизведение произведения в личных целях без согласия автора, п.3 ст. 28 этого же Закона об установлении выплаты специальных отчислений за использование произведений, перешедших в общественное достояние,

- перегруженность общегражданских и арбитражных судов, отсутствие среди судей специалистов в сфере интеллектуальной собственности, неисполнимость многих судебных решений,

- отсутствие целенаправленной и последовательной борьбы с пиратством на государственном уровне.

Совершенствование техники, «бурное» развитие внутригосударственного и международного законодательства, потребность в координации деятельности авторских обществ, рост числа нарушений в области авторских и смежных прав и, наконец, проблемы использования произведений, ставших «общественным достоянием», неизбежно приводят к необходимости усиления роли государства в области интеллектуальной собственности.

В связи с этим, на наш взгляд, уместно и своевременно принять **концепцию государственной политики** в области авторского права и смежных прав.

Конституция РФ устанавливает, по меньшей мере, 17 правовых норм, защищающих права авторов и, тем самым, интеллектуальный потенциал страны. Указанные нормы ориентируют политику государства в области авторского права и смежных прав на обеспечение оптимального баланса интересов общества и создателей произведений, от которого во многом зависит перспектива экономического и духовного развития страны.

Важнейшими международными конвенциями в сфере авторского права, в которых участвует и Россия, являются Бернская конвенция об охране литературной и художественной собственности 1886 г. и Всемирная конвенция об авторском праве 1952 г. Основные цели этих конвенций - достижение максимальной гармонизации различных правовых систем при решении вопросов авторского права. Несмотря на то, что Российская Федерация присоединилась к Бернской конвенции 13 марта 1995 г., пока нет даже официального перевода текста Конвенции на русский язык. Относительно перевода отдельных положений Конвенции существуют различные точки зрения в их толковании. До настоящего времени Российская Федерация не присоединилась к Римской конвенции об охране интересов артистов-исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций, хотя принципиальное решение о присоединении к ней принято.

Развитие цифровых технологий привело к необходимости принятия специальных договоров, регулирующих, в том числе, использование объектов авторских и смежных прав в интерактивных сетях. Вот почему Российская Федерация планирует в ближайшее время присоединиться к Договорам ВОИС 1996 года по авторскому праву, а также по исполнениям и фонограммам. Соглашением о партнерстве и сотрудничестве с Европейским сообществом 1993 г. Российская Федерация приняла на себя обязательства к концу 2002 г.

обеспечить уровень охраны авторских и смежных прав, соответствующий уровню стран ЕС, что предполагает имплементацию соответствующих Европейских директив в российское законодательство.

Государственная политика в области авторского права и смежных прав должна разрабатываться с учетом необходимости, с одной стороны, государственной поддержки творческой деятельности авторов и исполнителей по созданию ими новых объектов авторского и смежных прав, а с другой - активизации деятельности обществ по коллективному управлению такими правами, совершенствования форм и методов осуществления контроля и надзора за их деятельностью со стороны государства.

В большинстве стран Европы коллективное управление авторскими и смежными правами осуществляется представляющими интересы обладателей этих прав структурами, а государственные органы осуществляют административный контроль за созданием и деятельностью таких структур. Однако, в Российской Федерации после ликвидации в 1993 г. Российского агентства интеллектуальной собственности при Президенте Российской Федерации эти вопросы, по существу, находятся вне поля зрения государства.

В то же время факт государственного контроля необходим как для пропаганды защиты авторских прав, так и для правового регулирования управления авторскими правами, включая правоприменительные меры и предотвращение злоупотребления правами. Надлежащая работа по организации защиты авторов и правообладателей призвана обеспечивать не только их имущественные и неимущественные интересы, но и интересы национальные, и, как результат, увеличение налогооблагаемой базы для сбора подоходного налога, стимулирование специализированного экспорта, создание юридической базы для инвестиций в интеллектуальноемкие сферы экономики.

Таким образом, государственная политика в сфере авторского права и смежных прав должна базироваться на следующих принципах:

- гарантированной свободы литературного, научного и художественного творчества;
- стимулирования творческой деятельности авторов и исполнителей;
- оптимального баланса законных прав и интересов всех участников отношений в данной сфере;
- оптимального сочетания государственного регулирования и самоуправления;
- обеспечения эффективных механизмов выявления, предупреждения и пресечения правонарушений в данной сфере.

Основными целями государственной политики в области авторского права и смежных прав должны быть признаны:

- обеспечение наиболее благоприятных условий для творческой деятельности ;
- достижение обоснованного баланса законных прав и интересов всех участников отношений в данной сфере, включая государство;

- обеспечение доступности достижений культуры для всех граждан;
- развитие международного сотрудничества в области науки, культуры и искусства;
- обеспечение эффективной правовой защиты отечественных произведений и объектов смежных прав в других странах, а иностранных - в Российской Федерации.

Задачи государственной политики в области авторского и смежных прав вытекают из проблем и обстоятельств, способствующих их возникновению, упомянутых выше. Для их решения необходимо осуществление целого комплекса правовых, организационных, научно-исследовательских, технологических и финансовых мер.

А) Правовые меры:

- * внесение необходимых изменений и дополнений в действующие нормативные акты, регулирующие авторское и смежные права;
- * разработка и принятие нормативных актов, однозначно определяющих задачи, функции, принципы взаимодействия и координации федеральных органов исполнительной власти в сфере авторского права и смежных прав;
- * разработка и принятие нормативных актов по осуществлению контрольных и надзорных функций государства за созданием и деятельностью обществ по коллективному управлению авторским и смежными правами;
- * разработка и принятие нормативных актов, обеспечивающих присоединение Российской Федерации к международным соглашениям в данной сфере, участницей которых Российская Федерация к настоящему времени не является.

Б) Организационные меры:

- * совершенствование судебной системы, включая создание третейских судов по рассмотрению споров в сфере авторского права и смежных прав, углубление специализации судей;
- * совершенствование организационных структур федеральных органов исполнительной власти, осуществляющих деятельность в сфере авторского права и смежных прав, координации деятельности всех государственных органов в области авторского права и смежных прав;
- * организация и проведение научно-практических конференций и семинаров по вопросам авторского права и смежных прав;
- * организация систем подготовки и переподготовки специалистов федеральных органов исполнительной власти, судов, прокуратуры, занимающихся вопросами авторского права и смежных прав;
- * организация свободно доступных через Интернет страниц, посвященных деятельности в области авторского права и смежных прав федеральных органов исполнительной власти и всех обществ по коллективному управлению авторскими и смежными правами.

В) Научно-исследовательские меры:

- * проведение НИР, направленных на научную проработку предложений по внесению изменений и дополнений в нормативные акты, касающиеся авторского права и смежных прав;

- * проведение НИР, направленных на совершенствование деятельности обществ по коллективному управлению авторскими и смежными правами и осуществления контрольных и надзорных функций со стороны государства за созданием и деятельностью таких обществ;

- * проведение НИР, направленных на создание информационных систем в области авторского права и смежных прав, предусматривающих свободный доступ к ним со стороны общественности;

- * проведение НИР по исследованию правоприменительной практики в области авторского права и смежных прав с учетом отечественного опыта.

Г) Технические меры:

- * обеспечение современным компьютерным оборудованием (офисным оборудованием, включая средства связи) с подключением к выделенным каналам Интернет всех федеральных органов исполнительной власти, осуществляющих деятельность в сфере авторского права и смежных прав и обществ по коллективному управлению авторскими и смежными правами;

- * обеспечение доступа специалистов к международным информационным ресурсам, касающимся авторского права и смежных прав, в том числе платным базам данных с удаленным доступом.

Следует отметить, что для практической реализации предусмотренных мероприятий требуется надлежащее кадровое и финансовое обеспечение, причем последнее должно осуществляться из бюджетных и внебюджетных источников. Столь же необходимо широкое информирование общественности о современном состоянии и развитии данной сферы через СМИ.

Последовательное решение поставленных задач путем осуществления намеченных мер позволит создать в Российской Федерации эффективно действующую систему охраны объектов авторского права и смежных прав, гармонизированную с международной и зарубежными системами, что, в свою очередь, будет способствовать развитию научного и культурного потенциала страны, стимулировать законную деятельность всех участников отношений в данной сфере, содействовать созданию благоприятного инвестиционного климата, а, следовательно, способствовать дальнейшему экономическому развитию страны и укреплению международного сотрудничества во всех областях, связанных со сферой авторского права и смежных прав.

Валентина Орлова,

Кандидат юридических наук, доцент Кафедры
ЮНЕСКО по авторскому праву и другим отраслям
права интеллектуальной собственности

НОВОЕ В ПРАВОВОМ РЕГУЛИРОВАНИИ ОТНОШЕНИЙ, СВЯЗАННЫХ С ПРАВОВОЙ ОХРАНОЙ ТОВАРНЫХ ЗНАКОВ И НАИМЕНОВАНИЙ МЕСТ ПРОИСХОЖДЕНИЯ ТОВАРОВ

В конце прошлого года был завершен многолетний этап работы по совершенствованию российского законодательства в области товарных знаков – 24 декабря 2002 года вступил в силу федеральный закон № 166-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». Причин для внесения изменений было достаточно много - восполнение пробелов в правовом регулировании, изъятие неработающих положений, приведение закона в соответствие с обновленным (с 1992 года) российским законодательством, а также, в соответствие с положениями международных договоров, участницей которых Россия является или намеревается стать, упрощение ряда процедур и требований, предъявляемых к документам.

Вступление обновленного закона в силу потребовало внести изменения и дополнения в семь ведомственных нормативных правовых актов, три документа предполагалось разработать совсем новых. Разработка одного из таких новых документов обусловлена вступлением в силу Кодекса об административных правонарушениях, установившего административную ответственность за правонарушения, связанные с товарными знаками. Раньше ее не было. Разработка второго документа вызвана созданием нового административного органа по рассмотрению споров, связанных с правовой охраной объектов промышленной собственности (Палата по патентным спорам призвана заменить две существовавших инстанции - Апелляционную палату Роспатента и Высшую патентную палату Роспатента). Разработка третьего документа должна восполнить пробел в правовом регулировании вопросов, связанных с прекращением правовой охраны наименований мест происхождения товаров. Необходим также правительственный акт, определяющий перечень федеральных органов, правомочных давать заключения в отношении наименований мест происхождения товаров.

Кроме того, изменения и дополнения, внесенные в Закон, потребовали существенной переработки приложений к Постановлениям РФ от 12 августа 1993 года (с последующими изменениями и дополнениями) - Положения о пошлинах за патентование изобретений, полезных моделей, промышленных образцов, регистрации товарных знаков, знаков обслуживания и наименований мест происхождения товаров и Положения о регистрационных сборах за официальную регистрацию программ для электронных вычислительных машин, баз данных и топологий интегральных микросхем.

Значительное число изменений и дополнений было внесено в документы, регламентирующие порядок предоставления правовой охраны товарным знакам, знакам обслуживания и наименованиям мест происхождения товаров, - в Правила составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака и знака обслуживания и в Правила составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию и предоставление права пользования наименованием места происхождения товара и заявки на предоставление права пользования уже зарегистрированными наименованиями места происхождения товара. Большое количество вносимых изменений и дополнений повлекло утверждение вышеназванных правил в новой редакции для облегчения пользования ими.

Как и в обновленном законе о товарных знаках, в Правилах составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака и знака обслуживания (далее Правила ТЗ) многие новые положения обусловлены приведением российского законодательства в соответствие с положениями Договора о законах по товарным знакам, целью которого является гармонизация административных процедур в области охраны товарных знаков.

Среди таких новых положений, в частности, следующие. Из документов, влияющих на установление даты подачи заявки и, соответственно даты приоритета по заявке, исключено описание заявленного обозначения.

В правила включены положения, относящиеся к выделению заявки на регистрацию товарного знака, что даст больше маневра заявителю при получении правовой охраны, при распоряжении своими правами и при их защите. Правила указывают на условия, которые должны быть соблюдены при подаче ходатайства о выделении заявки, - выделенная заявка может быть подана до принятия решения по первоначальной заявке и при условии, что первоначальная заявка не отозвана и не считается отозванной.

И в правила, относящиеся к товарным знакам, и в правила, относящиеся к наименованиям мест происхождения товаров, включены положения, устанавливающие возможность подачи заявок и последующей корреспонденции как на бумажном носителе, так и с помощью современных средств связи, в частности, по факсу. Кроме того, определены условия, при которых представление документов посредством факса будет иметь позитивные последствия, например, установление даты приоритета.

Весьма существенным представляется изменение, внесенное в Закон в отношении представительства перед федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Это изменение, безусловно, нашло отражение и в вышеназванных правилах. Новыми нормами установлено, что подача заявок и ведение дел по ним может осуществляться либо самими заявителями (за исключением иностранных лиц), либо патентными поверенными, зарегистрированными в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Представительство иными лицами исключается, хотя в рамках ранее действовавшего законодательства допускалось ведение дел по заявке представителем, при условии, что заявка

была подана самим заявителем или патентным поверенным (этот порядок не распространялся на иностранных заявителей).

Правила дополнены положениями, уточняющими условия восстановления пропущенных заявителем сроков. Это уточнение заключается в установлении обязанности представления дополнительных материалов, запрашиваемых экспертизой, или ходатайства о продлении срока их представления, либо возражения в Палату по патентным спорам одновременно с ходатайством о восстановлении пропущенных сроков. Указанное уточнение основано на аналогичных нормах Российского процессуального законодательства, регламентирующих процедуры восстановления пропущенных сроков и предусматривающих обязательность совершения при этом того действия, сроки совершения которого восстанавливаются.

Отвечает современным потребностям российских правообладателей предусмотренная законом и Правилами возможность преобразования заявки на коллективный знак в заявку на товарный знак и наоборот. Нормативными правовыми актами определены также и условия, при соблюдении которых возможно такое преобразование.

Еще одно дополнение введено в правила по товарным знакам. Оно представляется исключительно важным, поскольку регламентирует действия экспертизы при рассмотрении заявок с одинаковым приоритетом, поданных на тождественные обозначения разными заявителями, а приоритет, как известно, играет исключительную роль при предоставлении правовой охраны.

Помимо документов, определяющих порядок и условия предоставления правовой охраны, изменения и дополнения были внесены в документы, относящиеся к продлению сроков правовой охраны или соответствующих охранных документов, внесению необходимых изменений в соответствующие регистрации, а также в документы, относящиеся к досрочному прекращению правовой охраны товарных знаков обслуживания и наименований мест происхождения товаров.

Так, внесены некоторые изменения и дополнения в Правила продления срока действия регистрации товарного знака и знака обслуживания и внесения в нее изменений, а также в Правила продления срока действия свидетельства на право пользования наименованием места происхождения товара и внесения изменений в регистрацию и свидетельство.

В эти правила, также как и в рассмотренные выше, внесены уточнения, связанные с изменением порядка представительства, с установлением возможности подачи документов по телефаксу. Существенным дополнением регистрации товарного знака и знака обслуживания и внесения в нее изменений является положение, основанное на нормах Договора о законах по товарным знакам, устанавливающего возможность разделения регистрации товарного знака (т.е. процедура, аналогичная процедуре выделения заявки). Такая возможность может быть реализована в случае оспаривания предоставления правовой охраны товарному знаку. При этом, отдельная регистрация товарного знака по заявлению правообладателя может быть выделена из регистрации

товарного знака, действующей в отношении нескольких товаров или услуг. Отдельная регистрация выделяется для одного товара (услуги) или части товаров (услуг), но не однородных с товарами, перечень которых остается в первоначальной регистрации. Заявление правообладателя может быть подано до принятия решения по результатам спора о регистрации товарного знака.

Этими же правилами предусмотрена возможность преобразования коллективного знака в обычный и наоборот. Соответственно, определены необходимые документы, требования к ним и т.д.

Значительному изменению подвергся нормативный правовой акт, регламентирующий порядок аннулирования регистрации товарного знака (знака обслуживания) в связи с ликвидацией юридического лица – владельца товарного знака. Большая часть изменений была связана с тем, что изменилась терминология Закона – вместо «аннулирования регистрации товарного знака» Закон говорит о «досрочном прекращении правовой охраны»; «владелец товарного знака» изменился на «обладателя исключительного права на товарный знак (правообладателя)». Кроме того, Законом был восполнен важный пробел в правовом регулировании, а именно, решен вопрос о прекращении правовой охраны товарного знака, принадлежащего другому виду субъектов права на товарный знак – физическому лицу, осуществляющему предпринимательскую деятельность. Это новое положение Закона было развито в Правилах принятия решения о досрочном прекращении правовой охраны товарного знака и знака обслуживания в случае ликвидации юридического лица – обладателя исключительного права на товарный знак или прекращения предпринимательской деятельности физического лица – обладателя исключительного права на товарный знак.

Необходимо также отметить появление нового нормативного правового акта в отношении наименования мест происхождения товаров. Его разработка обусловлена тем, что ранее совершенно не регулировался вопрос прекращения действия свидетельства на право пользования наименованием места происхождения товара в связи с ликвидацией юридического лица - обладателя свидетельства. Соответствующее основание отсутствовало в ранее действовавшей редакции Закона. Теперь оно появилось, и следом появились Правила принятия решения о досрочном прекращении действия свидетельства на право пользования наименованием места происхождения товара при ликвидации юридического лица - обладателя свидетельства, которые, безусловно, имеют много общего с аналогичными правилами, касающимися товарных знаков.

Василий Терлецкий,

генеральный директор авторского общества КОПИРУС,
кандидат юридических наук, доцент Кафедры
ЮНЕСКО по авторскому праву и другим отраслям
права интеллектуальной собственности

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВ В ЦИФРОВЫХ СЕТЯХ И ПРОДУКТАХ МУЛЬТИМЕДИА

В условиях цифровых технологий появляется уникальная возможность с потрясающей легкостью делать копии произведений, обеспечивая их абсолютную идентичность с оригиналом, и распространять их с использованием телекоммуникационных средств.¹ Простота совершения нарушений, легкость и дешевизна копирования, быстрота распространения охраняемых объектов, глобальный характер цифровых сетей делают положение правообладателей весьма уязвимым.

При этом проблемы возникают не только у обладателей прав на материалы, используемые в Интернете, включаемые в произведения мультимедиа и "цифровые сборники". Не в лучшем положении оказываются и пользователи - "владельцы сайтов" ("контент-провайдеры"), производители продуктов мультимедиа и другие лица, коммерческие интересы которых связаны с "цифровой средой". Количество и разнообразие используемых произведений делают практически невозможным для пользователей достигать в краткие сроки соглашений с многочисленными правообладателями, просить их о предоставлении разрешений на использование, вести с ними переговоры, а также выплачивать им вознаграждение на индивидуальной основе. "Очистка" прав путем переговоров с каждым заинтересованным правообладателем часто оказывается невозможной, поскольку оформление индивидуальных соглашений – с учетом множественности и разнообразия используемых объектов – делает нерентабельным любой мультимедийный проект.

Очевидно, что необходим поиск согласованных на международном уровне решений для проблем, возникающих в связи с продолжающимся технологическим развитием. Существуют несколько основных тенденций развития правового регулирования вопросов авторских и смежных прав в сфере Интернета и мультимедиа, прежде всего, расширение международного сотрудничества и рост значения коллективных способов управления правами. Законотворческий опыт США и других стран показывает, что попытки регламентировать работу Интернета на национальном уровне не приносят желаемых результатов, обеспечить которые становится возможным только путем заключения многосторонних международных договоров, конкретизирующих условия охраны охраняемых авторским правом объектов, устанавливающих основные стандарты их использования в глобальных

¹ См.: www.roms.ru.

интерактивных сетях, обязательный минимум правомочий для правообладателей в отношении порядка защиты и реализации их прав и т.д.

Все отчетливее проявляется необходимость формирования параллельно с развитием глобальной информационной инфраструктуры эффективных систем управления авторскими и смежными правами, обеспечивающих как простой доступ к результатам творческой деятельности и их широкое распространение, так и гарантии получения их создателями и инвесторами соразмерного вознаграждения. Реализация подобной программы требует объединенных усилий законодателей, авторских обществ, пользователей разных стран. Новые системы управления правами должны позволить надежно защищать и эффективно реализовать авторские и смежные права при использовании произведений и объектов смежных прав в продуктах мультимедиа и цифровых интерактивных сетях.

В последние годы в отдельных европейских и иных странах некоторые организации, уже осуществлявшие коллективное управление правами в "традиционных", "нецифровых" сферах использования произведений, на основании заключенных между ними соглашений стали предлагать пользователям ряд новых услуг, удовлетворяя их потребности на "национальном" уровне. Складывающиеся при этом системы принимают самые разнообразные "очертания" и порой строятся на совершенно различных принципах – согласно существующим в каждой из стран обстоятельствам.

В Германии, например, в 1996 году была создана специализированная организация CMMV (Clearingstelle Multimedia) для выдачи производителям продуктов мультимедиа единой лицензии (разрешения) от имени всех обладателей прав на используемые в таких продуктах охраняемые объекты (произведения, исполнения, фонограммы и т.д.). CMMV в большинстве случаев выступает в качестве посредника, своеобразного "брокера" между пользователями и уже существующими обществами, управляющими авторскими и смежными правами на коллективной основе. Во Франции также в 1996 году в тех же целях была создана организация SESAM.

Таким образом, в основном существующие специализированные мультимедийные организации осуществляют следующие виды деятельности:

1) информационное обеспечение при осуществлении пользователем деятельности на основании лицензий, полученных от иных обществ по коллективному управлению имущественными авторскими и смежными правами;

2) непосредственное коллективное управление имущественными правами в отношении тех используемых в "цифровой среде" прав, управлением которыми не занимаются иные, "традиционные" авторско-правовые организации;

3) выдача лицензий от имени всех правообладателей на использование всех прав, управление которыми осуществляется такими организациями на основании договоров с отдельными правообладателями, с иными обществами по коллективному управлению правами и по иным основаниям.

Однако, в отношении коллективного управления имущественными авторскими и смежными правами в "цифровой среде" необходимо проявлять определенную "гибкость" и использовать "сбалансированный" подход к решению возникающих при лицензировании проблем.

В тех случаях, когда правообладатели предпочитают осуществлять свои права на индивидуальной основе путем заключения в каждом отдельном случае специальных договоров с пользователями, система коллективной реализации таких прав сводится только к предоставлению пользователям "контактной" информации для дальнейшего решения всех возникающих вопросов непосредственно с самим правообладателем.

Во многих странах применяется также такой новый способ, как лицензирование через специальные "центры очистки" прав. В таком случае может быть легко достигнуто удачное сочетание всех положительных сторон индивидуальных схем реализации имущественных прав и систем коллективного управления такими правами. При таком способе предлагаемые для "продажи" имущественные права формируются в специальные "блоки", "наборы" с однородными условиями использования, ценами и иными требованиями, установленными правообладателями. Благодаря такой "предварительной сортировке" и "обобщению" прав производители продуктов мультимедиа и иные пользователи получают простой и сравнительно недорогой доступ к необходимым им правам, для легального использования которых достаточно заключить соглашение с "центром очистки".

Разумеется, наиболее полно потребности цифрового рынка в легальном репертуаре могут удовлетворить только специализированные организации по управлению имущественными правами на коллективной основе, что, однако, не исключает необходимости их тесного сотрудничества с "центрами очистки" прав. Выдаваемые организациями по коллективному управлению правами лицензии, как правило, содержат однородные тарифы и сходные условия для всех пользователей при использовании всех входящих в репертуар таких организаций произведений или объектов смежных прав. Такой подход позволяет преодолеть все трудности, возникающие как у пользователей, так и у правообладателей в условиях развития современных компьютерных, сетевых и коммуникационных технологий.

В некоторых случаях "контент-провайдеры" ("поставщики содержания", "владельцы сайтов") могут также сотрудничать непосредственно с "центрами очистки" прав, музыкальными издательствами, фотографами и т.д. в целях максимального обогащения формируемого ими содержания сайтов и обеспечения возможностей легальной доставки произведений, исполнений, фонограмм по запросам отдельных потребителей сетевых услуг.

Ожидается, что развитие современных систем коллективного управления имущественными авторскими и смежными правами в цифровых интерактивных сетях в скором времени позволит значительно расширить репертуар законно используемых в "цифровой" среде охраняемых авторским правом объектов, а также позволит резко увеличить интенсивность их использования.

Специализированные мультимедийные организации, образующие такие системы, призваны дополнить уже существующие и действующие в "традиционных" областях общества по управлению правами на коллективной основе, распространив его на новые области использования произведений и объектов смежных прав.

Национальные системы коллективного управления авторскими и смежными правами в большинстве стран переживают период стремительного преобразования, укрепляются связи на международном уровне. Общие тенденции развития российской системы коллективного управления аналогичны, но ситуация осложняется тем, что широкое применение такого способа реализации авторских прав в России началось сравнительно недавно и пока еще не охватывает значительного числа тех сфер, в которых оно необходимо. Одной из причин такого положения является неготовность правообладателей к переходу к новым способам реализации их прав в новых сферах. Причем такого рода неготовность характерна не только для отечественных правообладателей.

В связи с этим приходится констатировать, что та модель "расширенного" коллективного управления или "бланкетных лицензий", которая применяется в области радиовещания и в определенной мере может использоваться и уже используется Российским обществом по мультимедиа и цифровым сетям (РОМС) в Интернете (прежде всего в случаях массового использования "малоформатных произведений"), не всегда применима в настоящее время в полном объеме в отношении, например, продуктов мультимедиа, распространяемых на материальных носителях. Разумеется, создание продукта мультимедиа, как правило, требует использования большого числа объектов, охраняемых авторским правом и смежными правами. Заключение договоров с каждым из правообладателей часто оказывается невозможным. В результате пользователям приходится либо создавать и использовать продукты мультимедиа с нарушениями законодательства, либо отказываться от их создания. Таким образом, со временем принципы "расширенного" коллективного управления будут распространены на сферу создания и использования продуктов мультимедиа.

В настоящее время правообладатели не всегда безоговорочно соглашаются предоставить соответствующие полномочия представляющей их интересы организации по коллективному управлению, необходимые для реализации их прав на унифицированных единообразных условиях, несмотря на то, что сами правообладатели не могут предложить пользователям другие реально осуществимые схемы взаимодействия. Формально российское законодательство не препятствует выдаче уполномоченной организацией по коллективному управлению разрешений на использование охраняемых авторским правом объектов во всех случаях, когда заключение договоров с каждым из правообладателей затруднительно. Очевидно, что такие случаи часто возникают при создании и использовании продуктов мультимедиа. Однако история коллективного управления свидетельствует, что оно успешно

применяется только тогда, когда большинство заинтересованных в нем лиц приходят к выводу о его необходимости, что занимает достаточно длительное время и обычно является следствием неудачных попыток правообладателей реализовать и отстоять свои права в индивидуальном порядке.

Особенно трудная ситуация сегодня сложилась в области выпуска мультимедийной продукции на различного рода материальных носителях. Раньше так называемая "мехзапись" не входила в сферу коллективного управления в полном объеме. При тиражировании фонограмм права на используемые произведения предоставлялись непосредственно музыкальными издательствами либо обществами по коллективному управлению (РАО, НААП), выполняющими в отношении таких "механических" прав "квазиагентскую" деятельность только в части ограниченного репертуара произведений. С тех пор, как тиражироваться на материальных носителях стали не только музыкальные, но и многие другие произведения, все отчетливее проявляются недостатки принятого ранее индивидуально ориентированного подхода, не позволяющего ни пользователям легально выпускать насыщенную множеством произведений продукцию, ни правообладателям эффективно бороться с нелегальным тиражированием и распространением их произведений.

Несмотря на это сегодня у крупных правообладателей существует опасение, что возможность использования их прав на принципах коллективного управления, то есть без прямого договора с ними, и выдача "бланкетных" лицензий, разрешающих использование любых произведений, как это делается при передаче по радио музыкальных произведений так называемых "малых прав", при создании продуктов мультимедиа могут привести к некоторым злоупотреблениям. В качестве примера иногда отмечают, что воспользовавшись отсутствием общепризнанного определения такого понятия, как "продукт мультимедиа", недобросовестные лица могут попытаться на основании лицензионного соглашения с организацией по коллективному управлению начать тиражирование произведений и объектов смежных прав в тех случаях, которые не входят в сферу коллективного управления (копирование программ для ЭВМ, тиражирование фонограмм и т.д.).

Хотя такие злоупотребления в большинстве случаев могут быть предотвращены за счет включения в лицензионное соглашение необходимых оговорок и ограничений, следует признать, что с учетом многообразия возникающих жизненных ситуаций невозможно нормативно закрепить единое правило для всех случаев: какие охраняемые авторским правом объекты и в каком объеме могут включаться в продукты мультимедиа на основании "бланкетной лицензии", а какие нет. В то же время необходимость коллективного управления в данной области очевидна, так как она вытекает прежде всего из множественности используемых произведений и невозможности для отдельного пользователя вступить в контакт с каждым из правообладателей.

Представляется, что в качестве одного из возможных способов организации работы в мультимедийной сфере может быть использован

следующий подход: выдача организацией по коллективному управлению не "лицензии на деятельность" (то есть на использование абсолютно всех необходимых произведений по усмотрению пользователя, как в случае с радиовещанием), а предоставление ограниченной лицензии только на использование определенного перечня охраняемых объектов, включаемых в конкретный продукт мультимедиа. В отношении таких объектов должно быть очевидно, что права на них являются предметом коллективного управления.

Таким образом, вместо последующего предоставления информации об использованных произведениях желательно ввести предварительный контроль за правомерностью их использования, то есть определить для каждого случая (в отношении каждого создаваемого продукта мультимедиа), возможно ли осуществлять использование данного перечня произведений на основе принципов коллективного управления. Критерии отбора могут быть достаточно просты - на основании лицензионного соглашения с организацией по коллективному управлению возможно: во-первых, использование прежде всего "малоформатных" произведений, во-вторых, небольших фрагментов из различных охраняемых авторским правом объектов, и в-третьих, нельзя использовать исключенные из репертуара охраняемые объекты.

Проверка на соответствие принципам коллективного управления должна производиться при обязательном участии уполномоченных самими правообладателями представителей, на основании заключений которых можно будет подписывать лицензионные соглашения с пользователями. Кроме того, для нормального функционирования любой национальной системы коллективного управления требуется поддержка и действенный контроль со стороны государственных органов, в том числе правоохранительных.

Такая организация работы позволила бы обеспечить надежную и дешевую "юридическую" очистку всех необходимых прав в отношении мультимедийной продукции, выпускаемой на различных видах материальных носителей, поскольку если отдельные объекты не могут быть использованы на основании договора с организацией по коллективному управлению, пользователи сразу же узнают о необходимости заключения прямых договоров непосредственно с правообладателями. Реализация такой системы позволила бы использовать все преимущества "расширенного" коллективного управления (простоту, дешевизну, универсальность, возможность использования всего мирового репертуара и т.д.), но одновременно гарантировала бы, что использование охраняемых авторским правом объектов на основании принципов коллективного управления не будет осуществляться в тех случаях, которые вызывают какие-либо опасения у правообладателей.

А. Осокин,
адвокат

КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ СПОРОВ О НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫХ ПРАВ (тезисы)

Существующий в России порядок разрешения споров о квалификации объектов промышленной собственности при оспаривании выданных охранных документов (споры о недействительности) и иных споров, связанных с прекращением правовой охраны, является несовершенным. Практически все подобные споры подлежат разрешению самим патентным ведомством. Сложившаяся практика судебного контроля решений таких вопросов самим патентным ведомством носит формальный характер, поскольку заинтересованное лицо при любом исходе судебного процесса вынуждено обращаться со своими претензиями в патентное ведомство.

При защите прав по иску о запрете использования изобретения патентообладатель не обязан доказывать действительность неоспоренного патента, а суд - исследовать доказательства такой недействительности, т.к. такое исследование является прерогативой Апелляционной палаты патентного ведомства и арбитражному суду неподведомственно. Ходатайство о приостановлении производства по апелляционной жалобе не может быть удовлетворено, как необоснованное: в соответствии со статьями 143 и 144 АПК РФ ни подача заявки на регистрацию полезной модели, ни обжалование патента не являются основаниями для приостановления производства по делу.

Действительность патента истца, как и факт его нарушения, обоснованно считаются двумя ключевыми вопросами любого судебного дела о нарушении патентных прав¹. Наиболее действенным способом защиты стороны, обвиняемой в нарушении исключительных прав, является оспаривание действительности таких прав. Однако законодательство РФ не позволяет ответчику в таком споре предъявить встречный иск о недействительности нарушенного права, что является нарушением статьи 6 «Право на справедливое судебное разбирательство» ЕКПЧ и статей 19 и 46 Конституции РФ. Само отсутствие права на судебную проверку действительности исключительных прав может быть расценено как нарушение этих статей.

Ситуации, когда любое решение об исключительных правах выносит административный орган, порождают неопределенность в праве, поскольку такое решение может быть обжаловано в суде в пределах срока исковой давности. С этим подходом перекликается позиция Конституционного Суда РФ: «итоговым решением вопроса о лишении лица его имущества является акт

¹ Питер Розенберг. Основы патентного права США. - М.: Прогресс, 1979. С. 386.

суда»². Нарушение же «принципа правовой определенности», по мнению ЕСПЧ, не соответствует духу и букве Конвенции³.

Конституционный Суд РФ использует схожие подходы к этому принципу: «конституционно-правовой режим стабильности условий хозяйствования»⁴, «надлежащие гарантии стабильности, предсказуемости и надежности гражданского оборота»⁵.

1. Прекращение действия исключительного права на основании решения административного органа противоречит конституционной норме «никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда» (ч. 3 ст. 35 Конституции РФ). Согласно правовой позиции Конституционного Суда, даже при наличии последующего судебного контроля недопустимо лишение права (в частности права собственности) во внесудебном порядке, если «имущество принадлежит субъектам права собственности на законных основаниях»⁶. Кроме того, статья 35 Конституции РФ корреспондирует статье 1 «Защита собственности» Протокола № 1 к УКПЧ. Правовая позиция Европейского Суда «...концепция «собственности» ... не ограничивается правом собственности на физические вещи»⁷ позволяет применять эту статью и в случаях вынесения решения о недействительности исключительных прав. Таким образом, принятие такого решения во внесудебном порядке нарушает статью 1 Протокола № 1 к Конвенции в совокупности со статьей 6 Конвенции.

² См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 20 мая 1997 года № 8-П, Определение от 3 декабря 1998 г. № 201-О.

³ См.: постановления ЕСПЧ по делу «Брумареску против Румынии» и по делу «Совтрансавтохолдинг против Украины».

⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 10 апреля 2003 года № 5-П.

⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 21 апреля 2003 года № 6-П.

⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 11 марта 1998 года № 8-П, Определение от 3 декабря 1998 г. № 201-О.

⁷ Постановление ЕСПЧ по делу «Иатридис против Греции».

Максим Прокш,
аспирант МГОУ

УГОЛОВНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА НЕЗАКОННОЕ ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ТОВАРНОГО ЗНАКА (тезисы)

Нарушением прав владельца товарного знака или знака обслуживания считается несанкционированное изготовление, применение, ввоз, предложение к продаже, продажа, иное введение в хозяйственный оборот или хранение в этой целью знака или товара, обозначенного этим знаком, или обозначения, сходного с ним до степени смешения, в отношении однородных товаров (услуг). Однако уголовный закон говорит об ответственности только за незаконное использование чужого товарного знака, знака обслуживания, наименования места происхождения товаров или сходных с ними обозначений для однородных товаров. Использованием знака считается применение его на товарах и (или) упаковке, а также применение знака в рекламе, печатных изданиях, на официальных бланках, на вывесках, при демонстрации экспонатов на выставках и ярмарках, проводимых в Российской Федерации.

Уголовная ответственность за незаконное использование чужих товарного знака, знака обслуживания или наименования места происхождения товара или сходных с ними обозначений для однородных товаров наступает лишь в случае совершения этого деяния неоднократно или причинения им крупного ущерба.

При неоднократном совершении деяния, если следовать строго тексту закона, достаточно для ответственности установления самого факта даже при отсутствии последствий в виде крупного ущерба. Возможно несколько вариантов неоднократности совершения данного деяния: 1) лицо было судимо за незаконное использование товарного знака, знака обслуживания или наименования места происхождения товара и вновь совершает какое-либо из этих деяний; 2) лицо незаконно использует два или более чужих знаков; 3) лицо использует чужой знак на различных (двух или более) товарах либо одном и том же виде товара, но изготавливаемого самостоятельными партиями. Многократное проставление чужого товарного знака (знака обслуживания, наименования места происхождения товара) на товарах, входящих в одну партию (например, использование этикеток с чужим товарным знаком на бутылках одной партии алкогольной продукции) признака неоднократности совершения данного преступления не создает.

Таким образом, незаконное использование товарного знака, совершенное неоднократно, должно включать в себя совершение лицом ранее, по меньшей мере, двух деяний, каждое из которых является преступлением. Теоретически это возможно лишь в случаях, когда оба (все) деяния преступны по признаку причинения крупного ущерба. Установление двух или более фактов незаконного использования товарного знака, если деяние ни в одном случае не

повлекло крупного ущерба, не может рассматриваться как неоднократное деяние в силу прямого противоречия положениям общей части уголовного законодательства.

Крупный ущерб может быть причинен владельцу знака, конкурирующему хозяйствующему субъекту. Помимо сугубо материального ущерба, он может быть связан и с нанесением вреда деловой репутации предпринимателя — владельца знака. Право окончательного вывода о признании ущерба крупным принадлежит суду. Представляется, что ущерб при незаконном использовании чужих знаков или сходных с ними обозначений может чаще всего быть в виде упущенной выгоды.

Особо отметим, что бланкетный характер диспозиции ст. 180 УК РФ, хотя и создаёт определённые трудности при квалификации, однако именно применение бланкетных признаков в конструкции состава незаконного использования товарного знака позволяет сделать уголовный закон с одной стороны более гибким, а с другой – более стабильным. В то же время, наличие бланкетных признаков в рассматриваемом составе преступления создаёт определённые сложности при квалификации конкретных преступных деяний.

Термин «незаконное использование» является бланкетным признаком объективной стороны состава преступления, предусмотренного ст. 180 УК РФ. В большинстве изученных нами уголовных делах, возбужденных как по ст. 155 УК РСФСР, так и по ч. 1 ст. 180 УК РФ, судом уголовно-наказуемым признавалось не только незаконное применение на товаре чужого товарного знака, но и реализация таких товаров, либо их хранение с целью реализации. Так, гражданин К. был признан Псковским городским судом виновным в покушении на незаконное пользование чужим товарным знаком (ст. 15, ст. 155 УК РСФСР) по следующим основаниям. Договорившись с неустановленным лицом о доставке из города Новгорода этикеток и пробок, необходимых для производства фальсифицированной водки, он получил от данного лица в качестве задатка 200 тыс. рублей. Затем он в Новгороде, на рынке приобрел у неустановленных лиц этикетки водки «Столичная» и пробки «Новгород АО АЛКОН». Однако, возвращаясь в г. Псков, он был задержан на посту ГАИ. Таким образом, мы видим, что органы следствия и суда понимают под незаконным использованием товарного знака не только незаконную маркировку товара, но и действия, направленные на введение такого товара в хозяйственный оборот.

На это же обстоятельство указывает и изученная нами практика применения ст. 180 УК РФ. Так, Нагатинским межмуниципальным судом Москвы был признан виновным в совершении преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 180 УК РФ, гражданин Д., который 2 и 3 марта 2000 года, не имея доверенности и не являясь сотрудником ООО фирмы «Майский чай», незаконно используя товарный знак данной фирмы, дважды продал по 75 пачек чая, расфасованных в пачки с названием «Корона Российской империи» весом 200 гражданину М., сотруднику ООО «Топиз», для реализации

населению. Согласно заключению экспертизы проданные пачки чая не являются продукцией компании «Майский чай» и наносят ей крупный ущерб.

Признак неоднократности незаконного использования чужого товарного знака имел место и в других изученных нами уголовных делах. Например, Нелидовским городским судом Тверской области был признан виновным в совершении преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 180 УК РФ, гражданин М., который, будучи директором типографии, неоднократно, не оформляя надлежащим образом заявки, заказа, без оформления договора и составления калькуляции, давал устные указания на производство упаковок чая. Под его непосредственным руководством было изготовлено 27.840 штук упаковок. Кроме того, М. организовал выпуск печатной продукции, а именно, учебников, которые реализовывал самостоятельно неустановленным лицам общим количеством 141.105 экземпляров. В приговоре суда по данному делу указывается, что «признак неоднократности незаконного использования чужого товарного знака подтверждается совершением нескольких преступлений, предусмотренных одной статьей Уголовного кодекса».

Однако ни в материалах следствия, ни в приговоре суда не указывается, что первое из совершённых преступлений причинило крупный ущерб. В то же время в соответствии со ст. 16 УК РФ неоднократность может признаваться только в тех случаях, когда предыдущее деяние является преступлением, а в случае с незаконным использованием чужого товарного знака оно может являться таковым, если причинило крупный ущерб. В приговоре же, как крупный определяется только ущерб, причинённый всеми совершёнными действиями виновного в целом.

Кроме того, при изучении, как материалов этого дела, так и рассмотренного нами выше возникает вопрос: а можно ли вообще в данных случаях говорить о том, что виновные совершили несколько тождественных преступлений или их действия следует охарактеризовать как единое продолжаемое преступление?

На наш взгляд, как в первом, так и во втором рассмотренном случае действия виновных охватывались единым умыслом и были направлены на достижение общей цели. Цель эта заключалась в получении прибыли от предпринимательской деятельности, ведущейся способом, нарушающим основы добросовестной конкуренции. Например, Б. совместно с соучастниками организовал подпольный цех, который занимался переклеиванием этикеток с чужими товарными знаками.¹ Данный цех работал постоянно с 13 декабря 1997 года по 19 февраля 1998 года; весь этот период виновные незаконно применяли товарные знаки, принадлежащие Московскому заводу шампанских вин, ТОО «РИСП», ОАО «Корнет». За указанный период ими было произведено 23.550 бутылок, из которых 14.340 были реализованы Б. на оптовом рынке, причём сделки купли-продажи в отношении незаконно произведённой продукции он

¹ См.: Уголовная канцелярия Савёловского межмуниципального суда, уголовное дело №123465.

совершал дважды. Таким образом, мы можем говорить о неоднократности незаконного использования товарного знака в данном случае лишь тогда, когда признаем, что под незаконным использованием чужого товарного знака понимается исключительно продажа либо хранение товара с чужим товарным знаком и исключим тем самым из сферы действия ч. 1 ст. 180 УК РФ действия виновных, выразившиеся в переклеивании этикеток с чужим товарным знаком, то есть незаконное применение чужого товарного знака. Несомненно, что такой вывод явно противоречит положениям закона о товарных знаках, который признает нарушением исключительных прав владельцев товарных знаков в равной степени применение чужих товарных знаков на товаре, продажу товара с такими товарными знаками и хранение таких товаров с целью введения в хозяйственный оборот. В данном случае незаконное использование товарного знака было окончено в момент его пресечения правоохранительными органами, так как действия виновных носили характер незаконной деятельности, осуществлявшейся непрерывно весь указанный период.

Необходимо рассмотреть понятие «крупный ущерб» относительно незаконного использования товарного знака. Несомненно, что установить размер ущерба, который причиняется данным преступлением, всегда сложно, так как значительную его часть, как правило, составляет упущенная выгода. Кроме того, необходимо определять, в какой степени пострадали от действий виновных репутация товарного знака и доходы его владельца. Размер ущерба в форме упущенной выгоды в некоторых случаях может быть крайне велик, так как рыночная стоимость товарного знака может значительно превосходить стоимость материальных активов предприятия.

Проведённый нами анализ судебной практики показывает, что ни следственными органами, ни судами не определяется ущерб в форме упущенной выгоды, причиняемый незаконным использованием товарного знака. Устанавливается исключительно реальный ущерб, причиняемый потребителям, приобретающим фальсифицированные товары, но и этот ущерб, как правило, устанавливается путём определения размера дохода, полученного от незаконного использования товарного знака. Вместе с тем такая методика правомерна лишь в том случае, когда стоимость товара ничтожна.

Подводя итог сказанному, следует заметить, что действующая редакция ст. 180 УК РФ на сегодняшний день таит в себе слишком много противоречий, которые существенно осложняют процесс квалификации преступных посягательств на исключительные права владельцев товарных знаков, знаков обслуживания и обладателей свидетельств на право пользования наименованиями мест происхождения товаров.

Владислав Старженецкий,

Главный консультант Сектора международного
частного права Высшего Арбитражного Суда РФ

ЗАЩИТА КОММЕРЧЕСКИХ ОБОЗНАЧЕНИЙ В АРБИТРАЖНЫХ СУДАХ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ (тезисы)

В практике арбитражных судов возникла интересная проблема, связанная рассмотрением споров о так называемых коммерческих обозначениях. Вопрос о коммерческих обозначениях, их понятии, месте среди других средств индивидуализации, объеме охраны коммерческих обозначений до сих пор остается мало изученным в российской правовой доктрине. Вместе с тем за последнее время в арбитражных судах рассматривалось сразу несколько дел, в которых судам необходимо было решать конкретные споры, связанные с коммерческими обозначениями. В этой связи представляет интерес постановление Президиума ВАС № 4193/01 от 05.03.2002 г., дающее ответы на некоторые наиболее важные вопросы об охране коммерческих обозначений.

Суть спора. Начиная с 1997 г., индивидуальный предприниматель К., использовал в принадлежащем ему ресторане быстрого обслуживания на вывесках, в объявлениях, меню, форменной одежде и т.д. обозначения «Нью-Йорк Пицца», «New York Pizza Nowosibirsk» и «New York Pizza».

В 1999 г. было зарегистрировано ООО «Нью-Йорк Пицца» с сокращенным фирменным наименованием «ООО «Нью-Йорк Пицца» и «New York Pizza Co. Ltd.». Предметами деятельности общества было указано, среди прочего, организация и эксплуатация сети пунктов общественного питания.

Данное ООО посчитало использование индивидуальным предпринимателем К. вышеназванных обозначений нарушением его исключительного права на фирменное наименование, так как используемые обозначения тождественны или сходны до степени смешения с фирменным наименованием ООО, и обратилось в арбитражный суд с иском о запрете предпринимателю использовать в своей деятельности обозначения «Нью-Йорк Пицца» «New York Pizza Nowosibirsk» и «New York Pizza».

Вынесенные судебные акты. Суд первой инстанции согласился с доводами о незаконном использовании так называемой вспомогательной части фирменного наименования, признал использование индивидуальным предпринимателем указанных обозначений нарушением исключительного права на фирменное наименование.

Президиум ВАС встал на защиту обозначения, используемого индивидуальным предпринимателем, и отменил решение суда первой инстанции, дело направил на новое рассмотрение. В постановлении Президиума указывается, что спор вызван столкновением фирменного наименования и используемого предпринимателем в своей деятельности обозначения, поэтому суд должен оценить не только степень сходства

обозначений, но и одновременно сравнить сферы фактической деятельности сторон (деловой и территориальной), исследовать вопрос о реальном смешении услуг спорящих сторон, учесть то обстоятельство, что предприниматель использовал спорные обозначения задолго до регистрации истца.

Сложность приведенного дела состоит в том, что российское законодательство не содержит развернутого правового режима охраны обозначений, используемых в коммерческом обороте, однако не зарегистрированных в качестве товарного знака или фирменного наименования. Статья 138 ГК не упоминает среди охраняемых средств индивидуализации коммерческие обозначения. Однако упоминание коммерческого обозначения мы находим в главе 54 ГК о договоре коммерческой концессии. Согласно статье 1027 ГК по договору можно передать исключительные права, в том числе и на коммерческое обозначение. Понятие коммерческого обозначения в данной статье ГК не раскрывается.

Ситуация может стать еще более запутанной, если вспомнить о том, что в коммерческом обороте юридические лица выступают под своим фирменным наименованием (его статус урегулирован законодательством), а индивидуальные предприниматели – под своим собственным именем. Кто же тогда может индивидуализировать себя на рынке с помощью коммерческих обозначений, которые не являются ни фирменным наименованием юридического лица, ни именем физического лица-предпринимателя? Может ли индивидуальный предприниматель без образования юридического лица выступать в гражданском обороте под обозначением иным, чем свое имя? Охранять ли обозначения иностранных компаний, которые не имеют зарегистрированных фирменных наименований или товарных знаков в России, однако индивидуализируют себя на российском рынке посредством таких обозначений? Очевидно, что российское законодательство не может дать четкого ответа на поставленные вопросы.

В данном случае ясно, что можно внести международное право и накопленный международный опыт по охране коммерческих обозначений. Как известно, признание и защита коммерческих обозначений закрепляются в целом ряде международных документов: в Уставе Всемирной организации интеллектуальной собственности 1967 года (статья 2), Докладе ВОИС по вопросам интеллектуальной собственности в Интернете 2001 года¹, а также в базовой по вопросам промышленной собственности – Парижской конвенции по вопросам промышленной собственности, принятой еще в 19 веке (статья 1 и 8)².

¹ Second WIPO report of the Internet Domain Name Process, <http://wipo2.wipo.int>

² Следует отметить, что в русском переводе данные статьи содержат указание на то, что защите подлежат фирменные наименования. Данный перевод не является вполне корректным с учетом того значения термина «фирменное наименование», которое сложилось в российском гражданском праве, по целому ряду причин. Во-первых, потому что для одного и того же английского термина «trade name» в переводе Парижской конвенции используется его перевод как «фирменное наименование», а в переводе Устава ВОИС – «коммерческое обозначение». Чем вызван разный перевод одного термина не ясно. Во-вторых, потому что

В соответствии с международным правом под коммерческим обозначением понимается наименование, принятое коммерческим предприятием (юридическим или физическим лицом) для обозначения себя на рынке и для отличия от других предприятий, оно должно обладать отличительной способностью. Аналогичное толкование мы находим и в авторитетном комментарии к Парижской конвенции по охране промышленной собственности³. Таким образом, коммерческое обозначение является средством индивидуализации.

Предприятие может впоследствии зарегистрировать данное обозначение в качестве товарного знака или фирменного наименования или их части и после этого получить самостоятельную защиту, но уже как товарного знака или фирменного наименования соответственно⁴.

В чем же состоит отличие коммерческого обозначения от товарного знака и фирменного наименования? Исходя из данного выше определения, коммерческое обозначение используется в отношении предприятия, которое может и не быть юридическим лицом. Предприятие может принадлежать физическому лицу, также не исключена ситуация, когда у одного юридического лица будет несколько предприятий (заводов, фабрик), каждое из которых будет обладать своим коммерческим обозначением. В свою очередь фирменное наименование индивидуализирует только конкретное юридическое лицо. Кроме этого, фирменное наименование подлежит государственной регистрации, и в соответствии с требованиями российского гражданского законодательства оно должно содержать указание на организационно-правовую форму юридического лица. Такого рода требований к коммерческому обозначению не предъявляется, о чем будет сказано ниже.

Что касается отличия коммерческого обозначения от товарного знака, то можно отметить следующее основное различие. Товарный знак используется

для фирменного наименования в международных документах предусмотрено использование другого понятия – «firm name». В-третьих, уже из самого текста и смысла статьи 8 Парижской конвенции следует, что речь идет не о фирменном наименовании в его понимании по российскому праву, а о коммерческом обозначении. Иначе невозможно будет объяснить, как фирменное наименование может защищаться «независимо от своей регистрации и независимо от того, является ли оно частью товарного знака». Названия коммерческих организаций обязательно регистрируются в соответствующих реестрах (в том числе и в России), и они всегда были независимы от товарных знаков. Очень трудно представить себе ситуацию, чтобы юридическое лицо не могло защитить свое фирменное наименование, только потому, что оно не является частью его товарного знака.

³ Г.Боденхаузен «Парижская конвенция по охране промышленной собственности. Комментарий» Москва, 1977, с.33, 152-154.

⁴ На практике так очень часто и получается. Считается, что защита фирменного наименования или товарного знака более сильная и эффективная, чем коммерческого обозначения в виду обязательной регистрации фирменных наименований и товарных знаков, а также наличия специального и детального регулирования охраны данных средств индивидуализации. Примером того как коммерческие обозначения регистрировались и получали специальную защиту могут служить обозначения Siemens, Philips, Ford, фабрика «Парижская коммуна» и др.

для индивидуализации товаров и услуг, но не предприятия, производящего эти товары и услуги. Сразу несколько юридических лиц, предприятий с разными коммерческими обозначениями и фирменными наименованиями могут вполне легально предлагать товары и услуги на рынке под одним товарным знаком⁵. Существуют и другие отличия, связанные с тем, что товарный знак подлежит регистрации.

Конечно, нельзя не согласиться с тем, что перечисленные средства индивидуализации во многом выполняют схожие функции, которые в конечном итоге позволяют отличить предприятия, продукты, деятельность конкурентов на рынке. Данные средства индивидуализации тесным образом взаимосвязаны. Это проявляется, в частности в том, что одно и то же обозначение может быть и товарным знаком, и коммерческим обозначением, а также входить в состав фирменного наименования. Тем не менее, каждое из перечисленных средств делает акцент на каком-то определенном аспекте, служащим целям индивидуализации. Для коммерческого обозначения таковым является предприятие.

Можно сделать общий вывод о том, что коммерческое обозначение является самостоятельным средством индивидуализации, отличным от фирменных наименований и товарных знаков и выполняющим свои специфические функции.

Согласно международно-правовым нормам государства обязаны обеспечить, чтобы: а) тому, кто добросовестно пользуется коммерческим обозначением, предоставлялась защита независимо от государственной регистрации коммерческого обозначения и независимо от того, является ли оно частью товарного знака (статья 8 Парижской конвенции); б) в сфере использования коммерческих обозначений пресекалась недобросовестная конкуренция (статья 10 бис Парижской конвенции).

В свете вышесказанного становится понятным, что коммерческие обозначения могут использоваться как самостоятельное средство индивидуализации без государственной регистрации как юридическими, так и физическими лицами, российскими и иностранными лицами.

Данная возможность особенно актуальна для субъектов малого бизнеса, которые нуждаются в средстве индивидуализации на рынке, но в некоторых случаях по законодательству не могут иметь фирменного наименования (индивидуальные предприниматели без образования юридического лица), а регистрация товарного знака для них является зачастую сложной и дорогостоящей процедурой. Поэтому использование коммерческих обозначений, принимая во внимание отсутствие строгих формальных требований к их содержанию и государственной регистрации, и в то же время

⁵ Наглядным примером этого могут служить транснациональные компании, которые выпускают свою продукцию по всему миру на разных предприятиях, принадлежащих отдельным юридическим лицам (корпорации Coca-cola, Colgate, Danon, Kodak, Proctor and Gamble и иные). При этом в одной стране могут действовать сразу несколько таких предприятий, юридических лиц.

возможность защищаться от недобросовестных конкурентов, является для малого бизнеса оптимальным вариантом.

Рассмотрев режим охраны коммерческого обозначения согласно международным нормам, вернемся к Постановлению Президиума ВАС РФ. Из постановления Президиума ВАС видно, что высшая судебная инстанция встала на защиту коммерческого обозначения, которое использовалось индивидуальным предпринимателем. Можно сказать, что Президиум ВАС выбрал именно тот путь, который принят в международной практике и который, кстати, действовал в России еще в начале 20 века⁶.

Из анализа данного постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда следует принципиальный вывод о том, что предприниматель мог использовать вышеназванные коммерческие обозначения в своей коммерческой деятельности независимо от их государственной регистрации. Он мог использовать указанные коммерческие обозначения независимо от регистрации практически аналогичного фирменного наименования другим лицом при соблюдении некоторых условий, в частности: 1) предприниматель использовал коммерческие обозначения до регистрации другого средства индивидуализации; 2) при использовании сходных коммерческого обозначения и фирменного наименования сфера фактической деятельности сторон (деловая и территориальная) не совпадала, иными словами стороны действовали на разных территориальных или деловых рынках; 3) предприниматель не допускал каких-либо актов недобросовестной конкуренции, не вводил в заблуждение потребителей, например, относительно того, какое лицо оказывает им услуги. Представляется, что названные в Постановлении критерии должны действовать и в случае столкновения коммерческого обозначения и товарного знака.

В заключение хотелось бы отметить, что в отсутствие развернутого правового регулирования коммерческих обозначений в Российской Федерации в первую очередь следует руководствоваться международно-правовыми нормами, а также применять законодательство Российской Федерации, регулирующее сходные вопросы, по аналогии. Возможно, что по мере развития судебной практики по разрешению споров, связанных с коммерческими обозначениями, пробелы могут эффективно восполняться судебными прецедентами, такими как Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда №4193/01.

⁶Так, в частности, согласно Положению о фирме (утв. Пост. ЦИК СССР и СНК СССР от 17.08.1927) право на фирму могло принадлежать как физическим, так и юридическим лицам, возникало с момента, когда фактически началось пользование фирмой, право на фирму существовало независимо от ее регистрации.

РАЗДЕЛ ВТОРОЙ. ИНФОРМАЦИОННОЕ ПРАВО

Сергей Потапенко,

судья Верховного Суда РФ, доктор юридических наук,
профессор Кафедры ЮНЕСКО по авторскому праву и
другим отраслям права интеллектуальной собственности

О СУДЕБНОЙ ПРАКТИКЕ ПО ДИФФАМАЦИОННЫМ СПОРАМ

Диффамация – это общепринятый в большинстве стран мира юридический термин, под которым понимается правонарушение в виде распространения (произнесения слов или публикации) не соответствующих действительности фактических сведений, порочащих честь, достоинство и деловую репутацию потерпевшего.

Этот термин имеет латинское происхождение - "diffamatio". От него происходит английское "defamation", что в переводе означает "порочить". Нормы диффамационного права на сегодня имеются в странах как романо-германского, так и англо-американского права. Например, в Великобритании действует Закон о диффамации 1996 года (Defamation Act 1996). Как в континентальной Европе, так и в странах Британского содружества, и других странах обычного права, в качестве устойчивой тенденции последних лет отмечается фактическое прекращение применения уголовного наказания за диффамацию. За подобные деликты применяется в основном гражданско-правовая ответственность.

В общей системе мирового права диффамационное право занимает весьма скромное место. Однако если смотреть на него с точки зрения приоритетов, защищаемых правом вообще, где на первом месте находятся права, свободы и законные интересы конкретного индивида, то диффамационное право приобретает весьма важное значение в системе права, поскольку на основе его регулятивных и охранительных норм строятся отношения между личностью и средствами массовой информации.

Основное отличие зарубежного института диффамации от российского института защиты чести, достоинства и деловой репутации (ст. 152 ГК РФ) в том, что в диффамационном праве гражданско-правовая судебная защита этих нематериальных благ возможна только при условии одновременной защиты права на свободу слова и массовой информации. Поэтому суть любого диффамационного спора - в разрешении коллизии между правом на защиту чести и достоинства, с одной стороны, и правом на свободу слова и массовой информации, - с другой.

Наметившаяся в последние годы тенденция к унификации правовых систем разных стран позволяет рассматривать позитивно зарекомендовавший себя за рубежом институт диффамации в качестве аналога для внедрения в российское гражданское законодательство и судебную практику.

Ранее неведомый большинству практикующих российских юристов термин "диффамация" все чаще используется не только в научных публикациях, но и в решениях Европейского Суда по правам человека. При этом если «прежде мы могли позволить себе интересоваться практикой Европейского суда лишь в познавательном плане, теперь его придется рассматривать в качестве своеобразной международной судебной инстанции, юрисдикция которой распространяется на жалобы граждан стран-участниц Совета Европы, в том числе и российских, и дела, которые являлись предметом рассмотрения судов Российской Федерации».¹ Таким образом, для российских судей настало время, когда нужно не только правильно понимать прецеденты Европейского Суда, но и на практике реализовывать основные положения диффамационного права, как это делает Европейский Суд по правам человека.

Сразу отмечу, что за последние годы российская судебная практика существенно продвинулась в применении принципов диффамационного права, ориентируясь при этом на нормы европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, особенно в части ограничений свободы массовой информации (ст. 10 Конвенции).

Здесь уместно отметить, что в последние годы в юридической науке прослеживается тенденция к тому, чтобы рассматривать судебную практику в качестве источника права.² Поскольку постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации можно отнести к источникам права, то можно говорить об их прецедентном характере для российской судебной практики. Для диффамационных споров таким прецедентом является постановление Пленума Верховного Суда от 18 августа 1992 г. № 11 в редакции постановления Пленума от 21 декабря 1993 г. № 11 с изменениями и дополнениями, внесенными постановлением Пленума 25 апреля 1995 г. № 6 «О некоторых вопросах, возникших при рассмотрении судами дел о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц»³.

В связи с тем, что в настоящее время в Верховном Суде РФ проводится приведение ряда постановлений Пленума в соответствие с изменившимися нормами гражданского и гражданского процессуального законодательства, а также с современной правовой доктриной, автору данной статьи было поручено подготовить соответствующие изменения в вышеназванное постановление о защите чести и достоинства. Далее приводятся основные из внесенных предложений с соответствующими обоснованиями.

1) Пункт 1 предложено изложить в следующей редакции:

«Обратить внимание судов на то, что право граждан на защиту чести, достоинства и деловой репутации является их конституционным правом, а

¹ Лебедев В. От концепции судебной реформы к новым идеям развития судебной системы//Российская юстиция. 2000. № 3. С. 4.

² См.: Судебная практика как источник права / Коллектив авторов. М., 2000.

³ Сборник постановлений Пленумов Верховных Судов СССР и РСФСР (Российской Федерации) по гражданским делам. М., 2000. С. 249 – 252.

деловая репутация юридических лиц – одним из условий их успешной деятельности. При рассмотрении споров о защите чести, достоинства и деловой репутации суды должны обеспечивать должное равновесие между правом граждан на защиту чести, достоинства и деловой репутации с их же конституционным правом на свободу слова и массовой информации».

Такая редакция обусловлена, прежде всего, тем, что в обязанность судов вменяется обеспечивать должное равновесие между правом граждан на защиту чести, достоинства и деловой репутации с их же конституционным правом на свободу слова и массовой информации.

По сути своей, данное изменение в случае его принятия Пленумом Верховного Суда РФ будет реализацией правовой позиции Конституционного Суда РФ, высказанной в определении от 27 сентября 1995 г. об отказе в принятии к рассмотрению жалобы А.В. Козырева⁴, где указано, что при рассмотрении в судах общей юрисдикции дел о защите чести и достоинства надлежит решать, укладываются ли ставшие предметом спора сведения в рамки политической дискуссии, как отграничить распространение недостоверной фактической информации от политических оценок и возможно ли их опровержение по суду. Конституционный Суд отметил, что суды общей юрисдикции вправе и обязаны обеспечивать должное равновесие при использовании конституционных прав на защиту чести и достоинства, с одной стороны, и свободу слова - с другой.

Предложено также дополнить вышеназванное постановление Пленума Верховного Суда РФ пунктом 1-1 следующего содержания:

«Пунктом 5 части 1 ст. 33 АПК РФ установлена специальная подведомственность арбитражным судам дел о защите деловой репутации в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности. При этом согласно части второй названной статьи указанные дела рассматриваются арбитражными судами независимо от того, являются ли участниками правоотношений, из которых возникли спор или требование, юридические лица, индивидуальные предприниматели или иные организации и граждане.

Исходя из этого, дела о защите деловой репутации в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности подлежат рассмотрению в арбитражных судах и в случае привлечения к участию в деле гражданина, не имеющего статуса индивидуального предпринимателя, в том числе автора распространенных (опубликованных) сведений».

Основанием для предложенного дополнения является то, что введенный в действие с 1 сентября 2002 г. АПК РФ изменил подведомственность судебных споров о защите деловой репутации для арбитражных судов, что повлекло за собой и изменение в компетенции судов общей юрисдикции, в связи с чем возникли некоторые вопросы в правоприменительной практике.

Как и ранее, подведомственность дел о защите деловой репутации судам общей юрисдикции можно определить методом исключения, исходя из того,

⁴ Российская газета. 1995. 22 ноября.

что им подведомственны все дела за исключением тех, которые отнесены к ведению арбитражных судов (п. 3 ст. 22 ГПК РФ). Однако если до принятия двух названных новых процессуальных кодексов основными критериями разграничения компетенции между судами общей юрисдикции и арбитражными судами по рассмотрению гражданских дел о защите деловой репутации были характер спорных правоотношений и их субъектный состав, то в настоящее время разграничение должно проводиться только по характеру спорных правоотношений, а субъектный состав для определения подведомственности утратил былое значение.

Пунктом 5 части 1 ст. 33 АПК РФ установлена специальная подведомственность арбитражным судам дел о защите деловой репутации в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности. При этом согласно части второй уже названной статьи указанные дела рассматриваются арбитражными судами независимо от того, являются ли участниками правоотношений, из которых возникли спор или требование, юридические лица, индивидуальные предприниматели или иные организации и граждане.

На этот счет в п. 9 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 11 от 9 декабря 2002 г. «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации»⁵ отмечено, что при применении п. 5 ч. 1 ст. 33 Кодекса необходимо учитывать, что дела о защите деловой репутации в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности подлежат рассмотрению в арбитражных судах и в случае привлечения к участию в деле гражданина, не имеющего статуса индивидуального предпринимателя, в том числе автора распространенных (опубликованных) сведений.

То есть дело о защите деловой репутации юридического лица арбитражному суду неподведомственно, если оно возникло из отношений, не относящихся к экономической деятельности истца, даже если сторонами такого спора будут юридические лица или индивидуальные предприниматели. И наоборот, арбитражный суд обязан рассмотреть спор о защите деловой репутации, вытекающий из экономических отношений, несмотря на то, что ответчиком по делу будут физическое лицо, не являющееся индивидуальным предпринимателем.

Существенным представляется предложение дополнить пункт 7 постановления Пленума Верховного Суда РФ частью 2 следующего содержания:

«В текстах средств массовой информации следует различать фактические сведения, которые можно проверить (верификация) и оценочные мнения, которые не являются предметом судебной защиты в порядке, предусмотренном ч. 1 ст. 152 ГК РФ, поскольку их соответствие или несоответствие действительности недоказуемо. При этом показать несостоятельность того или иного мнения можно путем использования права на ответ (ч. 3 ст. 152 ГК РФ) в

⁵ Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2003. № 2.

случае, когда высказанное мнение затрагивает права и законные интересы потерпевшего. Если мнение высказано в оскорбительной форме, потерпевший на основании ст. 151 ГК РФ может требовать компенсации морального вреда. В этом случае содержание мнения вообще не имеет юридического значения. Суд должен установить, является ли унижающей честь, достоинство и деловую репутацию потерпевшего форма выражения мнения».

~~В настоящее время судебная практика преимущественно ориентирована~~ на то, что предметом опровержения в порядке ст. 152 ГК РФ могут быть не только фактические сведения, но также мнения и оценки. С таким подходом также нельзя согласиться. Он обусловлен односторонним пониманием права каждого на судебную защиту от диффамации без учета такого же права на свободу слова и массовой информации. К тому же процессуальные принципы состязательности и диспозитивности в гражданском судопроизводстве не дают права суду требовать от СМИ предоставления конкретных фактов, которые легли в основу отрицательных оценок. Мнение – категория субъективного характера, каждый вправе его высказать и не обязан при этом в газетном сообщении каждое свое определение снабжать обильной фактурой. Например, невозможно отграничить критическое высказывание депутата о плохой работе мэра города, искренне считающего эту работу плохой, от такого же высказывания другого депутата, который, однако, исходит из вредных намерений или личной неприязни к мэру города. Судьи не должны заниматься выяснением такого рода обстоятельств, это противоречит смыслу ст. 152 ГК РФ.

Проведенные обобщения судебной практики по делам о защите чести, достоинства и деловой репутации показало, что имеют место случаи, когда суды выносили судебные решения, в которых признавали не соответствующими действительности, порочащими потерпевшего сведения типа «Иванов – плохой глава администрации», или «политические взгляды Сидорова носят реакционный характер». Чистые оценки «хороший - плохой», «добрый - злой» не могут быть предметом опровержения, поскольку не поддаются проверке на истинность. Оценочное суждение говорит не об объекте, а об отношении субъекта к объекту. На этих позициях последовательно стоит Европейский суд по правам человека. В решении этого суда по делу Лингенс против Австрии от 8 июля 1986 г. суд признал оценочными такие высказывания журналиста в отношении федерального канцлера Австрии как «низкопробный оппортунист», «аморальный», «недостойный». В решении Европейского суда указано, что «с точки зрения суда, следует проводить тщательное различие между фактами и оценочными суждениями. Существование фактов может быть доказано, тогда как истинность оценочных суждений не всегда поддается доказыванию».⁶

⁶ См.: Европейский суд по правам человека. Избранные решения. Т. 1. С. 524 – 531.

Реальная потребность судебной практики в том, чтобы дать судьям, журналистам и другим заинтересованным лицам четкое и однозначное разъяснение того, что существуют фактические сведения, которые можно проверить (верификация) и оценочные мнения, которые не являются предметом судебной защиты в порядке, предусмотренном ч. 1 ст. 152 ГК РФ, поскольку их соответствие или несоответствие действительности недоказуемо.

На такую позицию в отдельных случаях встает и Верховный Суд Российской Федерации. Прочитируем выдержку из определения судебной коллегии по гражданским делам высшего судебного органа страны от 19 ноября 1999 г. по иску Ш. к ФСБ РФ о защите чести и достоинства: «Отнесение судом указания в служебной характеристике на наличие у истца таких черт характера как амбициозность, необъективность, некритичное отношение к своим поступкам, к сведениям, не соответствующим действительности и порочащим его честь и достоинство, нельзя признать правильным. В данном случае, указывая в характеристике черты характера Ш., дается его оценка как личности, эти качества не являются сведениями и потому не подлежат опровержению».⁷ Такой подход соответствует практике Европейского суда по правам человека, способствует интеграции России в правовое поле европейского сообщества.

Пункт 11 вышеназванного постановления Пленума Верховного Суда РФ после слов «Требование о возмещении морального вреда может быть заявлено самостоятельно, если, например, редакция средства массовой информации добровольно опубликовала опровержение, удовлетворяющее истца» предложено дополнить следующим предложением: «Это обстоятельство должно быть учтено судом при определении размера компенсации морального вреда».

Такое дополнение обусловлено необходимостью развития досудебного урегулирования диффамационных споров. Если для прессы вовремя опубликованное опровержение послужит основанием для значительного уменьшения судом размера компенсации морального вреда, как это делается в большинстве американских судебных округов, когда взыскиваются убытки при подтверждении диффамации, то в судах будет меньше споров о защите чести, достоинства и деловой репутации, а СМИ получат возможность реально уменьшить свои расходы, если ими допущен диффамационный деликт.

И, наконец, пункт 11 постановления Пленума Верховного Суда РФ предлагается дополнить абзацем следующего содержания:

«В п. 7 ст. 152 ГК РФ записано, что правила настоящей статьи о защите деловой репутации гражданина соответственно применяются к защите деловой репутации юридического лица. Применяя эту норму закона, суды должны учитывать, что право на компенсацию морального вреда предоставлено только физическому лицу, в отношении юридических лиц иски о компенсации морального вреда удовлетворяться не должны, поскольку закон

⁷ Архив Верховного Суда. Дело № 9 – Г – 99 – 21.

(ст. 151 ГК РФ) определяет понятие морального вреда как причинение физических и нравственных страданий. Эти страдания способен переживать только человек, поэтому в ст. 151 ГК РФ говорится о компенсации морального вреда гражданину».

Таким дополнением можно завершить длительное время не утихающую дискуссию о том, имеют ли юридические лица право на компенсацию морального вреда при умалении их деловой репутации. Большинство ученых-цивилистов разделяют выводы комментаторов ГК РФ М. Брагинского, Е. Суханова, К. Ярошенко о том, что юридическим лицам моральный вред возмещаться не должен.⁸ Однако, как указано в п. 5 постановления Пленума Верховного Суда от 20 декабря 1994 г. № 10 с изменениями и дополнениями, внесенными постановлениями Пленума от 25 октября 1996 г. № 10, от 15 января 1998 г. № 1 «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда»: «Правила, регулирующие компенсацию морального вреда в связи с распространением сведений, порочащих деловую репутацию гражданина, применяются и в случаях распространения таких сведений в отношении юридического лица».⁹

Такой подход, как представляется, является неправильным, поскольку закон (ст. 151 ГК РФ) недвусмысленно определяет понятие морального вреда как причинение физических и нравственных страданий. Эти страдания способен переживать только человек, поэтому в ст. 151 ГК РФ говорится о компенсации морального вреда гражданину. В ст. 152 ГК РФ указано, что «правила настоящей статьи о защите деловой репутации гражданина соответственно применяются к защите деловой репутации юридического лица. Термин «соответственно» означает применимость только тех положений данной нормы, которые соответствуют правовой природе юридического лица.

Кстати, по сложившейся в арбитражных судах практике моральный вред юридическому лицу не компенсируется.

Вне зависимости от того, в какой степени будут реализованы приведенные в настоящей статье предложения, уже сам факт проводимой в Верховном Суде РФ работы по пересмотру известного постановления Пленума Верховного Суда РФ – несомненное свидетельство заботы о повышении эффективности судебной защиты прав человека в отношениях средств массовой информации с обществом и отдельной личностью.

⁸ См.: Брагинский М., Суханов Е., Ярошенко К. Комментарий ГК РФ // ХиП. 1995, № 5, С. 23.

⁹ Сборник постановлений Пленумов Верховных Судов СССР и РСФСР (Российской Федерации) по гражданским делам. С. 313.

Виктор Монахов,

кандидат юридических наук, профессор Кафедры ЮНЕСКО по авторскому праву и другим отраслям права интеллектуальной собственности

ОСНОВНЫЕ ИНФОРМАЦИОННЫЕ ПРАВА И СВОБОДЫ: ПРОБЛЕМЫ ПРАВОПОНИМАНИЯ И ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

В отечественном, зарубежном и международном конституционно-правовом лексиконе категория «*основные права и свободы*» достаточно широко используемая правовая конструкция. В отечественной юридической доктрине и практике к «основным» обычно относят права и свободы, закрепленные в главе 2 Конституции РФ 1993 г.

Основные права и свободы в сравнении с «иными» правами и свободами обладают несколько повышенным конституционно-правовым весом. Так, норма ст. 2 Конституции РФ, права и свободы человека (то есть все, а не только *основные*) квалифицирует в качестве «высшей ценности». Что же касается **основных**, то норма ч. 2 ст. 17 Конституции РФ, учитывая их естественно-правовой генезис, закрепляет важное дополнительное качество «*основных прав и свобод*» - «принадлежность каждому от рождения» и «неотчуждаемость».

Категория «*основные права и свободы*» употреблена и в ч. 1 ст. 55 Конституции РФ. Кстати, контекст этой конституционной нормы позволяет вычленил еще один классификационный разряд прав и свобод – «*другие общепризнанные права и свободы*».

К числу содержательных признаков основных прав и свобод относится также и то, что их *ограничение государством* может быть осуществлено только в определенных исключительных по своему характеру обстоятельствах (ч. 5 ст. 13, ч. 3 ст. 55, ч. 2 ст. 56., ст. 63 Конституции РФ).

Права и свободы: общее и особенное

Рассматривая вопрос о *разграничении* прав и свобод, следует, прежде всего, отметить, что в конституционно-правовой доктрине это разграничение носит достаточно условный характер. В целом, считается, что по своей юридической природе и системе гарантий права и свободы однородны. В то же время, некоторые элементы различий выделить можно, так как они однородны, но не тождественны.

Различая права и свободы, мы, среди прочего, отдаем дань уважения определенным политико-правовым традициям, сложившимся в 18-19 веках. Во-вторых, употребление категории "*свобода*" позволяет нам в методологических и иных прикладных целях подчеркнуть особенность *сферы реализации* той или иной правовой возможности, на время, отстраняясь от внимания к *результатам действий* по ее реализации (свобода мысли, слова, печати, вещания, сетевой коммуникации). Тогда же, когда мы желаем подчеркнуть то обстоятельство, что в данном контексте речь идет о достаточно определенных действиях

конкретных управомоченных лиц корректнее употребление категории "права", а не «свободы».

В целом можно сказать, что *свободы* в сравнении с *правами* – представляют собой менее четко выраженные, определенные, формализованные правовые возможности.

Норма же ч. 4 ст. 29 Конституции РФ дает нам пример некоего симбиоза "права" и «свободы» (*право свободно* искать, получать, передавать, производить и распространять информацию).

Частно-публичный дуализм права на доступ к информации

Одно из основных правомочий, вытекающих из нормы ч. 4 ст. 29 Конституции РФ образует правомочие так называемого «**общественного доступа**» к информации. Одним из квалифицирующих признаков этого вида доступа к информации является то, что его управомоченный **субъект** не *специальный*, а *общий*. Это означает, во-первых, что по общему правилу, субъектом общественного доступа к информации является любой человек, находящийся на территории России, вне зависимости от того, является ли он гражданином РФ, иностранцем или лицом без гражданства. Во-вторых, субъектом общественного доступа к информации может быть не обязательно «физическое», но и «юридическое» лицо или структура, обладающая его - «юридического лица» – правами. Наконец, объект такого доступа - любая, не ограниченная в установленном федеральным законом порядке в доступе информация, необходимая каждому для его частного и общественного развития.

Особо подчеркнем то обстоятельство, что правовой режим *общественного доступа* по общему правилу не предполагает обязанности его субъектов приводить какие-либо обоснования своего желания на получение запрашиваемой ими информации (ч. 1 ст. 12 ФЗ «Об информации, информатизации и защите информации» от 20.02.1995 г. № 24-ФЗ). Напротив, создатели информационных ресурсов обязаны формировать их открытыми и общедоступными, за исключением той информации, которая отнесена законом к категории ограниченного доступа. Отказ в запрашиваемой информации неограниченного доступа¹ – самостоятельный предмет судебного обжалования.

Резюмируя, можно констатировать, что объект общественно-доступной информации также как и ее субъект носит общий, а не специальный характер.

Наряду с «общественным доступом» к информации Конституция РФ закрепляет конституционно-правовой режим *частного доступа* к информации. Этому посвящена норма ч. 2 ст. 24 Конституции РФ. Ее основная ориентация – регулирование отношений именно частного доступа. Разумеется, возможности этого конституционно-правового правомочия по доступу

¹ В Эстонии с января 2001 г. правовой режим такого рода информации определяется специальным законом «О публичной информации» (RT I, 2000, 92, 597), под которой понимается публичной-запечатленная и документированная любым способом и на любом носителе информация, полученная или созданная в процессе выполнения публичных обязанностей, установленных законами или изданными на их основании правовыми актами.

частному могут быть задействованы и для доступа общественного. Однако такого рода использование правового механизма нормы ч. 2 ст. 24 Конституции РФ будет во многом носить характер «нецелевого». В частности, в рамках этого механизма серьезным ограничителем «общественного» характера доступа является конституционно закрепленное императивное условие ее применимости - «**непосредственность**» затрагивания прав и свобод запрашиваемых заявителем «документов и материалов».

В целом, правовой режим этого вида доступа к информации довольно существенно отличается от предусмотренного ч. 4 ст. 29 Конституции РФ. Прежде всего, отличие в том, что здесь мы в гораздо большей степени имеем дело именно с «правом», а не со «свободой». Почему? Во-первых, потому что в норме ч. 2 ст. 24 Конституции РФ речь идет не о вообще «информации», а только о такой ее разновидности как «документированная», т. е. о конкретных сведениях, содержащихся в «документах и материалах».

Во-вторых, эти сведения должны *«непосредственно затрагивать»* права и свободы адресатов этой нормы. Именно в корреляции с этим существенным признаком правового механизма нормы ч. 2 ст. 24 Конституции РФ, неправомерный отказ должностного лица в предоставлении собранных в установленном порядке документов и материалов, непосредственно затрагивающих права и свободы гражданина, либо предоставление гражданину неполной или заведомо ложной информации, если эти деяния причинили вред правам и законным интересам граждан, образуют состав не просто правонарушения, а уголовного преступления (ст. 140 УК РФ «Отказ в предоставлении гражданину информации»).

В-третьих, норма данной статьи четко определяет тех субъектов, на ком лежит **обязанность обеспечения** реализации правомочия субъектов частного доступа (органы государственной власти, органы местного самоуправления, их должностные лица). Наконец, не забудем об еще одном важном правовом условии: такой доступ легитимен «если иное не предусмотрено законом».

Не исключено, что функционирование и дальнейшее развитие наряду с правовым институтом «**общественного доступа**» правового института **частного доступа** к информации сыграет роль системообразующего фактора в формировании информационного публичного и частного права

От доктрины к норме

В отечественной правовой доктрине тезис о необходимости выделения основных информационных прав и свобод человека и гражданина в отдельный правовой институт, а также их конституционно-правового закрепления развернутое научное обоснование и признание получил в начале 80-х годов прошлого века. Еще почти десять лет понадобилось для того, чтобы этот институт получил достойное нормативное воплощение. «Декларация прав и свобод человека и гражданина», принятая Верховным Советом РСФСР 22 ноября 1991 г., посвятила этому институту две статьи (ст.ст. 9 и 13), закрепив и регламентировав в них право лица на охрану персональной информации и

право каждого на поиск, получение и распространение информации. Социально-правовую сущность этих прав можно представить в виде следующих лапидарных, но емких словесных формул – **право таить** и **право знать**.

В Конституции Российской Федерации 1993 г. эти нормы получили дальнейшее развитие, прежде всего, в статьях 23, 24, 29 и 42. Перечисленные статьи отнюдь не исчерпывают перечень действующих конституционно-правовых установлений, в той или иной степени участвующих в регулировании отношений, связанных с реализацией основных информационных прав и свобод на территории Российской Федерации, составляющих в своей совокупности конституционно-правовую основу **информационно-правового статуса человека и гражданина в РФ**.

Международно-правовые стандарты

Основу международно-правовой регламентации **права на информацию** составляют положения ст. 19 Международного пакта о гражданских и политических правах, принятого Генеральной Ассамблеей ООН 16 декабря 1966 г. Как известно, эти положения устанавливают право каждого человека свободно «искать, получать и распространять всякого рода информацию и идеи независимо от государственных границ». СССР подписал этот международно-правовой акт в Международный год прав человека, в марте 1968 г. Ратификация этого документа состоялась в 1973 г., а юридическую обязательность для СССР этот Международный пакт обрел 23 марта 1976 г. Россия, как государство-продолжатель и правопреемник всех международно-правовых обязательств СССР, является участником этого Пакта.

В Европе, параллельно с Международным пактом, принятым ООН, действует и пользуется значительно большим юридическим и политическим весом Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод (ЕКПЧ), подписанная первыми десятью государствами-членами Совета Европы 4 ноября 1950 г.

Статья 10 ЕКПЧ закрепляет право каждого человека “получать и распространять информацию и идеи без вмешательства государственных органов и независимо от государственных границ”. Обратим внимание на укороченность (по сравнению с формулировками Международного пакта) формулы Европейской конвенции. В ней отсутствует право поиска информации при наличии права ее получения и распространения. “Получение” – это пассивная форма удовлетворения информационных потребностей человека, в то время как “поиск” - гораздо более активная и эффективная. Кстати, соответствующая формулировка российской конституционной нормы (ст. 29 ч. 4) пятичленна. Кроме уже упоминавшихся прав поиска, получения и распространения информации, на территории РФ каждый имеет право свободно “передавать” и “производить” информацию любым законным способом.

Кроме ст. 10 ЕКПЧ европейское право содержит еще ряд документов, с разной степенью юридической обязательности и с разными предметами

регулирующих отношения по доступу к информации. В этом ряду, прежде всего, упомянем Рекомендацию Комитета Министров Совета Европы R(1981)19 **«О доступе к официальной информации, находящейся в распоряжении государственных органов»**. Новая редакция этого документа – Рекомендация R(2002)2 «О доступе к официальным документам» - была принята по результатам многолетней работы международной группы экспертов Совета Европы по доступу к официальной информации (DH-S-AC).

Еще одной, весьма значимой и полезной для становления и развития в России конституционного права на доступ к информации является Рекомендация Комитета Министров Совета Европы R(1994)13 **“О мерах по обеспечению транспарентности средств массовой информации”**. В первой же статье этот документ определяет, что «общественность должна иметь возможность доступа на справедливой и непредвзятой основе к некоторым основным сведениям о СМИ». Принимая во внимание, что цель транспарентности СМИ заключается в том, чтобы каждый мог знать, кто реально владеет тем или иным СМИ, дабы иметь возможность формировать мнение по отношению к распространяемой этими СМИ информации, в Рекомендации вполне обоснованно прописывается особый правовой режим **“прозрачности” именно электронных СМИ**.

Заключая обзор международно-правовых стандартов в сфере регулирования информационных прав и свобод, можно вполне обоснованно резюмировать, что правовое регулирование такого рода информационных отношений – важная и активно развивающаяся часть предмета регулирования международного публичного права и международного гуманитарного права.

Поскольку в обозримой перспективе роль и значение этой системы договорных и обычных норм будет объективно возрастать, постольку правомерно выдвинуть предположение о том, что практически везде внутригосударственные отношения в области основных информационных прав и свобод во все большей степени будут развиваться под непосредственным и ощутимым «внешним» влиянием, в качестве некоего опосредованного объекта международно-правового регулирования.

Существует даже точка зрения, согласно которой неуклонное сближение международно-правового и конституционно-правового институтов прав и свобод человека и гражданина в будущем может сделать последний излишним. Не вдаваясь в развернутую оценку столь радикального взгляда на общую перспективу взаимодействия международного и внутригосударственного права, все же выскажу одно принципиальное соображение, имеющее к этой перспективе прямое отношение. Мне кажется, что в любом случае мы можем вполне обоснованно вести речь об эволюционном формировании некоего единого глобального информационно-правового статуса человека и гражданина

как одной из сущностных черт зримо становящейся на наших глазах новой мировой цивилизации, основанной на знаниях и информации.²

Критерии правомерности ограничения информационных прав и свобод

Информационные права и свободы никогда и нигде не носили абсолютного характера. Российское информационно-правовое пространство в этом смысле не исключение. Уже норма ч. 2 ст. 13 «Декларации...» 1991 г. содержала определенную формулу **ограничений** информационных прав, предусматривающую, в частности, возможность установления ограничений права на доступ к информации только «**законом**» и только в целях охраны **личной, семейной, профессиональной, коммерческой и государственной тайны, а также нравственности**».

Конституция РФ также содержит определенные ограничения в отношении реализации информационных прав и свобод. Так, норма ст. 29 содержит жесткое требование: "Не допускаются пропаганда или агитация, возбуждающие социальную, расовую, национальную или религиозную ненависть и вражду. Запрещается пропаганда социального, расового, национального, религиозного или языкового превосходства". В силу положений статей 23 и 24 Конституции свобода операций с информацией ограничена конституционными правами на неприкосновенность частной жизни и тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Нормы ст. 49 Конституции РФ, закрепляющей принцип презумпции невиновности и ст. 44, гарантирующей защиту интеллектуальной собственности, также налагают определенные ограничения на работу с информацией, поскольку категории «интеллектуальная собственность» и «презумпция невиновности» в своем содержании имеют существенные информационные составляющие.

Кроме того, ограничение некоторых информационных прав и свобод человека и гражданина предусмотрено ст. 55 Конституции РФ, но "только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства". Закрепленные в Конституции ограничения по своему содержанию близки к соответствующим ограничениям, закрепленным международными актами, в частности, ЕКПЧ.

Согласно ч. 2 ст. 10 ЕКПЧ, свобода информации и выражения мнений должна иметь некоторые ограничения, сопряженные «с формальностями, условиями, ограничениями или санкциями, которые установлены законом и которые необходимы в демократическом обществе в интересах государственной безопасности, территориальной целостности или общественного спокойствия, в целях предотвращения беспорядков и

² См. об этом: Кастельс М. Информационная эпоха. Экономика, общество и культура. – М.: ГУВШЭ, 2000; Монахов В.Н. Право и СМИ в виртуальной среде/ Научно-техническая информация, серия 1, № 9, 2001. С. 25-31.

преступлений, для охраны здоровья и нравственности, защиты репутации или прав других лиц, предотвращения разглашения информации, полученной конфиденциально, или обеспечения авторитета и беспристрастности правосудия».

Более конкретное представление о судебно-правовых критериях допустимости ограничений информационных прав и свобод можно получить, обратившись к достаточно многочисленным решениям Европейского суда по правам человека, связанным с применением ст. 10 Европейской конвенции.³ В рамках этого направления деятельности Европейский суд выработал определенные правовые алгоритмы оценки правомерности действий государства, ограничивающих информационные права и свободы. В частности, Европейский Суд последовательно анализирует фактические обстоятельства и юридическую аргументацию участников того или иного информационного спора с точки зрения следующей триады критериев:

- были ли действия властей основаны на законе;
- соответствуют ли они целям ограничений, предусмотренных п. 2 ст. 10 ЕКПЧ;
- были ли подобные действия в данных конкретных обстоятельствах необходимы в демократическом обществе.

В поисках конкретных примеров применения этих критериев в решениях Европейского Суда представляется целесообразным обратиться к судебной практике в сфере телерадиовещания. Первым в этом ряду является вынесенное 28 марта 1990 г. решение по делу «Гроппера Радио АГ и другие против Швейцарии». В нем Европейский Суд пришел к выводу, что запрет ретранслировать программы из Италии, наложенный швейцарскими властями на кабельные компании Швейцарии, не нарушал гарантированное в статье 10 право этих компаний распространять информацию и идеи **независимо от государственных границ**. Суд решил, что запрет не вышел за пределы оставленной национальным властям сферы для вмешательства в осуществление свободы самовыражения по своему усмотрению в той мере, в какой это является не формой цензуры содержания или направления программ, а лишь мерой, направленной против станции, которую швейцарские власти имели основания полагать такой же швейцарской станцией, но работающей по другую сторону границы для того, чтобы обойти действующую в Швейцарии систему регулирования телекоммуникаций. Суд отказал заявителю, усмотрев в его действиях стремление обойти технические требования национального законодателя. Вместе с тем в этом решении содержится очень значимая правовая позиция, в соответствии с которой «государствам разрешено

³ См.: Комментарий к Конвенции о защите прав человека и основных свобод и практике ее применения. Под общей редакцией д.ю.н., проф. Туманова В.А. и д.ю.н., проф. Энтина Л.М. - М.: Изд-во «Норма». 2002. С.128-147, 164-186; Европейский Суд по правам человека и защита свободы слова в России: прецеденты, анализ, рекомендации. Т. 1 / Под ред. Винокурова Г.В., Рихтера А.Г., Чернышова В.В., - М.: Институт проблем информационного права. 2002.

контролировать вещание в плане организации и, в особенности, в техническом аспектах. Это, однако, не значит, что лицензионные меры не должны подчиняться требованиям п. 2 ст. 10, ибо в противном случае это привело бы к результатам противоположным цели и назначению ст. 10, взятой в целом».

Суд также подчеркнул: «право национальных властей регулировать систему лицензирования не может применяться по иным, не связанным с техническими вопросами, причинам, а также оно не должно препятствовать свободе выражения, за исключением требований, закрепленных в п. 2 ст. 10».

В мае того же 1990 г. состоялось решение по делу «Аутроник АГ против Швейцарии», где нарушение ст. 10 Конвенции было обнаружено. Фабулу дела составил отказ швейцарских властей дать одной из частных компаний разрешение на установку спутниковой антенны для приема некодированных телевизионных программ со спутника связи, принадлежащего СССР. Правовая основа отказа - отсутствие согласия государства, ведущего вещание.

Отметив, что данный отказ преследовал законную цель и исходил из необходимости предотвратить нарушение порядка в области связи и разглашения конфиденциальной информации, Суд постановил, тем не менее, что действия швейцарских властей вышли за «пределы области усмотрения, позволявшей им вмешиваться в осуществление *свободы самовыражения*». Суд отметил, что сам характер рассматриваемых передач не дает оснований считать их не предназначенными для использования широкой публикой, что риска получения секретной информации благодаря использованию спутниковой антенны не существует. Подчеркнем, что в данном случае Суд отталкивался от технических и юридических новаций в деле спутникового вещания, в частности, от норм Европейской конвенции о трансграничном телевидении. Не будем забывать и того, что статья 10 ЕКПЧ «не препятствует государствам применять в отношении радио-, теле- и кинокомпаний разрешительный режим».

Решение, вынесенное 24 ноября 1993 г. по делу «Информационсферайн Лентиа и другие против Австрии», весьма прецедентно, поскольку именно при его подготовке Европейский Суд впервые рассмотрел **вопрос о правомерности монополии государства на вещание**. Заявители по данному делу жаловались, что они не могли создать радиостанцию и телестанцию, т. к. согласно законодательству Австрии это право зарезервировано исключительно за Австрийской радиовещательной корпорацией. Они утверждали, что это образует монополию, несовместимую с положениями ст. 10 ЕКПЧ. С их точки зрения, действующие в Австрии правила, а в особенности, монополия Австрийской радиовещательной корпорации, отражают главным образом желание властей обеспечить политический контроль за аудиовизуальной сферой в ущерб плюрализму и свободе творчества. Устраняя всякую конкуренцию, эти правила дополнительно служат обеспечению экономической жизнеспособности Австрийской радиовещательной корпорации за счет серьезного ущемления свободы предпринимательской деятельности.

Обосновывая свой вердикт, Суд сослался на свою правовую позицию по

делу "Гроппера радио АГ" и другие против Швейцарии». Технические аспекты, без сомнения, важны, но предоставление или отказ в выдаче лицензий могут быть поставлены также в зависимость от других соображений, включая такие вопросы, как характер и цели предполагаемой станции, ее потенциальная аудитория на национальном, региональном либо местном уровне, обеспечение прав и удовлетворение потребностей конкретной аудитории, а равно выполнение обязательств, вытекающих из международных договоров. Это, в свою очередь, может привести к такому вмешательству, цели которого правомерны в соответствии с третьим предложением п.1, но не совпадают с какой-либо из целей, изложенных в п. 2. Совместимость такого вмешательства с Конвенцией должна, тем не менее, оцениваться именно в свете других требований п. 2.

В своем решении Суд подчеркнул, что свобода слова в демократическом обществе не может быть успешно осуществлена без плюрализма, высшим гарантом которого выступает государство. Это вдвойне справедливо в отношении аудиовизуальных СМИ, чьи программы имеют широкую аудиторию. Вот почему **наибольшие ограничения на свободу слова налагает государственная монополия**, а именно полная невозможность осуществлять вещание иначе как через посредство национальной станции, и лишь в некоторых случаях и в весьма ограниченных пределах - при помощи местных кабельных станций. Далеко идущий характер подобных ограничений означает, что **они могут быть оправданы только в случае особой необходимости**. В данном случае такого рода необходимости Суд не обнаружил. Он посчитал неубедительными доводы по поводу ограниченности имеющихся в распоряжении правительства радиочастот и каналов. В современных условиях, подчеркнул Суд, «право государства вводить лицензирование аудиовизуальных средств информации приобретает новый смысл и назначение, а именно, в качестве обеспечения гарантии свободы и плюрализма информации, отвечающей общественным интересам».

Как слово наше отзовется?

В отличие от иных слов, слово законодателя и судьи, должно быть гораздо более «предсказуемым» по своим правоприменительным последствиям. Какие же механизмы нашей правовой системы «работают» над тем, чтобы «слово и дело» европейской судебной практики было внимательно осмыслено, правильно понято и бережно перенесено на почву родимых «правовых осин»?

В рамках постсоветского правового пространства особая роль в этом контексте принадлежит самому молодому ответвлению нашей судебной власти – конституционной юстиции. Именно посредством соответствующих правовых позиций, сформулированных в решениях *конституционных судов стран СНГ*, сложившиеся в мировом информационном праве интегрированные правовые представления о содержании и направлениях развития информационных прав и свобод «обретают свою плоть и кровь» в правовых системах наших стран.

Так, Постановление Конституционного Суда РФ от 4 марта 1997 г. № 4 по делу о проверке конституционности ст. 3 ФЗ «О рекламе», подчеркнуло, что право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию относится к основным правам и свободам человека и гражданина.

Аналогичную и даже более развернутую правовую позицию содержит постановление Конституционного суда Республики Молдовы от 16 июня 1998 г. № 19. В нем, в частности, отмечено, что право на информацию является основным правом человека, поскольку развитие личности в обществе, осуществление свобод, предусмотренных Конституцией, включая свободу мысли, мнения, творчества, свободу публичного выражения посредством слова, изображения или иными возможными способами, предполагает и возможность восприятия информации об общественной, политической, экономической, научной, культурной жизни и др.

Еще один важный момент. Поскольку реальность нашего мира, в том числе ее информационная составляющая, соткана из противоречий, принципиально важной становится методическая сторона их разрешения. Конституционная юстиция выработала на сей счет мудрое методико-технологическое решение – руководствоваться принципом поддержания справедливого равновесия между интересами обеспечения права каждого на свободный поиск, получение, передачу, производство и распространение информации любым законным способом и реализацией других прав и охраняемых законом интересов.

В частности, поиск именно такого равновесия характерен для постановления КС РФ от 22 ноября 2000 г. № 14-П по делу о проверке конституционности ч. 3 ст. 5 Федерального закона «О государственной поддержке средств массовой информации и книгоиздания Российской Федерации». Согласно правовой позиции КС РФ, конституционный смысл государственной поддержки средств массовой информации в России, понимаемой как совокупность устанавливаемых государством организационных, организационно-технических, правовых, экономических и иных мер, заключается в обеспечении конституционного права граждан на получение полной и объективной информации, свободы слова, а также независимости средств массовой информации. Федеральный закон "О государственной поддержке средств массовой информации и книгоиздания Российской Федерации", по мнению Суда, содержит материальные гарантии указанных конституционных прав и свобод, его нормы призваны способствовать созданию и деятельности свободных и независимых средств массовой информации в период становления в России гражданского общества и демократического правового государства.

Вместе с тем КС РФ признал, что ч. 3 ст. 5 данного федерального закона не соответствует Конституции Российской Федерации, ее статьям 8, 35 (части 2 и 3), 55 (часть 3), 130 (часть 1), 132 (часть 1) и 133, в той мере, в какой она - *по смыслу, придаваемому ей правоприменительной практикой*, - допускает передачу перечисленным в ней организациям и предприятиям, в том числе

телерадиовещательным компаниям, в хозяйственное ведение находящихся в собственности субъектов Российской Федерации или являющихся муниципальной собственностью помещений, которыми эти организации и предприятия владеют либо пользуются в процессе своей производственно-хозяйственной деятельности, без согласия собственников, если такая передача осуществляется без надлежащего возмещения.

Сущность конституционно-правового вердикта КС РФ проста: оспариваемая законодательная норма нарушает баланс двух конституционных ценностей – права на информацию и права собственности – в ущерб последней, что не соответствует Конституции и подлежит исправлению.

Резюмируя, хотелось бы подчеркнуть следующую мысль: задача формирования в России и других странах СНГ надлежащей правовой базы информационного общества XXI века будет успешно решена лишь только в том случае, если, законодательствуя в столь «тонкой» сфере общественных отношений как информационные отношения, наши парламентарии будут уметь слушать и слышать *голос судебной практики* разрешения споров по поводу информации.

Павел Степанов,

начальник Правового управления МПТР России,
кандидат юридических наук, доцент Кафедры
ЮНЕСКО по авторскому праву и другим отраслям
права интеллектуальной собственности

ПРОБЛЕМЫ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ПОНЯТИЯ "ВЕЩАНИЕ" В РОССИЙСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

Деятельность телерадиокомпаний по осуществлению телерадиовещания является объектом регулирования как законодательства о средствах массовой информации, так и законодательства об авторском праве и смежных правах. Отсюда и понимание вещания становится одним из ключевых для понимания положений отечественного законодательства и их реализации.

I. В соответствии со ст. 4 Закона РФ от 27 декабря 1991 г. № 2124-1 "О средствах массовой информации" (далее – Закон о СМИ) вещание представляет собой вид распространения продукции средств массовой информации, заключающийся в трансляции радио-, телепрограмм. При этом под продукцией понимается отдельный выпуск радио-, телепрограммы.

Это положение заслуживает внимания с точки зрения соотношения понятий "распространение продукции", "трансляция программ", "вещание".

Системный анализ положений Закона о СМИ, Федерального закона "О связи", а также положений о лицензировании телерадиовещания и лицензировании деятельности в области связи приводит к выводу о том, что "вещание" как деятельность вещательной организации и передача сигнала как деятельность оператора связи представляют собой разные вещи. При этом и в международных документах электросвязи и в понимании практиков, работающих на рынке электронных СМИ и услуг электросвязи, как раз деятельность оператора связи воспринимается как трансляция. Да это и понятно. Трансляция суть технический термин, означающий передачу определенного качества сигнала, и он никак не связан с деятельностью вещателя. Вещатель, напротив, должен позаботиться не только о технической стороне вопроса, но и параметрах своего "контента", о его соответствии предъявляемым к нему требованиям. Правда, возникает другой вопрос: кто – связист или вещатель – является распространителем продукции телерадиопрограмм. Здесь нам опять-таки необходимо обратиться к "первоисточнику" – Закону о СМИ.

Под распространителем, - установлено в ст. 2, - понимается лицо, осуществляющее распространение продукции средства массовой информации по договору с редакцией, издателем или на иных законных основаниях. Это определение, в свою очередь, заставляет остановиться на ряде моментов.

Если редакция СМИ и вещатель СМИ есть лица разные, то вещатель по логике Закона является распространителем. А если редакция и вещатель одно и

то же лицо, то распространителем является оператор связи, оказывающий услуги связи вещателю-редакции (или редакции-вещателю).

Здесь мы сталкиваемся с одной из тех неточностей Закона о СМИ, которые стали очевидными только с развитием рынка СМИ. Технология распространения электронных и печатных СМИ различна. Если применительно к продукции печатных СМИ распространителем является то лицо, которое осуществляет распространение печатной продукции, то применительно к телерадиопрограммам распространителем следует признать то лицо, которое осуществляет или обеспечивает распространение соответствующей программы на основании соответствующей лицензии на вещание. Таким образом, лицензия на вещание выполняет не только функцию разрешительного документа, но и своеобразную функцию идентификации лица именно как вещателя в ряду лиц, осуществляющих или обеспечивающих распространение СМИ. А что же связист? Он как лицо, осуществляющее передачу соответствующей программы, тоже может быть назван распространителем. Но его функция распространения отлична от функции распространения, присущей вещателю. Во-первых, она, как уже отмечалось, носит характер чисто технический (передача сигнала). Во-вторых, эта деятельность вторична, зависима от деятельности вещателя. Именно вещатель в соответствии с параметрами своей лицензии, с одной стороны, выбирает соответствующее СМИ или даже соответствующие передачи, которые будут распространяться через канал вещания (в том числе в рамках своего СМИ), а с другой – заключает договор с оператором связи, который обеспечивает доведение программы до потребителей.¹

Из различий в определении характера деятельности вещателя и оператора связи проистекают и различия в ответственности. Связист отвечает за качество сигнала, за соответствие сигнала предъявляемым к нему требованиям, но не за его содержание. Вещатель же несет ответственность за все вопросы, возникающие в процессе распространения телерадиопрограмм под страхом аннулирования лицензии.

Конечно, развитие технологий не может не отразиться на порядке осуществления вещания. Наземное эфирное вещание отличается от вещания в кабельных сетях или от вещания через глобальную компьютерную сеть "Интернет". Такое изменение общественных отношений, возникающих по поводу вещания, настоятельно требует изменение правового регулирования этих отношений. Кстати, различие в правовом регулировании эфирного, кабельного и Интернет-вещания известно развитым законодательствам.²

¹ Безусловно, вещатель и оператор связи могут совпадать в одном лице. Но в этом случае характер отношений не вызывает вопросов: есть одно лицо, которое непосредственно осуществляет практически всю деятельность, необходимую для распространения телерадиопрограмм.

² В США вещательная деятельность как раз подразделяется на broadcasting (эфирное вещание), cablecasting (вещание в кабельных сетях) и webcasting (Интернет-вещание). Известно подобное разделение и странам Евросоюза (например, Германии).

Очевидно, что наземное эфирное вещание связано с использованием ограниченного природного ресурса – радиочастот, определение количества которых подчинено жесткому частотному планированию, осуществляемому на основе международных соглашений и регламентов в области электросвязи.

Использование такого ресурса – в силу его ограниченности – любым и каждым желающим невозможно. Соответственно встает вопрос об отборе вещателей среди всех желающих. Этим объясняется конкурсный порядок распределения частот, закрепленный в постановлении Правительства РФ от 26 июня 1999 г. № 698 (в редакции постановлений Правительства РФ от 25.01.2000 № 59, от 05.08.2000 № 584 и от 23.02.2001 № 147).

Другое дело – вещание с использованием кабельных систем распределения сигнала. Проложить кабель можно, причем и не один, и не два. Здесь нет проблем, характерных для наземного эфирного вещания. Но с другой стороны, кабельные сети должны быть проложены на конкретных земельных участках и подведены к конкретным пользователям в соответствующих зданиях, сооружениях и жилых домах. А это значит, что планирование и строительство кабельных сетей должно быть согласовано с соответствующими административными требованиями. Кроме того, строительство параллельных кабельных сетей всегда связано с проблемами практического свойства. Как правило, оно возможно только при поддержке местных органов управления.³

Очевидно, что вещание в кабельных сетях не может быть определено через такие понятия как номер частотного канала или мощность передающего устройства. Ключевым параметром здесь является территория. Отсюда и параметры лицензии на вещание в кабельных сетях должны отличаться от параметров лицензии на наземное эфирное вещание. Однако реализация положений Указа Президента РФ от 6 июля 1999 г. № 885 (с изменениями, внесенными указом Президента РФ от 9 августа 2000 г. № 1476) и Положения о лицензировании, характеризующих вещательную деятельность как единую, нерасчлененную на составные части, не дало возможности МПТР России применить различные подходы к лицензированию разных видов вещания.

Что же до Интернет-вещания, то оно повсеместно в мире признается свободным. Это связано с самим характером распространения информации через всемирную компьютерную сеть. Следовательно, Интернет-вещание следует признать свободным, а его лицензирование – излишним.

В то же время свобода вещания в Интернете требует от вещателей высокого уровня ответственности. Такой вещатель не рискует лицензией, требования к его вещанию минимальны. Но если даже эти минимальные требования он нарушает, то санкции к нему должны быть более строгие, чем к

³ С вещанием в кабельных сетях связана и проблема реализации п. 13 Положения о лицензировании телерадиовещания, утвержденного постановлением Правительства РФ от 07.12.1994 № 1359 (в редакции постановления Правительства РФ от 03.10.2002 № 731), которая заслуживает отдельного рассмотрения.

остальным вещателям, принимая во внимание и то, что распространяемые им материалы становятся общедоступными в глобальных масштабах.

II. Понятие вещания тесным образом связано не только с распространением продукции средств массовой информации, но и со смежными правами организаций вещания. Что же представляет собой вещание с этой точки зрения?

Вещание тесно связано с объектом смежных прав вещательных организаций. Следует правда заметить, что ни в доктрине, ни в нормативных актах нет единства в определении объекта прав вещательных организаций. Так, в Конвенции о нераспространении несущих программы сигналов, передаваемых через спутники от 21 мая 1974 г. говорится, что объектом защиты является несущий программу сигнал, а не сама программа. Согласно ст. 1 под "сигналом" понимается создаваемая с помощью электронных средств несущая частота, способная передавать программы, а под "программой" – совокупность материалов, получаемых непосредственно или в записи, состоящих из изображений, звуков или изображений и звуков, передаваемая посредством сигналов с целью последующего распространения.

В то же время в большинстве законодательств объектом охраны является передача или передача и трансляция. А иногда объектом выступает программа (как, например, во Франции).⁴

Если попробовать осуществить анализ всех данных терминов как с юридической точки зрения, так и с точки зрения этимологии этих слов, то следует признать, что «вещание» более других может претендовать на признание за ним свойств объекта прав организаций эфирного и кабельного вещания в российском законодательстве.

Если в качестве объекта правоотношений признается сигнал, то к числу правообладателей должны быть отнесены в первую очередь операторы связи, что не совсем верно. Как указывает Д. Липцик, если техническое оборудование принадлежит почтовому управлению, а материалы для передач предоставляются Би-Би-Си, то именно Би-Би-Си, а не почтовое управление должно признаваться организацией вещания.⁵ Ровно так же, когда речь идет о передаче или программе, то вещательной организацией признается не создатель соответствующей передачи (продакшн-компания, например), а опять-таки вещательная организация. Таким образом, с точки зрения связи «субъект – объект», последним должно признаваться именно вещание.

Конечно, в качестве объекта можно назвать и трансляцию, тем более, что организациям эфирного вещания принадлежит право на ретрансляцию. Однако, как уже отмечалось выше, термин трансляция не совсем удачен с точки зрения опять-таки понимания взаимоотношений «организация вещания – оператор связи».

⁴ Делия Липцик. Авторское право и смежные права. М.2002, с.344.

⁵ Там же, с.347.

Таким образом, если с точки зрения законодательства о средствах массовой информации вещание – вид деятельности, то с точки зрения законодательства об интеллектуальной собственности – это объект смежных прав вещательных организаций. Как вид деятельности вещание подлежит лицензированию в установленном законом порядке с целью распространения продукции средств массовой информации. Как объект смежных прав вещание подлежит правовой защите в интересах правообладателей.

Поэтому в Законе РФ "Об авторском праве и смежных правах" надлежит п. 1 ст. 40 изложить в следующей редакции: " Организации эфирного вещания в отношении ее **вещания** принадлежат исключительные права на использование **вещания в соответствии с настоящим Законом**". Аналогичным образом можно изменить и п. 1 ст. 41 Закона – в отношении организаций кабельного вещания. Такая формулировка четко указывает на субъект и объект права, а также позволяет избежать двоякости в толковании таких терминов как передача (имеется в виду «передача» как технический процесс и «передача» как совокупность аудиовизуальных материалов) и трансляция.

Но наибольшую трудность представляет собой отношения, возникающие между организацией эфирного вещания и владельцами кабельных сетей телевидения. Какова характеристика этих отношений: предоставление права на передачу вещания в кабеле или же это предоставление услуг связи соответствующим оператором? На практике данные отношения часто рассматриваются и как передача смежных прав от организации эфирного вещания к организации кабельного вещания, и как оказание услуг связи "кабельщиком" организации эфирного вещания. Тем самым стороны добиваются своеобразного паритета, основанного на зачете требований (никто никому ничего не платит, поскольку ценность предоставляемых прав приравнивается к ценности предоставляемых услуг связи).

Ключом к пониманию этих отношений является определение той функции, которую выполняет "кабельщик". В том случае, если он осуществляет доводку эфирного сигнала до пользователя, можно говорить об оказании услуг.⁶ Если же речь идет о получении возможности именно транслировать вещание телекомпании – то в данном случае речь идет о предоставлении прав на вещание. При этом порядок предоставления этих прав может быть определен договором. К примеру, организация эфирного вещания может быть заинтересована в трансляции своего вещания по кабельным сетям, в том числе из-за расширения зона распространения своих программ, что может быть связано с возможностью получения дополнительной прибыли от размещения рекламы. В этой связи владелец кабельных сетей вправе настаивать на получении каких-то материальных выгод и для себя. Но это связано именно с порядком использования вещания, а не в связи с оказанием услуг.

⁶ В подавляющем большинстве случаев в городах и крупных населенных пунктах эфирное вещание доводится через систему коллективного приема по принципу "антенна на дом". По сути "чистое" эфирное вещание осуществляется в поселках и деревнях.

Следовательно, отношения между вещательной организацией и владельцем кабельных сетей не подлежат трактовке как одновременно отношения по использованию объекта смежных прав и отношения по оказанию услуг связи. Здесь возможна только альтернатива: либо одно, либо другое.

С другой стороны, важно определить, что предоставляется именно право вещательной организации, предусмотренное подп. 1 п. 2 ст. 40 (право на ретрансляцию), а не авторско-правовое правомочие на передачу произведения в эфир или по кабелю. Если одна организация вещания предоставляет другой организации вещания право на ретрансляцию определенных передач, представляющих аудиовизуальные произведения, то речь идет о авторско-правовом правомочии передачи произведения в эфир. Если же речь идет о передаче вещания телекомпании в течение трех часов в сутки, например, с 20:00 до 23:00, то в данном случае речь идет о ретрансляции.

При этом важно помнить, что права организации вещания не должны нарушать прав авторов, исполнителей и производителей фонограмм.

Астамур Тедеев,

кандидат юридических наук, доцент Кафедры ЮНЕСКО по авторскому праву и другим отраслям права интеллектуальной собственности

НАЛОГООБЛОЖЕНИЕ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В ИНТЕРНЕТЕ: ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ

Действующее российское законодательство о налогах и сборах, как известно, не лишено слабых мест. Не секрет, что во многом оно формируется без учета особенностей различных видов предпринимательской деятельности. Однако сложнее всего, пожалуй, дело обстоит с налогообложением субъектов электронной экономической деятельности - физических лиц и организаций, ведущих электронный бизнес в киберпространстве.

В настоящее время отсутствует четкая государственная политика в области регулирования общественных отношений, формирующихся в процессе использования физическими и юридическими лицами сети Интернет для осуществления экономической деятельности. Это ведет к массовому неисполнению субъектами электронной коммерции норм российского права. В первую очередь, в сфере налогообложения. Существующие в этой сфере традиционные правовые конструкции оказались не применимы в киберпространстве. Экономические отношения протекают здесь в электронной форме в сети Интернет. Они скрыты от контроля налоговых и иных государственных органов. Это обеспечивает высокую латентность налоговых правонарушений и преступлений, а также вывоза капиталов. В результате бюджеты всех уровней несут ощутимые потери.

В настоящей статье мы рассмотрим основные налоговые проблемы, имеющие место в части государственного регулирования деятельности субъектов электронной экономической деятельности.

Налог на прибыль организаций. Напомним, что согласно ст. 246 Налогового кодекса РФ (далее – НК РФ) плательщиками этого налога признаются: российские организации; иностранные организации, осуществляющие свою деятельность в Российской Федерации через постоянные представительства и (или) получающие доходы от источников в Российской Федерации.

В киберпространстве обязанность по уплате налога на прибыль возникает:

а) у российских организаций, осуществляющих экономическую деятельность в сети Интернет;

б) у иностранных организаций, при реализации российским физическим лицам или организациям товаров, работ или услуг через сеть Интернет.

В соответствии с положениями абз. 1 п. 2 ст. 11 НК РФ, иностранные организации определяется как «...иностранное юридическое лицо, компании и другие корпоративные образования, обладающие гражданской

правоспособностью, созданные в соответствии с законодательством иностранных государств, международные организации, их филиалы и представительства, созданные на территории Российской Федерации». Между тем, по оценкам специалистов до 60 % веб-сайтов расположенных на серверах, физически расположенных за пределами юрисдикции Российской Федерации, используемых российскими организациями и физическими лицами - налоговыми резидентами РФ в качестве источников возмездного получения (приобретения) товаров (работ, услуг), идентифицирующих себя в качестве Интернет-магазинов, виртуальных банков, Интернет-компаний, (не говоря уже о веб-сайтах, предоставляющих возмездный доступ к информации противозаконного, например, порнографического характера), то есть по формальным признакам извлекающих прибыль от источников в Российской Федерации, фактически не являются юридическими лицами, и, исходя из традиционных правовых норм, не являясь субъектами предпринимательской (гражданской) правоспособности, не вправе осуществлять какие либо сделки.¹ То есть, такие *квасисубъекты* электронной экономической деятельности не являются иностранными юридическими лицами, или другими корпоративными образованиями, обладающими гражданской правоспособностью. Совершаемая сделка юридически ничтожна, однако **фактическое извлечение прибыли**, безусловно, имеет место, а уплата налогов **не производится**.

Сделки российских участников таких правоотношений с иностранными субъектами указанной группы систематически заключаются в электронной форме, путем акцепта одним из участников (чаще всего – российской организацией или физическим лицом, налоговым резидентом РФ) публичной оферты, размещенной в режиме свободного доступа на зарубежном веб-сайте в сети Интернет. Правомерен в этой связи вопрос о месте совершения такой сделки. В подавляющем большинстве случаев сделка совершается за пределами РФ, а значит, **обязанности по уплате налогов в России не возникает**.

В соответствии с нормами международного частного права в приведенном примере «форма сделки подчиняется месту ее совершения», а «место совершения сделки регулируется по российскому праву».² Положениями НК РФ данный вопрос специально не разрешен, следовательно, в соответствии с п. 1 ст. 11 НК РФ необходимо исходить из положений о форме сделки, содержащихся в гражданском законодательстве. В соответствии со ст. 444 ГК РФ, «если в договоре не указано место его заключения, договор признается заключенным в месте жительства гражданина или месте нахождения юридического лица, направившего оферту» – то есть за рубежом.

Проведенный анализ позволяет сделать вывод о **невозможности** использовать для целей налогообложения субъектов электронной экономической (хозяйственной) деятельности правовые конструкции «места

¹ Преступления в сфере высоких технологий. IV. Интернет. – М.: Изд-во «Академия», 2002. С. 302.

² См. п.п. 1 и 2 ст. 165 Основ Гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31 мая 1991 г.

осуществления деятельности» и «места извлечения прибыли», закрепленных действующим российским законодательством.

От общих проблем определения «места осуществления деятельности» и «места извлечения прибыли» перейдем к более частным. Обратимся к анализу налогово-правовых последствий электронных расчетов, осуществляемых субъектами электронной экономической деятельности с использованием банковских карт и систем «сетевых денег». Обязанность по уплате налога на прибыль может возникать у участников расчетов, выступающих в качестве: *процессинговой компании, процессингового центра* (юридического лица, осуществляющего итоговый процессинг по поручению процессинговой компании), участвующих в организации функционирования Интернет-платежной системы *кредитных организаций* (расчетный агент, эквайрер, эмитент), а так же организаций, участвующих в функционировании платежной системы электронных расчетов, осуществляемых с использованием банковских карт или «сетевых денег» в качестве *предприятия торговли (услуг)* (например, - Интернет-магазина).

В соответствии со ст. 247 НК РФ объектом налогообложения по данному налогу для них должна выступать вся «прибыль, полученная налогоплательщиком». При этом в соответствии с положениями названной статьи, объем понятия прибыли для целей налогообложения рассматриваемым налогом различается в зависимости от страны регистрации (происхождения) юридического лица. Так, прибылью признается:

а) для российских организаций - полученный доход, уменьшенный на величину произведенных расходов;

б) для иностранных организаций, осуществляющих свою деятельность в Российской Федерации через постоянные представительства, - полученный через эти постоянные представительства доход, уменьшенный на величину понесенных данным постоянным представительством расходов;

в) для иностранных организаций, получающих доходы от источников в Российской Федерации, - доход, полученный от источников в Российской Федерации.

Применительно к участникам электронных расчетов это позволяет выявить следующие правовые проблемы.

В силу трансграничности глобальной компьютерной сети Интернет и существующих здесь систем электронных расчетов, отношения, формирующиеся в процессе осуществления электронной экономической деятельности, как правило, отягощены наличием в них так называемого «иностранного элемента». Между тем, проблема юрисдикции в рамках сети Интернет на данный момент является неразрешенной.³

Например, в случае, если в качестве юридического лица, осуществляющего *итоговый процессинг*, выступает иностранное юридическое

³ Brown K., Kaya S. The problems of International Finance Law & Electronic Commerce. Sydney, NUS Commerce Press. 2000. P. 56.

лицо, действующее на основании договора с процессинговой компанией, являющейся иностранным юридическим лицом, то каких-либо налоговых обязательств перед Российской Федерацией **не возникает**.

В ситуации, когда головной компанией платежной системы выступает иностранное юридическое лицо, а юридическим лицом, осуществляющим итоговый процессинг, - российская организация, необходимо обращать внимание на следующее. В случае получения российской организацией дохода от осуществления деятельности по проведению итогового процессинга и при обложении данных доходов в иностранном государстве, сумма налога на такой доход, выплаченная в названном иностранном государстве, должна зачитываться при уплате налога на данный доход этого лица в России.

С формально-юридической точки зрения действующими нормами российского банковского законодательства данная проблема снята в отношении участвующих в функционировании систем электронных расчетов кредитных организаций, выступающих в качестве расчетных агентов, эквайреров, либо эмитентов банковских карт. В соответствии с п. 2.3. и п. 2.10 Положения ЦБ РФ от 9 апреля 1998 г. № 23-п «О порядке эмиссии кредитными организациями банковских карт и осуществления расчетов по операциям, совершаемым с их использованием»⁴ эмиссия и эквайринг банковских карт на территории России осуществляются исключительно кредитными организациями, являющимися резидентами РФ. Однако в процессе осуществления электронной экономической деятельности с использованием сети Интернет названное положение **не соблюдается в массовом порядке**. Ведь пока эффективный правовой механизм государственного регулирования экономических отношений, формирующихся в информационной среде глобальных компьютерных сетей не установлен, государство не обладает правовыми инструментами контроля за соблюдением в данной сфере российского законодательства и пресечения его нарушения. Как справедливо отмечали еще древнеримские юристы, отсутствие правового контроля порождает беззаконие.

Более того, с формально-юридической точки зрения, если участвующая в электронных расчетах *процессинговая компания* является налоговым резидентом зарубежного государства, механизм налогообложения должен определяться отдельно для нерезидента, действующего через постоянное представительство или осуществляющего деятельность без образования постоянного представительства. Однако, на практике, правовые конструкции «постоянного представительства» и «места извлечения прибыли» применительно к субъектам электронной экономической деятельности **не эффективны**. Для осуществления реализации товаров (работ, услуг) в Интернете *просто нет необходимости* – в силу экстерриториальности и глобальности сети – создавать в иностранных государствах постоянные представительства. Расчеты, как правило, осуществляются способами, скрытыми от налоговых органов – например, с использованием электронных

⁴ Вестник Банка России. - 1998. - № 23.

расчетных инструментов, а когда контрагенты находятся в одном государстве то – и наличными деньгами, которые передаются курьеру, доставившему товар. Поставка товаров также, как правило, осуществляется способами, скрытыми от налоговых органов – либо непосредственно через сеть (например, так называемые «мягкие товары» – информация, музыкальные и видео файлы), либо почтовой рассылкой. Хотя в большинстве случаев такая «закрытость» электронной коммерции обусловлена спецификой цифровой среды и сложившимися обычаями делового оборота в киберпространстве, однако в результате имеет место **уход от налогообложения**.

Указанные обстоятельства за редкими исключениями не оставляет правоприменителю правовых инструментов «улавливания» иностранных субъектов электронной экономической деятельности в пределах национальной налоговой юрисдикции. Естественно, уровень «скрытости» от налоговых органов *внутриэкономических* отношений в сети Интернет, складывающихся между российскими налоговыми резидентами, в силу ряда причин еще выше.

Важной практической и теоретической правовой проблемой следует признать невозможность, исходя из норм действующего российского законодательства о налогах и сборах, установления факта резидентства или не резидентства в конкретном государстве физических лиц и место нахождения организаций - субъектов электронной экономической деятельности.

Сделанный вывод следует из анализа норм действующего российского законодательства о налогах и сборах, а так же самой специфики подлежащих регулированию общественных отношений и технологических возможностей сети Интернет. Более того, рассматриваемая правовая проблема неустранима традиционными правовыми конструкциями.

Например, примем допущение, что внесением соответствующих изменений в акты налогового законодательства к постоянным представительствам для целей налогообложения приравнены веб-сайты организаций и физических лиц, осуществляющих электронную экономическую деятельность в сети Интернет. Заметим, что в настоящее время в зарубежных странах приведенная схема, впервые предложенная в 1999 г. экспертами ОЭСР и американской правительственной рабочей группой по электронной торговле, является единственной реализуемой идеей в данной сфере. Тогда, местом осуществления экономической деятельности должно признаваться место физического нахождения компьютерного сервера, на котором размещен сайт.

Между тем, в настоящее время веб-сайты многих российских организаций и физических лиц размещены на серверах, физически расположенных в различных зарубежных странах. Известна и та быстрота, с которой любой веб-сайт в рамках сети может быть перемещен с сервера, расположенного на территории РФ, на сервер, расположенный в каком-либо низконалоговом (оффшорном) регионе мира. А значит, уйти от налогообложения, «перенести» сервер, например, в оффшор, весьма несложно.

Налог на доходы физических лиц. Обязанность по уплате рассматриваемого налога может возникать у физических лиц, осуществляющих

экономическую деятельность в информационной среде глобальной компьютерной сети Интернет, а так же у физических лиц, участвующих в процессе электронной экономической деятельности в качестве клиента (пользователя) в осуществлении электронных расчетов с использованием банковских карт и систем «электронных денег».

Напомним, что плательщиками этого налога признаются физические лица, являющиеся налоговыми резидентами Российской Федерации, а также физические лица, не являющиеся налоговыми резидентами Российской Федерации, но получающие доходы от источников в Российской Федерации. Объектом налогообложения признается доход, полученный налогоплательщиками:

а) от источников в Российской Федерации и (или) от источников за пределами Российской Федерации - для физических лиц, являющихся налоговыми резидентами Российской Федерации;

б) от источников в Российской Федерации - для физических лиц, не являющихся налоговыми резидентами Российской Федерации.

Поэтому в данном случае так же актуальна, указанная выше проблема **невозможности определения места получения** физическим лицом дохода, связанного с экономическими отношениями в сети Интернет.

Весьма сложной представляется проблема налогообложения **материальной выгоды в виде процентов**. В ст. 212 НК РФ установлен закрытый перечень видов материальной выгоды: экономия на процентах за пользование налогоплательщиком заемными средствами, приобретение товаров (работ, услуг) у юридических и физических лиц, являющихся взаимозависимыми по отношению к налогоплательщику, выгода от приобретения ценных бумаг. Однако, новелла п. 2 ст. 224 НК Российской Федерации, устанавливающая в отношении еще пяти видов дохода повышенную ставку налогообложения, фактически расширяет этот список. В соответствии с этой нормой процентный доход по вкладам в банках в части превышения суммы, рассчитанной исходя из 3/4 ставки финансирования ЦБ РФ по рублевым вкладам и 9 % годовых по валютным, среди прочих, облагается у источника выплаты по ставке 35 %.

Анализ содержания гл. 44 (в частности, ст. 836) и гл. 45 (в частности, ст. 852) ГК РФ дает основание сделать вывод о различии понятий выплаты процентов по вкладу и выплаты процентов за пользование банком денежными средствами, находящимися на счете клиента (держателя банковской карты или пользователя системы «электронных денег»). Необходимо отметить, что законодательством **не установлен** специальный порядок налогообложения доходов физических лиц, возникающих при получении процентов, выплачиваемых кредитными организациями за пользование денежными средствами физического лица, размещенными на счете клиента в данной кредитной организации.

Отдельной проблемой становится вопрос о порядке налогообложения такого вида материальной выгоды, когда экономия на процентах возникает при

получении **процентов, выплачиваемых виртуальными российскими или иностранными квазибанками** (то есть лицами, осуществляющими электронную банковскую деятельность без соответствующих лицензий и актов государственной регистрации). Действительно, «мир электронной коммерции и оффшорного бизнеса населен фантомами».⁵

Кроме того, действующее законодательство о налогах и сборах не содержит эффективного правового механизма налогообложения:

- доходов с выигрышей физических лиц, выплаченных им организаторами различных лотерей и иных, основанных на риске игр, а так же стоимости иных выигрышей и призов, разыгрываемых в сети Интернет;

- других форм материальной выгоды (например, при приобретении ценных бумаг), полученной с использованием сети Интернет.

Налог на добавленную стоимость. Указанные выше правовые проблемы верны и в части **невозможности** налогообложения субъектов электронной экономической деятельности и налогом на добавленную стоимость.

В качестве типичного примера рассмотрим порядок обложения НДС кредитных организаций, осуществляющих электронные расчеты с использованием банковских карт и систем электронных денег. Как известно, в соответствии со ст. 3 НК РФ «акты законодательства о налогах и сборах должны быть сформулированы таким образом, чтобы каждый точно знал, какие налоги (сборы)... он должен платить». Между тем, в части электронных расчетов (с использованием банковских карт и систем электронных денег) отсутствует ясность в вопросе, является ли плательщиками НДС кредитные организации (расчетные агенты, банки-эмитенты и банки-эквайреры). Кроме того, в кодексе смешиваются понятия «банковская операция» и «банковская сделка». Так, пп. 5 п. 3 ст. 149 НК РФ освобождает от уплаты НДС «осуществление отдельных банковских операций организациями, которые в соответствии с законодательством РФ вправе их совершать без лицензии Центрального Банка Российской Федерации». Между тем действующее банковское законодательство прямо запрещает осуществление каких-либо банковских операций без соответствующей лицензии Центрального банка.

Однако при желании положение этого подпункта можно применить и к электронным расчетам с банковскими картами, ведь для их осуществления так же не требуется специальной лицензии ЦБ РФ. Не предусмотрено в законодательстве и получение специальной лицензии на осуществление электронных расчетов с использованием систем «электронных денег». Налицо еще одна лазейка для **ухода от налогообложения**.

Вышеперечисленное, лишний раз подтверждает необходимость устранения разночтений между положениями законодательства о налогах и сборах и нормами смежных отраслей законодательства.

⁵ Горбунов А.Г. Налоговое планирование и создание компаний за рубежом. – М.: Издательская фирма «Анкил», 1999. С. 119.

Обратим внимание также на нечеткость формулировки пп. 4 п. 3 ст. 149 НК РФ, посвященного операциям, осуществляемым «организациями, обеспечивающими информационное и технологическое взаимодействие между участниками расчетов, включая оказание услуг по сбору, обработке и рассылке участникам расчетов информации по операциям с банковскими картами». Здесь впервые прямым указанием законодательства освобождаются от уплаты НДС субъекты электронных расчетов, выступающие в качестве расчетного агента. Однако сформулированная таким образом норма допускает трактовку, при которой освобождение от налогообложения может распространяться и на процессинговую компанию и/или юридическое лицо, осуществляющее итоговый процессинг (процессинговый центр).

Налог с продаж. На практике, в связи с имеющимися системными пробелами в налогообложении в сфере электронной экономической деятельности (в том числе в сфере электронной торговли) в настоящее время данный налог фактически не уплачивается. Оставив в стороне вопросы пределов налогового планирования, обратим внимание на следующие обстоятельства.

Фактическое отсутствие налогообложения операций по реализации товаров (работ, услуг) в сети Интернет через специальные веб-сайты (Интернет-магазины или интерактивные Интернет-витрины), в первую очередь, косвенными налогами (налогом с продаж и НДС), является **прямым нарушением конституционных принципов равенства**.⁶

Кроме того, действующее законодательство не содержит эффективных механизмов применения к субъектам электронного предпринимательства таких специальных налоговых режимов, как **упрощенная система налогообложения и единый налог на вмененный доход**.

Представляется, что решение указанных правовых проблем невозможно без системного совершенствования всего российского информационного законодательства, а равно без принятия необходимых международно-правовых актов в сфере регулирования электронной экономической деятельности.

⁶ См.: Brown K., Siegl P. The World Economics and Internet. Sydney. NUS Commerce Press, 1999. P. 195-202.

Антон Серго,

преподаватель Московской государственной юридической академии и Кафедры ЮНЕСКО по авторскому праву и другим отраслям права интеллектуальной собственности

ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ДОМЕННЫХ ИМЕН

В России, как и повсюду в мире, идут дискуссии о правовом регулировании Интернета, фрагменты которого все еще являются внеправовым пространством, где нарушаются авторские и смежные права, права на фирменные наименования и товарные знаки. И одновременно рождаются новые правовые феномены, например, доменные имена.

Не вдаваясь глубоко в технические аспекты работы доменных имен в сети Интернет, целесообразно дать ее краткую характеристику. Каждый компьютер, подключенный к сети, имеет уникальный IP-адрес и именно по этому адресу происходит поиск и взаимодействие компьютеров в сети. Поскольку IP-адрес представляет собой последовательность из четырех чисел, разделенных точками, то запомнить его в таком виде сложно. Для удобства запоминания и восприятия была создана доменная система имен (*Domain Name System - DNS*), позволяющая сопоставлять абстрактное символьное имя конкретному IP-адресу в сети.

Символьное имя включает в себя несколько доменных имен, разделенных точками. Крайний правый - домен верхнего уровня, далее, справа налево, следуют имена доменов второго уровня и так далее. Например, в записи «*sergo.msk.ru*»: *ru* – домен верхнего (первого) уровня, *msk* – домен второго уровня, а *sergo* - третьего.

На сегодня в мире зарегистрировано около 50 млн. доменов. В лидерах регистрации, домен *com* (более 23 млн.). На домен *net* приходится около 4 млн., а на *org* – 2,5 млн. зарегистрированных доменов. В лидерах доменов второго уровня – немецкий *de* (5,5 млн.) и английский домен *co.uk* (4 млн.). Наряду с увеличением количества доменов в национальных зонах, сокращается число доменов в зонах *com*, *net* и *org*. В этих зонах (в сумме) владельцы отказываются от 0,5 млн. доменов ежемесячно.

Что касается Российской статистики, то на май 2003 года было зарегистрировано более 165 тысяч доменных имен второго уровня в национальном домене *ru*, причем 58% всех регистраций приходится на Москву, 8% на Санкт-Петербург, 5% на Московскую область. Около 60% владельцев доменов являются юридическими лицами, причем 7% доменных имен второго уровня зарегистрированы нерезидентами.

Обычно, в качестве наименования домена, используется какое-либо краткое словесное обозначение, отождествляемое пользователем с владельцем домена. Как правило, это фрагмент наименования или товарного знака для юридических лиц и фамилия или псевдоним для физических лиц. Помимо

этого, в качестве доменов регистрируются общие понятия (car.ru, sex.ru), номера телефонов и иные обозначения.

Особую категорию пользователей составляют «киберсквоттеры», пытающиеся извлечь выгоду из регистрации доменного имени, к которому не имеют ни малейшего отношения, с целью его перепродажи владельцу сходного средства индивидуализации или иному заинтересованному лицу. Другое направление «деятельности» киберсквоттеров основано на вариантах написания того или иного домена (internet-law / internetlaw) или возможных ошибках в наборе как самого имени, так и в написании домена (skoda / shkoda). С точки зрения пользователя, это почти одно и то же, а с точки зрения компьютера – это совершенно разные домены. Описанная деятельность получила название «тайпсквоттинг». Экономический расчет прост – ошибки в наборе посещаемых доменов будут всегда, а значит и устойчивая посещаемость доменов-двойников, на которых размещена реклама тоже будет.

Свою деятельность, киберсквоттеры ведут, как говорится «с размахом»: в Рунете от пяти до двадцати доменных имен зарегистрировано на 3,4% администраторов, от 20 до 45 – 0,5%, от 45 до 100 – 0,1%. Лишь менее чем у 0,1% администраторов сосредоточено в одних руках свыше 100 доменов второго уровня. Максимальное число доменов, зарегистрированных на одно лицо, составляет 1047.

Надо сказать, что киберсквоттеры стремятся к получению заветных доменов любыми путями. В последнее время участились случаи мошеннического завладения доменными именами путем предоставления регистратору поддельных документов.

Деятельность киберсквоттеров вызывает справедливые нарекания у владельцев сходных средств индивидуализации, хотя решаются конфликты по-разному: кто-то выкупает домен у киберсквоттера, кто-то получает его через суд. Во втором случае истцы обычно обосновывают свои требования к киберсквоттерам ссылкой на ст. 54 ГК РФ, которая гласит: «Юридическое лицо, фирменное наименование которого зарегистрировано в установленном порядке, имеет исключительное право его использования. Лицо, неправомерно использующее чужое зарегистрированное фирменное наименование, по требованию обладателя права на фирменное наименование обязано прекратить его использование и возместить причиненные убытки». Однако, эту позицию нельзя признать безупречной, прежде всего, потому, что из текста данной статьи следует, что она предусматривает защиту наименования, включающего указание на организационно-правовую форму юридического лица.¹

Подтверждается это и в Письме ВАС РФ от 29 мая 1992 г. № С-13/ОПИ-122 «Об отдельных решениях совещаний по арбитражной практике», в котором арбитражным судам рекомендовано удовлетворять иски об изменении

¹ Наименование юридического лица состоит из двух частей: произвольной (индивидуальной), являющейся собственно наименованием юридического лица, и обязательной части, содержащей указание на организационно-правовую форму (закрытое акционерное общество (ЗАО), общество с ограниченной ответственностью (ООО) и т.п.).

наименований юридических лиц, только если наименования совпадают в полном объеме (в произвольной и обязательной частях).

В тоже время, по-прежнему, действует Положение о фирме, утвержденное постановлением ЦИК и СНК СССР от 22 июня 1927г. Пункт 11 Положения содержит следующую норму: «Всякий, кто на основании настоящего постановления обладает правом на фирму, может требовать в судебном порядке прекращения пользования тождественной или схожей фирмой со стороны других лиц, а равно возмещения убытков, причиненных таким пользованием, поскольку у него право на фирму возникло раньше других и поскольку вследствие тождества или сходства фирм возникает опасность их смешения». Учитывая специфику сети и деловой обычай использовать в наименовании домена индивидуализирующую часть наименования, опасность введения пользователя в заблуждение, конечно же, присутствует.

Обвинения киберсквоттеров в нарушении прав на использование фирменного наименования сталкиваются с проблемой неравнозначности понятий «наименование юридического лица» и «фирменное наименование». Фирменное наименование: а) может быть только у коммерческих организаций, б) подлежит обязательной регистрации, в) порядок регистрации и использования фирменных наименований определяется законом и иными правовыми актами в соответствии с ГК. Причем, никакого правового акта о регистрации фирменных наименований не существует. Справедливости ради следует заметить, что в последнее время понятие «фирменное наименование» часто используется как синоним «наименования юридического лица»². Все сказанное не означает, что законодательство о наименованиях юридических лиц (фирменных наименованиях) неприменимо к рассматриваемой сфере, но указанные сомнения необходимо учитывать.

Разрешение споров о соотношении домена и наименования юридического лица в России в скором времени столкнется еще с одной проблемой, уже известной миру. При регистрации юридического лица проверка уникальности наименования проводилась в рамках только одного субъекта Российской Федерации. При этом на стадии регистрации заявители получали отказ лишь в том случае, если наименования регистрируемой и уже существующей организации (включая организационно-правовую форму) совпадали в полном объеме. Подобная политика привела к созданию ситуации, когда одновременно существуют фирмы с очень похожими наименованиями даже в рамках одного субъекта РФ. Например, только в Москве зарегистрировано более 500 организаций, в наименовании которых присутствует слово «Альфа».

Ситуация еще более осложнилась с момента вступления в силу 1 июля 2002 года Федерального закона «О государственной регистрации юридических

² Понятие «фирменное наименование» содержится в 30 Законах и около 200 нормативных актах федерального уровня. Во многих из них «фирменное наименование» употребляется как синоним «наименования юридического лица», применяются понятия полное и сокращенное фирменное наименование, требование об указании организационно-правовой формы в фирменном наименовании.

лиц». Дело в том, что в его положениях отсутствует требование о предварительной проверке уникальности фирменного наименования создаваемой организации. В результате существование юридического лица даже с идентичным наименованием не является по смыслу Закона основанием для отказа в государственной регистрации. Указанный пробел открыл путь к появлению у коммерческих предприятий с безупречной деловой репутацией множества компаний-двойников.

Другая категория притязаний на захваченные домены основывается на более разработанном законодательстве – о товарных знаках. Основным нормативно-правовым актом, регулирующим отношения в этой сфере, является Закон РФ от 23.09.92 № 3520-1 «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров».

Как известно, правообладатель вправе использовать товарный знак и запрещать использование товарного знака другими лицами. Должно распространяться это и на доменное имя. В числе первых признали это судебные инстанции разного уровня. В частности, Президиум ВАС прямо указал: «Отсутствие в названных нормах Закона³ прямого указания на то, что использование в доменном имени чужого товарного знака является нарушением прав владельца товарного знака, не препятствует признанию судом таких действий предпринимателя правонарушением»⁴.

Вообще же, доменное имя в сети Интернет по сути выполняет ту же функцию средства индивидуализации, что и наименование, и товарный знак. Домен – это обозначение, предназначенное отличать размещенные в сети Интернет информационные массивы одних лиц от аналогичных массивов других лиц⁵. Таким образом, домен – это одно из средств индивидуализации. В отсутствие специального законодательства в этой сфере, применение аналогии на основе законодательства о товарных знаках можно признать допустимым.⁶

³ Имеется в виду первоначальная редакция Закона РФ от 23.09.92 № 3520-1 «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров».

⁴ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 16.01.2001 № 1192/00 гласит: «При рассмотрении иска о запрещении использовать товарный знак, зарегистрированный на имя истца, в доменном имени страницы ответчика во Всемирной компьютерной сети Интернет и восстановлении деловой репутации истца, суд сделал неправильный вывод о том, что спорные правоотношения не подпадают под действие законодательства о товарных знаках».

⁵ Данное определение не противоречит общеизвестному: «домен – это область пространства иерархических имен сети Интернет, которая обозначается уникальным доменным именем, обслуживается набором серверов доменных имен (DNS) и централизованно администрируется», но последнее в большей степени отражает технический аспект домена.

⁶ В некоторых случаях к подобным ситуациям применимо и законодательство о недобросовестной конкуренции. Согласно Закону РФ от 22.03.91 № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» недобросовестная конкуренция может выражаться в таких действиях, как: самовольное использование товарного знака, фирменного наименования или маркировки товара, а также копирование формы, упаковки, внешнего оформления товара другого хозяйствующего субъекта.

Однако недавняя попытка российского законодателя еще теснее привязать доменные имена к товарным знакам вряд ли может считаться решением «доменного» вопроса. Появившаяся в статье 4 Закона о товарных знаках (в редакции ФЗ от 11.12.20002 № 166-ФЗ) новелла гласит: «Нарушением исключительного права правообладателя (незаконным использованием товарного знака) признается использование без его разрешения в гражданском обороте на территории Российской Федерации товарного знака или сходного с ним до степени смешения обозначения... в сети Интернет, в частности в доменном имени и при других способах адресации». Более внимательное изучение этой поправки формирует массу новых вопросов и проблем, не имеющих четкого и адекватного правового решения.

Во-первых, практически любое упоминание в Сети товарного знака или сходного с ним до степени смешения обозначения – не только в доменных именах, но и в текстах веб-сайтов, в служебной части страниц – может быть истолковано как нарушение исключительного права правообладателя.

Во-вторых, использование товарного знака может иметь место не только в домене второго, но и третьего и четвертого и других уровней. Например, сделав на сайте подрубрики, посвященные автогигантам, они могут называться: *vaz.auto.ru*, *kamaz.auto.ru*, *bmw.auto.ru* и так далее. Это является нормальной структурой поддоменов, но формально подпадает под нарушение и может влечь предусмотренные законодательством правовые санкции.

В-третьих, формулировка «в доменном имени» предполагает, что совпадать может не только доменное имя в целом, но и его часть.

В-четвертых, указанная в законе формулировка может способствовать уже известной миру процедуре «обратного захвата», когда регистрируемому товарному знаку намеренно придается сходство с известным доменом.

В-пятых, формулировка «при других способах адресации» таит в себе не меньшую опасность. Например, на некоем сайте информация о товарах правообладателя (AGFA) находится по адресу: *www.foto.ru/films/agfa.htm*, то есть на странице «*agfa.htm*». Подобное указание тоже относится к способу адресации.

В-шестых, подобная редакция закона вообще «оставляет за бортом» все иные (не менее достойные охраны) средства индивидуализации физических и юридических лиц.

В-седьмых, из жесткой зависимости товарного знака и домена не следует синхронность прекращения прав на них.

В-восьмых, сформулированная в законе норма не дает ответа на вопрос, как рассматривать проблему сходных доменных наименований.

В-девятых, кому следует отдать предпочтение при нескольких товарных знаках, зарегистрированных разными лицами по разным классам «Международной классификации товаров и услуг»? Например, сейчас в России

зарегистрировано около 30 товарных знаков со словесным элементом «Lotus», принадлежащих разным владельцам и в отношении разных классов МКТУ.

В-десятых, даже с точки зрения защиты интересов правообладателей поправка не является удачной. Дело в том, что в соответствии с Законом правообладатель имеет право только запретить использование товарного знака (например, в наименовании домена). Но, даже, добившись в судебном порядке прекращения регистрации домена для киберсквоттера, правообладатель, формально, получает возможность его зарегистрировать на общих основаниях, а это не защищает домен от возможности быть «перехваченным» другим киберсквоттером. Справедливости ради, надо признать, что действующий регламент регистрации доменов предусматривает на основании вынесенного судебного решения аннулирование регистрации домена и приоритетный порядок его регистрации на правообладателя.

Вообще, необходимость правового регулирования доменных имен в нашей стране назрела давно, но мало кто предполагал, что решение этой задачи будет именно таким, как в новой редакции Закона о товарных знаках.

Ранее высказанные сомнения, порожденные отставанием законодательства от современных реалий, со временем найдут свое разрешение. Но это будет потом, а сейчас, очевидно, что эра подобных разбирательств в зоне *ru* только начнется. Истцы осторожничают и на всю Россию выносятся решения по нескольким доменам в год. За каждым пристально следят интернет-юристы, владельцы товарных знаков и киберсквоттеры – все наблюдают и пытаются просчитать перспективы.

Как решать все эти проблемы в условиях отставания законодательства? Есть разные пути. Например, в домене *su* (регистрация которого возобновилась) первое время осуществляется регистрация доменов только владельцами одноименных товарных знаков⁷. Процедура предполагает приоритетную регистрацию доменных имен для владельцев товарных знаков при представлении свидетельства о регистрации товарного знака без ограничения по признаку страны регистрации. Для приоритетной регистрации доменное имя должно воспроизводить словесное обозначение, зарегистрированное в качестве товарного знака, и совпадать по написанию с однословным словесным обозначением, либо совпадать по написанию с многословным словесным обозначением при удалении из этого обозначения пробелов или замене пробела на дефис. Администратором домена может быть только владелец товарного знака, указанный в свидетельстве о регистрации товарного знака. Путь, основанный на приоритетной регистрации доменов,

⁷ Есть и другие сервисы для добросовестных владельцев. Например, отдельные компании-регистраторы доменов предоставляют автоматизированные услуги по поиску аналогичных обозначений в базах данных российских и международных товарных знаков. Эта услуга в ближайшее время будет реализована РСИЦ. Если окажется, что желаемое доменное имя свободно, но существует созвучный товарный знак, пользователь сможет отказаться от регистрации, изменить название домена или зарегистрировать домен, взяв на себя все риски, связанные с использованием выбранного имени.

конечно, хорош для вновь создаваемых доменов первого уровня (и так порой делается), однако уже сейчас в зоне *su* уже появились несколько равноправных претендентов на один и тот же домен.

Как известно, трансграничность сети Интернет позволяет любому лицу осуществить регистрацию домена практически в любой зоне (домене первого уровня), в том числе и в самой популярной – *com*. Баталии с участием наших граждан идут в этой зоне. Уже около восьмидесяти (!) раз российские компании и граждане были участниками разбирательств доменных споров в Арбитражных центрах (в подавляющем большинстве случаев – ответчиками). К сожалению, как правило, наши соотечественники даже не писали отзывов по существу спора. Многие домены были сданы «без боя» даже тогда, когда притязания были сомнительны. Однако на сегодняшний день уже существуют успешные прецеденты по передаче «захваченных» доменов российским компаниям, а также примеры успешного отстаивания ими своих прав.

Так, в марте 2002 года «Центр арбитража и посредничества» ВОИС (WIPO Arbitration and Mediation Center) принял решение о передаче доменного имени *yandex.com* компании «Яндекс». Длительное время этот домен принадлежал отечественному адвокатскому бюро, на имя которого были зарегистрированы сотни доменных имен. Справедливости ради, следует отметить, что это не слишком «российский» прецедент, поскольку (видимо, решив перестраховаться) заявителями по этому делу были американская и кипрская компании, ответчиком была компания российская, а YANDEX в 2001 году был зарегистрирован в качестве товарного знака в Европе.

В деле о домене «*kommersant.com*» ситуация развивалась иначе. Издательский дом «Коммерсантъ» с 1996 г. имел четыре представительства в сети: *kommersant.com*, *commersant.com*, *kommersant.ru*, *commersant.ru*. Однако срок для продления регистрации домена *kommersant.com* был пропущен, и этот домен зарегистрировал на себя некий гражданин США. Возврат домена он оценил в 5000 USD. Оценив ситуацию, издательство приняло решение обратиться в Центр ВОИС.

В результате рассмотрения спора, Центр ВОИС посчитал, что доменное имя *kommersant.com* сходно с зарегистрированным товарным знаком истца – «Коммерсантъ». Центр установил, что у ответчика нет никаких прав на это наименование и признал, что регистрация доменного имени была осуществлена ответчиком недобросовестно. Так издательский дом «Коммерсантъ» стал первой российской компанией, которой удалось вернуть себе доменное имя в зоне *com*.

Новизна вынесенного решения по делу «Коммерсанта» в том, что, во-первых, было вынесено положительное решение по заявлению российской компании против американского гражданина; во-вторых, было вынесено решение в связи с товарным знаком, который, будучи зарегистрированным в странах СНГ, не был зарегистрирован в США, гражданином которых являлся ответчик и где фактически размещался сервер; в-третьих, было вынесено решение в отношении русскоязычного товарного знака («Коммерсантъ»).

ОГЛАВЛЕНИЕ

Вместо предисловия

Дни интеллектуальной собственности: впервые в России.....

Раздел первый. Право интеллектуальной собственности

М. Федотов, К. Федотова, Авторско-правовой контекст «казуса Пигмалиона».....

И. Близнец, Роль государства в области защиты прав авторов.....

В. Орлова, Новое в правовом регулировании отношений, связанных с правовой охраной товарных знаков и наименований мест происхождения товаров.....

В. Терлецкий, Некоторые аспекты реализации прав в цифровых сетях и продуктах мультимедиа.....

А. Осокин, Конституционно-правовые аспекты споров о недействительности исключительных прав.....

М. Прокиш, Уголовная ответственность за незаконное использование товарного знака.....

В. Старженецкий, Защита коммерческих обозначений в арбитражных судах Российской Федерации.....

Раздел второй. Информационное право

С. Потапенко, О судебной практике по диффамационным спорам.....

В. Монахов, Основные информационные права и свободы: проблемы правопонимания и правоприменения.....

П. Степанов, Проблемы определения понятия "вещание" в российском законодательстве.....

А. Тедеев, Налогообложение предпринимательской деятельности в Интернете: правовые проблемы.....

А. Серго, Правовые проблемы доменных имен.....