УДК 347.71
ББК 65.290
Э 45
Е 11

Е 11 **E-commerce и взаимосвязанные области (правовое регулирование)**: Сборник статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. д.ю.н. М.А. Рожкова. – М.: Статут, 2019. – 000 с. – (Анализ современного права).

ISBN 978-5-8354-0000-0

Пятнадцатый сборник из серии «Анализ современного права» объединяет статьи, посвященные правовому регулированию отношений в сфере *e-commerce*, а также во взаимосвязанных областях. В него вошли работы, касающиеся вопросов ответственности агрегаторов и информационных посредников, регулирования отношений, связанных с использованием персональных данных, геоданных и больших данных, соблюдения антимонопольного законодательства, особенностей рекламы в сети Интернет и функционирования интернет-магазинов, недействительности сделок и исполнения договоров, проблем онлайн-разбирательства споров, определения юрисдикции интернет-споров и др. Также в сборнике рассматривается проблематика защиты товарных знаков в Интернете, географических указаний, компьютерных программ, *3D*-моделей, ноу-хау, виртуального имущества и робототехники.

Для судей, адвокатов, практикующих юристов, научных работников, преподавателей, аспирантов и студентов юридических факультетов, а также всех тех, кого интересуют проблемы развития российского права и вопросы применения действующего законодательства.

Сборники серии «Анализ современного права» – это издания, в которых публикуются работы на актуальные темы как представителей университетской среды, так и юристов-практиков. В сборник могут быть включены работы различных авторов, в том числе не имеющих ученых степеней. Приглашение к участию в готовящихся сборниках настоящей серии, а также информация о них – на странице: *www.asp.rozhkova.com*.

УДК 347.71
ББК 65.290

***Электронные издания можно приобрести в интернет-магазине statut-digital.ru***

ISBN 978-5-8354-0000-0

© Коллектив авторов, 2019
© Издательство «Статут», редподготовка, оформление, 2019

# ПРЕДИСЛОВИЕ

Настоящий сборник, конечно, не претендует на постановку и освещение всех проблем, возникающих в сфере *e-commerce*. Его основная задача состоит скорее в том, чтобы обозначить актуальные направления в данной сфере, а также во взаимосвязанных областях.

Эта задача сборника совпадает с одной из целей Всероссийского молодежного конкурса работ по праву информационных технологий и интеллектуальной собственности (*IP&IT LAW*) – выявление перспективных направлений в области правовой охраны и защиты прав в цифровой среде, в частности прав на персональные данные, доменные имена, интеллектуальную собственность, виртуальное имущество и др. Это и объясняет то, что в настоящем сборнике уже традиционно публикуются в том числе работы победителей и некоторых участников 3-го Всероссийского молодежного конкурса работ по праву информационных технологий и интеллектуальной собственности (*IP&IT LAW – 2018*).

В развитие сказанного надо отметить, что темы конкурсных работ 4-го Всероссийского молодежного конкурса работ по праву информационных технологий и интеллектуальной собственности (*IP&IT LAW – 2019*) также пересекаются с тематикой планируемого 16-го ежегодника серии «Анализ современного права» (его рабочее название «Право цифровой экономики»; см.: *www.asp.rozhkova.com*). Поэтому предполагается, что наиболее интересные конкурсные работы также будут опубликованы в следующем издании данной серии.

В связи со сказанным приглашаем молодых исследователей (аспирантов, студентов) принять участие в конкурсе«*IP&IT LAW – 2019* (см.: *www.2019.ipclub.in*). Этот конкурс проводится *IP CLUB* совместно с Координационным центром национального домена сети Интернет при поддержке Комитета Государственной Думы по информационной политике, информационным технологиям и связи.

В завершение хотелось бы напомнить потенциальным авторам, что срок принятия статей в следующий сборник настоящей серии, который, как указывалось, носит рабочее название «Право цифровой экономики», планируется до 1 мая 2019 г. Ознакомиться с условиями публикации можно на странице *www.asp.rozhkova.com*.

М.А. Рожкова, *д.ю.н.,*
*эксперт Российской академии наук,*
*член Экспертного совета Комитета*
*Государственной Думы по информационной*
*политике, информационным технологиям*
*и связи, президент IP CLUB*

# УКАЗАТЕЛЬ СОКРАЩЕНИЙ

| | |
|---|---|
| **АПК РФ** | Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации |
| **ВАС РФ** | Высший Арбитражный Суд Российской Федерации (в настоящее время упразднен) |
| **ВС РФ** | Верховный Суд Российской Федерации |
| **ВТО** | Всемирная торговая организация |
| **ГГУ** | Германское гражданское уложение |
| **ГК** | Гражданский кодекс |
| **ГК РФ** | Гражданский кодекс Российской Федерации |
| **ГПК РФ** | Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации |
| **Закон об информации** | Федеральный закон от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» |
| **Закон о защите прав потребителей** | Закон РФ от 07.02.1992 № 2300-I «О защите прав потребителей» |
| **Закон о персональных данных** | Федеральный закон от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных» |
| **Закон о рекламе** | Федеральный закон от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» |
| **ЕСПЧ** | Европейский Суд по правам человека |
| **КАС РФ** | Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации |
| **КоАП РФ** | Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях |
| **КС РФ** | Конституционный Суд Российской Федерации |
| **Конвенция по правам человека** | Конвенция о защите прав человека и основных свобод |
| **Концепция развития гражданского законодательства** | Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации |
| **Соглашение ТРИПС** | Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности |
| **ТК РФ** | Трудовой кодекс Российской Федерации |
| **УК РФ** | Уголовный кодекс Российской Федерации |
| **ФАС России** | Федеральная антимонопольная служба России |
| **ФГК** | Французский гражданский кодекс |
| **ФЗ** | Федеральный закон |

**Е.А. Останина**

# ЕСТЬ ЛИ ПОТРЕБИТЕЛЬ В СИСТЕМЕ *P2P*-ФИНАНСИРОВАНИЯ?

Аннотация. *Финансирование от «равного к равному» представляет собой стремительно развивающийся комплекс общественных отношений, однако специальное законодательство по этому поводу отсутствует. Содержание договора в значительной части определено оператором онлайн-платформы, тем не менее судебная практика пока применяет к таким договорам общие правила о договоре займа.*

Ключевые слова: *P2P-кредитование, потребитель, договор займа, экономика платформ.*

## Введение

Сфера онлайн-торговли развивается динамично. Начиналась она с заключения онлайн-договоров розничной купли-продажи, но довольно быстро включила в себя и разнообразные отношения возмездного оказания услуг. В качестве примера онлайн-сервиса по предоставлению услуг можно привести хотя бы такси *Über*, которое является посредником между потребителем, заказывающим такси, и водителем – собственником автомобиля.

Отношения финансовых услуг в настоящее время тоже оперативно переходят на онлайн-платформы. Первой «ласточкой» в этой сфере стали условия о дистанционном банковском обслуживании в договорах банковского вклада, банковского счета кредита. Затем ту же систему онлайн-отношений стали практиковать не только банки, но и микрофинансовые организации (естественно, с поправкой на особенности своей деятельности). И наконец, совсем уж новый институт (по крайней мере для отечественного законодательства) составляет система кредитования *P2P*.

Пионером *P2P*-кредитования считается лондонская фирма *Zopa*. Она была основана в 2005 г. в Великобритании и на данный момент считается крупнейшей *P2P*-организацией. Настоящему же расцвету альтернативных форм кредитования способствовал финансовый кризис 2008 г. Он вынудил традиционные банки проявлять повышенную осторожность и свернуть выдачу рискованных кредитов. Именно в это время на многих зарубежных рынках был отмечен ускоренный рост количества операторов *P2P*, поскольку ужесточение банковского надзора после кризиса играло таким компаниям только на руку, позволяя привлечь клиентов, которым банки отказали в выдаче кредита[1].

До России сервисы *P2P*-онлайн-кредитов дошли только в 2010 г., а активно функционировать начали только в 2012 г. Одна из старейших компаний «Вдолг.ру» – сервис взаимного кредитования позволяет взять кредит без справок и поручителей онлайн[2].

Система *P2P*, т.е. финансирования «от равного к равному» или, при ином варианте перевода, «от человека к человеку», характеризуется следующими признаками:

а) договор займа заключается между гражданами или организациями, не имеющими статуса кредитной организации или МФО;

б) потенциальные контрагенты «встречаются» на особом сайте (онлайн-платформе), и этот сайт администрирует особое юридическое лицо (оператор онлайн-платформы);

в) контрагенты заключают договоры по форме, установленной владельцем сайта (оператором онлайн-платформы);

г) заемщик уплачивает определенный процент от полученных им денег в качестве вознаграждения оператору онлайн-платформы.

С точки зрения экономической «*P2P*-кредитование (*person-to-person lending*, *peer-to-peer investing*, «одноранговое кредитование», «кредитование от человека к человеку», «социальное кредитование») – это прямая выдача займов от вкладчика заемщику без участия традиционных финансовых институтов, то есть банков. Эту услугу предоставляют интернет-сервисы, где пользователь может выступить как в роли кредитора, так и в роли заемщика. Этакий натуральный обмен деньгами: один вкладывает, другой берет. Дешевизна онлайн-площадки, в отличие

[1] *Проскурин В.Н.* 2р-кредитование: зарубежный опыт и перспективы развития в России // Финансы, налоги и учет в странах дальнего и ближнего зарубежья: инновационные решения: Сборник научных трудов по материалам Международной научно-практической конференции. Белгород, 2017. С. 275.

[2] *Алеева Е.Д. P2P*: сам себе кредитор // Финансы Башкортостана. 2017. № 1 (072). С. 73–75.

от дорогостоящего посредничества банка, теоретически позволяет подобным сервисам делать низкие ставки на потребительский кредит, а инвестору – увеличить доход от вклада»[1].

Область *P2P*-финансирования стремительно развивается. По прогнозам Банка России, в 2018 г. объем рынка *P2P*-кредитования составит 4,3 млрд руб.[2] При этом никаких специальных норм для регулирования таких операций в российском законодательстве пока нет.

В 2015 г. Банк России на своем сайте объявлял: «Банк России с июля 2015 года вводит процедуру мониторинга деятельности проектов *P2P*-кредитования... для углубленного изучения происходящих на рынке процессов и подготовки предложений по регулированию данного сегмента финансовых услуг. Проекты *P2P*-кредитования, которые позволяют физическим лицам выдавать друг другу займы напрямую, без посредничества традиционных финансовых институтов, стали активно развиваться в последнее время на территории Российской Федерации. Как правило, кредитование осуществляется на интернет-площадках (где пользователь может выступать как кредитором, так и заемщиком) и сопряжено с высоким уровнем риска для физического лица, выступающего кредитором. На сегодняшний день регулирование и надзор за участниками рынка *P2P*-кредитования отсутствуют. *Банк России обращает особое внимание граждан на повышенный уровень рисков, которые берут на себя пользователи услуг P2P-сервисов на данном этапе развития рынка*»[3] (курсив мой. – *Е.О.*).

С тех пор положение дел почти не изменилось: сфера *P2P*-кредитования по-прежнему стремительно развивается, а законодательное регулирование этих отношений по-прежнему отсутствует. Незначительно меняет ситуацию и вступающий в силу с 01.01.2019 Федеральный закон от 29.07.2018 № 250-ФЗ «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «О защите прав потребителей»», поскольку он устанавливает только самые общие правила. Тот факт, что отечественное законодательство пока никаких специальных норм относительно *P2P*-кредитования не содержит, конечно, вызывает тревогу.

В отношении сферы оказываемых онлайн финансовых услуг традиционно возникает ряд проблем.

---

[1] *Алеева Е.Д. P2P*: сам себе кредитор // Финансы Башкортостана. 2017. № 1 (072). С. 74.

[2] http://www.cbr.ru/statichtml/file/16607/3.pdf

[3] О мониторинге участников рынка *P2P*-кредитования: Информация Центрального банка Российской Федерации (Банка России) // www.cbr.ru (дата обращения 30.12.2017).

Во-первых, это общая проблема защиты потребителя от несправедливых договорных условий. Законодатель предпринял и предпринимает ряд мер, для того чтобы запретить ростовщические проценты и обеспечить право потребителя на получение ясной и полной информации об условиях финансового договора. Однако при предоставлении займа *P2P* вопрос о том, какие проценты считать ростовщическими, еще нуждается в специальном обсуждении.

Во-вторых, защита кредитора от неисполнения со стороны должника – это проблема, без преувеличения, вечная, но при заключении договора займа в системе *P2P*-финансирования риски кредитора многократно увеличиваются: в этой системе способы обеспечения обязательства (кроме неустойки) – явление редкое[1], а информация кредитора о заемщике ограниченна.

В-третьих, правовой статус оператора онлайн-платформы пока не до конца определен ни в законодательстве, ни в теории гражданского права, и нельзя не заметить, что оператор онлайн-платформы фактически принимает на себя многие экономические функции банка, но не имеет при этом лицензии на ведение кредитной или микрофинансовой деятельности.

Эти три комплекса проблем представляются фактически взаимосвязанными. В настоящее время законодатель постоянно повышает требования к микрофинансовым организациям, в частности, постоянно ограничивая размер допустимых процентов, требуя (и вполне обоснованно) предоставлять информацию о своем финансовом состоянии и органах управления микрофинансовой организации в Банк России.

По мере исключения сомнительных участников из перечня микрофинансовых организаций следует опасаться, что многие юридические лица, утратившие статус микрофинансовой организации, просто перейдут в сферу *P2P*-финансирования, а там продолжат практиковать несправедливые условия займов населению. При этом нужно отметить, что в сфере *P2P*-финансирования пока никакие способы защиты прав потребителей достаточно не проработаны, спорным остается даже вопрос о том, следует ли считать гражданина потребителем, если он взял взаймы по системе *P2P*, пусть даже его кредитором и является юридическое лицо (возможно, бывшая микрофинансовая организация).

[1] Нужно учитывать, что неустойка практически не защищает кредитора в случае банкротства должника, а поручительство в системе *P2P*-финансирования предоставляется редко и за особое вознаграждение. Такой популярный у банков способ обеспечения, как залог, не используется.

Поскольку три названных комплекса проблем взаимосвязаны, видится обоснованным не ограничивать изложение только одной частью этого «клубка», а рассматривать их также системно.

## Статус оператора онлайн-платформы

Судебная практика рассматривает договоры займа, совершенные при посредничестве оператора онлайн-платформы, в качестве обычных договоров займа. Тот факт, что заемщик и займодавец «встретились» на онлайн-платформе, сегодня не имеет никакого значения для разрешения иска о взыскании долга по договору займа.

Можно привести несколько примеров.

По одному из дел кредитор требовал от должника возврата суммы займа в размере 325 018 руб., а также взыскания неустойки за просрочку возврата суммы займа, начисленной с 20.07.2017 по дату фактической оплаты задолженности в размере 1 262 038 руб. 20 коп. исходя из размера 0,5% за каждый день просрочки[1]. Заем был предоставлен на виртуальный счет заемщика, открытый последнему на финансовой площадке «*P2P* – кредитная платформа для бизнеса *Penenza.ru*». Заемщик долг не возвратил, и суд удовлетворил иск о взыскании суммы долга и неустойки. Ходатайства о снижении неустойки ответчик в суде первой инстанции не заявлял, а поскольку и истец, и ответчик здесь юридические лица, то и рассматривать вопрос о снижении неустойки без ходатайства ответчика суд права не имел (ст. 333 ГК РФ). Поэтому вполне закономерно, что неустойка 0,5% в день за каждый день просрочки была взыскана с ответчика в полном объеме.

К слову сказать, большая и очень большая неустойка – это характерная черта договоров займа, заключенных при посредничестве оператора онлайн-платформы.

Еще по одному делу установлено, что оператор онлайн-платформы «оказывает юридические и информационно-технологические услуги по регистрации и учету договоров займов между физическими лицами»[2].

Из перечисленных дел видно, что *P2P*-кредитование набирает популярность не только среди граждан, но и среди субъектов малого бизнеса. Видно также и то, что предмет доказывания по иску о взыскании займа

[1] Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 24.10.2017 № 09АП-46656/2017 по делу № А40-22650/17.

[2] Апелляционное определение Московского городского суда от 02.11.2016 по делу № 33-36936/2016.

остается по таким делам вполне стандартным – это факт перечисления денег, что доказывает кредитор, и исполнение обязательства (последнее обстоятельство может доказывать заемщик). Если сумма займа предоставлена и не возвращена, она подлежит взысканию. Казалось бы, посредническая роль оператора онлайн-площадки действительно может быть забыта.

Однако приведем еще один пример. В одном из судебных решений речь шла о взыскании долга, однако выяснилось, что гражданин, зарегистрированный на сайте в качестве заемщика, некогда потерял паспорт (о чем имелось соответствующее заявление)[1]. Поскольку гражданин, указанный на сайте в качестве заемщика, денег не получал, а договор займа является реальным, в иске о взыскании долга было отказано.

В этом судебном акте уже вполне отчетливо прослеживаются риски кредитора, связанные с тем, что кредитор не видел заемщика, не проверял его документов, не устанавливал его личность, не проверял платежеспособность заемщика. Установлением личности и (очень ограниченной[2]) проверкой платежеспособности заемщика занимался оператор онлайн-платформы. Достаточно странно, что при этом никакой ответственности за возврат займа заемщиком и даже за получение займа неустановленным лицом оператор онлайн-платформы не несет.

К слову сказать, именно то, что контрагенты не знают друг друга и имеют друг о друге лишь те сведения, которые запросил или предоставил оператор онлайн-платформы, традиционно считается одним из факторов, существенно повышающих риск сделок, совершенных на онлайн-платформе.

Среди российских онлайн-платформ, специализирующихся на *P2P*-финансировании, наиболее известной сегодня является система «Поток». Сведения, связанные с функционированием этой онлайн-площадки, интересно использовать, чтобы проследить, какие именно договоры заключает оператор онлайн-площадки с пользователями и какую информацию о себе и об услугах оператор онлайн-площадки при этом предоставляет.

По сообщению РБК, онлайн-платформа «Поток» действует с 29.02.2015. Эта платформа позволяет гражданам предоставлять займы организациям, преимущественно мелкому и среднему бизнесу.

---

[1] Апелляционное определение Свердловского областного суда от 12.10.2016 по делу № 33-16687/2016.

[2] http://zaimexpert.ru/zajmy-ot-chastnyh-lic/ (дата обращения 30.12.2017).

Как пишет РБК, «сервис дает возможность клиентам банка одалживать деньги компаниям напрямую. За первые 15 минут действия платформы инвесторы вложили 1 млн руб. ...Идея сервиса заключается в том, что частные инвесторы вкладывают деньги в инвестиционный пакет, состоящий из нескольких десятков компаний. Сумма инвестиций небольшими порциями распределяется между ними»[1].

В этом информационном сообщении обращает на себя внимание следующее обстоятельство. Сообщается, что Альфа-Банк «берет на себя оценку надежности компаний»; «система оценки учитывает 200 параметров, в том числе деловую активность компании, профиль руководителя и продукт, который компания создает»[2].

Далее, можно отметить, что банк получает комиссию от каждого заемщика. «Для инвесторов использование сервиса бесплатно. Банк зарабатывает на комиссиях, которые ему платят компании, получающие заем 4,35% с каждого платежа, но не более 1920 руб.»[3].

Как видно из этого информационного сообщения, оператор онлайн-площадки принимает на себя функции своеобразного брокера. Он формирует пул заемщиков, включая в него несколько компаний, объединенных по тем или иным признакам, и сам на основе разработанных им же критериев оценивает платежеспособность заемщиков. Поскольку очевидно, что каждый из заемщиков нуждается в более крупном займе, чем «кусочек» инвестиций, предоставленных одним займодавцем-гражданином, очевидно, что цель состоит в привлечении денег не одного, а нескольких граждан. Оператор площадки, таким образом, формирует своеобразный синдицированный кредит[4].

Сам Альфа-Банк, очевидно, несколько затрудняется в квалификации своих отношений с пользователями онлайн-площадки, поскольку по сведениям, размещенным на его сайте, до ноября 2016 г. с пользователями заключался «договор информационного взаимодействия»[5], а после ноября 2016 г. с пользователями заключается лицензионное соглашение. В этом лицензионном соглашении[6]:

а) дано определение понятия «онлайн-сервис». Согласно п. 1.9 это «платформа, состоящая из программно-аппаратного комплекса

[1] http://zaimexpert.ru/zajmy-ot-chastnyh-lic/ (дата обращения 30.12.2017).

[2] https://www.rbc.ru/money/28/03/2016/56f536f59a7947d1512270fe

[3] Там же.

[4] На сайте Альфа-банка также указано, что займы предоставляются нескольким компаниям.

[5] https://potok.digital/pages/documents (дата обращения 04.01.2018).

[6] https://potok.digital/dogovor_v3/LS.pdf (дата обращения 04.01.2018).

«Поток», включающая в себя Сайт и его программное обеспечение, Программное обеспечение к 1С, а также Дополнительный функционал Лицензиара, позволяющий осуществлять взаимодействие Пользователей в порядке и на условиях, предусмотренных Соглашением. Все права на «онлайн-сервис» (и входящие в него элементы) принадлежат Лицензиару в полном объеме. Ни одно из положений Соглашения не может трактоваться как передача (отчуждение) исключительных прав на Онлайн-сервис Пользователю» (сразу же возникает вопрос: если никакие права на онлайн-сервис не передаются, почему соглашение – лицензионное? – *Е.О.*).

б) отмечается, что оператором онлайн-платформы является ООО «Поток.Диджитал», оно предоставляет пользователю право использовать онлайн-сервис (п. 1.6 соглашения). При этом предложение инвестировать под 30% годовых размещено на сайте Альфа-Банка;

в) согласно п. 1.10 соглашения «пользователь – это физическое лицо, достигшее 18 лет, юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, присоединившийся к Соглашению. Пользователь может выступать в статусе Потенциального заемщика / Заемщика или Потенциального инвестора / Инвестора». Таким образом, пользователем, подчеркну, может быть гражданин. При этом, согласно п. 2.5 соглашения, «лицензиар имеет право в любой момент изменять Соглашение и все приложения к нему (полностью или в части) *в одностороннем порядке, без предварительного согласования с Пользователем*» (здесь и далее курсив мой. – *Е.О.*). Все изменения вступают в силу в дату размещения на сайте, если более длительный срок вступления изменений в силу не определен дополнительно при публикации новой редакции соглашения.

Согласно п. 2.6 соглашения «*пользователь обязуется самостоятельно следить за изменениями Соглашения и приложений к нему путем периодического ознакомления с актуальной редакцией не менее одного раза в два дня*».

Представляется очевидным противоречие указанных пунктов договора и ст. 310 ГК РФ. В ст. 310 ГК РФ закреплено правило о том, что односторонний отказ от договора с участием гражданина допускается только в случаях, предусмотренных законом. Здесь же оператор онлайн-платформы наделяется правом в одностороннем порядке отказаться от договора, в том числе и от договора, заключенного с гражданином, не осуществляющим предпринимательскую деятельность.

К тому же, на мой взгляд, последний из цитированных пунктов не соответствует не только закону, но и здравому смыслу. Пользователю предлагается предоставить деньги взаймы и после этого не реже,

чем через день, проверять на сайте, не изменило ли третье лицо, якобы не участвующее в обязательстве из договора займа, условия пользования этими деньгами.

Согласно тому же п. 2.6 пользователь самостоятельно отвечает за любые последствия, наступившие в связи с неознакомлением с соглашением и приложениями к нему. А в случае, если пользователь не согласен с каким-либо положением соглашения и (или) приложений к нему, он обязан незамедлительно прекратить использование онлайн-сервиса (п. 2.7 соглашения).

Согласно ст. 310 ГК РФ в случае, если исполнение обязательства связано с осуществлением предпринимательской деятельности не всеми его сторонами, право на одностороннее изменение его условий или отказ от исполнения обязательства может быть предоставлено договором лишь стороне, не осуществляющей предпринимательскую деятельность.

Предпринимательскую деятельность осуществляет оператор онлайн-платформы, тем не менее, игнорируя императивное правило ст. 310 ГК РФ, анализируемое соглашение устанавливает в п. 3.3.1 следующее правило: «Лицензиар имеет право в одностороннем внесудебном порядке расторгнуть Соглашение и (или) блокировать доступ Пользователя к Онлайн-сервису, запретить доступ в Личный кабинет Пользователя в Онлайн-сервисе либо ограничить Пользователю часть функциональных возможностей или поддержку. *Лицензиар не несет ответственности за убытки (ущерб), возникшие у Пользователя в связи такими действиями Лицензиара*. Лицензиар не обязан сообщать Пользователю причины расторжения Соглашения и (или) блокировки (удаления) Личного кабинета. При расторжении Соглашения Пользователь должен уплатить Лицензионное вознаграждение в течение 3 рабочих дней после получения на электронную почту уведомления о расторжении от Лицензиара и необходимости уплатить задолженность по лицензионному договору»;

(г) подчеркивается самостоятельность займодавца в решении вопроса о предоставлении займа. Согласно п. 3.2.6 соглашения пользователь обязан «самостоятельно принимать решения о целесообразности инвестирования и заключения договоров займа, самостоятельно нести ответственность за принятие таких решений, не предъявлять к Лицензиару претензии в связи с неисполнением Договоров займа или претензий, связанных с наступлением иных негативных для Инвестора (Займодавца) событий, возникающих при передаче денежных средств в пользование юридическим лицам или индивидуальным предпринимателям, не зависящих от Лицензиара».

Лицензионное соглашение обязывает пользователя ознакомиться с Регламентом использования онлайн-сервиса. Знакомство с этим Регламентом[1] также позволяет обнаружить интереснейшее распределение договорных ролей:

а) аутентификацию заемщика, равно как и займодавца, осуществляет расчетный банк (п. 1.1 Регламента);

б) предварительную заявку заемщика проверяет лицензиар (п. 3.1 Регламента). Если лицензиар одобрил предварительную заявку заемщика, заемщику предлагается осуществить аутентификацию путем перевода суммы в 1 руб. или иной суммы, указанной онлайн-сервисом, на счет лицензиара (п. 3.3.1). После успешной аутентификации эта сумма не возвращается.

Затем потенциальный заемщик после размещения с использованием дополнительного функционала онлайн-сервиса формирует и направляет индивидуальные условия для потенциальных инвесторов в личный кабинет потенциального инвестора (п. 3.4 Регламента);

в) в п. 3.6 Регламента снова подчеркивается самостоятельность займодавца. Красным цветом выделено следующее условие: «*Инвестор самостоятельно инвестирует посредством Онлайн-сервиса на свой страх и риск, Лицензиар не дает гарантий исполнения Заемщиком обязательств по Договору займа, не несет ответственности за его финансовое состояние*»;

г) п. 1.29 и 3.20 Регламента заранее определяют цессионария и условия цессии (вплоть до размера платы за уступленное право) на случай неисполнения обязательства должником. Уступка прав осуществляется автоматически после определенного периода просрочки (п. 3.21.1 Регламента). В п. 3.21.2 Регламента установлен размер вознаграждения цедента: сначала символический (10 руб.), потом, если удастся взыскать долг, цедент получит 65% от взысканного. При этом цедент обязан внести цессионарию определенную денежную сумму для частичного покрытия судебных расходов (если затем судебные расходы будут взысканы с ответчика, эта сумма цеденту будет возвращена).

Наконец, сам типовой договор займа[2] предусматривает неустойку на случай неисполнения обязательства (п. 6.1), обязывает проводить расчеты только через расчетный счет в Альфа-Банке (п. 1.1), предусматривает, что «взаимодействие Заемщика и Займодавца в рамках Договора осуществляется посредством Онлайн-сервиса в соответствии

[1] https://potok.digital/dogovor_v3/reglament.pdf (дата обращения 04.01.2018).

[2] https://potok.digital/dogovor_v3/OU_DZ_v3.pdf (дата обращения 04.01.2018).

с Договором взаимодействия, размещенным в сети Интернет по адресу: *potok.digital*» (п. 2.3). Также типовым договором займа предусмотрен график платежей. Размер процентов по договору займа в типовом договоре займа не регламентирован и оставлен на усмотрение сторон[1]. Впрочем, учитывая, что оферту (в которой должен быть указан размер процентов) потенциальный заемщик формирует на сайте с использованием типовых форм и других технических возможностей сайта, возможно, что максимум и минимум процентов тоже в определенной степени заданы заранее.

Из обсуждаемых типовых условий видно, что оператор сайта, а вернее, несколько взаимосвязанных лиц (собственно оператор сайта, обслуживающий банк и коллекторское агентство) предоставляют пользователям услуги на всем протяжении отношений от определения условий займа до взыскания долга. Свобода договора в анализируемых отношениях очевидно ограничена, участники не обладают иными сведениями друг о друге, чем сведения, полученные от оператора платформы, и заключают договор, пользуясь стандартными формами, предложенными операторами платформы.

Руководящая и направляющая роль оператора онлайн-платформы – явление, свойственное не только *P2P*-финансированию. Эта черта характерна в целом для «экономики платформ»[2] – сделок, совершаемых онлайн с использованием особого сайта, предназначенного для того, чтобы свести потенциальных контрагентов и определить типовые условия договора.

Представляется, что краткая характеристика ведущейся сейчас дискуссии об основаниях и пределах ответственности оператора платформ позволит получить полезные идеи и рецепты для совершенствования *P2P*-отношений и подготовки российского законодательства.

## Опыт ЕС: солидарная ответственность оператора онлайн-платформы

В 2016 г. в Европе группа ученых опубликовала проект Директивы ЕС об онлайн-посреднических платформах (*Discussion Draft of a Directive*

[1] За пользование денежными средствами заемщик уплачивает займодавцу проценты, которые начисляются на всю сумму займа, исходя из ставки, указанной в п. 1.2 Индивидуальных условий. Начисление процентов производится ежедневно (п. 2.4 Общих условий договора займа).

[2] *Cohen Julie E.* Law for the Platform Economy (June 22, 2017) // UC Davis Law Review Forthcoming. С. 1–2. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2991261.

*on Online Intermediary Platforms*), более известный как Академический проект[1].

Этот проект был создан по результатам нескольких европейских мероприятий[2] и под влиянием ряда споров, возникших между потребителями и операторами онлайн-платформы, а также между операторами онлайн-платформы и их «обычными» конкурентами.

Особенно много споров (как судебных споров, так и всевозможных митингов, протестов и публикаций) вызвало такси *Über* и служба бронирования *Airbnb*, поскольку конкуренты ссылались на то, что два эти предприятия обходят требования налогового и административного законодательства, экономят на обязательных отчислениях, улучшениях, проверках и за счет этого снижают цены.

Дело в том, что идея двух этих сайтов (как и вся идея онлайн-платформ) состояла в том, чтобы свести вместе потенциальных потребителей (заказчиков) и потенциальных исполнителей по договору возмездного оказания услуг. При этом оператор онлайн-платформы позиционировал себя как «простого посредника», не работодателя, не должника по основному договору.

Поэтому водители не считались работниками таксопарка, а предоставляемое жилье не считалось номерами в гостинице, следовательно, жилье могло не отвечать требованиям, предъявляемым к гостиницам (в частности, в отношении противопожарной безопасности), а води-

[1] Проект и предисловие к нему опубликованы в свободном доступе. См.: *Busch Christoph and Schulte-Nölke Hans and Wiewiórowska-Domagalska Aneta and Zoll Fryderyk*. The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law? (February 15, 2016). Christoph Busch et al., The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law, 5 (2016) Journal of European Consumer and Market Law 3 (Publisher: C.H. Beck). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2754100. Обсуждение этого проекта см.: *Cauffman Caroline*. The Commission's European Agenda for the Collaborative Economy – (Too) Platform and Service Provider Friendly? (December 2016). Maastricht European Private Law Institute Working Paper N 2016/07. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2883845 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2883845; *Maultzsch Felix*. Contractual Liability of Online Platform Operators: European Proposals and Established Principles (November 20, 2017). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3074301, и в других статьях, посвященных онлайн-платформам и написанным с 2016 г.

[2] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Commitee and the Committee of the Regions, 25 May 2016, COM(2016) 288 final, and Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 2 June 2016, COM(2016) 356 final (цит. по: *Maultzsch Felix*. Contractual Liability of Online Platform Operators: European Proposals and Established Principles (November 20, 2017). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3074301. P. 3).

тели не имели лицензии, обязательной по законодательствам многих европейских государств, для водителей такси[1].

В нескольких судебных актах немецкие, французские, итальянские суды подчеркивали и необходимость социальных выплат, и необходимость лицензии[2].

Один из исследователей проблемы, Каролина Кауфман, очень точно отметила, что экономика платформы исходит из ложного посыла – как будто между контрагентами, которые встретились на платформе, есть личные, почти дружеские отношения.

Мантра экономики платформ, похоже, заключается в том, что контрагент-непрофессионал должен рассматриваться как друг. Мы все ходим в гости к друзьям, и едим ужины, приготовленные друзьями без какого-то кулинарного диплома, и можем остановиться у друга, живущего в другом городе, и нам все равно, что жилье друга не отвечает требованиям к противопожарной безопасности гостиниц. Так почему же мы не можем делать то же самое, если встретимся с нашим новым «другом» через онлайн-платформу? Но нет, ситуация с друзьями все же совсем иное, потому что друга мы знаем. Мы знаем, где и как он живет, и как он готовит, и как добраться от его дома до своего. Поступки друга можно хотя бы отчасти предсказать заранее – совсем иное поступки незнакомца. Кроме того, между друзьями есть эмоциональная связь, побуждающая заботиться друг о друге. Поэтому ситуации совсем не одинаковы[3].

Можно согласиться с выводом, предложенным К. Кауфман, и продолжить, что применительно к *P2P*-платформам отсутствие необходимой информации о заемщике, безусловно, серьезно увеличивает риски потенциального займодавца.

При разработке Академического проекта одним из ключевых вопросов был вопрос об ответственности операторов онлайн-платформ по сделкам, совершенным на онлайн-платформе.

Проект сформулирован осторожно, он исходит из того, что чрезмерное регулирование опасно тем, что способно приостановить технический прогресс, и в целом онлайн-платформы «в первую очередь следует рассматривать как возможность, а не как угрозу»[4].

Авторы Академического проекта в пояснительной записке к нему отметили, что они старались избегать «удушающего регулирования»

---

[1] См. подробнее: *Cauffman C.* Op. cit. P. 1–4.

[2] Ibidem. Судебные акты перечислены в сн. 3, 4, 5.

[3] *Cauffman C.* Op. cit. P. 5–16.

[4] Ibidem. Explanatory Memorandum. C. 164.

и учитывали, что сфера онлайн-платформ только в начале своего развития, поэтому чрезмерные запреты могут повредить инновациям.

Но вместе с тем авторы Проекта отмечают, что они старались защитить ключевые ценности, такие как защита прав потребителей и справедливая конкуренция.

Проект не распространяется на платформы по оказанию финансовых услуг (п. 2 ст. 1 Проекта). Но в предисловии к нему авторы отмечают, что Проект – своего рода «пробный шар» и предлагаемые в нем концепции могут быть использованы при регулировании отношений, возникших в рамках иных онлайн-платформ. Представляется, что идеи, изложенные в этом Проекте, крайне любопытны и могут быть полезны при обсуждении изменений отечественного законодательства в части урегулирования *P2P*-финансирования. В частности, полезной видится идея о том, что роль оператора платформы выходит за пределы простого посредничества, поэтому на оператора платформы должна быть возложена ответственность за неисполнение основного обязательства.

Такая ответственность за исполнение основного обязательства возлагается на оператора онлайн-платформы, если он оказал решающее влияние на решение пользователя вступить в договор.

В одном из комментариев к Академическому проекту *Felix Maultzsch* пишет, что заключенные в рамках онлайн-платформы договоры существенно отличаются по своей структуре от обычных гражданско-правовых договоров. Он отмечает, что в связи с отсутствием специальных норм о сделках, совершенных при посредничестве операторов онлайн-платформы, к договорам, заключенным на платформе, до сих пор применяли общие правила о договорах и общие принципы договорного права. Общие положения о договорах построены, как известно, на принципе свободы договора, в частности свободы выбирать контрагента и свободы определять условия договора. Кроме того, общие положения о договорах подчеркивают относительность договорного правоотношения, т.е. тот факт, что никто третий не вправе вмешиваться в определение условий договора или в его исполнение[1].

Из этих принципов операторы онлайн-платформ сделали выгодные для них выводы и решили избегать ответственности за неисполнение основного обязательства по сделке, совершенной между пользователями платформы. Если оператор онлайн-платформы и принимает

[1] *Maultzsch Felix.* Op. cit. P. 2.

на себя ответственность (выдает поручительство), он делает это за дополнительное вознаграждение[1].

Однако надо учитывать, что операторы онлайн-платформы часто оказывают влияние на решение пользователя совершить сделку[2]. Грамотный маркетинг[3] и репутация оператора онлайн-платформы как лица обладающего значительными финансами? не позволяют потребителю до конца осознать, что сделка совершается с незнакомцем, причем с незнакомцем, платежеспособность которого может оказаться весьма ограниченной. К тому же важно, что стандартные условия договора, заключаемого между пользователями онлайн-платформы, определяет оператор онлайн-платформы.

Поэтому многие авторы считают несправедливым освобождение оператора онлайн-платформы от ответственности за неисполнение основного обязательства. Например, К. Кауфман пишет, что онлайн-платформы часто делают легкие деньги, получая процент от каждого договора, заключенного через онлайн-платформу. Да, создание сайта требует первоначальных вложений (впрочем, не слишком больших), но как только сайт создан, расходы по эксплуатации невелики, так как большинство операций автоматизировано. Пассивное поведение оператора платформы, который во всех своих договорах подчеркивает, что сам он ни за что не отвечает, не может считаться оправданием для освобождения оператора платформы от ответственности[4].

Рассматривая структуру договорных отношений, развивающихся в рамках онлайн-платформы, действительно, легко можно заметить, что оператор онлайн-платформы, как правило, – это особое юридическое лицо (реже – индивидуальный предприниматель) и для создания, а также администрирования онлайн-платформы сегодня, по всей видимости, не требуется никакой лицензии. Оператор онлайн-платформы состоит в договорных отношениях с пользователями и получает вознаграждение от одного из них (не исключены и такие ситуации, когда вознаграждение посреднику предоставляют оба контрагента).

Основную сделку, будь то договор займа, договор купли-продажи или договор перевозки, заключают между собой зарегистрированные на онлайн-платформе пользователи.

Онлайн-платформа представляет собой тем самым маленький «рынок» определенного товара или услуги, следовательно, первое, чего

[1] *Maultzsch Felix.* Op. cit. P. 2.
[2] Ibid. P. 3.
[3] Ibidem.
[4] *Cauffman C.* Op. cit. P. 16.

можно ждать от оператора онлайн-платформы, – это определения таких условий доступа на рынок, которые исключили бы совершение явно убыточных договоров. В приведенном выше примере (в деле «Вдолг.ру»[1]) очевидная ошибка оператора онлайн-платформы состояла в регистрации потенциального заемщика по утерянному другим гражданином паспорту. За такие ошибки оператор онлайн-платформы должен отвечать.

Но авторы Академического проекта предлагают пойти немного дальше и возложить на оператора онлайн-платформы ответственность (солидарную с пользователем, не исполнившим основной договор), если другой пользователь не мог понимать, что заключает договор не с оператором платформы, а с иным гражданином или организацией.

Академический проект устанавливает, что оператор платформы должен своевременно информировать клиента (до момента заключения договора поставщика с клиентом) о том, что клиент заключит договор с поставщиком, а не с оператором платформы.

Оператор платформы должен обеспечить, чтобы поставщик информировал клиента о том, предлагает ли он товары, услуги или цифровой контент в качестве продавца (исполнителя) или в качестве посредника (ст. 11)[2].

Если при заключении договора потребителю не было достаточно ясно, что услуги он получит не от оператора онлайн-платформы, а от третьего лица, можно ли считать, что оператор онлайн-платформы сам ответствен за надлежащее исполнение?[3]

Отвечать на этот вопрос предполагается с учетом правил толкования, уже существующих в доктринах отдельных европейских стран. В доктрине Германии, например, при толковании § 133, 157 ГГУ создано правило о том, что организация, создавшая у потребителя видимость того, что он вступает в договор с ней, а не с третьим лицом (например, с дочерней компанией), принимает на себя и ответственность по договору. Соответственно, если пользователи платформы не могли понимать, что вступают в договор с третьим лицом, а не с оператором платформы, к солидарной с третьим лицом – поставщиком ответствен-

[1] Апелляционное определение Свердловского областного суда от 12.10.2016 по делу № 33-16687/2016.

[2] Цит. по: *Busch Christoph and Dannemann Gerhard and Schulte-Nölke Hans and Wiewiórowska-Domagalska Aneta and Zoll Fryderyk.* Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms (August 11, 2016). Research Group on the Law of Digital Services, Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms, 5 (2016) Journal of European Consumer and Market Law 164–169 (Publishers: C.H. Beck, Nomos and Wolters Kluwer). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2821590.

[3] *Maultzsch Felix.* Op. cit. P. 5.

ности должен привлекаться оператор онлайн-платформы. При этом принимается во внимание критерий обычной разумности (*objektiver Empfängerorizont*). Этот критерий используются и в иных европейских цивилистических доктринах[1]. Поскольку операторы онлайн-платформы на самом деле часто стремятся к единообразному маркетингу, потребитель действительно может подумать, что основной договор заключается с оператором онлайн-платформы.

Поэтому когда оператор платформы формулирует стандартные условия заключаемых договоров, он должен достаточно ясно указать контрагентам, что его, оператора, роль сводится к простому посредничеству. При этом имеют значение не только заявления, сделанные непосред-ственно при заключении договора, но и заявления, сделанные заранее.

Если клиент не получил достаточно ясного предупреждения, что он вступает в договорные отношения не с оператором платформы, а с третьим лицом, оператор платформы несет солидарную с продавцом или исполнителем по заключенному на платформе договору ответственность за неисполнение обязательства.

Помимо этого, Проект возлагает солидарную ответственность также на оператора онлайн-платформы, не совпадающего, в глазах пользователя, с продавцом, но оказывающего на продавца «преобладающее воздействие» (*predominant influence*).

Это ст. 18 Проекта, наиболее спорная его часть.

Согласно п. 1 ст. 18 «если покупатель мог разумно полагаться на оператора платформы, имеющего преобладающее влияние на продавца, оператор платформы несет солидарную ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение продавцом обязательства перед покупателем. Согласно п. 2 той же статьи при оценке того, мог ли покупатель разумно полагаться на преобладающее влияние оператора платформы на продавца, следует учитывать, в частности, следующие критерии: a) договор между продавцом и покупателем заключен исключительно посредством онлайн-платформы[2]; b) оператор платформы

[1] См. подробнее: *Canaris C.-W. and Grigoleit H.C.* Interpretation of Contracts / A. Hartkamp, M. Hesselink, E. Hondius, C. Mak and E. du Perron (eds). Towards a European Civil Code (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 4th ed. 2011) 587–618 and, in brief, F. Maultzsch, in M. Schmidt-Kessel (ed.). Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht: Kommentar (München: Sellier, 2014) Vorbem zu Art 58 ff. GEK-E para 16–21 (цит. по: *Maultzsch Felix.* Contractual Liability of Online Platform Operators: European Proposals and Established Principles (November 20, 2017). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3074301. P. 7).

[2] «The supplier-customer contract is concluded exclusively through facilities provided on the platform». Цит. по: *Busch Christoph and Dannemann Gerhard and Schulte-Nölke Hans and*

может удерживать платежи, производимые покупателями по договорам между продавцами и покупателями[1]; c) условия договора между продавцом и покупателем в основном определены оператором онлайн-платформы[2]; d) цена, которую должен заплатить клиент, определяется оператором платформы[3]; e) оператор платформы обеспечивает единообразное представление продавцов или предложение товара осуществляется под товарным знаком оператора платформы[4]; f) маркетинг ориентирован на оператора платформы, а не на поставщиков.

Как видно из перечисленных признаков, их использование приведет к тому, что ответственность оператора онлайн-платформы за неисполнение основного обязательства станет довольно частым явлением. Однако закрепленный в п. 2 ст. 18 Академического проекта перечень имеет еще один подпункт, помеченный как «альтернативный вариант» (OPT): g) если оператор платформы обещает контролировать действия продавцов. Очевидно, что последний пункт может встречаться лишь в случае специально (и скорее всего за отдельную плату) выданного поручительства. Если солидарная ответственность будет наступать в случае, указанном в п. 2 ст. 18 Проекта в подп. «g», никакой дополнительной защиты у пользователей онлайн-платформы не появится.

Таким образом, солидарная ответственность оператора онлайн-платформы может наступить в двух случаях:

1) когда он не информировал пользователя о том, что основной договор будет заключаться с третьим лицом;

2) когда информация о том, что договор будет заключаться с третьим лицом, была предоставлена, но все же оператор платформы оказал «преобладающее влияние» на решение пользователя совершить сделку.

Представляется, что изложенная в Академическом проекте идея имеет несомненную экономическую ценность и для отечественной

---

*Wiewiórowska-Domagalska Aneta and Zoll Fryderyk.* Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms (August 11, 2016). Research Group on the Law of Digital Services, Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms, 5 (2016) Journal of European Consumer and Market Law 164–169 (Publishers: C.H. Beck, Nomos and Wolters Kluwer). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2821590.

[1] «The platform operator can withhold payments made by customers under supplier-customer contracts» (ibidem).

[2] «The terms of the supplier-customer contract are essentially determined by the platform operator» (ibidem).

[3] «The price to be paid by the customer is determined by the platform operator» (ibidem).

[4] «The platform operator provides a uniform image of suppliers or a trademark» (ibidem).

доктрины. Привлекательность *P2P*-финансирования для потенциального займодавца, инвестора не в последнюю очередь вызвана маркетингом, подчеркивающим, что центром *P2P*-системы является известный банк или иное известное и состоятельное лицо. Инвестор, который не решился бы дать взаймы другу или соседу, легко дает те же деньги оператору *P2P*-онлайн-платформы, надеясь на деловой опыт и финансовую грамотность оператора онлайн-платформы.

Поведение же современных российских операторов онлайн-платформ (впрочем, как и многих их иностранных собратьев) противоречиво. С одной стороны, они подчеркивают и в тексте договора выделяют красным слова о том, что за невозврат займа заемщиком оператор онлайн-платформы ответственности не несет; с другой стороны, создают у потенциального займодавца впечатление тщательного отбора потенциальных заемщиков, а в рекламе просто сообщают предполагаемый процент прибыли.

### Правовая природа договора между оператором онлайн-платформы и пользователем

В работах многих европейских исследователей прослеживается определенная досада: известные и закрепленные в европейских законодательствах виды договоров оказываются малопригодными для отражения сути складывающихся на онлайн-платформах отношений. Тем не менее вряд ли стоит заходить слишком далеко и строить какие-то особые трехсторонние договорные конструкции. Для верной квалификации основного договора – договора между пользователями онлайн-платформы достаточно учитывать, что свобода обеих сторон в определении условий такого договора серьезно ограничена, договор заключается в соответствии со стандартными формами, типовыми условиями, разработанными третьим лицом – оператором онлайн-платформы.

Имеется особая разновидность договора присоединения, в котором каждый из контрагентов – присоединившаяся сторона.

Что же касается договора между пользователем и оператором онлайн-платформы, то такой договор представляет собой известную и закрепленную в ст. 428 ГК РФ конструкцию договора присоединения. Оператор онлайн-платформы формулирует условия договора, а пользователь к этим условиям лишь присоединяется.

Можно попытаться квалифицировать договор между оператором онлайн-платформы и пользователем исходя из существующей в российском гражданском праве системы договоров.

Прежде всего такой договор, безусловно, относится к числу обязательств по возмездному оказанию услуг, так как деятельность оператора платформы не связана с появлением какого-либо овеществленного результата. Квалификация правоотношения в качестве лицензионных договоров (ее, как видно из предыдущих примеров, практикуют некоторые банки) вряд ли может быть поддержана, поскольку оператор платформы не предоставляет пользователю никаких прав в отношении результатов интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации. Более того, если согласиться с Альфа-Банком в том, что договор, заключенный оператором онлайн-платформы с пользователями, – это лицензионный договор, такой договор окажется незаключенным, так как предмет этого договора не согласован (неясно, какие именно возможности и в отношении какого именно результата интеллектуальной деятельности оператор передает пользователю).

Итак, договор между оператором онлайн-платформы и пользователем – это договор возмездного оказания услуг. К какому типу услуг относится эта услуга?

Обычно когда одно лицо обязуется подготовить совершение сделки для другого лица, имеют место посреднические услуги.

В российском законодательстве посреднические услуги включают в себя договор поручения, договор комиссии и агентский договор, который, в свою очередь, строится по модели договора поручения и договора комиссии.

Рассмотрим подробнее сходство и отличия рассматриваемого договора от предусмотренных ГК РФ посреднических договоров, а именно от договора комиссии и от агентского договора.

Согласно ст. 990 ГК РФ по договору комиссии одна сторона (комиссионер) обязуется по поручению другой стороны (комитента) за вознаграждение совершить одну или несколько сделок от своего имени, но за счет комитента. По сделке, совершенной комиссионером с третьим лицом, приобретает права и становится обязанным комиссионер, хотя бы комитент и был назван в сделке или вступил с третьим лицом в непосредственные отношения по исполнению сделки.

От договора комиссии договор между оператором и пользователем отличается тем, что оператор сам не заключает основного договора (договора займа) – ни от собственного имени, ни от имени другого лица.

Договор комиссии же, да и агентский договор в том его виде, в каком он определен ст. 1005 ГК РФ, подразумевают, что агент совершает определенные сделки.

По договору комиссии «заключение посредником сделки от своего имени само по себе порождает особенности регулирования»[1].

Особенностью *P2P*-финансирования является не только то, что заемщик и кредитор получают сведения друг от друга лишь от оператора онлайн-платформы, но и то, что оператор онлайн-платформы объединяет средства нескольких кредиторов и вкладывает средства в несколько предприятий[2].

В литературе отмечается, что в банковской практике имеется договор об организации синдицированного кредита[3], но природа такого договора не обсуждается и не выявлена.

Перечень договоров в российском гражданском праве является открытым (ст. 420 ГК РФ). Следует ли считать, что в ситуации *P2P*-финансирования имеется новая, непоименованная разновидность посреднических договоров?

В германской доктрине онлайн-платформа оценивается в качестве особого технического средства для посредничества при заключении договора и статус оператора онлайн-платформы определяется как имеющий сходство со статусом агента, исполнителя по договору возмездного оказания услуг и брокера[4].

Представляется, что и в российском гражданском праве договор между оператором онлайн-платформы и пользователем можно считать особой, непоименованной разновидностью посреднического договора. Несмотря на то, что основной договор заключается между пользователями, личность оператора онлайн-платформы, как уже было сказано, существенно влияет на решение займодавца предоставить заем. Оператор осуществляет предварительный отбор потенциальных заемщиков и потенциальных займодавцев. Оператор доводит до потенциального займодавца оферту потенциального заемщика. Следовательно, определенные юридические действия от собственного имени и в интересах пользователей оператор онлайн-платформы все же совершает. Поэтому имеется заметное сходство договора между оператором и пользователем

---

[1] *Романец Ю.В.* Система договоров в гражданском праве России: Монография. 2-е изд. М.: Норма, Инфра-М., 2013. С. 234.

[2] «Ваши инвестиции распределяются минимум по 20 компаниям. Это позволяет диверсифицировать ваше вложение и снизить риск», – сообщает, например, оператор онлайн-платформы «Поток» (https://potok.digital/individual; дата обращения – 04.01.2018).

[3] *Попкова Л.А.* Правовая конструкция синдицированного кредита: Дис. ... к.ю.н. М., 2017. С. 57 и сл.

[4] *Billing T.* Vertragliche Strukturen / P. Bräutigam and D. Rücker (eds). E-Commerce: Rechtshandbuch. München: C.H. Beck, 2017. 4. Teil B para 9 (цит. по: *Maultzsch Felix*. Op. cit.).

с договором комиссии, что позволяет по аналогии закона применять к данному договору нормы о договоре комиссии.

Кроме того, представляется, что к такому договору применимы нормы гл. 39 ГК РФ, в частности правило ст. 782 ГК РФ, согласно которому заказчик вправе отказаться от исполнения договора возмездного оказания услуг при условии оплаты исполнителю фактически понесенных им расходов, а исполнитель вправе отказаться от исполнения обязательств по договору возмездного оказания услуг лишь при условии полного возмещения заказчику убытков.

Применение к договору между пользователем и оператором онлайн-платформы норм о договоре возмездного оказания услуг, а также норм о договоре комиссии позволяет сделать вывод о том, что:

а) оператор онлайн-платформы обязан в случае отказа от договора возместить пользователю убытки;

б) оператор обязан способствовать заключению действительного договора и несет ответственность за недействительность или заведомую неисполнимость основной сделки.

Если пользователем онлайн-платформы является гражданин, получающий заем для целей, не связанных с предпринимательской деятельностью, на договор между оператором и пользователем должен распространяться Закон о защите прав потребителей (с изм. от 01.05.2017).

Несколько сложнее решить, следует ли считать потребителем в отношениях с оператором онлайн-платформы потенциального инвестора, если инвестор – гражданин. С одной стороны, инвестор вступает в такой договор с целью получения прибыли; с другой стороны, есть несколько договорных конструкций, в которые гражданин также вступает с целью получения прибыли, однако такие договоры, безусловно, признаются потребительскими. Это договоры условного и срочного вклада, которые отличаются от вклада до востребования более высоким доходом вкладчика.

Недавно ВС РФ указал, что «получение гражданином дохода при снятии с банковского счета денежных средств в иностранной валюте за счет курсовой разницы не свидетельствует об осуществлении им предпринимательской деятельности, если банковский счет не используется таким гражданином для нужд, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, в связи с чем к возникшим правоотношениям применяется Закон о защите прав потребителей» (абз. 2 п. 2 Обзора судебной практики по делам, связанным с защитой прав потребителей финансовых услуг, утвержденного Президиумом ВС РФ 27.09.2017).

Таким образом, не всякое намерение гражданина получить доход свидетельствует о предпринимательской деятельности.

Однако если гражданин постоянно и системно вкладывает в *P2P*-финансирование, так что такие вклады образуют основной доход гражданина и приобретают характер профессии, возможно, что такой системный характер уже превращает деятельность по *P2P*-инвестированию в предпринимательскую.

Следовательно, в отношениях между оператором онлайн-платформы и гражданином-пользователем потенциальный инвестор тоже является потребителем, если потенциальный инвестор – гражданин, а предоставление займов не является систематической деятельностью и не имеет характер профессии.

## Договор займа в системе *P2P*: применять ли Закон о защите прав потребителей?

При обсуждении Академического проекта большое внимание привлек вопрос: *следует ли ограничивать ответственность оператора онлайн-платформы только ситуациями ответственности перед потребителями?* Этот вопрос связан с тем, что очень часто одна и та же платформа предназначена для совершения сделок между разными субъектами: предприниматель – предприниматель (*B2B*), предприниматель – потребитель (*B2C*), гражданин – гражданин (*C2C*)[1]. Поэтому нужно уточнить, следует ли формулировать нормы об ответственности операторов платформы в качестве составной части законодательства о защите прав потребителей или же нормы об ответственности операторов платформ должны затрагивать все перечисленные варианты. Предприниматель, заключивший договор при посредстве онлайн-платформы, также может требовать от оператора онлайн-платформы возмещения убытков, связанных, например, с тем, что не была предоставлена достаточная информация о контрагенте.

Сейчас Академический проект исходит из того, что защита должна быть предоставлена и в отношениях *B2C*, и в отношениях *B2B*, и даже в отношениях между гражданами (*C2C*).

Это следует из ст. 2 Академического проекта, где покупатель (*customer*) определен как любое физическое или юридическое лицо, которое использует платформу онлайн-посредника для получения товаров, услуг или цифрового контента, а продавец (*supplier*) –как гражданин или юриди-

[1] *Maultzsch F.* Op. cit. P. 6.

ческое лицо, которые используют онлайн-платформу для предложения товаров, услуг или цифрового контента покупателям.

Некоторые авторы считают, что потребительское право Европы находится в кризисе и требует нового подхода[1]. Это связано с тем, что во многих областях потребность клиентов в информации практически одинаково велика, вне зависимости от того, действуют ли они как потребители или как субъекты малого бизнеса[2].

Можно согласиться с тем, что гражданин, получающий заем для целей, не связанных с предпринимательской деятельностью, и индивидуальный предприниматель, заключающий договор займа для целей финансирования своего мелкого бизнеса, мало различаются между собой по своим экономическим возможностям. И, кроме того, они практически не различаются между собой в своих возможностях повлиять на условия договора, установленные в стандартных формах оператором платформы.

Поэтому, возможно, при разработке нового законодательства о *P2P*-финансировании следует предусмотреть одинаковый для всех пользователей набор хотя бы минимальных способов защиты, с тем чтобы операторы платформ не злоупотребляли своими экономическими преимуществами.

Тем не менее в ситуации, когда специального законодательства нет, крайне важным становится вопрос о возможности или невозможности применения Закона о защите прав потребителей с его способами защиты (неустойками, штрафами, освобождением от обязанности уплатить пошлины и иными).

Выше обсуждался вопрос о возможности применения этого Закона к отношениям между оператором онлайн-платформы и пользователем-гражданином. Здесь же нужно рассмотреть вопрос о том, можно ли применить этот Закон к основному договору, совершенному на платформе.

Ответ на этот вопрос, конечно, во многом зависит от структуры договорных связей. Если юридическое лицо предоставило заем гражданину для личных целей, то заемщик – потребитель; если гражданин инвестировал, предоставив взаймы юридическому лицу, то такая инвестиция может оцениваться как деятельность, направленная на получение дохода, что составляет признак предпринимательской деятельности,

[1] *Schulte-Nölke Hans.* The Brave New World of EU Consumer Law – Without Consumers, or Even Without Law? (July 31, 2015) // Journal of European Consumer and Market Law/ Issue 4/2015. P. 135–139. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2657071 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2657071.

[2] Ibid. P. 138.

но тем не менее, когда нет признака системности, предоставление займа тоже можно с определенной натяжкой рассматривать в качестве деятельности непредпринимательского характера. Но как быть, если гражданин предоставляет взаймы гражданину, но не родственнику или знакомому, а в системе *P2P*-финансирования?

В последнем случае придется сделать вывод о том, что ни заемщик, ни займодавец в отношениях между собой потребителями не являются.

В этой части *P2P*-отношения представляют несомненную опасность и могут спровоцировать серьезные проблемы как юридического, так и финансового характера.

Особенно заметны пробелы законодательства, если сопоставить *P2P*-финансирование с микрозаймами. Для сравнения можно отметить, что микрофинансовые организации, привлекающие денежные средства граждан, обязаны соблюдать целый ряд ограничений, в частности:

а) только микрофинансовая компания имеет право привлекать денежные средства граждан (ст. 12 ФЗ от 02.07.2010 № 151-ФЗ «О микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях» (с изм. от 01.05.2017) (далее – Закон о микрофинансовых организациях));

б) минимальный размер собственных средств (капитала) микрофинансовой компании устанавливается в размере 70 млн руб. (п. 7 ст. 5 Закона о микрофинансовых организациях);

в) микрофинансовая компания вправе привлекать денежные средства физических лиц, не являющихся учредителями (участниками, акционерами) микрофинансовой компании, если сумма займа менее чем 1 млн 500 тыс. руб. (п. 2 ст. 12 Закона о микрофинансовых организациях);

г) в случае банкротства микрофинансовой организации заемщики-граждане относятся к первой очереди и удовлетворяются после удовлетворения требований граждан, перед которыми должник несет ответственность за причинение вреда жизни или здоровью (ст. 189.6-1 ФЗ от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (с изм. от 29.12.2017)).

Эти нормы обеспечивают хотя бы некоторую защиту от необдуманных вложений денег гражданами.

В отношении *P2P*-финансирования никакой дополнительной защиты, в том числе и на случай банкротства заемщика, законом не предусмотрено, но и инвестиции граждан при этом не запрещены.

Применительно ко всем онлайн-платформам в целом в европейской литературе преобладает мнение, что онлайн-платформы представля-

ют собой скорее новые возможности для развития экономики, чем опасность[1].

Однако применительно к *P2P*-платформам и в ситуации полного отсутствия специальных норм об обязанностях и ответственности онлайн-платформ представляется, что для российской экономики *P2P*-финансирование – это скорее опасность, чем возможность.

### Предельные размеры процентов по договору *P2P*-займа

Содержание договора займа в системе *P2P*-финансирования в значительной мере предопределено оператором платформы. Размер процентов также не всегда определяется самими сторонами. Иногда оператор платформы определяет размер процентов исходя из присвоенного им потенциальному заемщику «коэффициента надежности», иногда минимальный или максимальный размер процентов определен стандартными (типовыми) условиями договора займа.

В отношении размера процентов по договору *P2P*-займа может возникнуть вопрос о том, не являются ли проценты ростовщическими.

Здесь тоже интересно сопоставить условия договора, заключаемого при посредстве оператора онлайн-платформы, с условиями обычных договоров.

При заключении обычных договоров потребительского займа или потребительского кредита для кредиторов установлены строгие ограничения. Микрофинансовая организация не вправе начислять потребителю – физическому лицу проценты, если сумма начисленных по договору процентов достигнет трехкратного размера суммы займа (ст. 12 Закона о микрофинансовых организациях), ограничение распространяется на займы сроком возврата менее года. После возникновения просрочки проценты на не погашенную заемщиком часть суммы основного долга продолжают начисляться до достижения общей суммы подлежащих уплате процентов размера, составляющего двукратную сумму непогашенной части займа (ст. 12.1 Закона о микрофинансовых организациях).

Представляется, что если договор займа заключается по системе *P2P*, заемщик – потребитель, а займодавец (инвестор) – микрофинансовая организация, то это ограничение должно применяться и к *P2P*-финансированию.

Далее, ФЗ от 21.12.2013 № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)» (с изм. от 03.07.2016) устанавливает ограничение процентов

[1] *Cauffman C.* Op. cit. P. 1–7.

по договору потребительского кредита. На момент заключения договора потребительского кредита (займа) полная стоимость потребительского кредита (займа) не может превышать рассчитанное Банком России среднерыночное значение полной стоимости потребительского кредита (займа) соответствующей категории потребительского кредита (займа), применяемое в соответствующем календарном квартале, более чем на одну треть (п. 11 ст. 6).

Тем же Законом установлен предельный размер неустойки (п. 21 ст. 5).

Представляется, что эти ограничения могут и должны использоваться, если кредитор в системе *P2P*-финансирования – банк или микрофинансовая организация, а заемщик – потребитель.

Однако система *P2P*-финансирования создается не для того, чтобы займы предоставлялись лицами, и без того имеющими право на предоставление займов. Чаще займы предоставляются обычными гражданами. Здесь полезная норма о размере процентов вступает в силу 01.06.2018. Она установлена ФЗ от 26.07.2017 № 212-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – Закон № 212).

Согласно п. 5 ст. 809 ГК РФ в редакции Закона № 212 размер процентов за пользование займом по договору займа, заключенному между гражданами или между юридическим лицом, не осуществляющим профессиональную деятельность по предоставлению потребительских займов, и заемщиком-гражданином, в два и более раза превышающий обычно взимаемые в подобных случаях проценты и поэтому являющийся чрезмерно обременительным для должника (ростовщические проценты), может быть уменьшен судом до размера процентов, обычно взимаемых при сравнимых обстоятельствах.

Возникает только вопрос, с какими именно «обычно взимаемыми в подобных случаях процентами» нужно сравнивать проценты, установленные договором. Представляется, что объектом сопоставления должны стать банковские проценты по договору потребительского займа.

### Право пользователя на информацию

Положения Академического проекта содержат несколько полезных предложений по защите прав пользователей онлайн-платформы.

Согласно ст. 7 Академического проекта если оператор онлайн-платформы предлагает средства для связи между пользователями,

связанные с заключением или выполнением основных договоров, то оператор онлайн-платформы должен направить любые сообщения без неоправданной задержки. Все юридически значимые сообщения, доставленные по адресу, указанному пользователем при регистрации, считаются полученными пользователями.

Оператор онлайн-платформы, предоставляющий репутационную систему обратной связи на своей онлайн-платформе, должен предоставить пользователям информацию о способах сбора, обработки и публикации рейтингов и обзоров (п. 1 ст. 7 Академического проекта). Система репутационной обратной связи должна соответствовать стандартам добросовестного профессионального поведения. Если оператор платформы утверждает, что отзывы исходят от действительно существующих клиентов, он должен принять разумные и достаточные меры для проверки того, что обзоры действительно предоставлены этими гражданами или организациями. Если отзывы получены за плату, это обстоятельство должно быть указано (п. 4 ст. 7 Академического проекта).

Когда срок договора между пользователем и оператором закончится, оператор онлайн-платформы должен предоставить пользователю возможность перенести полученные на этой платформе отзывы в другую систему обратной репутационной связи в структурированном и читаемом формате (ст. 7 Академического проекта).

Отзывы и оценки на самом деле имеют важнейшее значение в ситуации, когда потенциальные контрагенты общаются лишь в пределах онлайн-платформы.

Практически все онлайн-платформы в той или иной степени полагаются на отзывы и оценки.

В частности, онлайн-платформа *Airbnb* (*AirBed&Breakfast* – «надувной матрас и завтрак»), содействующая предоставлению услуг по проживанию, предусматривает систему рекомендаций и отзывов, оставленных пользователем: «Профили пользователей *Airbnb* (как гостей, так и хозяев) содержат рекомендации, рейтинг и отзывы, оставленные другими пользователями. Личности пользователей могут быть подтверждены с помощью профилей в социальных сетях, а также набора документов, удостоверяющих личность... После выезда хозяин и гость оставляют друг другу отзывы и оценки по определенному набору критериев, что впоследствии формирует рейтинг обоих»[1].

Применительно к *P2P*-финансированию система обратной репутационной связи также используется. Однако не следует считать, что

[1] https://ru.wikipedia.org/wiki/Airbnb

оператор онлайн-платформы исполнил свою обязанность по предоставлению инвестору достаточной информации о заемщике, если потенциальному займодавцу просто предоставлена возможность ознакомиться с отзывами.

Выше был сделан вывод о том, что Закон о защите прав потребителей следует применять к отношениям между пользователем-гражданином и оператором онлайн-платформы. Поэтому к гражданину, требующему от оператора онлайн-платформы предоставления сведений о заемщике и предполагаемом займе, можно применять ст. 8–10 Закона о защите прав потребителей.

В судебной практике следует исходить из того, что для потенциального займодавца онлайн-платформа является единственным источником информации о заемщике, поэтому к обязанности оператора онлайн-платформы по предоставлению информации следует предъявлять самые высокие стандарты.

### Необходимость лицензирования деятельности оператора *P2P*-платформы

В связи с тем, что оператор *P2P*-платформы объединяет деньги, привлеченные от нескольких инвесторов, необходимо обратить внимание также на определенное сходство *P2P*-финансирования с паевым фондом.

Согласно ФЗ от 29.11.2001 № 156-ФЗ «Об инвестиционных фондах» (с изм. от 01.05.2017) (далее – Закон № 156) денежные средства могут быть переданы для того, чтобы управляющая компания инвестировала эти денежные средства; к управляющей компании предъявляются высокие требования, и эти требования еще больше ужесточились с 28.01.2018.

К статусу оператора *P2P*-платформы законодательство пока никаких особых требований не предъявляет, что вряд ли обоснованно.

Интернет-платформы создают рыночную среду, пронизанную риском, позволяющую незнакомым людям вступать между собой в сделки, посредством которых (часто) непрофессионал предоставляет услуги непрофессионалу, одна сторона может размещать комментарии о действиях другой стороны, и эти комментарии могут влиять на дальнейшие торговые перспективы[1].

Некоторые ученые отмечают, что «кредитование *P2P* обслуживает тот фрагмент потребительского кредитного рынка, которым пренебре-

[1] См.: *Cauffman Caroline.Op. cit.*; *Maultzsch Felix. Op. cit.*

гают банки, а именно кредиты высокого риска и малого размера»[1]. Например, *Auxmoney* – крупнейший оператор *P2P*-платформы в Германии взимает процентные ставки, которые выше, чем у банков, но и займы связаны с более высоким риском, чем банковские кредиты. Займы предоставляются новичкам рынка. Возникает вопрос: почему банки не обслуживают этих клиентов? Если бы кредит был похож на любой другой товар, можно было бы ожидать, что если цены будут расти в соответствии с риском, все равно должны быть те, кто захочет этот товар продать. Однако для банков предоставление займов с таким уровнем рынка невыгодно. Во-первых, высокие ставки могут негативно сказаться на репутации банка и отпугнуть даже более или менее надежных клиентов – тех, которым банк охотно предоставил бы кредит. Во-вторых, высокие ставки по умолчанию заставляют банки увеличивать свои резервы на случай возможных потерь, а иногда и влекут более высокие требования к имуществу банка. В-третьих, и издержки банка, предоставляющего кредиты в своих офисах, безусловно, выше, чем предоставление займов в сети Интернет[2].

Следовательно, создание *P2P*-платформы представляет собой не просто попытку найти дополнительные средства. Это может быть также попыткой того или иного банка или небанковской кредитной организации (или микрофинансовой организации) обойти императивные требования закона и (формально) организовать предоставление связанного с существенным риском кредита не банком, а сторонним кредитором.

Но насколько справедливо и целесообразно допускать предоставление самых рискованных кредитов не самим банком, а гражданином, не имеющим даже статуса предпринимателя?

Видится необходимым изменение законодательства, установление обязательного лицензирования деятельности *P2P*-платформы и установление требований как к минимальному размеру уставного капитала, так и к имуществу коммерческого юридического лица – оператора онлайн-платформы. Требования к имуществу онлайн-оператора имеют важное значение для того, чтобы оператор имел возможность возместить убытки, причиненные недобросовестным посредничеством.

Есть и еще один важный аспект. ФЗ от 07.08.2001 № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных пре-

[1] *de Roure, Calebe and Pelizzon, Loriana and Tasca, Paolo.* How Does P2P Lending Fit into the Consumer Credit Market? (2016). Bundesbank Discussion Paper N 30/2016. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2848043.

[2] *de Roure Calebe and Pelizzon Loriana and Tasca* Paolo. Ibid. P. 668.

ступным путем, и финансированию терроризма» (с изм. от 29.07.2017) (далее – Закон № 115) предусматривает систему мер, направленных на противодействие легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма.

Эти меры обязаны принимать организации, осуществляющие операции с денежными средствами или иным имуществом. В ст. 5 Закона № 115 содержится исчерпывающий перечень организаций, которые признаются осуществляющими операции с денежными средствами или иным имуществом.

В том случае, когда банк или микрофинансовая организация создает дочернюю организацию для управления онлайн-платформой, следует толковать ст. 5 Закона № 115 несколько расширительно. Нельзя признать, что такой банк или микрофинансовая организация освобождены от обязанности осуществления контроля просто потому, что займы (формально) предоставлены частным кредитором.

Однако сегодня, пока специальных норм о статусе оператора онлайн-платформы нет, может случиться и так, что в качестве оператора онлайн-платформы будет действовать лицо, не имеющее статуса банка или микрофинансовой организации. Поэтому, конечно, требуется скорейшее изменение ст. 5 Закона № 115, с тем чтобы операторы *P2P*-онлайн-платформ осуществляли меры, направленные на противодействие легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма.

### Возможна ли третейская оговорка в *P2P*-договорах?

В типовых договорах займа в *P2P*-финансировании часто предусматриваются третейские оговорки. Выше уже было сказано, что формально договор займа, где обе стороны – граждане, нельзя признавать потребительским, но фактически нужно учитывать, что стандартные условия договора займа определены оператором онлайн-платформы. А третейская оговорка может приветствоваться там и тогда, где и когда она была установлена сторонами в результате свободного волеизъявления. В литературе отмечается, что арбитражные суды и суды общей юрисдикции при разрешении дел, связанных с определением компетенции третейских судов, последовательно придерживаются позиции о недопустимости навязывания третейских оговорок путем их включения в договоры присоединения до возникновения спора (п. 7 информационного письма Президиума ВАС РФ от 13.09.2011 № 146 «Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным

с применением к банкам административной ответственности за нарушение законодательства о защите прав потребителей при заключении кредитных договоров»)[1].

В п. 4 ст. 13 ФЗ от 21.12.2013 № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)» (с изм. от 03.07.2016) установлено правило, согласно которому заемщик и кредитор вправе заключить третейское соглашение о разрешении спора по договору потребительского кредита (займа) только после возникновения оснований для предъявления иска.

Следовательно, в потребительском займе включенная в договор заранее третейская оговорка не допускается.

Представляется, что та же предусмотренная п. 4 ст. 13 Закона о потребительском кредите концепция должна распространяться и на договор займа между гражданами, заключенный в системе *P2P* (с учетом того, что содержание договора во многом определяется оператором онлайн-платформы).

В предпринимательских отношениях третейские оговорки могут быть признаны допустимыми.

В Определении Судебной коллегии по экономическим спорам ВАС РФ от 30.05.2017 № 309-ЭС16-20465 по делу № А60-12039/2016 сказано, что «при условии подтверждения волеизъявления сторон арбитражное соглашение может быть заключено путем присоединения к рекомендуемой арбитражной оговорке, содержащейся в уставе организации, процессуальном регламенте разрешения споров какой-либо организации, иных правилах организации, корпоративного объединения, биржи, ассоциации и т.п.».

Представляется, что даже в предпринимательских *P2P*-договорах третейская оговорка должна быть выражена ясно и недвусмысленно.

## Заключение

Изложенное позволяет утверждать, что отношения *P2P*-финансирования нуждаются в скорейшем законодательном регулировании и при разработке специальных норм законодательства об этой сфере электронной торговли видится полезным использовать разработанные западноевропейскими учеными концепции о солидарной ответственности должника и оператора онлайн-платформы.

[1] *Кузьмина А.В.* Третейские оговорки в договорах присоединения: проблемы реформирования гражданского и процессуального законодательства // Закон. 2015. № 4. С. 121–123.

Пока специального регулирования отношений *P2P*-финансирования в нашем законодательстве нет, к отношениям между оператором онлайн-платформы и пользователями следует применять нормы ГК РФ о договоре возмездного оказания услуг, договоре комиссии и Закон о защите прав потребителей. Характеризуя же договор займа, в том числе и заключенный между гражданами, необходимо учитывать ограниченную возможность сторон по определению условий договора займа.

**Пристатейный библиографический список:**

1. *Billing T.* Vertragliche Strukturen / P. Bräutigam and D. Rücker (eds). E-Commerce: Rechtshandbuch. München: C.H. Beck, 2017. S. 4. Teil B para 9 (цит. по: *Maultzsch Felix*. Contractual Liability of Online Platform Operators: European Proposals and Established Principles (November 20, 2017). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3074301).

2. *Busch Christoph and Schulte-Nölke Hans and Wiewiórowska-Domagalska Aneta and Zoll Fryderyk*. The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law? (February 15, 2016).

3. Christoph Busch et al. The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law, 5 (2016) Journal of European Consumer and Market Law 3 (Publisher: C.H. Beck). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2754100.

3. *Canaris C.-W. and Grigoleit H.C.* Interpretation of Contracts // A. Hartkamp, M. Hesselink, E. Hondius, C. Mak and E. du Perron (eds). Towards a European Civil Code (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 4th ed. 2011) 587–618 and, in brief, F. Maultzsch, in M. Schmidt-Kessel (ed.). Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht: Kommentar (München: Sellier, 2014) Vorbem zu Art 58 ff. GEK-E para 16-21 (цит. по: *Maultzsch Felix*. Contractual Liability of Online Platform Operators: European Proposals and Established Principles (November 20, 2017). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3074301).

4. *Cauffman Caroline*. The Commission's European Agenda for the Collaborative Economy – (Too) Platform and Service Provider Friendly? (December 2016). Maastricht European Private Law Institute Working Paper N 2016/07. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2883845 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2883845.

5. *Cohen Julie E.* Law for the Platform Economy (June 22, 2017) // UC Davis Law Review. Forthcoming. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2991261.

6. *Maultzsch Felix*. Contractual Liability of Online Platform Operators: European Proposals and Established Principles (November 20, 2017). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3074301.

7. *Roure Calebe and Pelizzon Loriana and Tasca Paolo*. How Does P2P Lending Fit into the Consumer Credit Market? (2016) // Bundesbank Discussion Paper N 30/2016. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2848043.

8. *Schulte-Nölke Hans*. The Brave New World of EU Consumer Law – Without Consumers, or Even Without Law? (July 31, 2015) // Journal of European Consumer and Market Law. Issue 4/2015, 135–139. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2657071 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2657071.

9. *Алеева Е.Д*. P2P: сам себе кредитор // Финансы Башкортостана. 2017. № 1. (072). С. 73–75.

10. *Кузьмина А.В*. Третейские оговорки в договорах присоединения: проблемы реформирования гражданского и процессуального законодательства // Закон. 2015. № 4. С. 121–132.

11. *Попкова Л.А*. Правовая конструкция синдицированного кредита: Дис. ... к.ю.н. М., 2017.

12. *Проскурин В.Н*. 2р-кредитование: зарубежный опыт и перспективы развития в России // Финансы, налоги и учет в странах дальнего и ближнего зарубежья: инновационные решения: Сборник научных трудов по материалам Международной научно-практической конференции. Белгород, 2017. С. 274–278.

13. *Романец Ю.В*. Система договоров в гражданском праве России: Монография. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, Инфра-М, 2013.

**Л.В. Кузнецова**

# ВОПРОСЫ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ АГРЕГАТОРОВ ЭЛЕКТРОННОЙ КОММЕРЦИИ

Аннотация. *Настоящая работа посвящена отдельным вопросам гражданско-правовой ответственности агрегаторов интернет-коммерции, ее пределам, основаниям и практическим аспектам ее применения. Через призму ответственности указанных субъектов гражданского права анализируются их правовой статус, а также характер отношений, складывающихся с другими участниками оборота.*

Ключевые слова: *агрегаторы, Интернет, гражданско-правовая ответственность.*

В современном мире наблюдается бурное развитие электронной коммерции, а ее перспективы и возможности, связанные с продвижением товаров, работ или услуг, ни у кого не вызывают сомнений. Расширение и усложнение данной сферы осуществляется настолько интенсивно, что необходимое правовое регулирование, которое детально отражало бы всю специфику, за ним просто не успевает, как не успевает формироваться и устойчивая судебная практика.

Одним из самых интересных и неоднозначных аспектов электронной коммерции является вопрос о правовом положении и особенностях деятельности так называемых агрегаторов электронной коммерции – субъектов гражданского оборота, владеющих, оперирующих, управляющих специализированными электронными сервисами/платформами в информационно-телекоммуникационной сети Интернет, предназначенными для осуществления электронной торговли, которые предоставляют участникам гражданского оборота возможности по поиску контрагентов, совершению сделок, их исполнению, по разрешению потенциально возможных спорных ситуаций и т.п.

Попытка нормативного определения понятия «агрегатор электронной коммерции» через дефиницию владельца агрегатора предпринята в Федеральном законе от 29.07.2018 г. № 250-ФЗ «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «О защите прав потребителей»», вступающем в силу с 01.01.2019 (далее – Закон об агрегаторах). Согласно этому Закону под «владельцем агрегатора информации о товарах (услугах)» (далее – владелец агрегатора) понимается организация независимо от организационно-правовой формы либо индивидуальный предприниматель, которые являются владельцами программы для электронных вычислительных машин и (или) владельцами сайта и (или) страницы сайта в информационно-телекоммуникационной сети Интернет и которые предоставляют потребителю в отношении определенного товара (услуги) возможность одновременно (i) ознакомиться с предложением продавца (исполнителя) о заключении договора купли-продажи товара (договора возмездного оказания услуг), (ii) заключить с продавцом (исполнителем) договор купли-продажи (договор возмездного оказания услуг), а также (iii) произвести предварительную оплату указанного товара (услуги) путем перевода денежных средств владельцу агрегатора в рамках применяемых форм безналичных расчетов.

В целом данное определение отражает сегодняшнее понимание значения термина «агрегатор интернет-коммерции», с некоторыми отступлениями и неточностями, речь о которых пойдет ниже. Однако нельзя не обратить внимания на то, что Закон об агрегаторах использует понятие «агрегатор» не в общепринятом сегодня значении (как субъекта соответствующих отношений), а понимая под ним программу для ЭВМ, сайт и (или) страницу сайта в Интернете. Субъектом же данный Закон считает «владельца агрегатора». Однако эти расхождения терминологического свойства не влияют, на мой взгляд, на гражданско-правовое существо рассматриваемых отношений и не будут учитываться в дальнейшем.

В текущий момент на нашем рынке агрегаторы электронной коммерции представлены достаточно широко и в целом ряде отраслей. Наиболее известные из них можно, в частности, распределить по следующим категориям: а) агрегаторы купли-продажи товаров (ЯндексМаркет, сервис Goods.ru); б) агрегаторы оказания услуг/выполнения работ (*PROFI.RU*, Ассоциация репетиторов); в) специализированные агрегаторы автомобильной торговли (*АВТО.RU*, *AM.RU*); г) агрегаторы частных объявлений (Авито, Юла); д) агрегаторы предоставления услуг по перевозке (ВезетВсем, ЯндексТакси, *Uber* и др.). Конечно, дан-

ный перечень далеко не исчерпывающий и, что важно, он неуклонно расширяется.

С ростом числа участников данного рынка увеличивается и количество проблем, связанных с особенностями правового регулирования соответствующих правоотношений. Основные вопросы правового анализа отношений электронной коммерции с участием агрегаторов обусловлены неопределенностью их правового статуса, а также активной ролью агрегаторов в организации и исполнении сделок в рамках электронной коммерции.

Основная роль в правовой оценке отношений с участием агрегатора интернет-торговли[1] принадлежит вопросам защиты прав пользователей сервиса/платформы такого агрегатора, в том числе защиты персональных данных участников оборота, платежей, обеспечения надлежащего исполнения заключенных посредством агрегатора сделок, а также вопросам об основаниях и пределах договорной и деликтной ответственности всех участников соответствующих отношений. При этом наиболее актуальными и спорными являются вопросы ответственности самих агрегаторов. Именно с ними связаны и последние наиболее любопытные кейсы, и неоднозначные законодательные инициативы.

Первым необходимым шагом в понимании того, какой должна быть ответственность агрегаторов электронной коммерции перед другими ее участниками, следует считать ясное понимание правового статуса агрегаторов интернет-торговли в рассматриваемых отношениях.

Как видно уже из определений, приведенных выше, в контексте интернет-бизнеса под агрегаторами обычно понимаются посредники, выполняющие преимущественно информационную функцию. Анализируя правовые отношения с участием таких интернет-агрегаторов, А.А. Иванов, например, пишет, что они могут быть построены по нескольким моделям:

– модель представительства (предполагает использование договора поручения, в том числе в отношениях как с потребителями, так и с производителями);

– модель комиссии (соответственно, реализуется через использование договора комиссии (в том числе двойной комиссии), т.е. при совершении сделок агрегатор действует от собственного имени);

– модель передачи товаров, выполнения работ, оказания услуг (в этом случае услуга бизнес-агрегатора может состоять в подборе

[1] Слово «торговля» используется здесь, конечно, в широком смысле, не ограниченном только отношениями по купле-продаже товаров.

нужного производителя, регламентации его деятельности и контроле за качеством);

– смешанная модель (сочетает несколько договорных видов из числа перечисленных выше);

– модель *sui generis* (данная модель обосновывает особый тип договорного регулирования, используемого в отношениях с участием агрегаторов торговли (выполнения работ или оказания услуг)) [1].

Как показал проведенный анализ действующих условий использования (условий сотрудничества/условий оказания услуг/пользовательских соглашений), применяемых наиболее крупными агрегаторами отечественной электронной коммерции, все они применяют, с небольшими вариациями, одну общую модель построения отношений с пользователями соответствующих сервисов/платформ – модель оказания услуг.

Кроме того, что также продемонстрировал проведенный анализ, при построении соответствующих отношений и формулировании правил их регулирования агрегаторы, во-первых, стремятся максимально дистанцироваться от участия в правоотношениях, складывающихся между пользователями соответствующего сервиса/платформы (т.е. от участия в правоотношениях между продавцом и покупателем, заказчиком и исполнителем и т.п.), и делают акцент исключительно на предоставлении информационных услуг и услуг торговой площадки (так называемый маркетплейс – от англ. *market place*) – места, где самостоятельные и дееспособные участники гражданского оборота своей волей и в своем интересе совершают между собой сделки. Во-вторых, если агрегаторы интернет-коммерции и предоставляют участникам какое-либо содержательное содействие (например, организуют или обеспечивают доставку товаров, процессинговые услуги, услуги по разрешению споров и т.п.), то формулируют оказание подобных услуг предельно детально, всячески ограничивая собственную возможную ответственность.

Так, например, известный агрегатор интернет-торговли «Авито» в п. 2.4 пользовательского соглашения прямо фиксирует: «Сайт Авито является площадкой, позволяющей Продавцам самостоятельно на свой страх и риск размещать предложения, адресованные неопределенному кругу лиц, на совершение сделки в отношении Товара, которым Продавец правомочен распоряжаться (делать предложения), а Покупатель принимать на свое усмотрение и под свою ответственность предложения, размещенные на Сайте Продавцами, заключая соответствующую сделку

[1] *Иванов А.А.* Бизнес-агрегаторы и право // Закон. 2017. № 5. С. 65.

с Продавцом. Авито *не является организатором сделки, Покупателем, Продавцом, посредником, агентом или представителем какого-либо Пользователя и/или иным заинтересованным лицом в отношении предлагаемой/заключаемой между пользователями сделки*. Все совершаемые благодаря размещению Объявления на Сайте сделки между Пользователями заключаются и исполняются без прямого или косвенного участия Авито» (курсив мой. – *Л.К.*)[1]. Аналогичные или близкие по духу правила установлены и другими агрегаторами: так, пользовательское соглашение сервисов Яндекса предусматривает, что «ничто в Соглашении не может пониматься как установление между Пользователем и Яндексом агентских отношений, отношений товарищества, отношений по совместной деятельности, отношений личного найма...»[2].

Таким образом, анализируя складывающуюся практику построения отношений с участием агрегаторов интернет-торговли, можно утверждать, что агентские, комиссионные схемы, модели поручения или каких-либо иных договорных форм, смешанных с перечисленными, по факту не используются. Более того, агрегаторы, во избежание любых сомнений, прямо исключают их возможное применение, включая в применимые правила и условия соответствующие оговорки. Следовательно, можно утверждать, что бизнес-модель современных отечественных агрегаторов электронной коммерции строится по типу договора возмездного оказания услуг пользователям сервиса/платформы – продавцам, покупателям, исполнителям и т.п. (без собственно каких-либо обязательств со стороны агрегатора по передаче товаров, выполнению работ, оказанию услуг, составляющих наполнение предлагаемых интернет-ресурсов).

Далее. Содержание основной возмездно оказываемой агрегатором услуги определяется главной бизнес-целью его существования – «свести» продавца (исполнителя, арендодателя и т.д.), с одной стороны, и покупателя (заказчика, пользователя, арендатора и т.д.) – с другой. Интернет предоставляет агрегатору для этого широкие возможности и удобный формат, собственно, и порождая данную услугу. Как отмечает по данному поводу Е.А. Абросимова, основная функция интернет-агрегатора – это создание благоприятных условий для оказания и потребления услуг[3].

---

[1] См.: https://support.avito.ru/articles/200026948.

[2] См.: https://yandex.ru/legal/rules/.

[3] См.: *Абросимова Е.А.* Организаторы торгового оборота: правовой статус и функциональное назначение: Дис. ... д.ю.н. М., 2014. С. 59 (цит. по: *Молотников А.Е.*, *Архи-*

Иными словами, речь идет об организации гражданского оборота на соответствующем рынке. Именно это исследователи и называют правовой целью организаторов торгового оборота: «Агрегатор подбирает контрагентов для заказчиков и исполнителей. По сути, речь идет о том, что и заказчик, и исполнитель полностью отдают агрегатору функцию, которую хозяйствующие субъекты обычно осуществляют самостоятельно.

При этом речь идет не просто о поиске любого возможного контрагента. Агрегатор находит (по крайней мере должен находить) наиболее удобного контрагента. В случае с рынком перевозки для исполнителя наиболее удобным будет являться тот заказчик, который находится территориально ближе всего к нему. Такой выбор снижает затраты исполнителя, которые он несет в связи с необходимостью добраться до заказчика. Этот же самый выбор выгоден и заказчику, так как последний при таком выборе тратит меньше времени с момента заказа до момента окончания оказания услуги»[1].

Таким образом, речь идет о предоставлении участникам той части гражданского оборота, которая складывается в области электронной коммерции, информационной услуги (услуги по поиску и предоставлению информации) с целью поиска определенного товара, работы, услуги или контрагента-исполнителя/заказчика/покупателя, в наиболее возможной степени соответствующих критериям поиска, заданным конкретным пользователем. Большинство агрегаторов прямо подчеркивают, что такая услуга носит именно информационный характер. Например, интернет-сервис «Ассоциация репетиторов», оказывающий услуги по подбору репетиторов, прямо именует пользовательское соглашение как «Общие услуги оказания информационных услуг»[2]. Информационный характер соответствующих услуг отражен, кстати, и в определении понятия «владелец агрегатора информации о товарах (услугах)», включенном в Закон об агрегаторах.

Описываемые информационные услуги не являются самоцелью, а предоставлюется для того, чтобы создать пользователям необходимые условия для совершения сделок. Этим обстоятельством обусловлены и прочие услуги, помимо информационной, которые оказываются

*пов Е.В.* Социальные сети и компании-агрегаторы: правовые аспекты деятельности // Предпринимательское право. 2017. № 4. С. 64).

[1] Там же.

[2] См.: https://repetit.ru/conditions.pdf.

агрегаторами в области электронной коммерции. Такими часто оказываемыми на практике услугами являются:

а) услуги по организации заключения договора на базе соответствующего сервиса/платформы и его исполнению. В данном отношении наибольший правовой интерес представляет оказываемая некоторыми из агрегаторов интернет-торговли услуга по предоставлению сервиса «Безопасная сделка», в рамках которой детально определяется момент заключения договора, регулируется и, что важно, обеспечивается со стороны агрегатора определенный порядок исполнения такого договора, защищаются права и законные интересы субъектов сделки и других пользователей агрегатора;

б) процессинговые услуги (услуги по проведению платежей или их организации);

в) услуги по доставке товаров (или их организации);

г) услуги по сопровождению споров сторон сделки (обеспечение содействия в претензионном урегулировании споров пользователей сервиса/платформы).

Кстати, возвращаясь к вопросу об определении понятия «владелец агрегатора информации о товарах (услугах)», предложенном в рамках Закона об агрегаторах, нельзя не обратить внимание на ограниченный перечень возможных услуг, включенных в указанное понятие. Представляется, что с учетом постоянного развития и усложнения данной отрасли перечень соответствующих услуг необходимо было бы формулировать как открытый.

Надо отметить, что и перечисленные выше (п. (а) – (г)) услуги также не составляют законченный и исчерпывающий перечень, а только отражают наиболее часто встречающиеся из такого рода услуг. Отдельные сервисы / платформы предоставляют и другие услуги, в том числе узкоспециализированные (например, услуги по подготовке автомобилей к продаже, их оценке, сервисные услуги и т.п.).

В этом отношении интерес представляет и история обсуждения недавно принятого постановления Пленума Верховного Суда РФ от 26.06.2018 № 26 «О некоторых вопросах применения законодательства о договоре перевозки автомобильным транспортом грузов, пассажиров и багажа и о договоре транспортной экспедиции». В первой редакции указанного Постановления при описании характера отношений между агрегатором перевозки пассажиров/багажа и его клиентами (п. 19) содержалась ссылка на ст. 1005 ГК РФ («Агентский договор»). В дальнейшем данная ссылка была исключена из Постановления (новый п. 18) в связи с тем, что, как было отмечено при об-

суждении проекта, далеко не всегда отношения агрегатора и клиента выстраиваются по модели агентирования (в действительности мне не удалось обнаружить на практике ни одного примера построения рассматриваемых отношений по названной модели, хотя исключать саму такую возможность, конечно, нельзя).

Вышеизложенное позволяет утверждать, что правоотношения между участниками оборота в секторе отечественной электронной коммерции и агрегаторами интернет-торговли строятся по модели возмездного оказания услуг, спектр которых достаточно широк и разнообразен. Именно с учетом характера правоотношений, участниками которых являются интернет-агрегаторы, и нужно оценивать вопросы гражданско-правовой ответственности последних перед пользователями соответствующего сервиса и третьими лицами.

Принимая во внимание все вышеотмеченное, представляется, что анализ ответственности агрегаторов нужно проводить по следующим направлениям:

1) ответственность агрегаторов за оказание услуг, предоставляемых самими агрегаторами (вышеописанные услуги по предоставлению маркетплейса, по проведению платежей, организации сделок, доставке, сопровождению споров сторон сделки и т.д.);

2) ответственность агрегаторов по сделкам, совершаемым на базе и с использованием сервисов соответствующих агрегаторов (здесь речь должна идти, например, об ответственности агрегатора интернет-торговли по договору, заключенному пользователями, а именно: за непредоставление информации/предоставление недостоверной информации о товарах (работах, услугах), за нарушение сроков передачи товаров (выполнения работ, оказания услуг), за некачественные товары (выполненные с нарушением требований к качеству работы, некачественно оказанные услуги) и т.п.).

Вопрос об ответственности интернет-агрегаторов не такой простой, как может показаться на первый взгляд, и существенно осложняется отсутствием на сегодняшний день его законодательного регулирования. Кстати, упомянутый Закон об агрегаторах как раз и ориентирован в первую очередь на урегулирование вопросов об ответственности агрегаторов в отношениях с потребителями, но, к сожалению, только отдельных аспектов такой ответственности (в части ответственности за предоставление недостоверной и (или) неполной информации и в связи с осуществлением платежей).

Кроме того, Закон об агрегаторах не решает проблемы пределов ответственности агрегаторов электронной коммерции в отношениях,

не связанных с участием потребителей. Ведь очевидно, что деятельность агрегаторов сегодня на рынке актуальна не только для *B2C*-отношений, но и для *C2C*-отношений, а также в тех ситуациях, когда покупателем выступает юридическое лицо или если товар (услуга, работа) приобретается не для личных/бытовых нужд, а также во всех иных случаях, когда Закон о защите прав потребителей не применяется. Таким образом, даже после вступления в силу Закона об агрегаторах все вопросы, связанные с урегулированием правового статуса и ответственности агрегаторов электронной коммерции, все равно решены не будут.

## 1. Ответственность агрегаторов за оказание услуг, предоставляемых агрегаторами самостоятельно или с участием третьих лиц

Первый и самый очевидный тезис анализа гражданско-правовой ответственности агрегаторов интернет-торговли должен, видимо, звучать следующим образом: «агрегатор безусловно отвечает за те услуги, которые оказывает». Следовательно, с учетом содержания услуг, которые, как мы определились выше, оказывает агрегатор электронной коммерции, он, прежде всего, отвечает за непредоставление пользователям надежного доступа (1) к сервису/платформе, с помощью которых соответствующие услуги оказываются, (2) к необходимому программному обеспечению (если таковое требуется), а также за надлежащее оказание иных услуг, упомянутых выше, в том числе услуг, связанных с сопровождением сделки или дальнейшего спора.

Кроме того, агрегатор, имеющий доступ к персональным данным пользователей, очевидно, должен обеспечить их защиту и соблюдение при их обработке принципов обращения персональных данных, определенных в ст. 5 Закона о персональных данных. Нельзя сбрасывать со счетов и потенциально возможную деликтную ответственность агрегаторов электронной коммерции, о которой следует говорить, например, в случае, если вредоносные вирусные программы по вине агрегатора проникают с сервиса/платформы последнего на компьютер или иное устройство пользователя и причиняют последним тот или иной вред.

Соответствующая ответственность агрегаторов электронной коммерции обусловлена тем, что агрегаторы позиционируют себя и фактически выступают в качестве посредников, конечно, в экономическом, а не в правовом смысле. Правовым основанием такого посредничества

выступает договор возмездного оказания услуг, заключаемый с любым пользователем, обратившимся за услугами соответствующего агрегатора, на основании публичной оферты последнего, выраженной в форме общих условий использования (условий сотрудничества/условий оказания услуг/пользовательского соглашения), размещаемых на сайте соответствующего агрегатора в сети Интернет.

Гражданско-правовая ответственность исполнителя (а именно в таком качестве выступает агрегатор интернет-торговли) по договору возмездного оказания услуг выражается в первую очередь в возмещении убытков, причиненных заказчикам (пользователям) ненадлежащим их оказанием. Потенциально на практике такие убытки могут быть обусловлены, например, тем, что в связи с нестабильной работой сервиса/платформы агрегатора у пользователя сорвалась сделка, потерялись уплаченные деньги за покупку, информация о товарах или услугах была искажена или данные об уже проданном или отсутствующем товаре снова поступили потенциальным покупателям и т.п.

Во всех подобных случаях пользователь, как представляется, должен иметь право на возмещение со стороны агрегатора причиненных ему убытков в полном объеме, причем как реальных убытков, так и упущенной выгоды, со ссылкой, в первую очередь, на ст. 15 ГК РФ. Кроме того, пользователь-гражданин, использующий агрегатор интернет-торговли в личных, бытовых нуждах, очевидно, должен иметь в таких случаях право на защиту со стороны специальных норм Закона о защите прав потребителей в части специальных прав (требований), а также на возмещение убытков в полном объеме и даже выплату неустойки.

Однако в реальности агрегаторы электронной коммерции пытаются поставить под сомнение перечисленные возможности пользователей по защите своих прав.

Прежде всего это выражается в том, что агрегаторы интернет-торговли исключают правоотношения со своим участием из-под действия законодательства о защите прав потребителей. Так, в п. 10.3 пользовательского соглашения для сервисов интернет-агрегатора «Яндекс» прямо указывается, что ввиду безвозмездности услуг, оказываемых в рамках данного соглашения, нормы о защите прав потребителей не могут быть применимы к отношениям между пользователем и Яндексом. Аналогичные правила содержатся в условиях использования платформы *AUTO.RU*: «к отношениям, возникающим между Пользователем и Администрацией Сайта в рамках настоящего Соглашения, не применяются нормы о защите прав потребителей ввиду их безвоз-

мездности» (п. 9.3). То же правило, например, установлено для пользователей известного агрегатора частных объявлений «Авито».

Однако с таким подходом сложно согласиться. Во-первых, говоря о возмездности рассматриваемых отношений, необходимо учитывать, что отношения по использованию сервисов/платформ интернет-агрегаторов могут как предусматривать прямую уплату пользователями денежных средств за пользование сервисом / платформой, так и не предусматривать. Например, сервисы предоставления транспортных услуг и услуг по перевозке, сервисы поиска специалистов для выполнения работ/оказания услуг прямо предусматривают уплату комиссии определенной категорией пользователей в адрес агрегатора. Агрегаторы интернет-торговли также имеют как платные, так и бесплатные сервисы (например, в зависимости от категории объявления, раздела сайта и др.).

Во-вторых, Закон о защите прав потребителей действительно определяет понятие «исполнитель» следующим образом: организация независимо от ее организационно-правовой формы, а также индивидуальный предприниматель, выполняющий работы или оказывающий услуги потребителям **по возмездному договору**. Отсюда и подход о неприменимости законодательства о защите прав потребителей к отношениям, вытекающим из явно или косвенно безвозмездных договоров[1].

В действительности ответ на вопрос о возможности применения норм о защите прав потребителей к договорам об оказании посреднических услуг, которые не содержат условий об их стоимости, был дан ВС РФ в п. 2 Обзора по отдельным вопросам судебной практики о применении законодательства о защите прав потребителей при рассмотрении гражданских дел[2].

Рассмотренный в указанном пункте Обзора спор был основан на договоре оказания услуг между физическим лицом и агентством недвижимости. В связи с нарушением данного договора клиент предъявил агентству требование о возмещении материального ущерба, причиненного при заключении незаконной сделки, взыскании пени и компенсации морального вреда. Разрешая спор и отказывая в удовлетворении заявленных требований истца к агентству недвижимости, суд первой инстанции пришел к выводу, что поскольку договор об оказании услуг, заключенный между истцом и ответчиком, не содержал указания

[1] См.: *Гришаев С.П.* Защита прав потребителей. 2016. Подготовлен для СПС «КонсультантПлюс».

[2] Утвержден Президиумом ВС РФ 01.02.2012.

о стоимости услуг, то услуги агентства недвижимости по приобретению квартиры осуществлялись на безвозмездной основе, в связи с чем положения законодательства о защите прав потребителей к данным правоотношениям применяться не могут. С этим выводом согласилась судебная коллегия по гражданским делам областного суда.

Судебная коллегия по гражданским делам ВС РФ отменила состоявшиеся по делу судебные постановления, указав следующее.

Согласно п. 1 ст. 29 Закона о защите прав потребителей потребитель вправе потребовать полного возмещения убытков, причиненных ему в связи с недостатками выполненной работы (оказанной услуги). При рассмотрении дела было установлено, что между сторонами был заключен договор об оказании услуг, предметом которого являлось оказание агентством недвижимости в пределах своей компетенции комплекса услуг по продаже двухкомнатной квартиры и приобретение в собственность истца однокомнатной квартиры; цена договора не была определена сторонами.

Между тем отсутствие в договоре указания на стоимость оказываемых услуг не свидетельствует о недействительности данного договора, а лишь порождает у исполнителя право требовать от заказчика оплаты своих услуг на основании п. 3 ст. 424 ГК РФ, в соответствии с которым в случаях, когда в возмездном договоре цена не предусмотрена и не может быть определена исходя из условий договора, исполнение договора должно быть оплачено по цене, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные товары, работы или услуги.

С учетом данного мнения ВС РФ представляется, что к отношениям с участием агрегаторов интернет-торговли, с одной стороны, и потребителей – физических лиц, пользующихся услугами агрегаторов для удовлетворения личных, бытовых нужд, – с другой, законодательство о защите прав потребителей следует применять без каких-либо исключений и ограничений.

Второй вопрос, связанный с договорной ответственностью агрегаторов электронной коммерции, состоит в возможности и пределах ее ограничения. Все агрегаторы, пользовательские условия и соглашения которых мне удалось проанализировать, ограничивают или даже полностью исключают свою ответственность в связи с предоставлением услуг пользователям.

Так, например, Яндекс предусматривает, что «при любых обстоятельствах ответственность Яндекса в соответствии со статьей 15 Гражданского кодекса России ограничена 10 000 (десятью тысячами) рублей РФ и возлагается на него при наличии в его действиях вины». Тем самым

агрегатор ограничивает свою гражданско-правовую ответственность не только верхним пределом определенной суммы, но и основанием: по общему правилу, предусмотренному п. 3 ст. 401 ГК РФ, лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности (а деятельность агрегаторов интернет-торговли, без сомнения, имеет предпринимательский характер), несет ответственность независимо от наличия вины.

Условия использования *PROFI.RU* предусматривают, что агрегатор не отвечает за любой ущерб, связанный с использованием сервиса, а также за качество и сроки предоставления услуг данным сервисом[1]. Что интересно, тот же *PROFI.RU* в разделе об ограничении ответственности одновременно фиксирует следующее: «мы понимаем, что согласно применимому законодательству, в некоторых случаях: для потребителя могут быть предусмотрены дополнительные права; может не допускаться ограничение ответственности»[2].

Встречаются и условия пользовательских соглашений, которые в рассматриваемом контексте вызывают еще большее недоумение: агрегатор не гарантирует, что информация, размещенная на сайте, будет доступна в любое время или не будет удалена или утеряна, не отвечает за сбои и задержки в работе сайта, а также за возможные последствия таких сбоев и задержек, не несет ответственность за утечку информации, наличие вирусов, возможные последствия заражения компьютера пользователя вирусами. Администрация сайта не отвечает, не возмещает и не несет ответственность за любые убытки, включая упущенную выгоду, моральный и иной вред, причиненные Пользователю или третьим лицам в результате использования ими сайта или в связи с функционированием сайта (п. 8 пользовательского соглашения агрегатора интернет-торговли *AUTO.RU*)[3].

Такой подход агрегаторов к собственной ответственности представляется в корне неверным. Как уже отмечалось, если агрегатор предоставляет услугу по организации размещения информации для совершения сделок, то он должен отвечать за надлежащее и качественное предоставление такой услуги – за исправность работы сервисов, доступность личного кабинета на сайте агрегатора, доступность размещенного объявления и информации для пользователей сайта и, следовательно, должен предоставить пользователям необходимую

[1] См.: https://profi.ru/documents/terms-of-use/.
[2] Там же.
[3] См.: https://auto.ru/pages/terms_of_service/.

защиту в форме возмещения убытков, компенсации морального вреда, уплаты неустойки, там где она может быть применима в силу закона или договора.

Следует сразу отметить, что в отношении потребителя перечисленные ограничения ответственности, устанавливаемые интернет-агрегаторами, вовсе не сработают, так как противоречат закону. Так, п. 2 ст. 13 Закона о защите прав потребителей императивно устанавливает, что, «если иное не установлено законом, убытки, причиненные потребителю, подлежат возмещению в полной сумме сверх неустойки (пени), установленной законом или договором». Пункт 4 той же статьи содержит следующее правило: «изготовитель (исполнитель, продавец, уполномоченная организация или уполномоченный индивидуальный предприниматель, импортер) освобождается от ответственности за неисполнение обязательств или за ненадлежащее исполнение обязательств, если докажет, что неисполнение обязательств или их ненадлежащее исполнение произошло вследствие непреодолимой силы или нарушения потребителем установленных правил пользования товаром, результатами работы, услуги или их хранения» (с учетом ст. 1098 ГК РФ). Таким образом, в том случае, когда пользователем сервиса/платформы выступает потребитель, ограничения ответственности к нему неприменимы, вне зависимости от того, что противоположное установлено условиями использования/пользовательскими соглашениями соответствующих агрегаторов.

Далее, анализируя возможность ограничения ответственности агрегаторов интернет-торговли, необходимо учитывать и тот факт, что размещенные на сайте агрегатора условия использования сервиса/платформы или пользовательские соглашения по характеру представляют собой публичную оферту, а сам договор оказания услуг, заключаемый пользователем и агрегатором, обладает всеми признаками договора присоединения со всеми вытекающими из этого правовыми последствиями.

Согласно п. 1 ст. 428 ГК РФ договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом. Именно такую правовую ситуацию мы имеем в случае с агрегаторами электронной коммерции: агрегатор размещает на своем сайте условия использования/пользовательское соглашения/общие условия оказания услуг, а пользователь своими конклюдентными действиями по созданию личного кабинета, размещению объявления, обращению

к сервису, заказу товара (работы, услуги) и т.п. заключает с агрегатором соответствующий договор оказания услуг на обозначенных условиях. При этом пользователь лишен какой-либо возможности обсуждать условия такого договора или влиять на их определение.

Сам факт заключения с агрегатором договора присоединения дает пользователю ряд дополнительных возможностей, в частности возможность потребовать расторжения или изменения договора в случаях и на условиях, закрепленных в ст. 428 ГК РФ (как раз в случае, когда договор исключает или ограничивает ответственность другой стороны (агрегатора) за нарушение обязательства либо содержит другие явно обременительные условия для присоединившейся стороны (для пользователя)).

Анализируя вопрос об ограничении ответственности агрегаторов в контексте характеристики заключаемого с ними договора как договора присоединения, а также с учетом применимости к соответствующим отношениям законодательства о защите прав потребителей, необходимо обратить внимание и на п. 2 ст. 400 ГК РФ, согласно которому соглашение об ограничении размера ответственности должника по договору присоединения или иному договору, в котором кредитором является гражданин, выступающий в качестве потребителя, ничтожно, если размер ответственности для данного вида обязательств или за данное нарушение определен законом и если соглашение заключено до наступления обстоятельств, влекущих ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства.

Соответственно, говоря об ответственности агрегатора за услуги, оказываемые им пользователям, необходимо учитывать перечисленные выше особенности и принимать во внимание, что устанавливаемые агрегаторами на практике ограничения ответственности могут, в зависимости от конкретных ситуаций, либо оказаться ничтожными, либо принудительно изменяться пользователями по мотиву их несправедливости или обременительности (ст. 428 ГК РФ).

Нужно обратить внимание на еще один аспект построения отношений пользователя и агрегатора, который напрямую влияет на вопросы ответственности: отдельные дополнительные услуги интернет-агрегатор может оказывать как сам, так и путем привлечения третьих лиц, причем роль агрегатора может сводиться лишь к организации заключения договора оказания таких дополнительных услуг между пользователем и третьим лицом, их оказывающим.

Например, агрегатор интернет-торговли «Юла», предоставляя возможность воспользоваться сервисом «Безопасная сделка», организует

и оказание пользователям процессинговых услуг. Причем непосредственным исполнителем таких услуг является третье лицо – коммерческая организация, с которой пользователи на сайте агрегатора заключают самостоятельный договор также по модели присоединения. В подобном случае ответственность в части проведения платежей агрегатор, конечно, нести не будет.

Для целей ответственности важно также различать агрегаторы интернет-коммерции и интернет-магазины. Последние, в отличие от агрегаторов, сами действуют как продавцы или исполнители и ответственность за неисполнение привлекаемыми ими партнерами своих обязательств несут самостоятельно, поскольку обязательства перед клиентами принимают непосредственно на себя. Ответственность интернет-магазина, по сути, ничем не отличается от ответственности продавца или исполнителя офлайн, что находит подтверждение и в судебной практике[1].

## 2. Ответственность по сделкам, совершаемым пользователями

Самый простой и в то же время самый сложный вопрос, связанный с рассматриваемой темой, – это вопрос об ответственности агрегаторов интернет-коммерции по сделкам, заключаемым пользователями с использованием сервисов/платформ агрегаторов. Особенно сложным данный вопрос становится в случаях, описанных выше, когда агрегатор оказывает и дополнительные услуги: процессинговые, услуги по доставке, по урегулированию спорных ситуаций и т.п.

Анализ действующих правил наиболее крупных интернет-агрегаторов показывает, что все они специально подчеркивают, что пользователи самостоятельно обязываются и отвечают по тем сделкам, которые совершают, используя сервис/платформу агрегатора. Так, онлайн-сервис *Goods.ru* в своих условиях использования сайта прямо фиксирует, что оформление заказа означает выражение пользователем намерения заключить договор купли-продажи с определенным продавцом в отношении выбранного товара в качестве его покупателя. Пользователь понимает, что заключает договор купли-продажи непосредственно с продавцом, а не с маркетплейсом (термин, обозначающий агрегатора в рамках условий использования сайта). Все права и обязанности

[1] См., например, апелляционное определение Московского городского суда от 08.02.2016 по делу № 33-4433 (см.: *Бычков А.И.* Правовые аспекты деятельности агрегаторов // Новая бухгалтерия. 2017. № 8. С. 120).

по договору купли-продажи с пользователем возникают у продавца (п. 4.3. условий использования сайта онлайн-сервиса *Goods.ru*)[1].

Условия использования сервисов Яндекса также предусматривают, что «пользователь самостоятельно несет ответственность перед третьими лицами за свои действия, связанные с использованием Сервиса, в том числе если такие действия приведут к нарушению прав и законных интересов третьих лиц, а также за соблюдение законодательства при использовании Сервиса»[2].

С учетом основной бизнес-цели агрегаторов интернет-торговли такой подход представляется абсолютно оправданным. Ведь, как уже отмечалось, главная функция агрегаторов – содействие в поиске нужного контрагента/товара/услуги или любого иного таргета (от англ. *target* – цель) и организация совершения соответствующей сделки. Соответственно, агрегатор не отвечает за сами сделки, в том числе за надлежащее исполнение тех обязательств, которые принимают на себя участники электронной коммерции, обращающиеся к помощи сервиса/платформы агрегаторов.

Однако как в литературе, так и в судебной практике высказываются и противоположные суждения, по крайней мере применительно к такой обязанности, как предоставление пользователям информации. Когда информация о товаре, услуге или работе размещается на платформе агрегатора электронной коммерции, кто должен отвечать за ее полноту, достоверность, точность? Кто гарантирует, что исполнитель, предлагающий оказание услуги или выполнение работы, обладает нужными для этого образованием, опытом, разрешениями, что предлагаемый к продаже товар действительно наделен заявленными признаками и характеристиками?

Так, А.И. Бычков, анализируя вопросы ответственности агрегаторов предоставления услуг такси, пишет по этому поводу, что, исполняя полученный по различным каналам связи заказ путем передачи его водителю посредством используемого программного обеспечения, агрегатор не гарантирует безопасность перевозки и исполнимость данного заказа, что лишает потребителей транспортной услуги права на получение достоверной информации о ней, об исполнителе, который ее предоставляет.

Далее данный автор утверждает, что заказ легкового такси с использованием средств связи – это форма заключения договора фрахтования

[1] https://goods.ru/eula/

[2] См.: https://yandex.ru/legal/rules/.

такси для осуществления перевозки пассажиров и багажа. Диспетчерская служба (служба заказа такси), принимающая заказ на легковое такси, обслуживаемое водителем, не являющимся индивидуальным предпринимателем, выступает в роли фрахтовщика, заключившего договор фрахтования посредством заказа, приобретает все права и обязанности фрахтовщика.

Согласно автору, агрегатор позиционирует себя как служба заказа такси, не имея разрешения на осуществление деятельности по перевозке пассажиров и багажа легковым такси. Являясь посредником между водителями и пассажирами, он осуществляет функцию диспетчерской службы, принимает заявки на перевозку пассажиров и, передавая их между определенными водителями, фактически организует и упорядочивает пассажирские перевозки легковым такси, поскольку эта деятельность является неотъемлемой частью данного процесса[1].

Представляется, что данный подход далеко не во всех случаях согласуется с действительным характером правоотношений, которые складываются между агрегатором и пользователями. Агрегатор интернет-коммерции, как отмечено выше, предоставляет зачастую только техническую возможность размещения информации и совершения сделки, но не участвует в ней в качестве стороны, агента, комиссионера или представителя.

Подход, поддерживающий ответственность интернет-агрегатора за предоставление информации, находит поддержку и в судебной практике. Так, например, в постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда, рассмотревшего спор между Управлением Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека по г. Москве и ООО «Убер Технолоджи» – оператором известного сервиса такси *Uber*, суд сделал вывод о том, что агрегатор должен предоставить потребителю, заказывающему услуги такси, необходимую и достоверную информацию об исполнителе услуги, так как именно к агрегатору обращается потребитель для ее оказания[2].

Упомянутый выше Закон об агрегаторах также в качестве основной своей цели преследует урегулирование вопроса об ответственности агрегатора именно за предоставление информации о товаре или услуге. Согласно ему (подп. 2.1 ст. 12) «владелец агрегатора, предоставивший потребителю недостоверную или неполную информацию о товаре

[1] *Бычков А.И.* Указ. соч. С. 11.

[2] Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 07.03.2017 № 09АП-2304/17.

(услуге) или продавце (исполнителе), на основании которой потребителем был заключен договор купли-продажи (договор возмездного оказания услуг) с продавцом (исполнителем), несет ответственность за убытки, причиненные потребителю вследствие предоставления ему такой информации». Вместе с тем далее в Законе об агрегаторах указывается: «если иное не предусмотрено соглашением между владельцем агрегатора и продавцом (исполнителем) или не вытекает из существа отношений между ними, ответственность за исполнение договора, заключенного потребителем с продавцом (исполнителем) на основании предоставленной владельцем агрегатора информации о товаре (услуге) или продавце (исполнителе), а также за соблюдение прав потребителей, нарушенных в результате передачи потребителю товара (услуги) ненадлежащего качества и обмена непродовольственного товара надлежащего качества на аналогичный товар, несет продавец (исполнитель)».

Тем самым Закон об агрегаторах занял промежуточное положение: агрегатор должен отвечать за информацию, предоставляемую пользователям сервиса / платформы, но по общему правилу не несет ответственность за надлежащее исполнение договора, заключенного между самими пользователями.

Однако нужно учитывать, что обязательство по предоставлению полной и достоверной информации о товаре (работе или услуге) не существует само по себе, так сказать, «не висит в воздухе», а является неотъемлемой частью соответствующего обязательства продавца (исполнителя) по продаже товара (оказанию услуг, выполнению работ и т.п.). И это касается не только законодательства о защите прав потребителей, это общий подход. А если агрегатор не является стороной обязательства в целом (а то, что у агрегатора нет обязательства по исполнению договора, заключенного пользователями, не ставится под сомнение в том числе и Законом об агрегаторах), то нет и обязанности, составляющей элемент данного обязательства, – обязанности по предоставлению полной и достоверной информации.

Этот юридический аргумент основан на следующем подходе: размещение продавцом (исполнителем) объявления о продаже товаров (оказании услуг, выполнении работ) с использованием сервиса/платформы агрегатора, как правило, представляет собой публичную оферту. Пункт 2 ст. 437 ГК РФ определяет публичную оферту как содержащее все существенные условия договора предложение, из которого усматривается воля лица, делающего предложение, заключить договор на указанных в предложении условиях с любым, кто отзовется. Согласно специальной ст. 494 ГК РФ предложение товара в его рекламе, катало-

гах и описаниях товаров, обращенных к неопределенному кругу лиц, признается публичной офертой (п. 2 ст. 437 ГК РФ), если оно содержит все существенные условия договора розничной купли-продажи. Более того, в соответствии с п. 2 той же статьи выставление в месте продажи (на прилавках, в витринах и т.п.) (а в этом ряду совершенно логично можно поместить и, например, сайт в информационно-телекоммуникационной сети Интернет или мобильное приложение) товаров, демонстрация их образцов или предоставление сведений о продаваемых товарах (описаний, каталогов, фотоснимков товаров и т.п.) признаются публичной офертой независимо от того, указаны ли цена и другие существенные условия договора розничной купли-продажи, за исключением случая, когда продавец явно определил, что соответствующие товары не предназначены для продажи.

Также специальные нормы п. 12 применимого к рассматриваемым правоотношениям постановления Правительства РФ от 27.09.2007 № 612 «Об утверждении правил продажи товаров дистанционным способом» устанавливают, что предложение товара в его описании, обращенное к неопределенному кругу лиц, признается публичной офертой, если оно достаточно определено и содержит все существенные условия договора.

Информация о товаре (а равно о работе или услуге) является составной и необходимой частью такой публичной оферты. И, что важно, размещает данную информацию (а следовательно, и отвечает за ее содержание) оферент (потенциальный продавец или исполнитель), а не агрегатор интернет-торговли.

Иногда на практике агрегаторы предоставляют дополнительную, самостоятельно полученную или подготовленную информацию о товаре, работе или услуге. Так делает, например, интернет-портал по поиску специалистов для выполнения работы или оказания услуги: *PROFI.RU* организует и проводит экзамен для пользователей-специалистов, проверяет наличие образования и т.п. Однако нужно учитывать, что делается это в рамках основной услуги, предоставляемой интернет-агрегатором, – услуги по подбору специалистов (исполнителей) для пользователей. И, конечно, это не означает, что агрегатор размещает оферту или заключает с пользователем договор.

В отдельных случаях размещение информации с использованием сервиса/платформы агрегатора электронной коммерции должно оцениваться не как публичная оферта, а как приглашение делать оферты. Согласно п. 1 ст. 437 ГК РФ такое приглашение представляет собой рекламу и иные предложения, адресованные неопределенному кругу

лиц. Так, представляется, работают агрегаторы транспортных услуг, в том числе агрегаторы такси. В этом случае оферту, содержащую существенные условия договора, размещает сам пользователь, а конкретный исполнитель, берущийся выполнить перевозку на заданных пользователем условиях, акцептует ее. В этом случае агрегатор также не участвует ни в направлении оферты, ни в ее акцепте.

Именно поэтому в рассмотренном выше подп. 2.1 ст. 12 Закона о защите прав потребителей появилась оговорка о том, что владелец агрегатора не несет ответственность за убытки, причиненные потребителю вследствие предоставления ему недостоверной или неполной информации о товаре (услуге), в случае, если владелец агрегатора не изменяет информацию о товаре (услуге), предоставленную продавцом (исполнителем) и содержащуюся в предложении о заключении договора купли-продажи (договора возмездного оказания услуг). Правда, при этом абз. 1 указанного подпункта об ответственности агрегатора за размещаемую информацию почти полностью утратил свое практическое значение.

Нужно отметить, что именно агрегаторы такси породили в общественном пространстве дискуссию, вылившуюся в итоге в обсуждение проблемы на уровне Пленума ВС РФ. В известной степени начало этому положило дело «такси «Престиж», рассмотренное ВС РФ в январе 2018 г. (Определение ВС РФ от 09.01.2018 № 5-КГ17-220). Суд высшей судебной инстанции в Определении по указанному делу прямо охарактеризовал отношения между диспетчерской службой и перевозчиком как агентские со ссылкой на п. 1 ст. 1005 ГК РФ (с учетом характера договора между указанными лицами, а также всех иных обстоятельств дела, для этого действительно были свои основания) и указал на необоснованность отказа в удовлетворении требований о возмещении вреда к такой диспетчерской службе (к агрегатору). Однако в постановлении Пленума ВС РФ от 26.06.2018 № 26 «О некоторых вопросах применения законодательства о договоре перевозки автомобильным транспортом грузов, пассажиров и багажа и о договоре транспортной экспедиции» был сделан куда более значительный шаг с распространением правил об ответственности за перевозку на любое лицо, к которому обращается клиент для заключения договора перевозки пассажиров и багажа, без ссылки, как отмечалось выше, на необходимость агентских отношений между таким лицом (как агентом) и перевозчиком (как принципалом).

Согласно п. 18 указанного Постановления лицо, к которому обращается клиент для заключения договора перевозки пассажиров

и багажа, отвечает перед пассажиром за причиненный ему в процессе перевозки вред, если оно заключило договор перевозки от своего имени либо из обстоятельств заключения договора (например, рекламные вывески, информация на сайте в сети Интернет, переписка сторон при заключении договора и т.п.) у добросовестного гражданина-потребителя могло сложиться мнение, что договор перевозки заключается непосредственно с этим лицом, а фактический перевозчик является его работником либо третьим лицом, привлеченным к исполнению обязательств по перевозке (п. 3 ст. 307, ст. 403 ГК РФ, ст. 8, 9 Закона о защите прав потребителей).

Первая часть приведенного пункта Постановления не вызывает возражений; речь в ней, очевидно, идет о комиссионных отношениях и сделанный вывод полностью согласуется с положениями абз. 2 п. 1 ст. 990 ГК РФ, согласно которому по сделке, совершенной комиссионером с третьим лицом, приобретает права и становится обязанным комиссионер, хотя бы комитент и был назван в сделке или вступил с третьим лицом в непосредственные отношения по исполнению сделки. Другими словами, когда агрегатор (в данном случае агрегатор перевозки грузов и пассажиров) заключает с клиентом договор от своего имени, нет сомнений, что он же и отвечает по такому договору. Другое дело, что, как отмечалось выше, на практике данная схема отношений агрегаторами не используется.

Основной интерес к п. 18 Постановления Пленума ВС РФ № 26 обусловлен его второй частью, направленной, судя по содержанию, а также по контексту обсуждения данного пункта на заседании Пленума ВС РФ, на защиту добросовестного гражданина-потребителя от недобросовестного агрегатора.

Согласно идее, реализованной в анализируемых положениях Постановления, агрегатор перевозки груза и багажа обязан нести ответственность за причиненный в процессе перевозки вред, если *из обстоятельств заключения договора у добросовестного гражданина-потребителя могло сложиться мнение*, что договор перевозки заключается непосредственно с этим лицом (имеется в виду с агрегатором), а фактический перевозчик является его работником либо третьим лицом, привлеченным к исполнению обязательств по перевозке.

Таким образом, по мнению ВС РФ, квалифицирующее значение для возможности возложения на агрегатора ответственности за вред, причиненный при перевозке, имеют следующие критерии:

– *потребительский характер отношений, участником которых является агрегатор*. То есть клиентом, который вправе рассчитывать

на возмещение вреда со стороны агрегатора перевозки, может быть только гражданин, имеющий намерение заказать или приобрести либо заказывающий, приобретающий или использующий товары (работы, услуги) исключительно для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности (см. преамбулу Закона о защите прав потребителей);

– *добросовестность потребителя*. Первый вопрос, который логично возникает в связи с данным критерием: о какой именно добросовестности говорит ВС РФ – о той, что понимается в субъективном смысле, как осведомленность/неосведомленность соответствующего участника гражданского оборота о тех или иных юридически значимых обстоятельствах, или о добросовестности в ее объективном значении, как внешнем мериле поведения соответствующего субъекта в заданных обстоятельствах, с учетом разумно понимаемых им собственных интересов и интересов других лиц?[1] Вопрос этот важен потому, что в зависимости от ответа на него суды вынуждены будут устанавливать разные обстоятельства при оценке добросовестности/недобросовестности гражданина-потребителя, предъявляющего к агрегатору соответствующей интернет-платформы требования в связи с причинением вреда при оказании услуг по перевозке.

С учетом характера анализируемых отношений и предыдущих позиций ВС РФ речь, вероятнее всего, должна идти о добросовестности в ее объективном смысле. Так, согласно п. 1 постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», «оценивая действия сторон как добросовестные или недобросовестные, следует исходить из поведения, ожидаемого от любого участника гражданского оборота, учитывающего права и законные интересы другой стороны, содействующего ей, в том числе в получении необходимой информации...». Далее там же: «поведение одной из сторон может быть признано недобросовестным... если усматривается очевидное отклонение действий участника гражданского оборота от добросовестного поведения»[2].

Соответственно, в рассматриваемом здесь контексте гражданин-потребитель должен признаваться добросовестным, если его поведение при обращении к интернет-платформе по организации перевозки

[1] Подробнее о добросовестности в субъективном и объективном смысле см., например: *Новицкий И.Б.* Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. 2006. № 1. С. 124–125.

[2] См. п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25.

будет таким же, как поведение любого среднестатистического участника оборота, действующего с учетом прав и законных интересов другой стороны и содействующего ей (под такой «другой стороной» в данном случае должны пониматься интернет-агрегатор, а также другие участники анализируемых отношений – перевозчики, их агенты, работники).

Итак, с учетом отмеченного выше, какого именно поведения следует ожидать от добросовестного гражданина-потребителя в данном случае? Представляется логичным, что соответствующий гражданин как минимум предпримет меры к тому, чтобы ознакомиться с условиями, на которых он вступает в соответствующие гражданско-правовые отношения, а именно с правилами оказания услуг интернет-агрегаторами. Как отмечалось выше, подавляющее большинство интернет-агрегаторов, в том числе агрегаторов перевозки, размещают такие правила на своих сайтах. Так, на сайте известного интернет-агрегатора *Uber* в рамках размещенных условий и положений оказания услуг прямо и прописными буквами указывается следующее: «пожалуйста, внимательно прочитайте эти правила до получения доступа к услугам или их использования. Ваш доступ к услугам и их использование означают ваше согласие с настоящими условиями, которые устанавливают договорные отношения между вами и Uber»[1].

В подобных правилах и условиях оказания услуг интернет-агрегаторы, как правило, ясно обозначают и свой статус исключительно как маркетплейса, технологической интернет-платформы для совершения сделок, и свое место в рассматриваемых отношениях, а также фиксируют все возможные ограничения собственной ответственности. Соответственно, уже в рамках данного критерия идея, которую пытается реализовать ВС РФ в п. 18 Постановления Пленума ВС РФ № 26, нерабочая, поскольку либо гражданин-потребитель является добросовестным и тогда он ознакомился с правилами оказания услуг агрегатором и у него не должно было остаться сомнений относительно роли агрегатора в гражданско-правовых отношениях и того, с кем именно он вступает в договор перевозки[2], либо такой гражданин не ознакомился с условиями предоставления ему услуг и тогда он, очевидно, недобросовестный и правила об ответственности, заложенные Верховным Судом РФ в п. 18 Постановления, к нему также неприменимы.

[1] https://support-uber.com/legal/tos?lang=ru

[2] В этом случае не срабатывает последний необходимый критерий, обозначенный ВС РФ, – о необходимости формирования у гражданина ошибочного мнения о том, с кем именно он заключил договор перевозки.

Единственным исключением в данном случае можно считать ситуацию, при которой гражданин-потребитель предпринял необходимые меры к тому, чтобы ознакомиться с соответствующими правилами, но последние были недоступны (по техническим причинам или в связи с недобросовестностью агрегатора), в связи с чем он действительно добросовестно мог заблуждаться относительно характера фактически складывающихся отношений. Таким образом, ВС РФ, видимо, нужно было акцентировать внимание не на добросовестности гражданина-потребителя в рассматриваемых отношениях, а на недобросовестности соответствующего интернет-агрегатора. Тогда возложение на него ответственности было бы логичным. Более того, в этом случае не нужны были бы и дополнительные разъяснения; достаточно было бы сослаться на п. 1 постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» о защите добросовестного лица от недобросовестного;

– *наличие определенных обстоятельств заключения и (или) исполнения договора*. Согласно анализируемому п. 18 Постановления Пленума ВС РФ № 26 должны также иметь место обстоятельства, свидетельствующие для объективно добросовестного гражданина-потребителя, что агрегатор сам будет оказывать соответствующие услуги. В качестве ориентиров для судов в Постановлении даже перечислены такие потенциально возможные обстоятельства: рекламные вывески, информация на сайте в сети Интернет, переписка сторон при заключении договора и т.п. Здесь, очевидно, имеет место явная отсылка к делу «такси «Престиж» (см. выше), в котором были и соответствующая реклама, и переписка сторон. В указанном деле потерпевшими было доказано, что агрегатор сам, от собственного имени вступил в отношения с гражданином-потребителем, что вкупе с явно агентским характером договора между перевозчиком и службой заказа такси (агрегатором) как раз и дало суду справедливые основания применить правила об агентировании и заявить о необходимости возложения на агрегатора ответственности за причиненный при перевозке вред.

Конечно, данный критерий, как и следующий (и особенно следующий), носит оценочный характер и остается целиком на усмотрение суда, рассматривающего соответствующий спор;

– *наличие вероятности формирования у потребителя мнения (впечатления) об определенном характере правоотношений, в которые он вступает или вступил*. Этот критерий, на мой взгляд, самый спорный из всех перечисленных. И хотя он, безусловно, должен применяться

в совокупности и на основании предыдущих критериев, его ярко выраженный субъективный («усмотрительный») характер не внушает уверенности ни в правильности его толкования и применения судами, ни в полном исключении злоупотреблений при разрешении споров.

Пункт 18 Постановления Пленума ВС РФ № 26 оставил и множество других вопросов, ответы на которые необходимы для правильного понимания и применения права к отношениям с участием интернет-агрегаторов. Так, не до конца понятным остается то, о каком именно вреде идет речь – только о вреде, причиненном жизни и здоровью пассажира (гл. 59 ГК РФ), или также об ущербе, причиненном при перевозке груза или багажа (ст. 796 ГК РФ). Неясно также, отвечает ли агрегатор в принципе за некачественно оказанную услугу: за опоздание, неподачу транспортного средства, подачу транспортного средства, не соответствующего заявленному классу, и т.п. Если нет, то не понятны мотивы таких разных подходов.

Наконец, можно ли распространять выводы, сделанные ВС РФ в п. 18 Постановления № 26, не только на агрегаторов перевозки, но и на других агрегаторов интернет-коммерции? Исходя из буквального текста, а также предмета Постановления, посвященного узко автомобильной перевозке и транспортной экспедиции, – нет. Однако тренд задан, и он довольно опасен.

Таким образом, не вполне понятно каким именно образом будут применяться новые, описанные выше стандарты ответственности. Вместе с тем агрегатор, конечно, в определенных случаях должен и может отвечать, а также предпринимать определенные действия в связи с размещением пользователями информации с использованием принадлежащего ему сервиса/платформы, однако совершенно в другом контексте.

Дело в том, что информация, размещаемая пользователем с использованием технических возможностей, предоставляемых агрегатором интернет-коммерции, может нарушать права и законные интересы третьих лиц, носить экстремистский или иной противоправный характер и т.п. Конечно, в этом случае закон не может игнорировать роль агрегатора в рассматриваемых отношениях, ведь именно он предоставляет пользователям техническую возможность размещения такой информации. И решение здесь, по моему мнению, должно строиться по модели ответственности информационного посредника – лица, предоставляющего возможность размещения материала или информации в Интернете и возможность доступа к таким материалам (ст. 1253.1 ГК РФ).

Коротко говоря, агрегатор может нести ответственность за размещение такой информации исключительно при наличии вины, а также при одновременном соблюдении иных условий, предусмотренных названной статьей, в частности если он являлся инициатором такого размещения, изменял соответствующий материал, знал или должен был знать о его противоправном характере и т.д. В качестве возможных мер, не связанных с гражданско-правовой ответственностью, к агрегатору в таких случаях могут быть предъявлены, например, требования об удалении информации, нарушающей права иных лиц, или об ограничении доступа к ней, о запрещении создания технических условий, обеспечивающих размещение, распространение и иное использование на страницах сайта информационно-телекоммуникационной сети Интернет определенной информации[1]. Такой подход был бы справедлив, обоснован и соответствовал бы реально складывающимся в рассматриваемой сфере отношениям агрегатора и пользователей. Пытаться же полностью или в части переложить на агрегаторов электронной коммерции ответственность по сделкам, совершаемым пользователями соответствующих интернет- сервисов/платформ, – ошибочный путь.

**Пристатейный библиографический список:**

1. *Бычков А.И.* Правовые аспекты деятельности агрегаторов // Новая бухгалтерия. 2017. № 8.

2. *Гришаев С.П.* Защита прав потребителей // Подготовлен для СПС «КонсультантПлюс».

3. *Иванов А.А.* Бизнес-агрегаторы и право // Закон. 2017. № 5.

4. *Молотников А.Е.*, *Архипов Е.В.* Социальные сети и компании-агрегаторы: правовые аспекты деятельности // Предпринимательское право. 2017. № 4.

[1] См., например, решение Московского городского суда от 24.12.2015 № 3-804/15; апелляционное определение Московского городского суда от 24.02.2016 по делу № 33-3033.

**Е.С. Хохлов**

# ОСОБЕННОСТИ АНТИМОНОПОЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ В СФЕРЕ E-COMMERCE В КОНКУРЕНТНОМ ПРАВЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

Аннотация. *В настоящей статье анализируются актуальные вопросы антимонопольного регулирования отношений в сфере e-commerce в конкурентном праве Европейского союза, которое в целом является моделью для формирования и совершенствования российского антимонопольного законодательства. Рассмотрены выводы секторального исследования Европейской комиссии, завершенного в 2017 г., а также последняя правоприменительная практика, касающаяся селективной дистрибуции, ценового мониторинга, территориальных ограничений и использования данных.*

Ключевые слова: *конкурентное право, цифровые рынки, вертикальные соглашения, селективная дистрибуция.*

Вопросы антимонопольного регулирования на цифровых рынках и, в частности, в сфере *e-commerce* являются крайне актуальными для российского правоприменения и законодательства. В настоящее время рассматривается законопроект, вносящий изменения в действующее антимонопольное законодательство, которые направлены в первую очередь на учет особенностей рынков в сфере цифровой экономики (так называемый Пятый антимонопольный пакет)[1]. Отдельные вопросы, включенные в текущую редакцию Пятого антимонопольного пакета, напрямую касаются сферы *e-commerce* (в частности, использование так называемых ценовых алгоритмов, оценка практик ценовой координации). Важно, что разработка данных изменений не только была

[1] См.: проект федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и иные законодательные акты Российской Федерации», размещенный для публичного обсуждения на Федеральном портале проектов нормативных правовых актов: http://regulation.gov.ru/projects/List/AdvancedSearch#npa=79428.

инспирирована конкретными антимонопольными разбирательствами, проведенными Федеральной антимонопольной службой России за последние несколько лет (применительно к сфере *e-commerce* можно отметить дела о ценовой координации против *Apple*[1] и *LG*[2]), но и основана на зарубежном опыте регулирования отношений конкуренции в рассматриваемой сфере, в первую очередь опыте ЕС. В связи с этим рассмотрение подходов ЕС к антимонопольному регулированию в сфере *e-commerce* является крайне актуальным.

Важно подчеркнуть, что конкурентное право ЕС в полной мере применимо к электронной коммерции, и ни у кого нет сомнений, что классические антимонопольные запреты (запрет злоупотребления доминирующим положением и запрет антиконкурентных соглашений (согласованных действий)) полностью релевантны и для отношений в сфере *e-commerce*. Однако при применении норм конкурентного права нельзя не учитывать специфику функционирования рынков, связанных с электронной коммерцией, которая отличает их от рынков в традиционных секторах экономики.

За последние несколько лет проблематика антимонопольного регулирования в сфере *e-commerce* в ЕС стала крайне актуальной. Признавая все повышающуюся значимость электронной торговли продукцией и цифровым контентом, 6 мая 2015 г. Европейская комиссия начала секторальное расследование в данной сфере[3]. Секторальное расследование (*sector inquiry*) является формальным полномочием Европейской комиссии и осуществляется путем запросов информации у участников рынка, торговых ассоциаций и потребителей в целях выявления проблем для конкуренции в той или иной значимой для единого рынка ЕС сфере[4].

Основанием для проведения секторального расследования в сфере *e-commerce* стала Стратегия по [созданию] единого цифрового рынка[5],

---

[1] См.: решение ФАС России от 27.03.2017 по делу № 1-11-59/00-22-16 в отношении ООО «Эппл Рус».

[2] См.: решение ФАС России от 02.03.2018 по делу № 1-11-18/00-22-17 в отношении ООО «ЛГ Электроникс РУС».

[3] См.: Commission Decision of 6 May 2015 initiating an inquiry into the e-commerce sector pursuant to Article 17 of Council Regulation (EC) No 1/2003 // http://ec.europa.eu/competition/antitrust/ecommerce_decision_en.pdf.

[4] Данные полномочия осуществляются на основании ст. 17 Регламента 1/2003 (Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty) // OJ L 1, 4.1.2003. P. 1–25.

[5] См.: Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions ‘A Digital

которая в качестве цели антимонопольной политики в рассматриваемой сфере продекларировала создание лучшего доступа к продукции и сервисам с помощью сети Интернет для потребителей и бизнеса на всей территории единого рынка ЕС. 15 сентября 2016 г. Европейская комиссия опубликовала предварительный отчет по результатам секторального расследования[1], после чего все заинтересованные лица имели возможность представить свои комментарии. Итоговый доклад был опубликован 10 мая 2017 г.[2]

Секторальное расследование охватило две категории товаров: (1) широкий спектр продукции, продаваемой онлайн, включая одежду и обувь, электронику, бытовую технику, компьютерные игры, программное обеспечение, игрушки и товары для детей, книги и диски, косметику и товары для здоровья, спортивный инвентарь, товары для дома и сада, а также (2) цифровой контент (аудиовизуальная и музыкальная продукция).

В качестве общих тенденций развития конкуренции в сфере *e-commerce* Европейская комиссия отметила высокую ценовую транспарентность соответствующих рынков, что нехарактерно для рынков в сфере традиционной экономики. Более того, за счет возможности сравнения цен на товары, продаваемые онлайн, повысилась ценовая транспарентность и в традиционных (офлайн) каналах реализации. Это имеет как положительные эффекты для конкуренции, так и отрицательные.

Положительное влияние ценовой транспарентности состоит в устранении диспропорции в доступе к информации о товаре между продавцами и покупателями, которая существует в традиционной экономике. По общему правилу лучшей информацией о товаре, его

Single Market Strategy for Europe', COM(2015) 192 final // https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52015DC0192. Для более полного раскрытия стратегии ЕС в сфере регулирования цифровых рынков была создана специальная веб-страница: https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market_en.

[1] См.: Commission Staff Working Document 'Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry', SWD(2016) 312 final // http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_preliminary_report_en.pdf.

[2] См.: Report from the Commission to the Council and the European Parliament 'Final report on the E-commerce Sector Inquiry' COM(2017) 229 final // http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_en.pdf. В дополнение к итоговому отчету был также опубликован подробный отчет сотрудников Европейской комиссии, проводивших секторальное расследование: Commission Staff Working Document accompanying the Report from the Commission to the Council and the European Parliament 'Final report on the E-commerce Sector Inquiry', SWD(2017) 154 final // http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_swd_en.pdf.

истинных свойствах и, соответственно, об адекватной цене обладает продавец, а у покупателя в традиционной экономике возможности получить доступ к аналогичному объему информации, которую имеет продавец, ограниченны. Электронная торговля принесла с собой транспарентность как по ценам, так и по свойствам товаров, в связи с чем продавцы уже более не могут пользоваться диспропорцией в информированности по сравнению с потребителями.

Но ценовая транспарентность имеет и отрицательные эффекты для конкуренции. Во-первых, это повышает вероятность ценовых сговоров, в первую очередь в форме согласованных действий или координации экономической деятельности (в терминах российского Закона о защите конкуренции), поскольку в ситуации ценовой транспарентности координировать деятельность путем заключения соглашений уже не требуется. Повышенная транспарентность позволяет продавцам отслеживать цены друг друга, и большая часть хозяйствующих субъектов пользуется этой возможностью, причем зачастую с помощью автоматизированных средств мониторинга (специальных программ, которые в Пятом антимонопольном пакете получили наименование «ценовые алгоритмы»). Ценовой мониторинг позволяет находить продавцов, отклоняющихся от общего рыночного тренда, и далее его результаты могут использоваться тем или иным образом, чтобы координировать поведение на рынке.

Во-вторых, ценовая транспарентность может привести к такому явлению, как фрирайдинг (*free-riding*), когда в сознании потребителя цена как в онлайн-канале, так и в офлайн торговых точках должна быть одинаковой. В то же время онлайн-коммерсанты несут меньше расходов, чем офлайн-торговцы, и тем самым пользуются положительными эффектами от усилий по продвижению товара, которые применяют офлайн-продавцы. Кроме того, широко известно явление, когда потребители перед совершением покупки в сети Интернет пользуются услугами офлайн-магазинов для получения полной и кастомизированной (под их специфические нужды) информации о товаре, на основе которой делают свой выбор и приобретают товар в онлайн-магазине по более низкой цене. Важно учитывать, что цена является не единственным фактором конкуренции и существуют другие параметры конкуренции, которые позволяют развивать так называемую межбрендовую конкуренцию (т.е. конкуренцию между производителями одного и того же товара). Хотя для многих потребителей в большинстве случаев критерий цены товара носит первостепенный характер, однако без неценовой межбрендовой конкуренции ценовая конкуренция между

продавцами товаров различных производителей будет невозможной. К числу общепризнанных важнейших факторов межбрендовой конкуренции относят качество, вложения в бренд и инновации, и они в первую очередь страдают от фрирайдинга.

Реагируя на повышенную ценовую транспарентность и риски фрирайдинга, производители стали использовать различные методы для большего контроля за своими дистрибьюторскими цепочками для того, чтобы контролировать цены на свои товары и качество их дистрибуции. Это в свою очередь может приводить к нарушению антимонопольных требований к так называемым вертикальным соглашениям – соглашениям, касающимся перепродажи товара.

Традиционно выделяются горизонтальные соглашения (соглашения между конкурентами) и вертикальные соглашения (соглашения между продавцом и покупателем). Вертикальные соглашения считаются в целом менее опасными для конкуренции, чем горизонтальные, поскольку, как правило, ограничивают внутрибрендовую конкуренцию (конкуренцию между перепродавцами товара одного и того же производителя), тогда как горизонтальные соглашения ограничивают межбрендовую конкуренцию (конкуренцию между разными производителями / перепродавцами товаров разных производителей). Но это не означает, что ограничительные условия вертикальных соглашений не могут ограничивать конкуренцию. В наиболее упрощенном виде если одна из сторон вертикального соглашения имеет значительную рыночную долю, то содержащиеся в нем ограничительные условия (например, требование об эксклюзивности) могут оказывать такой же эффект, как и горизонтальные соглашения, т.е. приводить к ограничению межбрендовой конкуренции (это явление называется горизонтальным эффектом вертикальных соглашений).

В то же время нельзя не учитывать и положительного влияния некоторых вертикальных ограничений на межбрендовую конкуренцию. В частности, закрепление производителем определенной территории за отдельным дистрибьютором и невозможность иных дистрибьюторов того же товара реализовывать его на данной территории решают проблему фрирайдинга. Эта проблема возникает, когда дистрибьюторы, не совершающие активных действий по продвижению товара, могут воспользоваться плодами действий своего конкурента, фактически занимающегося продвижением того же товара, поскольку покупатели в большинстве случаев заинтересованы в продукции под определенным брендом, а не в личности конкретного продавца. В таком случае стимулы для дистрибьюторов по активному продвижению товара будут

снижены: каждый из них будет меньше вкладывать в дистрибуцию, поскольку будет понимать, что его инвестиции будут приносить выгоду не только ему, но и другим дистрибьюторам. Это в свою очередь приведет к снижению межбрендовой конкуренции, поскольку товары определенного производителя будут менее активно продвигаться по сравнению с товарами иных производителей.

Именно для решения проблемы фрирайдинга используется так называемая территориальная дистрибуция, когда определенная территория закрепляется за отдельным дистрибьютором и он может быть уверен, что никто, кроме него, не воспользуется результатами инвестиций в продвижение товара определенного дистрибьютора. Поскольку в конечном счете (при условии, что рыночные доли сторон соглашения небольшие и соблюдается ряд иных условий) территориальные ограничения в отношении реализации товара определенного производителя сохраняют и активизируют межбрендовую конкуренцию, ограничением внутрибрендовой конкуренции можно поступиться. По сути, все антимонопольное регулирование вертикальных соглашений построено на принципе приоритетности межбрендовой конкуренции перед внутрибрендовой (если только вертикальные ограничения не будут иметь вышеуказанного горизонтального эффекта).

Далее будут рассмотрены отдельные примеры ограничительных условий соглашений в сфере *e-commerce*, которые были обозначены Европейской комиссией как проблематичные с точки зрения конкурентного права ЕС.

1. *Селективная дистрибуция*

Одним из основных ограничений, которые используются в сфере *e-commerce* для выравнивания условий конкуренции между офлайн- и онлайн-продавцами и решения проблемы фрирайдинга, является так называемая селективная дистрибуция. Под ней понимается система дистрибуции, в рамках которой поставщик обязуется продавать товар (напрямую или через своих перепродавцов) только одной категории дистрибьюторов, выделенной на основании определенных критериев, а данные дистрибьюторы обязуются не перепродавать товар этого поставщика неавторизованным дистрибьюторам. Соответственно, применительно к сфере *e-commerce* выделяется особый канал дистрибуции – онлайн-торговля и продавцам, использующим его, запрещается продавать всю или часть продукции определенного производителя исключительно в этом канале. Иными словами, с помощью ограничений создаются преимущества для офлайн-продавцов, чтобы в долгосрочной

перспективе поддержать этот канал реализации перед онлайн-торговлей, имеющей объективные конкурентные преимущества.

Применительно к селективной дистрибуции (вне зависимости от сферы экономики, в которой она применяется) конкурентное право ЕС предусматривает общее исключение, согласно которому соответствующие ограничительные условия признаются законными, если (1) рыночные доли каждой из сторон соглашения не превышают 30% и (2) соответствующие условия не входят в список жестких ограничений (*hardcore restrictions*), к которым относятся, в частности, условия о фиксировании цены перепродажи, условия о запрете реализации товара в рамках системы селективной дистрибуции (т.е. запрете перепродажи тем дистрибьюторам, которые соответствуют критериям для выделения селективной дистрибуции)[1]. Отдельно следует сказать о таком жестком ограничении, которое не подпадает под исключение, как запрет пассивных продаж. Под пассивными продажами понимаются сделки с покупателями, которые самостоятельно обратились к дистрибьютору за приобретением товара, в отличие от активных продаж, когда соответствующие сделки стали результатом усилий дистрибьютора по продвижению товара. Общее правило состоит в том, что ограничивать активные продажи при определенных условиях можно, а пассивные – нельзя. Применительно к розничным перепродавцам жесткий запрет распространяется не только на пассивные, но и на активные продажи конечным покупателям, тогда как на оптовом уровне запрет касается только пассивных продаж[2].

Если вышеуказанное исключение по доле неприменимо, селективная дистрибуция может быть признана допустимой, если будет обосновано, что она приводит к большей эффективности реализации товара и улучшению межбрендовой конкуренции. Если связь соответствующих ограничений с положительными эффектами не очевидна, Европейская комиссия может посчитать условия о селективной дистрибуции нарушающими требования конкурентного права ЕС.

Следует подчеркнуть, что это общие нормы, применимость которых зависит от специфических условий каждого конкретного рынка. В частности, знаковым в этом отношении стало дело *Coty*, которое недавно было рассмотрено Судом правосудия ЕС[3]. В решении по данному делу

[1] См.: Commission Regulation 330/2010/EU of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices // OJ L 102/1, 23.04.2010.

[2] См. там же, art. 4(b) и 4(c).

[3] Решение было вынесено 06.122017, см.: Case C-230/16: *Coty Germany GmbH v. Parfümerie Akzente GmbH*.

Суд признал установленные компанией *Coty* ограничения в рамках селективной дистрибуции соответствующими ст. 101 Договора о функционировании ЕС. В частности, Суд указал, что система селективной дистрибуции в отношении товаров роскоши, для успешного продвижения которых важно поддерживать их уникальный имидж, не нарушает антимонопольных запретов, если соблюдены следующие условия: 1) перепродавцы выбираются на основе объективных качественных критериев, выработанных для всех потенциальных перепродавцов и не применяемых дискриминационным образом; и 2) вышеуказанные критерии должны соответствовать целям введения селективной дистрибуции и не выходить за их пределы.

Также Суд в своем решении указал, что считаются допустимыми договорные обязательства, запрещающие авторизованным дистрибьюторам, являющимся частью селективной дистрибуции товаров роскоши, использовать сторонние интернет-платформы для продажи данных товаров, при условии соблюдения следующих критериев: 1) данный запрет имеет своей целью сохранение премиального имиджа товаров; 2) он закреплен единообразно для всех перепродавцов и не применяется дискриминационным образом; и 3) он является соразмерным цели его введения.

Данное решение Суда правосудия ЕС было вынесено по запросу Высшего земельного суда Франкфурта-на-Майне по спору между производителем люксовой косметики *Coty* и его дистрибьютором. После вынесения Судом правосудия ЕС решения данное дело было разрешено в пользу *Coty* 12.07.2018[1], и в решении по делу было признано, что компания имеет право запрещать своему дистрибьютору продавать люксовую косметику через сторонние интернет-платформы (в частности, *Amazon*). При этом Высший земельный суд Франкфурта-на-Майне отметил, что *Coty* не может запрещать дистрибьютору рекламировать его интернет-магазин через вебсайт *Amazon.de*.

Решение по делу *Coty* вынесено только применительно к конкретной индустрии (предметы роскоши), однако представляется, что позиция судов может быть использована и в других сферах, в которых важно поддерживать особый имидж товаров у потребителей — например, в сфере технологий. При рассмотрении дела *Coty* Судом правосудия ЕС Генеральный адвокат высказал[2] мнение о том, что Суд

[1] Coty und der Online-Parfümerie parfumdreams, einer Tochter der Parfümerie Akzente GmbH, hat das Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Urteil vom 12.07.2018, Az. 11 U 96/14 (Kart).

[2] См.: Opinion of Advocate General Wahl delivered on 26 July 2017 in Case C-230/16: *Coty Germany GmbH v. Parfümerie Akzente GmbH*.

должен опираться на подход, выработанный по делу *Metro* еще в 1977 г.[1] В данном деле Суд впервые рассматривал допустимость селективной дистрибуции и выработал общие подходы к ее оценке. В частности, Суд допустил возможность селективной дистрибуции применительно к товарам, высокое качество или технологические особенности которых требуют контроля за дистрибуцией для обеспечения их качества и корректного использования. Хотя в решении по делу *Coty* Суд правосудия ЕС напрямую не ссылался на решение по делу *Metro*, он фактически применил выработанный в нем подход. Поэтому представляется, что под критерии допустимости селективной дистрибуции подпадают не только предметы роскоши, но и иные товары. В связи с этим значимость решения по делу *Coty* для дальнейшего применения норм конкурентного права к отношениям в сфере *e-commerce* сложно переоценить.

2. *Ценовые ограничения/рекомендации*

Ценовые ограничения являются одними из самых распространенных способов влияния на деятельность ритейлеров.

По общему правилу в конкурентном праве ЕС запрещено вмешиваться в процесс ценообразования ритейлеров путем установления фиксированных или минимальных цен перепродажи. Данные действия признаются запрещенными «по объекту», т.е. уже в силу своей сущности признаются нарушающими антимонопольные запреты[2]. К такого рода ограничениям неприменимо так называемое правило *de minimis*, в соответствии с которым при наличии у сторон соглашения относительно небольшой рыночной доли (для вертикальных соглашений совокупная доля сторон не должна превышать 15%) устанавливаемые ими ограничения в принципе не могут оказать существенного влияния на состояние конкуренции и потому признаются допустимыми[3]. При этом максимальные цены перепродажи (в отличие от фиксированных и минимальных) признаются в целом допустимыми, поскольку они позволяют защитить интересы конечного потребителя от необоснованного завышения цен перепродавцами.

---

[1] Case 26–76 (Judgement of the Court of 25 October 1977): *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v Commission of the European Communities.*

[2] См. art. 20–23 of Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty // OJ C 101, 27.04.2004. P. 97–118.

[3] См.: Notice on Agreements of Minor Importance which do not Appreciably Restrict Competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union // OJ C 291, 30.08.2014. P. 1–4.

Также признаются допустимыми рекомендованные цены перепродажи, однако при условии, что за их соблюдение не установлены санкции или меры стимулирования[1]. В этом отношении встает вопрос о допустимости и пределах мониторинга за ценами перепродажи. Современные технологии существенно упростили процесс ценового мониторинга, имеется множество специальных программных продуктов для этого. Сам по себе мониторинг проблем для конкуренции не вызывает, более того, интерес производителей к тому, в какой ценовой категории позиционируется их товар ритейлерами, также понятен – это имеет прямое влияние на бренд. Однако результаты ценового мониторинга могут быть использованы производителями для оказания давления на ритейлеров, чтобы нужным образом выровнять цены на реализуемые товары. Если же ценовой мониторинг осуществляют сами ритейлеры, сравнивая свои цены с ценами конкурентов, то это может привести к рискам антиконкурентных соглашений и согласованных действий, поскольку повышает информационную прозрачность рынка.

Ранее проблема ценовой координации так остро не стояла, поскольку требовались существенные затраты времени и человеческих ресурсов, чтобы получить детальную картину по большому числу категорий продуктов в значимом количестве торговых точек. По всей видимости, такое могли себе позволить только производители и очень крупные ритейлеры, поэтому в основной своей массе рынки не становились излишне транспарентными. С развитием технологий процесс ценового мониторинга существенно упростился и теперь его могут осуществлять на регулярной основе и более мелкие производители и ритейлеры.

Интересно, что ФАС России стала одним из первых антимонопольных органов в мире, озаботившихся проблемой ценового мониторинга с использованием специальных программных средств и его влияния на конкуренцию. Как ранее отмечалось, за последние несколько лет были рассмотрены знаковые дела против *Apple* и *LG*, которые зафиксировали в целом сбалансированную позицию, согласно которой сам по себе ценовой мониторинг допустим, но он не должен использоваться производителями для оказания тем или иным способом давления на ритейлеров по выравниванию ими цен. Уже после завершения рассмотрения данных дел Европейская комиссия в июле 2018 г. вынесла решения, признав ряд производителей электронных устройств (*Asus*, *Denon & Marantz*, *Philips* и *Pioneer*) нарушившими антимонополь-

[1] См. art. 48 of Guidelines on Vertical Restraints // OJ C 291, 13.10.2000. P. 1–44.

ные запреты на фиксирование цен перепродажи, причем некоторые из данных компаний использовали для выравнивания розничных цен результаты ценового мониторинга, осуществлявшегося с помощью специальных программных средств[1].

Помимо проблемы ценового мониторинга секторальное исследование Европейской комиссии выявило еще одну проблему в ценообразовании в сфере *e-commerce*, а именно такое явление, как *dual pricing*. По общему правилу производителям запрещено устанавливать разные отпускные цены на одни и те же товары для одного и того же ритейлера, перепродающего их онлайн и в «физических» магазинах, в зависимости от того, подлежат ли товары продаже онлайн или нет. Некоторые производители занимали позицию, согласно которой установление разных цен для различных каналов перепродажи является допустимым, поскольку позволяет решить проблему фрирайдинга, если различия в ценах выравнивают конкурентные позиции ритейлера при перепродаже онлайн (для которой затраты меньше) и офлайн (затраты на которую больше).

Тем не менее Европейская комиссия справедливо отметила, что данный аргумент был бы применим к ситуации, когда различные цены устанавливались бы для различных ритейлеров, перепродающих в разные каналы (в частности, онлайн и офлайн), а не для одного и того же ритейлера в зависимости от канала перепродажи. В противном случае получилось бы, что производитель за самого ритейлера балансировал бы расходы между онлайн- и офлайн-продажами, что было бы незаконным вмешательством в ценообразование ритейлера (фиксирование цен перепродажи). Установление разных отпускных цен для различных ритейлеров, перепродающих в разные каналы, в целом является допустимым по конкурентному праву ЕС, если только не будет установлено, что данные ценовые различия приводят к фактическому закреплению территорий/каналов реализации за определенными дистрибьюторами.

3. *Территориальные ограничения на перепродажу и рекламу*

Онлайн-торговля является исключительно важной для целей формирования и поддержания единства рынка. Одной из целей конкурентного права ЕС, помимо собственно защиты конкуренции, является обеспечение функционирования единого европейского рынка. Фактически хозяйствующим субъектам запрещается совершать действия,

[1] См. пресс-релиз Европейской комиссии: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4601_en.htm.

направленные не только на ограничение конкуренции, но и на создание барьеров в торговле между государствами – членами ЕС[1]. Исходя из цели поддержания единства общеевропейского рынка, в конкурентном праве ЕС возможны ситуации, когда какие-либо действия, которые не ограничивают конкуренцию, тем не менее приводят к разделу рынка и потому признаются запрещенными как ограничивающие торговлю между отдельными государствами – членами ЕС[2].

При этом ограничения на перепродажу товаров в отдельные страны путем закрепления определенной территории за отдельным дистрибьютором могут признаваться допустимыми, поскольку устраняют проблему фрирайдинга и, соответственно, способствуют интеграции общего рынка путем стимулирования к более активному продвижению товаров эксклюзивным дистрибьютором (логика допустимости территориальных ограничений в целом та же, что и в случае с селективной дистрибуцией).

Применительно к сфере *e-commerce* часто наблюдаются разного рода ограничения на приобретение товаров на иных территориях – например, путем так называемых геоблокировок (*geo-blocking*) – запрета на доступ к вебсайтам из определенных стран, переадресации на вебсайт иной страны либо запретов на доставку товаров в другие страны или доступ к платежным системам других стран. Европейская комиссия разграничивает геоблокировку и геофильтрацию (*geo-filtering*), посредством которой онлайн-ритейлеры позволяют потребителям получать доступ к продукции/сервисам из других стран, но предлагают иные (менее выгодные) условия приобретения товаров в других странах по сравнению с «домашним» регионом. Очевидно, что в случае с геофильтрацией (по аналогии с закреплением определенной территории за отдельным дистрибьютором) может иметься потенциал к ограничению конкуренции, однако может быть и положительный эффект в виде устранения рисков фрирайдинга со стороны потребителей. Применительно к геоблокировкам Европейская комиссия

[1] См., например: Joined cases 56 and 58–64 (Judgement of the Court of 13 July 1966*): Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commission of the European Economic Community* (*Consten and Grundig v. Commission*).

[2] Хотя подобного рода дела в основном имели место в 1960–1970 гг., в качестве относительно недавнего примера можно привести дело против *Nintendo*, в котором компанию признали нарушившей антимонопольные запреты из-за препятствования экспорту игровых консолей из Великобритании в Нидерланды и Германию (см.: Case T-13/03 (the Court of First Instance of 30 April 2009): *Nintendo Co., Ltd and Nintendo of Europe GmbH v. Commission of the European Communities)*.

занимает более строгую позицию, считая их более вредоносными как препятствующими торговле в рамках единого рынка ЕС.

Здесь уместно кратко описать подход конкурентного права ЕС к оценке допустимости территориальных ограничений в соглашениях между хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товара. Как отмечалось выше, проводится четкое деление между активными и пассивными продажами. Активные продажи – это активные действия по поиску и привлечению покупателей (в том числе с помощью рекламы и иных маркетинговых активностей). Пассивными продажами считаются ситуации, когда покупатели самостоятельно (безотносительно к усилиям по продвижению) обращаются за товаром. В качестве примера, иллюстрирующего различия между активными и пассивными продажами, можно привести ситуацию, когда какой-либо дистрибьютор осуществляет рекламные и маркетинговые активности по продвижению товара и осуществляет продажи только в одной стране, а к нему обращается за товаром покупатель из другой страны. В конкурентном праве ЕС выработался подход, в соответствии с которым ограничения на активные продажи могут признаваться допустимыми при определенных обстоятельствах, тогда как ограничения на пассивные продажи допустимыми по общему правилу не признаются.

Геоблокировки можно рассматривать как ограничения пассивных продаж, поскольку они не позволяют потребителям приобрести товары, в которых они заинтересованы. Здесь важно подчеркнуть, что геоблокировки только тогда признаются нарушением антимонопольного законодательства, когда они применяются хозяйствующими субъектами, занимающими доминирующее положение, или когда они стали результатом соглашения (согласованных действий) нескольких хозяйствующих субъектов. Если онлайн-ритейлер, не занимающий доминирующего положения, применяет геоблокировки по собственному, принятому независимо от иных хозяйствующих субъектов, решению, то его действия не могут быть признаны нарушением антимонопольных запретов.

4. *Использование информации*

В последнее время в разных странах и на разных площадках активно дискутируются вопросы использования так называемых больших данных (*big data*), а в более общем виде – значимости данных о потребителях для конкуренции. Вопросы сбора и использования информации во вред конкуренции не специфичны именно для сферы *e-commerce* и, возможно, даже более актуальны для других секторов (например, мобильных приложений/сервисов, агропромышленности, финансовых

услуг). Тем не менее в своем секторальном исследовании Европейская комиссия уделила определенное внимание и вопросу сбора и использования информации о потребителях как важного фактора конкуренции в сфере *e-commerce*, поскольку онлайн-ритейлеры собирают значительное количество данных о пользователях и потенциально могут их использовать во вред своим конкурентам.

Непосредственно в отчете о проведенном секторальном исследовании Европейская комиссия не сформулировала каких-либо конкретных подходов к анализу антиконкурентных последствий от использования данных. Было лишь отмечено положительное и возможное отрицательное влияние на конкуренцию от использования *big data*. Положительное воздействие заключается в более эффективной реализации товаров и появлении новых возможностей для потребителей (например, более кастомизированные/таргетированные предложения). Отрицательный эффект для конкуренции может, по мнению Европейской комиссии, проявиться в обмене данными о потребителях между конкурирующими онлайн-торговцами и маркетплейсами либо в передаче последними данных отдельным производителям/поставщикам в ущерб другим.

В целом Европейская комиссия проявляет осторожность в вопросах применения антимонопольных норм к отношениям по использованию больших данных, за что подвергается критике, в том числе со стороны антимонопольных органов некоторых стран ЕС (в первую очередь Германии и Франции). В частности, руководитель Федерального картельного офиса Германии (*Bundeskartellamt*) Андреас Мундт (*Andreas Mundt*) является сторонником более активного применения антимонопольных запретов к действиям по использованию больших данных[1], и эти взгляды созвучны позиции регуляторов многих стран мира, включая ФАС России[2].

Однако Европейская комиссия все же начинает формировать свой подход к этим вопросам: буквально за несколько дней до завершения работы над статьей она начала расследование в отношении *Amazon* в части использования последним данных пользователей в ущерб небольшим

[1] См., например, его статью в соавторстве с бывшим руководителем антимонопольного органа Франции (*Autorité de la concurrence*): *Lasserre Bruno*, *Mundt Andreas*. Competition Law and Big Data: The Enforcers' View // Rivista Italiana di Antitrust/Italian Antitrust Review. 2017 (1).

[2] Например, возможность недискриминационного использования данных стала центральным элементом предписания ФАС России по сделке *Bayer / Monsanto*, см.: Предписание по итогам рассмотрения ходатайства компании «Байер АГ» от 20.04.2018 № ИА/28184/18.

онлайн-ритейлерам[1]. Одним из центральных вопросов расследования станет изучение «двойственного» рыночного положения *Amazon* как платформы (маркетплейса) и ритейлера и возможности злоупотребления своими возможностями как платформы для ограничения конкуренции в сфере ритейла. Очевидно, что выводы этого расследования будут иметь важнейшее значение для антимонопольного регулирования отношений в сфере *e-commerce*.

В отчете о проведенном секторальном исследовании сферы *e-commerce* Европейская комиссия уделила также значительное внимание особенностям продажи цифрового контента, включая аудиовизуальную и музыкальную продукцию. Выявленные в данном секторе проблемы для конкуренции в целом оказались такими же, как и в сфере онлайн-торговли «физическими» товарами. Однако Европейская комиссия отметила ключевую проблему, актуальную именно для цифрового контента: возможность получения доступа к лицензионным правам на него. Поскольку этот контент защищен авторскими правами, получить возможность его реализации можно только путем передачи/лицензирования соответствующих прав. Однако ограничение правообладателем доступа к своему контенту в целом не создает проблем для конкуренции, поскольку соответствующие рынки являются низкоконцентрированными и у правообладателей, как правило, отсутствует рыночная власть.

Тем не менее Европейской комиссией были обозначены как потенциально антиконкурентные такие практики, как эксклюзивность, территориальные ограничения и гео-блокировки и др., которые, однако, анализируются с тех же позиций, что и подобные им ограничения в иных сферах *e-commerce*.

**Пристатейный библиографический список:**

*Акты российского антимонопольного органа*

1. Решение ФАС России по делу от 27.03.2017 № 1-11-59/00-22-16 в отношении ООО «Эппл Рус».

2. Решение ФАС России по делу от 02.03.2018 № 1-11-18/00-22-17 в отношении ООО «ЛГ Электроникс РУС».

[1] См.: EU Starts Preliminary Probe into Amazon's Treatment of Merchants // https://www.wsj.com/articles/european-union-probing-amazon-s-treatment-of-merchants-using-its-platform-1537367673.

3. Предписание ФАС России по итогам рассмотрения ходатайства компании «Байер АГ» от 20.04.2018 № ИА/28184/18.

*Акты секторального расследования Европейской комиссии*

4. Commission Decision of 6 May 2015 initiating an inquiry into the e-commerce sector pursuant to Article 17 of Council Regulation (EC) No 1/2003.

5. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 'A Digital Single Market Strategy for Europe', COM(2015) 192 final.

6. Commission Staff Working Document 'Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry', SWD(2016) 312 final.

7. Report from the Commission to the Council and the European Parliament 'Final report on the E-commerce Sector Inquiry' COM(2017) 229 final.

8. Commission Staff Working Document accompanying the Report from the Commission to the Council and the European Parliament 'Final report on the E-commerce Sector Inquiry', SWD(2017) 154 final.

*Нормативные и иные акты конкурентного права ЕС*

9. Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty.

10. Commission Regulation 330/2010/EU of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices.

11. Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the functioning of the European Union.

12. Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty.

13. Guidelines on Vertical Restraints.

*Правоприменительная практика ЕС*

14. Case C-230/16: Coty Germany GmbH v. Parfümerie Akzente GmbH.

15. Coty und der Online-Parfümerie parfumdreams, einer Tochter der Parfümerie Akzente GmbH, hat das Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Urteil vom 12.07.2018, Az. 11 U 96/14 (Kart).

16. Opinion of Advocate General Wahl delivered on 26 July 2017 in Case C-230/16: Coty Germany GmbH v. Parfümerie Akzente GmbH.

17. Case T-13/03 (the Court of First Instance of 30 April 2009): Nintendo Co., Ltd and Nintendo of Europe GmbH v. Commission of the European Communities.

18. Joined cases 56 and 58–64 (Judgement of the Court of 13 July 1966): Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commission of the European Economic Community (Consten and Grundig v Commission).

19. Case 26–76 (Judgement of the Court of 25 October 1977): Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v. Commission of the European Communities.

*Статьи*

20. *Lasserre Bruno*, *Mundt Andreas*. Competition Law and Big Data: The Enforcers' View // Rivista Italiana di Antitrust/Italian Antitrust Review. 2017 (1).

**Д.А. Мотовилова**

# ОТЗЫВЫ И РЕКОМЕНДАЦИИ ПОТРЕБИТЕЛЕЙ КАК ФАКТОРЫ ЭЛЕКТРОННОЙ КОММЕРЦИИ: ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Аннотация. *В статье дается обзор современной практики правового регулирования отзывов потребителей, публикуемых в сети Интернет, в развитых странах и в Российской Федерации. Онлайн-отзывы играют важную роль в электронной коммерции, являясь ценным источником информации как для потребителей, так и для предпринимателей. В статье рассматривается развитие международных стандартов правового регулирования онлайн-отзывов и рекомендаций потребителей, одобренных Организацией по экономическому сотрудничеству и развитию, от Руководящих принципов защиты потребителей в контексте электронной коммерции (1999) к действующим в настоящее время Рекомендациям по защите потребителей в электронной коммерции (2016). Подробно освещаются принятые Международной сетью по защите потребителей и исполнению решений (ICPEN) три Руководства по онлайн-отзывам и рекомендациям, адресованные соответственно предпринимателям и маркетологам, администраторам отзывов, лидерам мнений. На примере США показывается, что отсутствие правового регулирования ведет к злоупотреблению свободой договора со стороны предпринимателей, к появлению условий договоров, ущемляющих права потребителей в электронной коммерции. Сложившаяся ситуация потребовала вмешательства государства в лице Конгресса США, который принял в 2016 г. специальный Закон о добросовестности в отношении отзывов потребителей. Содержание данного акта также освещается в статье. Устойчивый рост электронной коммерции в России ставит вопрос о необходимости правового регулирования данной сферы. В статье анализируются современное состояние и перспективы развития правового регулирования онлайн-отзывов и рекомендаций потребителей в России.*

Ключевые слова: *электронная коммерция, Интернет, потребители, цифровая экономика, маркетинг, реклама, регулирование*.

Возникновение Интернета, а затем электронной коммерции[1] радикальным образом изменило отношения между предпринимателями и потребителями. Если прежде коммуникация в основном имела односторонний характер (от производителя или продавца к потребителю), то благодаря сети Интернет потребители получили возможность публиковать и распространять свои мнения о товарах и услугах, доступные неограниченному числу лиц[2]. Неудивительно, что онлайн-отзывы и рекомендации стали оказывать значительное влияние на потребительское поведение[3], а задачей бизнеса стало завоевать доверие потребителей[4]. Сегодня доверие потребителей становится ключевым фактором успеха как продукта, так и компании в целом.

В зарубежных источниках, как научных, так и правовых, используются два термина, относящихся к мнениям потребителей, – «отзыв» (*review*) и «рекомендация» (*endorsement*)[5]. Под «отзывом» принято понимать мнение потребителя об опыте использования товара, получения услуги или о предприятии в целом. Под «рекомендацией» понимается положительный комментарий о товаре, услуге или предприятии, который кажется читателю/зрителю отражающим собственное мнение и (или) опыт рекомендателя[6].

---

[1] Возможность коммерческого использования сети Интернет появилась после передачи контроля над инфраструктурой от Правительства США коммерческим операторам (см.: *Balleste Roy*. Internet Governance: Origins, Current Issues, and Future Possibilities. 2015. P. 28).

[2] По мнению британского исследователя Э. Мюррея, цифровизация позволила устранить посредников при распространении информации, вследствие чего индивиды получили невиданные возможности для обмена информацией (см.: *Murray Andrew*. Information Technology Law: the Law and Society. 3rd ed. Oxford University Press, 2016. P. 110–111).

[3] *Turban E., Whiteside R., King D., Outland J.* Introduction to Electronic Commerce and Social Commerce. 4th ed. Springer International Publishing AG 2017. DOI 10.1007/978-3-319-50091-1. P. 86–87.

[4] *Prins J.E.J., Ribbers P.M.A., van Tilborg H.C.A., Veth A.F.L., van der Wees J.G.L.* Trust in Electronic Commerce. The Role of Trust from a Legal, an Organisational and a Technical Point of View. Kluwer Law International, 2002.

[5] См., например: *Hoofnagle Chris Jay and Meleshinsky Eduard*. Native Advertising and Endorsement: Schema, Source-Based Misleadingness, and Omission of Material Facts (December 15, 2015). Technology Science. 2015121503. December 15, 2015. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2703824.

[6] См.: Online Reviews and Endorsements. Report on the CMA's Call for Information. 2015. P. 2. Available at: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/436238/Online_reviews_and_endorsements.pdf.

Публикация фальшивых отзывов (*fake reviews*) и удаление (или отказ в публикации) негативных отзывов, материальное вознаграждение лиц, оказывающих влияние на целевую аудиторию (знаменитости, блоггеры), проставление отметок «нравится» (*like*) для создания видимости популярности товара или услуги – все эти методы активно используются для продвижения товаров и услуг средствами электронного маркетинга. Вместе с тем все эти практики, безусловно, должны быть охарактеризованы как незаконные и недобросовестные, так как они искажают представления о действительных качествах товаров или услуг, а иногда и наносят прямой ущерб конкурентам[1]. Если предприниматели заинтересованы в том, чтобы создать положительное впечатление о предлагаемых товарах и услугах, то интерес потребителей состоит в получении достоверной информации, которая позволит сделать им правильный выбор[2].

Отзывы потребителей сами по себе могут представлять большую ценность. Подтверждением этогоу может служить рыночная капитализация таких компаний, как *Yelp.com*[3] или *TripAdvisor*[4], бизнес-модель которых построена на сборе и обработке отзывов потребителей. В США отзывы потребителей стали предметом продолжающегося спора между компаниями *Yelp Inc*. и *Google*, в котором поисковому гиганту предъявляются обвинения в неправомерном размещении контента, принадлежащего *Yelp.com*, в поисковой выдаче (*scraping*)[5].

---

[1] Например, публикация заведомо ложных отзывов о продукции или услугах конкурента.

[2] Следует отметить, что на некоторых рынках отзывы, по сути, являются единственной доступной для потребителя информацией о качестве продукта. Например, при покупке приложений для мобильных устройств (программ для ЭВМ в терминах ГК РФ) покупатель не имеет возможности ознакомиться с «товаром» (а точнее, результатом интеллектуальной деятельности) до его приобретения, а потому во многом полагается на отзывы пользователей.

[3] *Yelp.com* – веб-сайт для поиска на местном рынке услуг, например ресторанов или парикмахерских, с возможностью добавлять и просматривать рейтинги и обзоры этих услуг. Сервис был запущен в 2004 г. К 2013 г. *Yelp* создала сайты для 111 стран. По состоянию на начало 2016 г. капитализация компании составляла $ 2,1 млрд (материал из Википедии – свободной энциклопедии. https://ru.wikipedia.org/wiki/Yelp).

[4] *TripAdvisor* – сайт о путешествиях, на котором пользователи могут оставлять свои отзывы и мнения о вариантах жилья, авиакомпаниях, достопримечательностях и ресторанах. В настоящее время на сайте размещено более 500 млн отзывов и мнений более чем о 7 млн объектов со всего света (см. о *TripAdvisor*: https://tripadvisor.mediaroom.com/ru-about-us). По данным *Forbes*, в мае 2017 г. рыночная стоимость компании составляла 6,2 млрд долл. США (Forbes Most Innovative Growth Companies: https://www.forbes.com/companies/tripadvisor/).

[5] *Neidig Harper.* Yelp accuses Google of Violating FTC Settlement. The Hill. 12 September 2017. Available at: http://thehill.com/policy/technology/350221-yelp-accuses-google-of-violating-ftc-settlement.

С появлением так называемой экономики совместного потребления (*sharing economy*[1]) значение онлайн-отзывов и рекомендаций возросло еще больше. В бизнес-моделях совместного потребления потенциальными сторонами сделки являются физические лица, которые, как правило, прежде не были знакомы друг с другом, а потому могут полагаться исключительно на мнения других пользователей данного сервиса[2].

Все вышеперечисленные обстоятельства объясняют, почему онлайн-отзывы и рекомендации потребителей привлекают пристальное внимание как участников рынка, так и регуляторов.

## Международные стандарты правового регулирования онлайн-отзывов и рекомендаций

Проблема обеспечения баланса интересов субъектов электронной коммерции и потребителей не осталась без внимания регулирующих органов развитых стран. На зрелых рынках развитых стран большое внимание уделяется добросовестности контрагентов и обеспечению справедливых условий для всех участников оборота. Очевидно, что появление новых каналов распространения коммерческой информации не могло остаться незамеченным. Наибольшую активность в совершенствовании правового регулирования в целях усиления защиты прав потребителей на электронных торговых площадках проявили две организации – Организация по экономическому сотрудничеству и развитию (ОЭСР) и Международная сеть по защите потребителей и исполнению решений (*ICPEN*)[3].

Уже в конце 1999 г. Советом ОЭСР были одобрены Руководящие принципы защиты потребителей в контексте электронной коммерции[4]. Основная цель данного документа – гарантировать, чтобы потребители, совершающие покупки онлайн, получили бы такой же уровень

[1] *Sundararajan Arun*. The Sharing Economy: The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism. MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2016.

[2] Наиболее ярким примером является сервис по поиску жилья *Airbnb*, где потенциальные арендодатели и арендаторы принимают решение о заключении договора во многом основываясь на репутации (оценках) потенциального контрагента. В сервисах подобного рода оценки получают обе стороны сделки, и эти отзывы оказывают влияние на способность стороны к заключению сделки в дальнейшем. Так, благодаря положительным отзывам о данном продавце его объявление часто отображается выше других, а негативный отзыв, напротив, снижает вероятность вступления стороны в новую сделку.

[3] International Consumer Protection and Enforcement Network (ICPEN) (https://www.icpen.org/). См. также: *Талимончик В.П.* Международные сети по защите прав потребителей // Информационное право. 2009. № 1 (СПС «КонсультантПлюс»).

[4] OECD Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce (1999) (http://www.oecd.org/sti/consumer/34023811.pdf).

защиты, как если бы они приобретали товары в местном магазине или по каталогу. Руководящие принципы, в частности, предусматривали, что предприниматели, действующие в сфере электронной коммерции, не должны заниматься деятельностью, которая может быть признана обманной, вводящей в заблуждение, мошеннической или недобросовестной, а реклама и маркетинг должны быть обозначены явным образом (*clearly identifiable as such*)[1].

В марте 2016 г. ОЭСР приняла новые Рекомендации Совета по защите потребителей в электронной коммерции[2], модернизированные с учетом новых вызовов. Раздел «В» части второй Рекомендаций, посвященный добросовестным практикам бизнеса, рекламы и маркетинга, был значительно расширен и дополнен. В отношении отзывов и рекомендаций потребителей были сделаны специальные оговорки.

Во-первых, предприниматели «не должны пытаться ограничить возможность потребителей оставлять негативные отзывы, оспаривать расходы, а также обращаться за советом или направлять жалобы в государственные органы или иные рассматривающие жалобы организации» (п. 12).

Во-вторых, «рекомендации, использованные в рекламе и маркетинге, должны быть правдивыми, обоснованными и отражать мнение и действительный опыт рекомендателя» (п. 17).

В-третьих, требуется раскрывать наличие экономической связи между рекомендателем и предпринимателем. Согласно Рекомендациям ОЭСР «всякая материальная связь между предпринимателем и онлайн-рекомендателем, которая может повлиять на авторитет и убедительность рекомендации для потребителей, должна быть явным и очевидным образом раскрыта» (п. 17).

Важность Рекомендаций ОЭСР подтверждается тем фактом, что обновленная редакция Руководящих принципов Организации Объединенных Наций для защиты интересов потребителей[3] прямо ссылается на указанные Рекомендации и предлагает государствам-членам адаптировать их к своим экономическим, социальным и экологическим реалиям (п. 65).

---

[1] Section B Part 2. OECD Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce (1999). P. 14.

[2] OECD (2016). Recommendation of the Council on Consumer Protection in E-commerce: OECD Recommendation, OECD Publishing. Paris (http://dx.doi.org/10.1787/9789264255258-en).

[3] Руководящие принципы Организации Объединенных Наций для защиты потребителей. Приняты Генеральной Ассамблеей ООН 22.12.2015 резолюцией 70/186 (http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_ru.pdf).

Международная сеть по защите потребителей и исполнению решений (*ICPEN*) была создана в 1992 г. в Лондоне для совместного разрешения споров с участием потребителей (в особенности трансграничных споров) и в настоящее время объединяет органы по защите прав потребителей из более чем 60 стран. В 2015–2016 гг. руководство *ICPEN* осуществляла Великобритания[1] в лице Управления по конкуренции и рынкам (*Competition and Markets Authority*), которое приняло решение уделить особое внимание онлайн-отзывам и рекомендациям[2]. В июне 2016 г. организацией были опубликованы руководства по онлайн-отзывам и рекомендациям (*Online Reviews and Endorsements Guidances*), адресованные администраторам отзывов (*review administrators*)[3], продавцам товаров (и исполнителям услуг) и маркетологам (*traders and markets*)[4], а также лидерам мнений (*digital influencers*)[5].

Администратором отзывов, согласно Руководству *ICPEN*, признается организация или индивид, обрабатывающие отзывы потребителей. В качестве администраторов отзывов могут выступать: а) предприятия, которые производят, распространяют или поставляют товары либо оказывают услуги и получают отзывы о товарах или услугах; б) третьи лица, получающие отзывы о товарах или услугах от лица вышеуказанных предприятий; в) полностью независимые третьи лица, вовлеченные в сбор, модерирование и демонстрацию отзывов. Администраторы отзывов должны придерживаться следующих ключевых принципов:

– равенство и справедливость при сборе отзывов;
– бдительность и активность при модерировании отзывов;
– прозрачность при публикации отзывов.

---

[1] Соединенное Королевство является лидером электронной коммерции среди европейских стран. Так, в 2015 г. электронная коммерция составляла 6,1% ВВП страны, доля Великобритании на общеевропейском рынке электронной коммерции – 34,5%, а граждане этой страны потратили больше всех на покупки в Интернете – 157,1 млрд евро (см.: European B2C E-commerce Report 2016. Ecommerce Foundation, www.ecommercefoundation.org/reports. P. 18, 22–23).

[2] CMA Acts to Maintain Trust in Online Reviews and Endorsements. 19.06.2015 (https://www.gov.uk/government/news/cma-acts-to-maintain-trust-in-online-reviews-and-endorsements).

[3] Online Reviews and Endorsements: ICPEN Guidelines for Review Administrators. June 2016 (https://www.icpen.org/sites/default/files/2017-06/ICPEN-ORE-Guidelines%20for%20Review%20Administrators-JUN2016.pdf).

[4] Online Reviews and Endorsements: ICPEN Guidelines for Traders and Marketing Professionals. June 2016 (https://www.icpen.org/sites/default/files/2017-06/ICPEN-ORE-Guidelines%20for%20Traders%20and%20Marketers-JUN2016.pdf).

[5] Online Reviews and Endorsements: ICPEN Guidelines for Digital Influencers. June 2016 (https://www.icpen.org/sites/default/files/2017-06/ICPEN-ORE-Guidelines%20for%20Digital%20Influencers-JUN2016.pdf).

При сборе отзывов администраторам следует довести до сведения лица, желающего оставить отзыв, информацию об условиях сбора, обработки и публикации отзывов до принятия отзыва, а также по возможности проверять аутентичность отзывов[1]. Особое внимание Руководство уделяет выявлению фальшивых отзывов, а также пресечению практики «возрождения» (*phoenixing*) недобросовестных участников оборота[2]. Публикация отзывов должна иметь объективный и нейтральный характер. Это значит, что и положительные, и отрицательные отзывы должны обрабатываться одинаково[3], а факт наличия коммерческого интереса при публикации отзыва должен быть доведен до сведения потенциальных потребителей.

Продавцы товаров и исполнители услуг в наибольшей степени заинтересованы в распространении «правильных» отзывов и рекомендаций. Этой категории участников электронной коммерции, а также лицам, оказывающим им содействие в продвижении товаров и услуг (маркетологи и *SEO*[4]), адресовано второе Руководство *ICPEN*. Согласно Руководству продавцы товаров (и исполнители услуг) и маркетологи не должны препятствовать потребителям видеть целостную картину подлинных, релевантных и правомерных отзывов[5], а также не должны писать и публиковать сами или поручать кому-либо за вознаграждение публикование фальшивых отзывов.

---

[1] Например, принимая отзывы только от тех потребителей, которые купили товар или воспользовались услугой.

[2] Понятие *phoenixing* описывает ситуацию, когда недобросовестный участник оборота «возрождается», создавая новый профиль, тем самым дистанцируясь от отрицательной репутации, которую он приобрел ранее.

[3] Руководство указывает, что администраторам не следует препятствовать публикации негативных отзывов, избирательно редактировать, отвергать или удалять отзывы, с тем чтобы повлиять на общий рейтинг предприятия и т.п.

[4] *Search engine optimization* (*SEO*) – поисковая оптимизация, представляет собой комплекс мер по внутренней и внешней оптимизации для поднятия позиций сайта в результатах выдачи поисковых систем по определенным запросам пользователей, с целью увеличения сетевого трафика (для информационных ресурсов) и потенциальных клиентов (для коммерческих ресурсов) и последующей монетизации (получение дохода) этого трафика (см.: Поисковая оптимизация / Материал из Википедии (https://ru.wikipedia.org/wiki/Поисковая_оптимизация)). *Search engine optimizer* (*SEO*) – оптимизатор поисковых систем, это лицо, осуществляющее соответствующую деятельность.

[5] В частности, Руководство указывает, что продавцы и маркетологи не должны предлагать поощрение или вознаграждение в обмен на положительный отзыв о товаре, услуге или предприятии на сайтах отзывов. Если какая-то форма поощрения предлагается потребителям за оставление отзывов, то это поощрение должно предлагаться вне зависимости от того, положительный это отзыв или отрицательный (см.: Online Reviews and Endorsements: ICPEN Guidelines for Traders and Marketing Professionals. P. 8).

Наряду с обычными методами интернет-рекламы предприятия электронной коммерции также могут продвигать свои товары и услуги путем размещения скрытой рекламы (эдверториал[1]) или спонсируемых статей в онлайн-публикациях, привлечения блоггеров для поддержки маркетинговых кампаний, создания профилей в социальных сетях «послами бренда»[2], а также предлагая поощрение потребителям за написание отзывов (например, объявляя конкурс отзывов или предоставляя скидку на следующую покупку). В отношении сообщений, размещаемых в блоге, видеоблогов, твиттов и иных онлайн-публикаций Руководство *ICPEN* посчитало необходимым сделать особые оговорки. А именно в случае, если содержание онлайн-публикации было оплачено, а также в случае, если на содержание публикации могли повлиять коммерческие отношения иного рода[3], читатель (зритель) должен быть оповещен явно и недвусмысленно о рекламном характере информации.

Бурное развитие социальных сетей, основную часть содержания которых составляет пользовательский контент[4], привело к возникновению новой разновидности рекламы – естественной, или нативной, рекламы[5]. Такая реклама не стремится привлечь к себе внимание, а, напротив, органично встроена в контекст онлайн-площадки, на кото-

---

[1] *Advertorial* – эдверториал, рекламное объявление, имеющее вид редакционного материала, т.е. обычной статьи; используется для публикации информации, представляющей общественный интерес, личных мнений, мнений по экономическим и политическим вопросам; при отсутствии указаний на рекламный характер такого объявления оно считается приемом недобросовестной конкуренции; слово образовано путем слияния слов *advertisement* и *editorial* (см.: ABBYY Lingvo Economicus. Большой англо-русский словарь по экономике и менеджменту. 2008).

[2] «Посол бренда» или «бренд-амбассадор» – популярное в определенной среде лицо, привлекаемое компанией-рекламодателем для продвижения «миссии, ценностей и философии бренда» (см.: Амбассадоры бренда: подробно о новом понятии в маркетинге. 20.07.2016. https://ru.epicstars.com/ambassador-brend/).

[3] Например, автор онлайн-публикации получил товар безвозмездно в обмен на публикацию положительного отзыва.

[4] Пользовательский контент – различное информационно значимое содержимое носителей информации, которое создается потребителями в ходе информационного обмена с использованием различных технологий передачи и хранения информации (см.: *Энтин В.Л.* Авторское право в виртуальной реальности (новые возможности и вызовы цифровой эпохи). М.: Статут, 2017 (СПС «КонсультантПлюс»)).

[5] См.: *Hoofnagle Chris Jay and Meleshinsky Eduard*. Native Advertising and Endorsement: Schema, Source-Based Misleadingness, and Omission of Material Facts (December 15, 2015). Technology Science. 2015121503. December 15, 2015 (https://ssrn.com/abstract=2703824); *Bakshi Amar* (2015). Why and How to Regulate Native Advertising in Online News Publications (PDF) // Journal of Media Law & Ethics. 4 (3/4). ISSN 1940-9389 (http://law.ubalt.edu/academics/publications/medialaw/pdfs_only/Vol.%204%20No.%203-4.pdf); *Wasserman Todd*

рой она размещается, следует по форме и содержанию сайту и часто воспринимается пользователями как часть просматриваемого содержимого. Примерами естественной рекламы могут служить реклама в поисковой выдаче, которая выглядит как результат поиска[1]; новостная страница, которая выглядит как часть редакционного материала издания[2]; сообщения, распространяемые через социальные сети[3]; статья в блоге, оплаченная рекламодателем. *ICPEN* признает естественную рекламу законной предпринимательской практикой, однако предупреждает, что подобная информация не должна вводить потребителей в заблуждение, а потому считает необходимым дать соответствующие разъяснения лидерам мнений (*digital influencers*). Согласно Руководству *ICPEN* лидеры мнений должны придерживаться следующих основных принципов:

– помечать всякий оплачиваемый материал как рекламную информацию[4];

– раскрывать информацию об иных отношениях коммерческой природы, относящихся к содержанию публикации[5];

– давать подлинные отзывы о рынках, предприятиях, товарах и услугах.

---

(2012). What Is Native Advertising? Depends Who You Ask (http://mashable.com/2012/09/25/native-advertising/).

[1] До 2002 г. поисковые системы взимали плату за размещение веб-адреса в верхних строках поисковой выдачи либо за включение веб-адреса в результат поиска. Данная практика «платного размещения» (*paid placement*) и «платного включения» (*paid inclusion*) стала предметом расследования Федеральной торговой комиссией США в 2002 г., по результатам которого Комиссия рекомендовала поисковым системам внести необходимые изменения, с тем чтобы оплаченные результаты поиска были явным образом отделены от неоплаченных результатов (см.: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/closing_letters/commercial-alert-response-letter/commercialalertletter.pdf).

[2] См. примеры наиболее успешных кампаний: *Richardson Chris*. Here Are the Brightest Native Advertising Examples of 2017 (https://nativeadvertisinginstitute.com/blog/native-advertising-examples/).

[3] В 2013 г. компания *Warner Brothers* запустила рекламную компанию в *Facebook* в поддержку выхода очередной серии «Хоббита». Гостям премьерного показа выдавались специальные карточки, которые привязывались к их аккаунту в *Facebook*. Затем гостей фотографировали профессиональные фотографы, а их фотографии мгновенно появлялись в их профиле в *Facebook* с логотипом Хоббита в нижней части (See: PJSweeney, Hobbit Premiere uses RFID and Social Media OS for Native Advertising: https://vimeo.com/81948353).

[4] Оплачиваемый материал (*paid-for content*) – это не только получение оплаты от рекламодателя за соответствующую публикацию, но и, к примеру, бесплатное получение одежды или билетов на мероприятие.

[5] *ICPEN* рекомендует лидерам мнений сообщать своим читателям (зрителям) о любых релевантных коммерческих отношениях, в частности, они должны проинформировать своих поклонников о том, что они получают вознаграждение в качестве «посла бренда».

Указанные руководства являются характерным примером так называемого «мягкого права» (*soft law*)[1]. Несмотря на отсутствие обязательной силы, мотивом для их соблюдения служит авторитет принявшей их организации и большинство членов *ICPEN* считают необходимым довести их содержание до сведения бизнеса. По информации на сайте *ICPEN* в 2016 г. большинство членов данной организации сосредоточили свои усилия на поддержке и обучении бизнеса новым «правилам игры», а наибольшую активность при пресечении недобросовестных практик маркетинга и рекламы проявили Австралия, Великобритания и США[2].

**Правовое регулирование онлайн отзывов и рекомендаций в США**

Будучи пионером в сфере электронной коммерции, США стали первооткрывателями не только электронного маркетинга, но и новых юридических конструкций, с помощью которых предприниматели надеялись оградить себя от рисков, связанных с публикацией негативных отзывов. Осознавая чрезвычайную важность онлайн-отзывов и рекомендаций для успеха своего бизнеса, предприниматели стали включать в договоры с потребителями условия о запрете публикации под угрозой штрафа и судебного преследования негативных отзывов о товарах и услугах[3].

Одним из первых соглашений, ограничивающих права потребителей распространять свои отзывы о товарах и услугах, стало лицензионное соглашение компании *Network Associates, Inc*. В соответствии с этим соглашением лицензиату запрещалось разглашать результаты испытаний программного обеспечения, а также публиковать отзывы о продукте без предварительного согласия лицензиара[4]. В июле 1999 г. онлайн-издание *Network World Fusion*, предварительно запросив согласие *Network Associates* и получив отказ, опубликовало сравнительный обзор нескольких программ для ЭВМ, в числе которых была программа, разработанная *Network Associates* и продемонстрировавшая неудовлетвори-

[1] В зарубежных источниках «мягкое право» определяется как «нормативные предписания, содержащиеся в текстах, не обладающих обязательной силой» (см.: *Shelton Dinah* (*ed.*). Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System. Oxford: Oxford University Press, 2000. P. 292).

[2] См.: https://www.icpen.org/initiatives.

[3] В американской литературе оговорки, ограничивающие право потребителя на отзывы о товарах и услугах, получили название *gag clauses* (оговорки, ограничивающие свободу слова) и *non-disparagement clauses* (оговорки о нераспространении нелицеприятных сведений). Более общим понятием является *anti-review clauses* (оговорки против отзывов).

[4] *People v. Network Assoc., Inc*. (https://www.leagle.com/decision/2003579195misc2d3841519.xml).

тельный результат. В ответ на публикацию компания *Network Associates* заявила протест, сославшись на соответствующее положение соглашения. Данная ситуация привлекла внимание Генерального прокурора штата Нью-Йорк, который начал расследование. В 2001 г. Верховный суд штата Нью-Йорк признал, что оговорки о конфиденциальности, препятствующие потребителям выражать свое мнение, являются «коммерческой практикой, вводящей в заблуждение» (*deceptive trade practice*), а потому незаконны[1].

Однако наибольшее распространение оговорки, запрещающие потребителям публиковать отзывы, получили в сфере медицинских услуг[2]. В 2000-х годах компания *Medical Justice* разрабатывала и предлагала врачам образцы договоров присоединения (*form contacts*), содержавших, помимо прочего, оговорки, ограничивавшие права потребителей публиковать отзывы. Словесные формулировки и подходы менялись с течением времени, однако по-прежнему ущемляли интересы потребителей. Согласно одним образцам договоров, пациенты соглашались «прямо или косвенно[3] воздерживаться от комментариев и обсуждения врача, его практики, компетентности и (или) лечения»[4]. Согласно другим образцам договоров, если пациент подготовил комментарий о враче для публикации на веб-странице, в блоге и (или) в массовой корреспонденции, то все права интеллектуальной собственности, в том числе авторское право, на письменный, изобразительный и (или) электронный комментарий на условиях исключительной лицензии переходят от пациента к врачу[5]. Иными словами, пациент заранее давал согласие на то, что все права на отзыв, опубликованный от собственного имени, под псевдонимом или анонимно, с момента публикации такого отзыва принадлежали врачу, который мог поступить с ним как угодно, в том числе удалить его! Наконец, имелись также договоры, содержавшие оба вида оговорок[6].

Еще одной стратегией «борьбы за имидж компании» стало включение в договоры условий, устанавливающих штрафы для потребителей за публикацию негативных отзывов. Известно, что такого рода условия

---

[1] *Ponte Lucille M.* Protecting Brand Image or Gaming the System? Consumer 'Gag' Contracts in an Age of Crowdsourced Ratings and Reviews (March 16, 2015). 7. Wm. & Mary Bus. L. Rev. (2015, Forthcoming). P. 8 (http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2579172).

[2] *Goldman Eric.* Understanding the Consumer Review Fairness Act of 2016 (February 1, 2017). Michigan Telecommunications and Technology Law Review, Forthcoming; Santa Clara Univ. Legal Studies Research Paper N 4-17. P. 2—3 (https://ssrn.com/abstract=2922242).

[3] Имеются в виду отзывы, оставленные не самим пациентами, а их близкими.

[4] See: The «Gag Order» Provision (https://doctoredreviews.com/patients/the-back-story/).

[5] See: The «Veto Power» Provision (https://doctoredreviews.com/patients/the-back-story/).

[6] See: The Combination Contract (https://doctoredreviews.com/patients/the-back-story/).

включались в договоры аренды[1], гостиничного обслуживания[2] и даже услуг по присмотру за домашними животными[3]. Размер штрафа и порядок его взимания оставался на усмотрение компании и мог доходить до 10 тыс. долл. США[4]. Зачастую компании просто удерживали денежные средства со счета платежной карты, данные которой предоставлял потребитель, но могли применяться и более изощренные способы «наказания» потребителей.

Широкий резонанс получило дело *Palmer v. KlearGear.com*. В декабре 2008 г. истец заказал дешевые рождественские подарки[5], но его заказ так и не был доставлен, хотя Палмер безуспешно пытался связаться с интернет-магазином. В феврале 2009 г. супруга Палмера опубликовала негативный отзыв о продавце на сайте отзывов *ReapOffReport.com*. Три (!) года спустя Палмер получил письмо, из которого он узнал, что должен компании 3,5 тыс. долл. США за нарушение условия договора о нераспространении нелицеприятных сведений (*non-disparagement clause*)[6]. После того как Палмер отказался погасить долг, компания передала долг в коллекторское агентство, тем самым нанеся урон кредитной истории Палмера, в результате чего последний на протяжении года испытывал трудности с получением заемных средств. В 2013 г.

[1] Супруги, арендовавшие дом, были оштрафованы на 500 долл. США (деньги были списаны с платежной карты) компанией, через которую они бронировали жилье. Компания посчитала, что публикация негативного отзыва являлась нарушением условия о конфиденциальности, содержавшегося в договоре с клиентами (см.: *Elliott Christopher*. New Confidentiality Clauses Can Influence Vacation Rental Reviews, Elliott.org, Apr. 14, 2012 (http://elliott.org/blog/new-confidentiality-clauses-can-influence-vacation-rental-reviews/)).

[2] Расположенный в Нью-Йорке отель взимал штрафы с гостей за каждый опубликованный негативный отзыв. Интересно отметить, что штрафы взимались не только за публикацию негативных отзывов лицами, оплатившими проживание в отеле (как правило, это были новобрачные), но и за публикацию негативных отзывов их гостями. В случае, если негативный отзыв удалялся, отель возвращал деньги (см.: *Siegler Mara*. Hotel Fines $500 for Every Bad Review Posted Online, Page Six, August 4, 2014 (https://pagesix.com/2014/08/04/hotel-charges-500-for-every-bad-review-posted-online/)).

[3] Компания пыталась взыскать 1 млн долл. США в качестве ущерба деловой репутации с супругов, опубликовавших негативный отзыв на крупнейшем сайте отзывов *Yelp.com*. Дело было решено в пользу ответчиков (потребителей) (см.: *Cardona Clair Z*. $1M Lawsuit Dissmissed Against Plano Couple who Gave 1-star Yelp Review to Pet-Sitting Company. Dallas News, August 2016 (https://www.dallasnews.com/news/courts/2016/08/30/1m-lawsuit-plano-couple-one-star-yelp-review-dismissed/). e

[4] См.: *Mullin Joe*. One Apartment Complex's Rule: You Write a Bad Review, We Fine You $10k, Ars Technica, Mar. 10, 2015 (http://arstechnica.com/tech-policy/2015/03/one-apartment-complexs-rule-you-write-a-bad-review-we-fine-you-10k/).

[5] Стоимость заказа с учетом доставки не превышала 20 долл. США.

[6] *Palmer v. KlearGear. Complaint* (https://www.documentcloud.org/documents/929250-palmer-v-kleargear-complaint.html).

некоммерческая организация *Public Citizen* от лица супругов обратилась в суд, утверждая, что условие договора, на которое ссылается *KlearGear.com*, является недобросовестным и противоречащим Первой поправке[1]. Суд вынес решение в пользу истцов, обязав компанию выплатить более 300 тыс. долл. США убытков, а также судебные расходы[2]. Вскоре после этого штат Калифорния принял закон, запрещающий использование подобного рода условий в договорах с потребителями.

Как отмечают американские исследователи, главная опасность оговорок, ограничивающих право потребителей на отзыв, состоит в том, что они становятся стандартом для отрасли[3]. Компании, опасаясь, что их конкурент, включивший подобного рода условия в договоры с клиентами, может получить преимущество, начинают копировать его поведение, в том числе и условия договоров. В результате условия, ущемляющие права потребителей, мгновенно распространяются и до поры до времени остаются незаметными, так как большинство потребителей, совершающих покупки онлайн, предпочитают не тратить свое время на подробное изучение условий договоров и сразу нажимают кнопку «я согласен».

Несмотря на то, что суды в большинстве случаев вставали на сторону потребителей, потребовалось вмешательство государства, чтобы остановить эту несправедливую практику. В декабре 2016 г. Конгресс США принял Закон о добросовестности в отношении отзывов потребителей[4]. Закон распространяется на отзывы о товарах, услугах, а также о работе компании в целом. Понятием «отзыв» охватываются письменные, устные и изобразительные (в том числе фотографии и видео[5]) оценки потребителей. Законом предусматривается, что в договорах с потребителями *признаются недействительными*:

– условия, запрещающие или ограничивающие право потребителей публиковать отзывы о товарах и услугах;

– условия, устанавливающие штрафы за публикацию отзывов;

– условия, предусматривающие передачу потребителем предпринимателю прав интеллектуальной собственности на свои отзывы (*Sec. 2 subsec (b), para. (1)*).

---

[1] Первой поправкой к Конституции США закреплено, в частности, право на свободу слова.

[2] См.: https://www.citizen.org/our-work/litigation/cases/palmer-v-kleargearcom.

[3] *Goldman Eric.* Op. cit.

[4] H.R.5111 – Consumer Review Fairness Act of 2016 (https://www.congress.gov/114/plaws/publ258/PLAW-114publ258.pdf).

[5] По мнению исследователей, данный Ракон может также свести на нет попытки компаний запретить распространение на фото и видео, снятых потребителями в помещениях компании (см.: *Goldman Eric.* Op. cit.).

Закон распространяется на договоры присоединения (*form contracts*), т.е. такие договоры, в которых «индивиды не имеют значительной возможности обсуждать стандартизированные условия» (*Sec. 2 subsec. (a) para. (3) subpara. (A)*). Закон не распространяется на трудовые договоры, договоры с независимыми исполнителями работ и услуг, а также на соглашения между сайтами отзывов и потребителями.

Отзыв может быть не допущен к публикации или удален, если он:

– содержит конфиденциальную информацию;

– имеет клеветнический, оскорбительный, грубый характер;

– не относится к товарам или услугам компании;

– явно ложный или вводящий в заблуждение (*Sec. 2 subsec. (b) para. (2)*).

Закон о добросовестности в отношении отзывов потребителей установил единые «правила игры» для всех субъектов электронной коммерции в США, разграничив добросовестное и недобросовестное поведение и устранив возможность приобретения конкурентного преимущества за счет злоупотребления свободой договора. Представляется, что указанный Закон может положительно повлиять на электронную коммерцию в целом, поскольку значительное число крупнейших компаний интернет-торговли «родом» из США и подчиняются американскому праву.

## Онлайн-отзывы и рекомендации в России: современное состояние и перспективы развития

В России электронная коммерция существует с 1996 г.[1] и все это время демонстрирует устойчивый рост[2]. По оценкам Ассоциации компаний интернет-торговли (АКИТ), объем рынка интернет-торговли в России по результатам 2017 г. составил более 1,1 трлн руб.[3] Предприниматели, работающие в российском сегменте сети Интернет, активно используют средства электронного маркетинга, в том числе отзывы и рекомендации потребителей для продвижения своих товаров и услуг. Однако правовое регулирование данной сферы значительно отстает от уровня его развития.

[1] Пионером стало издательство «Символ-Плюс», специализирующееся на компьютерной и бизнес-литературе (см.: 15 лет – «возраст» первого Интернет-магазина в России. 05.09.2011 (http://pro-books.ru/news/companynews/7784)).

[2] Russia B2C E-commerce Report 2016. Ecommerce Foundation (www.ecommercefoundation.org/reports).

[3] Объем интернет-торговли в Российской Федерации в первом полугодии вырос на 22%. ТАСС. 12.09.2017 (http://tass.ru/ekonomika/4554953).

Основным нормативным правовым актом, регулирующим отношения между производителями (продавцами, исполнителями работ и услуг) и потребителями в Российской Федерации, на сегодняшний день является Закон о защите прав потребителей. Закон был разработан на основании Руководящих принципов для защиты интересов потребителей, принятых Генеральной Ассамблеей ООН еще в 1985 г., и введен в действие в 1992 г. Регулированию отношений, возникающих в сфере электронной коммерции, посвящена ст. 26.1 Закона о защите прав потребителей, введенная в действие в 2004 г. В дополнение к указанной норме Правительством РФ в 2007 г. были утверждены Правила продажи товаров дистанционным способом[1].

Очевидно, что существующее регулирование не вполне отвечает современным требованиям.

Во-первых, понятие «дистанционный способ продажи товара» включает множество устаревших способов ознакомления потребителя с описанием товара (каталоги, буклеты, телемагазины и т.п.), между тем реализация товаров через Интернет, имеющая определенную специфику, прямо в Законе не упоминается[2].

Во-вторых, данная норма Закона регулирует только реализацию товаров – физических объектов и не распространяется на реализацию иных экономических благ, таких как использование современных технологий или оказание услуг.

В-третьих, Закон о защите прав потребителей отражает ситуацию односторонней коммуникации (производитель/продавец – потребитель), однако, как упоминалось выше, в современных условиях коммуникация между производителями и потребителями все чаще носит двусторонний характер. Подтверждением тезиса об односторонней коммуникации служат нормы о праве потребителя на информацию (ст. 8 Закона) и коррелирующей ему обязанности изготовителя (исполнителя, продавца) такую информацию предоставить (ст. 9–10 Закона). Согласно Закону о защите прав потребителей информация об изготовителе (исполнителе, продавце) и о товарах (работах, услугах) доводится до сведения потребителей *при заключении соответствующих договоров*.

---

[1] Постановление Правительства РФ от 27.09.2007 № 612 «Об утверждении Правил продажи товаров дистанционным способом» (ред. от 04.10.2012) (СПС «КонсультантПлюс»).

[2] Упоминание о продаже товаров посредством сети Интернет появляется лишь во второй редакции Правил продажи товаров дистанционным способом, принятой в 2012 г.

Вместе с тем следует отметить, что большую часть информации о товарах и услугах потребители получают *до момента* их приобретения – в рекламных сообщениях, при общении с близкими или знакомыми, а также при прочтении отзывов о товарах и услугах в Интернете. Представляется, что отзывы потребителей занимают промежуточное положение между рекламой и личной рекомендацией одного гражданина другому, именно поэтому так высок уровень доверия к ним[1]. С одной стороны, отзыв представляет собой мнение частного лица[2]. С другой стороны, будучи опубликованным в Интернете, он становится доступным неограниченному числу лиц, т.е., как и реклама, «адресован неопределенному кругу лиц». Однако могут ли онлайн-отзывы считаться рекламой и подпадать под соответствующее регулирование?

Основным источником правового регулирования рекламной деятельности является Закон о рекламе. В соответствии с п. 1 ст. 3 Закона реклама – это информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке. Реклама в Интернете регулируется ст. 18 Закона о рекламе, устанавливающей особенности распространения рекламы по сетям электросвязи[3].

Согласно позиции ФАС России, *не является рекламой* информация о производимых или реализуемых товарах, размещенная *на сайте производителя или продавца* данных товаров *или на страницах в социальных сетях производителя или продавца* данных товаров, если указанные сведения предназначены для информирования посетителей сайта или страницы в социальной сети о реализуемых товарах, ассортименте, правилах пользования, также не является рекламой информация о хозяйственной деятельности компании, акциях и мероприятиях, проводимых данной компанией, и т.п.[4] Данное утверждение позволяет

[1] По данным исследовательской компании *Nielsen*, более 60% россиян склоняются к покупке после прочтения отзывов потребителей, опубликованных онлайн, и ознакомления с контентом на сайтах брендов, более половины доверяют этим источникам информации (http://www.nielsen.com/ru/ru/press-room/2015/Nielsen-TrustinAdv-PressRelease.html).

[2] *Савельев А.И.* Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. 2-е изд. М.: Статут, 2016 (СПС «КонсультантПлюс»).

[3] Согласно п. 2 письма ФАС России от 19.05.2006 № АК/7654 «Об особенностях отдельных способов распространения рекламы» сеть Интернет относится к средствам электросвязи.

[4] Письмо ФАС России от 28.08.2015 № АК/45828/15 «О рекламе в сети «Интернет»» (СПС «КонсультантПлюс»).

сделать вывод, что отзывы потребителей, опубликованные на сайте или на странице в социальной сети производителя и продавца товаров, также не могут признаваться рекламой. Что же касается отзывов, публикуемых на специализированных сайтах, то их публикация регулируется частноправовыми соглашениями. Публикуя отзыв, пользователь соглашается с правилами и условиями, установленными администратором веб-ресурса. Однако условия крупнейших российских сайтов отзывов непрозрачны и произвольны. К примеру, по условиям сервисов «Яндекс.Маркет» и «Товары@mail.ru» отзывы пользователя могут быть удалены в любое время без объяснения причин[1].

Наряду с Законом о рекламе важным источником правового регулирования поведения участников рынка является Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о конкуренции), в особенности гл. 2.1, посвященная недобросовестной конкуренции. В соответствии со ст. 14.1 Закона о защите конкуренции не допускается недобросовестная конкуренция путем дискредитации, т.е. распространения ложных, неточных или искаженных сведений, которые могут причинить убытки хозяйствующему субъекту и (или) нанести ущерб его деловой репутации. Согласно позиции ФАС дискредитация имеет своей целью подрыв доверия клиентуры (потребителей или иных контрагентов) к конкуренту или его продукции и привлечение потребителей к собственной продукции путем распространения ненадлежащей информации, в число которой входит и неполная информация о конкуренте, его товарах и услугах[2]. Регулятор выделяет три признака, позволяющих квалифицировать деяние как акт дискредитации: распространение информации, ее недостоверность (ложность, неточность, искаженность) и причинение вреда (ущерба деловой репутации). При этом указанные действия будут являться недобросовестной конкуренцией, если распространение такой информации осуществляется хозяйствующим субъектом по отношению к другому хозяйствующему субъекту – конкуренту. Таким образом, распространение негативных отзывов, дискредитирующих конкурента, может быть признано актом недобросовестной конкуренции в случае, если будут выявлены три признака дискредитации, а также если будет доказано, что дискредити-

[1] См.: Правила использования сервиса «Яндекс.Маркет» (см: https://yandex.ru/legal/market_termsofuse/), п. 10.7 пользовательского соглашения *Mall.My.com* (см.: https://torg.mail.ru/info/266/).

[2] См.: Письмо ФАС России от 24.12.2015 № ИА/74666/15 «О применении «четвертого антимонопольного пакета»» // СПС «КонсультантПлюс».

рующие сведения были распространены конкурентом. Данный вывод подтверждается судебной практикой[1].

Вышеизложенное позволяет сделать следующие выводы.

Во-первых, в соответствии с действующим российским законодательством онлайн-отзывы потребителей не могут быть признаны рекламой.

Во-вторых, распространение негативных отзывов может быть признано актом недобросовестной конкуренции при наличии достаточных квалифицирующих признаков и выявлении факта связи распространителя порочащей информации с конкурентом хозяйствующего субъекта, которому был причинен вред.

В-третьих, публикация и распространение положительных отзывов (как истинных, так и фальшивых) подчиняются правилам и условиям, установленным сайтами, на которых размещаются данные отзывы.

Отсутствие четких и понятных «правил игры», несомненно, приводит к искажению информации, что подрывает доверие к отрасли. Так, публикация отзывов воспринимается гражданами как способ заработка[2], а сами интернет-магазины часто предлагают покупателям за вознаграждение написать отзыв о них[3]. Несомненно, причиной такого недобросовестного поведения являются пробелы в правовом регулировании электронной коммерции и смежных областей (электронный маркетинг и реклама в Интернете). Ученые и практики неоднократно указывали на необходимость специального правового регулирования отношений в сети Интернет[4].

Понимая важность этого регулирования для развития современной экономики, Правительство РФ утвердило в июле 2017 г. государ-

---

[1] См. постановления Арбитражного суда Московского округа от 16.02.2016 по делу № А40-72304/2015; ФАС Московского округа от 18.11.2013 по делу № А40-9622/2013. В первом случае дискредитирующая конкурента информация была размещена на интернет-сайте хозяйствующего субъекта – правонарушителя, а во втором случае порочащая информация была размещена на интернет-форуме, но связь нарушителя и хозяйствующего субъекта – конкурента не была доказана.

[2] См., например: *Довнар В.* Сайты отзывов. Как на них заработать? (https://shkolazhizni.ru/job/articles/77258/).

[3] Например, один из крупнейших интернет-магазинов «Юлмарт» предлагает покупателям написать отзыв о магазине на сайте «Яндекс.Маркет» с последующей оплатой на счет мобильного телефона.

[4] См., например: *Савельев А.И.* Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. М.: Статут, 2016 (СПС «КонсультантПлюс»); *Акимова И., Гаспарян Э.* Digital-реклама: запретить нельзя узаконить // Конкуренция и право. 2016. № 6. С. 34.

ственную программу «Цифровая экономика Российской Федерации»[1], предполагающую среди прочих задач «совершенствование правового регулирования в сфере защиты прав потребителей в условиях цифровой экономики» (п. 1.3.1 Программы).

В августе 2017 г. Распоряжением Правительства РФ № 1837-р была утверждена Стратегия государственной политики в области защиты прав потребителей на период до 2030 года[2]. Указанная Стратегия называет обновленные Руководящие принципы ООН для защиты интересов потребителей[3] в качестве своей правовой основы.

Применительно к сфере электронной коммерции Стратегия предполагает решение следующих задач:

– обеспечить защиту потребителей в сфере электронной торговли на уровне не ниже того, который обеспечивается применительно к другим формам торговли;

– осуществлять контроль за соблюдением хозяйствующими субъектами требований законодательства РФ о защите прав потребителей, исключающих незаконную, неэтичную, дискриминационную или вводящую в заблуждение практику;

– осуществлять контроль за предоставлением хозяйствующими субъектами понятной, легкочитаемой, достоверной и не вводящей в заблуждение потребителей информации о товарах (работах, услугах);

– определить перечень недопустимых, несправедливых, нарушающих права потребителей условий договоров в целях реализации принципа защиты слабой стороны договора в отношениях, регулируемых законодательством РФ о защите прав потребителей;

– принять меры, связанные с укреплением доверия потребителей к электронной торговле.

Зарубежный опыт правового регулирования демонстрирует эффективность, а потому он вполне может быть использован при реформировании российского законодательства с учетом национальных особенностей. Международные стандарты и рекомендации могут стать источником ценной информации о современном состоянии и перспективах развития рекламной индустрии, активно использующей новей-

[1] Распоряжение Правительства РФ от 28.07.2017 № 1632-р «Об утверждении программы «Цифровая экономика Российской Федерации»» // СПС «КонсультантПлюс».

[2] Распоряжение Правительства РФ от 28.08.2017 № 1837-р «Об утверждении Стратегии государственной политики в области защиты прав потребителей на период до 2030 года» // СПС «КонсультантПлюс».

[3] Руководящие принципы Организации Объединенных Наций для защиты интересов потребителей: Приняты Генеральной Ассамблеей ООН 22.12.2015 резолюцией 70/186.

шие технологические достижения. Так, многие понятия и практики, получившие распространение в развитых странах и быстро проникающие в Россию, уже были изучены и подверглись соответствующей регламентации. В отсутствие должного правового регулирования и механизмов сдерживания и пресечения недобросовестного поведения велика вероятность злоупотреблений со стороны участников рынка, что, несомненно, приведет к ущемлению прав и законных интересов российских потребителей.

## Заключение

Отзывы и рекомендации потребителей, публикуемые в Интернете, играют важную роль как в онлайн-, так и в офлайн-торговле. Во-первых, они являются важным источником информации для потребителей. Во-вторых, они служат средством «обратной связи» для предпринимателей, позволяя узнать степень удовлетворенности потребителей товаром или услугой. В-третьих, отзывы способны увеличивать или, напротив, уменьшать вероятность заключения новых сделок. Именно поэтому так важно, чтобы отзывы и рекомендации потребителей были честными, объективными и подлинными.

Анализ современного состояния правового регулирования отзывов и рекомендаций потребителей в развитых странах позволяет сделать вывод о значительном отставании российского законодательства в сфере электронной коммерции в целом и в области коммуникаций между производителями (продавцами, исполнителями работ и услуг) в частности. Представляется, что заявленный в рамках программы «Цифровая экономика Российской Федерации» курс на совершенствование правового регулирования данной области не оставит без внимания интересы потребителей – наиболее многочисленную, но в то же время уязвимую группу участников электронной коммерции.

**Пристатейный библиографический список:**

1. *Акимова И.*, *Гаспарян Э.* Digital-реклама: запретить нельзя узаконить // Конкуренция и право. 2016. № 6.

2. *Савельев А.И.* Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. 2-е изд. М.: Статут, 2016 (СПС «Консультант Плюс»).

3. *Талимончик В.П.* Международные сети по защите прав потребителей // Информационное право. 2009. № 1 (СПС «КонсультантПлюс»).

4. *Энтин В.Л.* Авторское право в виртуальной реальности (новые возможности и вызовы цифровой эпохи). М.: Статут, 2017.

5. *Bakshi Amar*. Why and How to Regulate Native Advertising in Online News Publications // Journal of Media Law & Ethics. 2015. 4 (3/4). (http://law.ubalt.edu/academics/publications/medialaw/pdfs_only/Vol.%204%20No.%203-4.pdf).

6. *Balleste Roy*. Internet Governance: Origins, Current Issues, and Future Possibilities. 2015.

7. European B2C E-commerce Report 2016. Ecommerce Foundation (www.ecommercefoundation.org/reports).

8. *Goldman Eric*. Understanding the Consumer Review Fairness Act of 2016. 2017. February 1 // Michigan Telecommunications and Technology Law Review, Forthcoming; Santa Clara Univ. Legal Studies Research Paper N 4-17 (https://ssrn.com/abstract=2922242).

9. *Hoofnagle Chris Jay and Meleshinsky Eduard*. Native Advertising and Endorsement: Schema, Source-Based Misleadingness, and Omission of Material Facts // Technology Science. 2015. December 15 (https://ssrn.com/abstract=2703824).

10. *Murray Andrew*. Information Technology Law: the Law and Society. 3rd ed. Oxford University Press, 2016.

11. *Ponte Lucille M*. Protecting Brand Image or Gaming the System? Consumer 'Gag' Contracts in an Age of Crowdsourced Ratings and Reviews. 2015. March 16. 7. Wm. & Mary Bus. L. Rev (2015, Forthcoming) (http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2579172).

12. *Prins J.E.J., Ribbers P.M.A., van Tilborg H.C.A., Veth A.F.L., van der Wees J.G.L.* Trust in Electronic Commerce. The Role of Trust from a Legal, an Organisational and a Technical Point of View. Kluwer Law International, 2002.

13. Russia B2C E-commerce Report 2016. Ecommerce Foundation (www.ecommercefoundation.org/reports).

14. *Shelton Dinah* (*ed.*). Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System. Oxford: Oxford University Press, 2000.

15. *Sundararajan Arun*. The Sharing Economy: The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism. MIT Press, Cambridge (Mass.), 2016.

16. *Turban E., Whiteside R., King D., Outland J*. Introduction to Electronic Commerce and Social Commerce. 4th ed. Springer International Publishing AG 2017. DOI 10.1007/978-3-319-50091-1.

**Н. Руйе**

# ВЛИЯНИЕ НОРМ О ЗАЩИТЕ ДАННЫХ НА ОНЛАЙН-РЕКЛАМУ: СРАВНЕНИЕ ЕВРОПЕЙСКОГО И АМЕРИКАНСКОГО ПОДХОДОВ И ПЕРСПЕКТИВЫ

Аннотация. *В данной статье рассматривается правовое регулирование защиты данных в ЕС и США в контексте онлайн-рекламы на веб-сайтах. В то время как законодательство ЕС обязывает операторов веб-сайтов уведомлять пользователей и запрашивать их согласие перед обработкой их данных в рекламных целях, правовая система США требует информировать пользователей об обработке их данных и давать им возможность отказаться от нее. Очевидно, что правовое регулирование ЕС больше защищает личную сферу. В среднесрочной перспективе оно останется таковым, если этот уровень защиты будет поддержан на законодательном уровне, несмотря на чрезвычайно сильные интересы, значительно за пределами рекламы, на использование данных, собранных в процессе деятельности интернет-пользователей (в особенности для научных целей, связанных с искусственным интеллектом, основанным на big data).*

Ключевые слова: *поведенческая реклама, cookies, защита данных, информированное согласие, конфиденциальность, целевая реклама, операторы веб-сайтов, онлайн-реклама, big data, искусственный интеллект.*

## Введение

Рекламирование на интернет-сайтах приобрело массовый характер. Наиболее поразительным является целевой характер рекламы или, другими словами, то, что реклама, появляющаяся на просматриваемом сайте, часто выбирается в зависимости от таких особенностей конкретных пользователей, как возраст, интересы, пол, место проживания и даже личное мнение.

*Cookies* являются одним из способов сбора личных данных[1]. Они позволяют собрать данные, относящиеся к поведению пользователя на веб-сайтах, которые он просматривает, и впоследствии показывать «поведенческую» рекламу, т.е. зависящую от данных о предпочтениях, полученных как раз посредством *cookies*.

Эти данные собираются во время навигации пользователя в интернете. Это влечет ряд вопросов о легитимности такого сбора данных и последующего их использования, в частности: должен ли пользователь быть уведомлен о том, что его личные данные собираются третьими лицами в ходе онлайн-бизнеса и что реклама на сайте размещена на основе этих собранных данных? Помимо вопроса об уведомлении возникает и проблема согласия на это пользователя, а также реальность такого согласия.

В настоящей краткой статье дается обзор европейского и американского подходов, касающихся данных вопросов. Можно прийти к заключению по более общему вопросу о пользе или тщетности положений о защите данных в свете обоснованного и объявленного прогресса искусственного интеллекта[2]; эти достижения представлены как основывающиеся на большом массиве данных, сбор которых должен быть как можно менее затруднен во избежание каких-либо задержек (либо осуществляться под менее интенсивным юридическим наблюдением[3]), и приложений, которые используют искусственный интеллект и развивают его.

## Регулирование онлайн-рекламы в рамках защиты данных в Европейском союзе

Правовое регулирование защиты данных в области онлайн-рекламы в ЕС состоит из Общего регламента 2016/679 Европейского парламента и Совета ЕС от 27.04.2016 о защите физических лиц при обработке личных данных и о свободном обращении таких данных (далее – *GDPR*, от англ. *General Data Protection Regulation*), а также отменяемой

[1] *Smit, Van Noort & Voorveld*. Understanding Online Behavioural Advertising: User Knowledge, Privacy Concerns and Online Coping Behaviour in Europe // *Elsevier*. Computers in Human Behavior, 32. 2014. P. 15.

[2] Для справочной информации мы можем сослаться на недавнюю публикацию: *Bostrom Nick*. Superintelligence. Oxford, 2016. Spéc. p. 18 ss.

[3] Известно, что такое государство, как Китай, где защита персональных данных отличается от западных стран, широко использует – и более или менее без реальных ограничений – информацию, полученную из поведения пользователей Интернета (см.: *Laurent Alexandre*. La guerre des intelligences. Paris, 2017. P. 70 ss).

Директивы 95/46/ЕС о защите данных[1] и Директивы Европейского парламента и Совета ЕС 2002/58/ЕС от 12.07.2002 в отношении обработки персональных данных и защиты конфиденциальности в секторе электронных средств связи (далее – Директива о конфиденциальности и электронных средствах связи)[2].

*GDPR* применятся на территории Европейского союза с 25.05.2018 (ст. 99 п. 2). В соответствии со ст. 4 п. 1 *GDPR*, «персональными данными» является «любая информация, относящаяся к определенному или определяемому физическому лицу (субъекту данных); определяемое физическое лицо может быть идентифицировано прямо или косвенно, в частности, посредством ссылки на идентификатор, такой как имя, идентификационный номер, данные о местоположении, онлайн-идентификатор либо один или несколько факторов, характерных для физической, физиологической, генетической, умственной, экономической, культурной или социальной идентичности этого физического лица».

Согласно ст. 6 п. 1 подп. «а» *GDPR* обработка данных личного характера законна в случае согласия на это субъекта данных для определенных целей (под согласием понимается что-то желаемое данным лицом[3]). Кроме того, в соответствии со ст. 25 п. 2 *GDPR* «ответственный по обработке должен осуществлять соответствующие технические и организационные меры для обеспечения того, что, по умолчанию, обрабатываются только персональные данные, которые необходимы для каждой конкретной цели обработки».

Что касается Директивы о конфиденциальности и электронных средствах связи, то она предусматривает правовой режим обработки персональных данных в процессе использования сети электронной связи. Так, ст. 5 п. 3 данной Директивы требует, чтобы «хранение информации или получение доступа к информации, уже сохраненной на терминальном оборудовании абонента или пользователя, допускается только при условии, что заинтересованный абонент или пользователь дали свое согласие, будучи обеспечены точной и полной информацией в соответствии с Директивой 95/46/ЕС, помимо прочего, о целях обработки информации и что абонент или пользователь имеют право отказаться от обработки со стороны ответственного по обработке данных». Для этих целей требуются уведомления *pop-up* (которые определены как «окна, которые появляются на экране автоматическим

[1] Official Journal L 119. 04/05/2016. P. 0001–0088.

[2] Official Journal L 201. 31/07/2002. P. 0037–0047.

[3] *Rouiller Nicolas.* International Business Law: An Introduction to the Legal Instruments and to the Legal Environment of Business from an International Perspective. Zurich, 2015. P. 129.

образом при открытии веб-страницы»[1]), чтобы пользователь имел возможность дать свое согласие на использование *cookies*, отслеживающих поведение пользователя на веб-сайте в целях размещения целевой рекламы[2]. Однако следует отметить, что *cookies* могут использоваться и в иных целях; следовательно, в случае если использование *cookies* связано не с обработкой данных, а, к примеру, с функционированием сайта, согласие пользователя на это не требуется[3]. Кроме того, информация об этом и согласие пользователя могут быть даны посредством принятия общих условий веб-сайта. Другими словами, в европейском праве был воспринят подход *opt-in*, предусматривающий активный контроль пользователей[4].

Следует подчеркнуть значение упомянутых обязанностей для конечного пользователя в Интернете. Так, обязанность оператора веб-сайта предоставить конечному пользователю полную и ясную информацию о целях обработки персональных данных играет большую роль на практике. Исследования показали, что большинство пользователей сети Интернет не осведомлены в полной мере о процессе обработки их персональных данных и о его целевом назначении[5]. Кроме того, следует также подчеркнуть ценность согласия, даваемого интернет-пользователями на обработку их персональных данных в рекламных целях, с точки зрения интересов этих пользователей[6]. Согласно проведенным исследованиям большинство людей беспокоятся за свою частную жизнь при обработке их персональных данных для целевой рекламы: согласно опросу 78% опрошенных выступили за необходимость получения у них согласия на доступ к персональным данным[7].

---

[1] https://www.journaldunet.fr/business/dictionnaire-du-marketing/1198333-pop-up-definition-traduction-et-synonymes/ (12.04.2018).

[2] https://qz.com/883232/eu-cookies-and-eprivacy-directive-the-proposed-regulation-moves-cookie-consent-to-the-browser/ (12.04.2018).

[3] http://ec.europa.eu/ipg/basics/legal/cookies/index_en.htm#section_2 (12.04.2018): ст. 3 п. 3 Директивы о конфиденциальности и электронных средствах связи.

[4] *Smit, Van Noort, & Voorveld.* Understanding Online Behavioural Advertising: User Knowledge, Privacy Concerns and Online Coping Behaviour in Europe // *Elsevier.* Computers in Human Behavior, 32. 2014. P. 15. 2014.

[5] Ibid. P. 18–19.

[6] Ibidem.

[7] Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Concerning the Respect for Private Life and The Protection of Personal Data in Electronic Communications and Repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications). Brussels, 10.01.2017, COM (2017) 10 final 2017/0003 (COD) (https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/evaluation-and-review-directive-200258-privacy-and-electronic-communication-sector (12.04.2018)). P. 7 (hereinbelow: Proposal for a Regulation).

10 января 2017 г. Европейская комиссия предложила новый проект Регламента, который должен заменить собой Директиву о конфиденциальности и электронных средствах связи[1] (далее – проект Регламента). Следует отметить, что на апрель 2018 г. он все еще находился на стадии проекта, в связи с чем Директива о конфиденциальности и электронных средствах связи по-прежнему действует. Согласно этому проекту обязанность запрашивать согласие на обработку персональных данных пользователей возложена на программное обеспечение, такое как веб-браузеры либо «приложения, которые позволяют осуществлять звонки и отправлять сообщения или предоставлять указания» (§ 22 проекта Регламента), а не на операторов интернет-сайтов. Такое решение основано на соображении, что «конечные пользователи перегружены запросами на согласие» (§ 22 проекта Регламента) и что это позволило бы многим компаниям сэкономить средства посредством удаления баннеров на веб-сайтах[2]. Кроме того, согласно опросу 89% опрошенных предпочитают стандартные настройки их веб-браузеров, которые по умолчанию предотвращают передачу этих данных[3].

На настоящий момент несколько веб-браузеров уже предоставляют своим пользователям формулу, предлагающую «принять *cookies*». Однако проект Регламента рекомендует веб-браузерам дополнить данную опцию другими вариантами – «никогда не принимать *cookies*» и «отклонять *cookies* сторонних лиц» или, иными словами, «принимать только собственные *cookies*» (§ 23 проекта Регламента). Более того, на момент установки интернет-соединения веб-браузеры обязаны предложить своим пользователям выбор настроек конфиденциальности (ст. 10 п. 1 проекта Регламента). Кроме того, пользователю должна быть предоставлена необходимая информация о рисках, которые порождает согласие на обработку данных. Наконец, должна быть предоставлена возможность изменить в любой момент настройки конфиденциальности (§ 24 проекта Регламента).

Применение предложенного регулирования могло бы привести к ситуации, сложной для некоторых рекламодателей, практикующих целевую рекламу, в случае если большая часть пользователей выберет «отказаться от *cookies* сторонних лиц». Однако проект Регламента не мешает операторам веб-сайтов направлять пользователям индивидуальные запросы, что позволит «сохранить существующую бизнес-

[1] Proposal for a Regulation.
[2] Chapter 3.4 of the Proposition of Regulation. P. 9.
[3] Proposal for a Regulation. P. 7.

модель»[1]. Тем не менее риск того, что проект Регламента поставит под угрозу индустрию онлайн-рекламы, не является незначительным, исходя из реакции, которая может развиться в обществе.

Таким образом, европейское право о защите данных, применимое к целевой рекламе, обязывает операторов веб-сайтов (или, вероятно, в будущем веб-браузеры) предоставлять пользователям всю информацию в связи с использованием их персональных данных в рекламных целях и позволяет использовать эти данные в таких целях исключительно после выраженного пользователями согласия. Следовательно, можно признать, что законодательство Европейского союза ориентируется на бóльшую защиту персональных данных конечных пользователей сети Интернет.

Как правило, сложнее получить прямое согласие от пользователя, чем подразумеваемое, на то, что оператор веб-сайта будет использовать некоторые данные в рекламных целях или посредством сообщения типа *pop-up*, информирующего пользователей о действии *cookies*.

Следует отметить также и то, что если для крупных интернет-платформ, таких как *Google* или *Facebook*, достаточно просто запросить у потребителей согласие на использование их данных в рекламных целях, это гораздо более затруднительно для продавцов, которые не имеют платформы, ориентированной на потребителей. Вследствие этого часть малых и средних предприятий, работающих в отрасли, может быть вытеснена с рынка.

## Регулирование онлайн-рекламы в рамках защиты персональных данных в Соединенных Штатах

В Соединенных Штатах не существует федерального закона, который регулировал бы сбор и использование персональных данных в целях онлайн-рекламы, несмотря на то, что каждый новый состав Конгресса предлагает унифицировать законы на федеральном уровне. Вместе с тем здесь существует множество руководящих принципов, принятых правительственными учреждениями и экономическими группами, которые не имеют юридической силы, но представляют собой часть саморегулирования, или, точнее, самоуправления, также именуемых *Best Practices*. С учетом этих принципов органы исполнительной власти принимают правовые стандарты для онлайн-рекламы.

Так, Федеральная торговая комиссия (*Federal Trade Commission*, далее – ФТК) приняла Акт о запрещении недобросовестной торговой

[1] Chapter 3.4 of the Proposition. P. 9.

практики (§ 45 п. 5 п. (а) (1) Закона о ФТК), представляющий собой стандарт о защите прав потребителей, который применяется в равной мере как к онлайн-, так и к офлайн-рекламе, а также к политике защиты данных.

Кроме того, в феврале 2009 г. ФТК в своем периодическом докладе предложила Принципы саморегулирования поведенческой онлайн-рекламы для защиты частной жизни, касающиеся контекстной и ориентированной рекламы (*FTC Staff Report*: *Self-regulatory Principles for Online Behavioural Advertising Privacy*[1], далее – Принципы), которые применимы к операторам веб-сайтов. Поведенческая реклама касается случаев отслеживания (*tracking*) онлайн-активности пользователей в определенный период времени (включая отслеживание поисковых запросов пользователей, посещение ими веб-сайтов, просматриваемого контента) для того, чтобы размещать рекламу, ориентированную на интересы отдельных потребителей.

Данные Принципы относятся к «мягкому праву» (*soft law*), т.е. не имеют обязательной силы. Посредством этих Принципов ФТК намеревалась сориентировать отрасль в развитии саморегулирования[2] в отношении поведенческой рекламы. Очевидно, что федеральный законодательный акт защитил бы единообразно и, вероятно, намного более четко и надежно персональные данные пользователей Интернета.

Тем не менее Принципы призывают операторов веб-сайтов к следующему:

– предупреждать конечных пользователей о сборе их персональных данных в рекламных целях, предоставляя им право отказаться от такого сбора (право на *opt-out*);

– использовать данные только на протяжении того времени, которое необходимо для ведения бизнеса[3];

– получать прямое согласие от пользователя в случае изменения способа использования уже собранных персональных данных;

– разрешать обработку чувствительных персональных данных исключительно после получения прямого согласия пользователя (право на *opt-in*)[4].

---

[1] https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2007/12/ftc-staff-proposes-online-behavioral-advertising-privacy (12.04.2108).

[2] FTC Staff Report: Self-regulatory Principles for Online Behavioural Advertising Privacy. February 2009. P. 11.

[3] Ibid. P. 46.

[4] Ibid. P. 47.

Таким образом, американское право предусматривает два разных режима обработки персональных данных и чувствительных персональных данных. Следует признать, что по сравнению с правом ЕС американское право в этом отношении менее жесткое, поскольку *opt-in* предусмотрен только при обработке чувствительных персональных данных. В тексте ФТК не дано определения понятия чувствительных персональных данных и указывается, что они должны устанавливаться в каждом конкретном случае. Но ФТК приводит примеры чувствительных данных – это финансовая информация, сведения о здоровье, о детях, данные о точном географическом местоположении и социальном страховании[1]. На наш взгляд, эта категория данных остается весьма неопределенной, что порождает опасность злоупотреблений со стороны операторов веб-сайтов в случае, если данные не вписываются, в частности, в список чувствительных данных.

Консорциум рекламной индустрии также создал правила, касающиеся онлайн-рекламы, которые воспроизводят Принципы ФТК. Так, в июле 2009 г. Альянс цифровой рекламы (*Digital Advertising Alliance (DAA)*) издал Принципы саморегулирования поведенческой рекламы онлайн (*Self-Regulatory Principles for Online Behavioral Advertising*[2]) и Программу 2013, в которой уточняется, каким образом будут реализованы эти Принципы. Альянс также сообщил о решениях *compliance*. Некоторые из них касались компаний, которые не уведомили тем или иным образом пользователей о сборе данных на веб-сайте, в то время как собранные данные использовались в рекламе. Другие действия по *compliance* коснулись компаний, которые предложили пользователям *opt-out*, но не выполняли свои обязанности в течение как минимум пяти лет.

Принципы Альянса цифровой рекламы также упоминают две составляющие требований к операторам веб-сайтов: прозрачность и контроль со стороны конечного пользователя. Прозрачность должна быть обеспечена уведомлениями на сайте[3]; контроль, в свою очередь, предусматривает согласие пользователя на обработку данных и возможность для него отозвать свое согласие (*opt-out*)[4].

Кроме того, деятельность сайтов, которые обрабатывают данные детей до 13 лет, должна соответствовать Акту ФТК о защите частной

[1] FTC Staff Report: Self-regulatory Principles for Online Behavioural Advertising Privacy. February 2009. P. 44.

[2] http://www.aboutads.info/resource/download/seven-principles-07-01-09.pdf (12.02.2018).

[3] Self-Regulatory Principles for Online Behavioral Advertising. July 2009. Ch. IV B. P. 12.

[4] Ibid. P. 14.

жизни детей в Интернете (*Federal Trade Commission (FTC) Children's Online Privacy Protection Act (COPPA)*[1]).

## Заключительный сравнительный анализ и перспективы

В сравнении с европейским правом право США более сконцентрировано на интересах отрасли онлайн-рекламы, предусматривая общее правило *opt-out*. Очевидно, что американский подход может быть поставлен под сомнение с точки зрения возможности эффективно защищать персональные данные онлайн-пользователей. Однако вызовы современных технологических реалий позволяют также задаться вопросом, не должна ли структура связи между защитой данных и их использованием быть основательно переформатирована. Это связано с тем, что искусственный интеллект развивается с невероятной скоростью, в особенности в части использования больших данных, первоисточником которых является поведение в Интернете.

Вне сферы рекламы научное использование данных в области психологии или социологии, конечно, колоссально: несмотря на то, что социология долгое время развивалась на основе весьма дорогостоящих исследований, подразумевающих участие нескольких сотен или тысяч опрашиваемых, получаемые результаты были спорными или даже случайными либо необъективными; в то же время объемы данных, получаемые от миллионов и миллиардов повседневных действий пользователей Интернета, позволяют прийти к выводам намного более верным в плане точности и полноты полученных знаний. Потенциал использования полученных масс данных поистине безграничен. Их спорное использование в избирательных кампаниях в 2016 г. в США и Великобритании, вероятно, является лишь «вершиной айсберга» (глубже Марианской впадины). Многочисленные силы – коммерческие, научные и геополитические, которые подталкивают использование больших данных, способны сломить сопротивление, представленное сегодня в виде регулирования защиты персональных данных. Безусловно, требует тщательного анализа то, что может быть или должно быть сохранено в частной сфере в процессе такого переворота.

[1] https://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/childrens-online-privacy-protection-rule (12.04.2018).

**Пристатейный библиографический список:**

1. *Rouiller Nicolas*. International Business Law: An Introduction to the Legal Instruments and to the Legal Environment of Business from an International Perspective. Zurich, 2015.

2. *Bostrom Nick*. Superintelligence. Oxford, 2016.

3. *Laurent Alexandre*. La guerre des intelligences. Paris, 2017.

4. *Smit, Van Noort & Voorveld*. Understanding Online Behavioural Advertising: User Knowledge, Privacy Concerns and Online Coping Behaviour in Europe // *Elsevier*. Computers in Human Behavior, 32. 2014. P. 15.

5. Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 Concerning the Processing of Personal Data and the Protection of Privacy in the Electronic Communications Sector (Directive on Privacy and Electronic Communications) // Official Journal. L 201. 31/07/2002. P. 0037–0047.

6. FTC Staff Report: Self-regulatory Principles for Online Behavioural Advertising Privacy. February 2009 (https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2007/12/ftc-staff-proposes-online-behavioral-advertising-privacy) (12.04.2108)).

7. Self-Regulatory Principles for Online Behavioral Advertising. July 2009. Chapter IV B. P. 12 (http://www.aboutads.info/resource/download/seven-principles-07-01-09.pdf) (12.02.2018).

8. Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the Protection of Natural Persons with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, and Repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) // Official Journal. L 119. 4/05/2016. P. 0001–0088.

9. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Concerning the Respect for Private Life and the Protection of Personal Data in Electronic Communications and Repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications). Brussels, 10.01.2017. COM (2017) 10 final 2017/0003 (COD) (https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/evaluation-and-review-directive-200258-privacy-and-electronic-communication-sector) (12.04.2018).

10. https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2007/12/ftc-staff-proposes-online-behavioral-advertising-privacy (12.04.2108).

11. https://qz.com/883232/eu-cookies-and-eprivacy-directive-the-proposed-regulation-moves-cookie-consent-to-the-browser/ (12.04.2018).

12. https://www.journaldunet.fr/business/dictionnaire-du-marketing/1198333-pop-up-definition-traduction-et-synonymes/ (12.04.2018).

**Е.В. Щербакова**

# ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ГЕОЛОКАЦИОННЫХ ДАННЫХ В СФЕРЕ ЭЛЕКТРОННОЙ КОММЕРЦИИ

Аннотация. *В статье анализируется возможность правового регулирования данных, полученных в результате применения геолокации, с помощью различных уже существующих институтов российского права. Автор исследует правоприменительную практику Федеральной торговой комиссии США и на основании этого предлагает потенциальные пути совершенствования российского законодательства в данной области.*

Ключевые слова: *персональные данные, геолокация, защита прав потребителей, недобросовестная конкуренция, право на частную жизнь.*

Законодательной дефиниции *e-commerce* не существует, хотя она упоминается в некоторых нормативных правовых актах: например, под электронной коммерцией понимается сфера экономики, включающая в себя все сделки по реализации товаров или оказанию услуг потребителям, осуществляемые при помощи сети Интернет[1]. Но в разных источниках можно обнаружить множество подходов к определению электронной коммерции, включая как максимально широкое ее толкование (как осуществление предпринимательской деятельности посредством электронных коммуникаций, в том числе с использованием телефонов, факса, телевидения и пр.), так и значительно более узкие трактовки, например, ограничивающие сферу электронной коммерции совокупностью сделок, заключенных с использованием только сети Интернет[2], либо предлагающие понимать ее как совокуп-

[1] Распоряжение Правительства РФ от 28.08.2017 № 1837-р «Об утверждении Стратегии государственной политики Российской Федерации в области защиты прав потребителей на период до 2030 года».

[2] *Васильева Н.М.* Электронная коммерция как правовая категория // Юрист. 2006. № 5. С. 4.

ность технических и организационных форм совершения финансовых и торговых транзакций, осуществляемых с использованием электронных систем[1].

Вероятно, нет надобности специально формулировать определение понятия «электронная коммерция». Но при этом надо отметить, что *e-commerce* требует учета множества аспектов, таких как совершение расчетов в электронной форме, размещение рекламы, защита персональных данных, определение юрисдикции и т.д. В настоящей статье внимание сосредоточено на правовом регулировании сбора и использования геолокационных данных в сфере электронной коммерции.

## Понятие геолокационных данных и сферы их использования

Геолокация – это информационная технология, которая позволяет быстро и в автоматическом режиме установить физическое местонахождение субъекта или объекта (пользователя сайта сети Интернет, гаджета и проч.)[2]. Соответственно, геолокационные данные – это информация о географическом положении лица или предмета, полученная с использованием геолокации.

Геолокационные данные могут быть получены с помощью различных средств, наиболее популярные среди которых обработка данных с мобильных телефонов, *GPS*-устройств, *IP*-адресов, транзакций, осуществляемых с помощью банковских карт, и т.д. Иногда лица добровольно раскрывают свое местоположение, ставя отметки в социальных сетях и приложениях (*Facebook*, *Instagram*, *Foursquare*), но геолокация может устанавливаться и вне желания субъектов – например, в отношении отслеживаемых органами правопорядка лиц в целях борьбы с терроризмом и другими видами преступности[3].

Геолокация осуществляется в нескольких направлениях: позиционирование (фиксирование местонахождения объекта), геокодирование (присвоение географических координат определенным объектам

[1] Решение Высшего Евразийского экономического совета от 08.05.2015 № 19 «О плане мероприятий по реализации Основных направлений развития механизма «единого окна» в системе регулирования внешнеэкономической деятельности» // Официальный сайт Евразийского экономического союза: http://www.eaeunion.org/. (дата обращения: 12.05.2015).

[2] *King K.F.* Geolocation and Federalism on the Internet: Cutting Internet Gambling's Gordian Knot // Columbia Science and Technology Law Review. 2010. V. XI. P. 43.

[3] *Uzun v. Germany*, App N 35623/05 (ECtHR, 2 September 2010).

на карте), геотеггинг (присоединение геоданных к метаданным фотографии или страницы сайта в сети Интернет)[1].

В сфере *e-commerce* геолокация используется преимущественно для таргетированной рекламы – рассылки специальных предложений, скидок, обзоров, отзывов об определенных товарах, услугах в зависимости от конкретного местоположения потребителя рекламы в данный момент времени[2]. Кроме того, польза геолокационных данных также может заключаться в приведении в исполнение ограничений на доступ к сайтам из различных юрисдикций, предотвращении мошенничеств с банковскими картами, поиске потерянных вещей, пропавших людей, упрощении логистики, адаптации информации под демографические категории и группы лиц по интересам и т.д.

Однако применение геолокации ставит вопрос о соблюдении баланса частных и общественных интересов, так как сбор и использование данных о местоположении могут нарушать право лица на неприкосновенность частной жизни. Попадание геолокационных данных к лицам, не имеющим полномочий или согласия лица на их обработку, может привести к негативным последствиям как в «виртуальной реальности» (например, рассылка спам-сообщений), так и в реальном мире: идентификация лица с использованием его персональных данных наряду с геолокационной информацией способна облегчить совершение кражи, похищение человека, причинение вреда имуществу или здоровью лица[3]. Поэтому компании и лица, собирающие геолокационные данные, должны ответственно подходить к осуществлению данной деятельности.

В разных государствах мира выработаны различные подходы к регулированию обработки геолокационных данных. Например, согласно Общему регламенту защиты данных Европейского союза (*General Data Protection Regulation*; *GDPR*), который вступил в силу 25.05.2018, геоданные относятся к персональным данным[4], а в Принципах тарге-

---

[1] Geolocation: Risk, Issues and Strategies // ISACA White Paper, 2011. P. 5. URL: http://www.isaca.org/groups/professional-english/wireless/groupdocuments/geolocation_wp.pdf. (дата обращения: 24.11.2017).

[2] *Trimble M.* The Future of Cybertravel: Legal Implications of the Evasion of Geolocation // Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal. 2012. V. 22. Iss. 3. P. 587.

[3] Geolocation: Risk, Issues and Strategies // ISACA White Paper, 2011. P. 8 URL: http://www.isaca.org/groups/professional-english/wireless/groupdocuments/geolocation_wp.pdf. (дата обращения: 24.11.2017).

[4] Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the Protection of Natural Persons with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, and Repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) // Official Journal of the European Union. L 119. 4.5.2016. P. 33.

тированной рекламы Федеральной торговой комиссии США точное местоположение лица – это специальная категория персональных данных, так называемые чувствительные персональные данные[1].

## Правовое регулирование геолокации и геоданных в Российской Федерации

Понятие «геолокация» хоть и редко, но употребляется в отечественных нормативных правовых актах. В одном случае под ним понимается обнаружение координат реального географического положения любого объекта[2]. В другом случае использование этой технологии предусматривается для определения место положения лица, осуществляющего вызов, или очага возгорания, а также фиксации происшествия на дороге с перенесением точки местности на карту[3]. Еще одним примером применения геолокации является сфера электронного правительства[4]. Однако следует признать, что в целом сфера правового регулирования применения геолокации и использования полученных данных остается «серой нишей» в законодательстве Российской Федерации.

Понятие «геолокационные данные» (далее – геоданные) в российском законодательстве не встречается вовсе, поэтому настоящую часть работы целесообразно начать с анализа возможности распространения на данное явление норм института персональных данных.

В соответствии со ст. 3 Закона о персональных данных к таким данным относится «любая информация, относящаяся к прямо или косвенно определенному или определяемому физическому лицу (субъекту персональных данных)». Конкретный перечень данных, относящихся к этой категории

[1] Self-Regulatory Principles for Online Behavioral Advertising // FTC Staff Report, 2009. P. 44. URL: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/federal-trade-commission-staff-report-self-regulatory-principles-online-behavioral-advertising/p085400behavadreport.pdf. (дата обращения: 27.11.2017).

[2] Распоряжение Правительства РФ от 03.12.2014 № 2446-р «Об утверждении Концепции построения и развития аппаратно-программного комплекса «Безопасный город» // Официальный интернет-портал правовой информации: http://www.pravo.gov.ru. (11.12.2014).

[3] Временные единые требования к техническим параметрам сегментов аппаратно-программного комплекса «Безопасный город» (утв. МЧС России 29.12.2014 № 14-7-5552).

[4] Приказ Минкомсвязи России от 16.10.2015 № 405 «Об утверждении методических рекомендаций по совершенствованию интерфейсов (в части навигации, поиска, предоставления информации) федеральной государственной информационной системы «Единый портал государственных и муниципальных услуг (функций)» и официальных сайтов федеральных органов исполнительной власти и государственных внебюджетных фондов, используемых при предоставлении государственных услуг в электронном виде».

информации, в законодательстве не содержится. Однако можно со всей определенностью сказать, что по российскому законодательству геоданные не могут относиться к специальным категориям персональных данных («чувствительным» данным), поскольку исчерпывающий перечень таковых установлен в ст. 10 Закона о персональных данных.

Отечественная судебная практика показывает, что персональными данными принято считать только такую информацию, которая содержит сведения личного характера, позволяющие идентифицировать конкретное лицо. По этой причине режим персональных данных суды не распространяют, например, на идентификационный номер налогоплательщика[1], реквизиты паспорта[2].

Исходя из толкования процитированной дефиниции понятия «персональные данные», представляется, что информация о геолокации вряд ли может расцениваться как персональные данные[3]. Это связано с тем, что геоданные сами по себе не могут однозначно определять физическое лицо.

Вместе с тем геоданные могут считаться относительно определенными персональными данными, позволяющими определить лицо при выполнении каких-либо сложных процедур или при наличии дополнительных данных[4]. Показательно в этом смысле дело в отношении ПАО «МГТС», в котором суд признал правомерным привлечение общества к административной ответственности за нарушение правил лицензии оказания связи из-за передачи третьим лицам персональных данных об абонентах, которыми были признаны геоидентификатор, адрес *web*-страницы, *coockie*, *HTTP refer*, *src ip*, *src port*, *dst ip*, *dst port*, *User agent*[5].

Существуют сложности в привлечении к ответственности за сбор и использование геоданных и в других сферах.

В настоящее время привлечь предпринимателей к ответственности за недобросовестную конкуренцию при распространении не соответ-

---

[1] Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 03.02.2015 № 33-1644/2015 по делу № 2-3097/2014.

[2] Определение Московского городского суда от 29.02.2012 по делу № 33-6709.

[3] Хотя звучат предложения распространить действие правил о персональных данных на информацию о действиях пользователей в Интернете, а также и на геоданные (см.: В Кремле предложили отнести к персональным данным информацию из соцсетей // РБК. URL: https://www.rbc.ru/technology_and_media/20/04/2015/5534c9c29a7947f31646f69d (дата обращения: 08.12.2017)).

[4] *Иванов А.А.* Хранение персональных данных за рубежом с точки зрения российского права // Закон. 2015. № 1. С. 137.

[5] Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 23.05.2016 № 09АП-17574/2016.

ствующей действительности информации о товаре вполне допустимо и без того, чтобы признавать геоданные персональными данными[1]. Это может иметь место в случае, например, наличия в политике конфиденциальности положения о высоком уровне защиты собираемых данных.

Вместе с тем если предприниматель утверждает, что им не собирались и не обрабатывались геоданные (даже если это утверждение ложно), применение ответственности становится затруднительным, поскольку встает вопрос о том, является ли правильным отказ от сбора информации о местоположении субъекта. По всей видимости, это предопределяется целевой направленностью приложения или сайта: вряд ли будет верным отказ навигационного приложения или приложения прогноза погоды от сбора информации о локализации субъекта-пользователя. При этом затруднительным станет установление факта недобросовестной конкуренции – это объясняется тем, что реальные или потенциальные убытки в таком случае грозят не конкурентам (хозяйствующим субъектам), а потребителям.

Необходимо отметить, что на использование геоданных проблематично распространять положения, устанавливающие неприкосновенность частной жизни.

Согласно ст. 137 Уголовного кодекса РФ к правонарушениям относятся незаконный сбор и распространение сведений о частной жизни лица, являющихся личной или семейной тайной. Частная жизнь – это область жизнедеятельности человека, относящаяся к отдельному лицу, касающаяся только его и не подлежащая контролю со стороны общества и государства; при этом лицо вправе самостоятельно определять круг таких сведений (см.: Определение КС РФ от 28.06.2012 № 1253-О). Статья 8 Конвенции по правам человека допускает вмешательство властей в это право только в целях защиты прав и свобод других лиц, в интересах общественного порядка. В данном случае крайне сложно будет доказать, что в балансе частных и публичных интересов частные превалируют.

## Опыт США по пресечению незаконных сбора и использования геолокационных данных

В США не существует единого федерального законодательного акта, регулирующего обработку и защиту геоданных. Однако Федеральная торговая комиссия США (далее – ФТК) следит за законностью и доб-

[1] Письмо ФАС России от 24.12.2015 № ИА/74666/15 «О применении «четвертого антимонопольного пакета»».

росовестностью действий компаний применительно к использованию геолокации.

ФТК – это федеральное агентство, преследующее цели защиты потребителей и способствования развитию конкуренции[1]. Основной вид деятельности ФТК – это предотвращение использования индивидуальными предпринимателями и юридическими лицами методов недобросовестной конкуренции, недобросовестных и вводящих в заблуждение практик ведения предпринимательской деятельности, осуществляемое путем возбуждения производства, которое завершается принятием предписания, если факты, изложенные в жалобе, оказываются соответствующими действительности[2].

ФТК в 2013 г. опубликовала отчет «Информация о частной жизни во времена мобильной связи: приобретение доверия с помощью прозрачности» (далее – Отчет). Этот документ содержит положения, которых следует придерживаться компаниям, участвующим в сборе и обработке геолокационных данных, – платформам (операционным системам), разработчикам мобильных приложений, рекламным агентствам, торговым объединениям разработчиков приложений. Содержащиеся в Отчете нормы носят характер рекомендаций, не являются обязательными для участников рынка, но содержание Отчета отражает позицию ФТК применительно к соблюдению необходимого уровня защиты данных, следовательно, деятельность, не соответствующая этим положениям, может быть расценена как недобросовестное ведение бизнеса.

Одно из главных общих положений Отчета – это причисление геоданных к «чувствительным» данным, т.е. признание за такой информацией особой значимости для частного лица и, следовательно, закрепление необходимости повышенной защиты данных о его местоположении[3]. Исходя из этого основного посыла строятся все рекомендации Отчета.

Платформам (*Google*, *Apple*) предписывается не только раскрывать пользователям обстоятельство сбора приложениями геолокационных данных, но и получать явно выраженное согласие пользователей

[1] About FTC // Federal Trade Commission. URL: https://www.ftc.gov/about-ftc (дата обращения: 03.12.2017).

[2] Federal Trade Commission Act // 15 U.S.C.A. Ch. 2. URL: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/statutes/federal-trade-commission-act/ftc_act_incorporatingus_safe_web_act.pdf (дата обращения: 03.12.2017).

[3] *Shin M.* Geolocation and the Law: Where Are We Today and What Direction Are We Headed in? URL: https://apps.americanbar.org/buslaw/committees/CL230000pub/newsletter/201306/legalfeature2.pdf (дата обращения: 04.12.2017).

на это. Кроме того, платформы должны создать на своем сайте панель, на которой будет отображено, какие приложения могут собирать и использовать данные о местоположении, предоставляя тем самым пользователям возможность запретить сбор данных. Закреплено и требование о наличии специального знака («иконки»), показывающего пользователю, что в определенный момент устройство собирает данные о геолокации.

Разработчикам приложений адресованы схожие рекомендации, но имеется и дополнение: они должны публиковать политику обеспечения конфиденциальности данных, ознакомление с которой позволит пользователям узнать общий порядок сбора, обработки и защиты всех персональных данных, включая геолокационные. Рекламным агентствам предписывается сотрудничать с разработчиками, разъяснять им функционирование и особенности технологий[1].

Обобщая, можно сказать, что ФТК закрепляет три средства защиты геолокационных данных. Во-первых, уведомление потребителей о факте сбора и обработки информации – это общее требование, которое распространяется на все «чувствительные» данные, не только геолокационные, с тем чтобы пользователь мог принять взвешенное решение, обладая ясной и доступной информацией[2]. Во-вторых, дача согласия на сбор и обработку данных (*opt-in* – присоединение) – получение согласия на сбор геоданных позволяет потребителям оценить условия пользования мобильной услугой, сделать выбор в рамках баланса тайны неприкосновенности частной жизни и возможной выгоды от передачи данных о собственном местоположении. В-третьих, прекращение сбора, обработки и использования данных (*opt-out* – запрет в дальнейшем).

Подобные рекомендации содержатся и в Законе о защите конфиденциальности детей в Интернете (2013), за нарушениями которого также следит ФТК. Этот Закон применяется к сайтам или сервисам, ориентированным на аудиторию моложе 13 лет, если эти сайты или сервисы либо другие лица с их разрешения собирают персональные данные детей. Важно отметить, что действие Закона распространяется и на «умные игрушки», и на «Интернет вещей» наряду с мобильными приложениями и игровыми платформами.

---

[1] Mobile Privacy Disclosures: Building Trust through Transparency // FTC Staff Report, 2013. URL: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/mobile-privacy-disclosures-building-trust-through-transparency-federal-trade-commission-staff-report/130201mobileprivacyreport.pdf (дата обращения: 04.12.2017).

[2] *DeLuca K.* Selling or Spying: The Legal Implications of Target Marketing Through Geolocation Technologies // Law School Student Scholarship. Paper 656. 2015. P. 22.

Ключевым моментом Закона о защите конфиденциальности детей в Интернете является четкое отнесение геолокации к персональным данным, а также определение точности геолокационных данных – идентификация улицы и города. Представляется, что в настоящее время, когда существует техническая возможность определить местоположение лица с точностью до географических координат, подобная трактовка геолокации является довольно широкой, однако вполне уместной для цели защиты детей как уязвимой категории населения.

Основные требования Закона о защите конфиденциальности детей в Интернете в целом совпадают с общими рекомендациями, содержащимися в Отчете, применительно к геолокации. В частности, операторам данных необходимо публиковать политику конфиденциальности, в которой должны быть отражены виды собираемой информации, методы сбора и способы использования информации, условия передачи их третьим лицам. Отдельным требованием является требование о размещении политики не просто на сайте, а в каждом месте, где собирается информация, а также об извещении законных представителей ребенка о правилах деятельности сайта или сервиса. Подобно Отчету, Закон предусматривает, что для сбора и использования данных необходимо прямое согласие не только самого ребенка, но и его законных представителей. При этом требуется верификация личности лиц, дающих согласие, – использование кредитной карты, телефонный звонок, собственноручная подпись, документ, удостоверяющий личность, и др.[1]

В развитие сказанного следует рассмотреть и предписания ФТК по отдельным делам, поскольку в них наиболее полным образом отражаются используемая терминология и те требования, которые необходимо соблюдать предпринимателям при использовании геоданных.

Одним из первых знаковых предписаний стало предписание по делу в отношении *Goldenshores Technologies, LLC*.

ФТК в этом деле установила, что компания выпускала приложение *Brightest Flashlight Free* – фонарик для мобильных устройств, которое передает третьим лицам, в том числе рекламным агентствам, различную информацию с мобильных устройств, включая геоданные

[1] Надо сказать, права законных представителей довольно подробно урегулированы в Законе: регламентированы проверка персональных данных детей, аннулирование согласия, запрет на дальнейшее использование, удаление информации (см.: Children's Online Privacy Protection Rule: A Six-Step Compliance Plan for Your Business. URL: https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/childrens-online-privacy-protection-rule-six-step-compliance (дата обращения: 05.12.2017)).

и уникальные идентификаторы устройства, что в конечном счете позволяет отслеживать местоположение пользователя. При этом в политике конфиденциальности приложения указывалось, что допустим периодический сбор технической информации, который не может привести к идентификации личности пользователя (в случае несогласия с условиями использования приложения пользователю предлагалось не устанавливать приложение). Аналогичные положения содержались в условиях лицензии с конечным пользователем.

ФТК обвинила компанию во введении потребителей в заблуждение из-за нераскрытия надлежащей информации, которая могла повлиять на выбор пользователя в отношении использования приложения[1]. ФТК также отметила, что геолокационная информация начинала передаваться с момента установки приложения – еще до принятия пользователем или его отказа от условий использования приложения, что означает ложность утверждений компании.

По итогам разбирательства дела ФТК издала предписание, которым на компанию возлагалась обязанность не делать заведомо ложных утверждений о границах сбора, использования, передачи данных и возможности контроля пользователя над названными действиями. Кроме того, компания обязывалась удалить все ранее собранные данные. Также ФТК указала в качестве обязательного требование об условии сбора и обработки персональных данных исключительно при наличии явного согласия на это пользователей после информирования их о сборе и передаче, способах и целях использования геолокации, а также категориях третьих лиц, которым данные должны быть переданы. Причем подчеркивалось: такое информирование должно быть ясным, выраженным непременно до начала сбора данных, появляться на отдельном экране[2].

Похожее предписание было вынесено в отношении компании *Snapchat, Inc.* – сервиса по обмену видео и фотографиями.

В политике конфиденциальности этого сервиса утверждалось, что он не собирает геолокационные данные. Между тем после одного из обновлений эта информация стала поступать в аналитический центр компании. Несмотря на уведомление об этом платформы *Android*,

[1] US FTC Complaint in the Matter of Goldenshores Technologies, LLC. URL: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/131205goldenshorescmpt.pdf (дата обращения: 15.12.2017).

[2] US FTC Agreement Containing Consent Order in the Matter of Goldenshores Technologies, LLC. URL: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/131205goldenshoresorder.pdf (дата обращения: 15.12.2017).

компания не изменила политику конфиденциальности, т.е. вводила потребителей в заблуждение[1].

Предписание ФТК в данном деле носит иной характер, нежели в прежде рассмотренном деле. В отношении нелегитимного сбора геоданных компанией *Snapchat, Inc.* ФТК указала лишь на необходимость не представлять в ложном виде категории персональных данных, попадающих под сферу обработки[2]. Представляется, что в данном случае ФТК сочла нарушение не таким значительным, поскольку информация собиралась компанией исключительно для ее внутренних целей; передача этих данных третьим лицам не предусматривалась.

Выделяется из прочих расследование ФТК в отношении *InMobi Pte Ltd.*, так как в этом случае нарушение лишь косвенно затрагивало потребителей, но в большей мере касалось бизнес-сообщества.

ФТК установила, что компания предоставляет платформу для рекламы разработчикам приложений и рекламным агентствам. Среди услуг компании есть несколько продуктов, отвечающих за геотаргетинг, которые позволяют устанавливать точное местоположение лица в настоящий момент времени, запоминать историю местонахождений или воспринимать местоположение совместно с другими условиями, такими как время или количество посещений. *InMobi Pte Ltd.* в руководстве по интеграции приложения и в рамках рекламной кампании утверждала, что собирает геоданные только в случае наличия предоставления доступа и со стороны разработчика приложения, и со стороны конечного пользователя.

Между тем, как было выявлено ФТК, компания собирала данные не только через программный интерфейс, как было ею заявлено, но и с помощью *WIFI*-сетей на платформе *Android*, сервиса *Captive Network* на платформе *IOS*. В первом случае при даче пользователем согласия на доступ приложения к *WIFI*-сетям имело место введение в заблуждение относительно допуска к геолокационным данным, во втором случае наличия разрешения на допуск к сервису вовсе не требовалось, поэтому у потребителя не было возможности отказаться от допуска к данным о его местоположении. Таким образом, *InMobi Pte Ltd.* игнорировала волеизъявление как разработчиков приложений – на раз-

[1] US FTC Complaint in the Matter of Snapchat, Inc. URL: https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/140508snapchatcmpt.pdf (дата обращения: 15.12.2017).

[2] US FTC Agreement Containing Consent Order in the Matter of Snapchat, Inc. URL: https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/140508snapchatorder.pdf (дата обращения: 15.12.2017).

мещение геотаргетированной рекламы, так и пользователей – на предоставление указанных данных.

Другим нарушением этой компании стало сохранение положения в политике конфиденциальности, согласно которому платформа не допускает сбора персональных данных детей. Со временем многие разработчики, интегрировавшие свои приложения в платформу компании, стали указывать на направленность их приложений на несовершеннолетних, однако компания не изменила политику конфиденциальности в этой части и не ввела систему контроля за персональными данными детей[1].

В рамках урегулирования спора компания приняла на себя обязанность удостоверяться в получении законным представителем ребенка прямого уведомления, наличии верифицируемого согласия на сбор и обработку персональных данных детей, а также осуществлять информирование о сборе такой информации. В свою очередь ФТК признала, что компания должна предварительно получать явно выраженное согласие на сбор геоданных; дополнительно был установлен запрет на использование ранее собранных данных – на компанию возлагалась обязанность удалить их[2]. При этом, согласно предписанию ФТК, к данным о местоположении должна относиться информация, получаемая через программный интерфейс, а также информация о местонахождении, получаемая через другие идентификаторы устройства (например, *BSSID* – идентификатор основного пакета услуг), за исключением *IP*-адреса, точность геолокации которого ограничивается городом[3].

Примечательным является также дело против компании *Uber Technologies, Inc*., которая распространяла мобильное приложение, связывающее водителей и пассажиров.

Компания собирала информацию от пассажиров о точных геоданных поездки. В политике конфиденциальности сервиса содержалось положение, согласно которому всем работникам под угрозой увольнения был

[1] US District Court, Northern District of California, San Francisco Division on Case 3:16:-cv-3474. Complaint for Permanent Injunction, Civil Penalties and other Relief in the Matter of InMobi Pte Ltd. URL: https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/160622inmobicmpt.pdf (дата обращения: 15.12.2017).

[2] Примечательно, что в качестве обеспечительных мер на компанию также была возложена обязанность ввести программу конфиденциальности, предусматривающую обязательное назначение ответственного сотрудника, обучение работников, введение необходимых средств защиты конфиденциальности.

[3] US District Court, Northern District of California, San Francisco Division on Case 3:16:-cv-3474. Stipulated Order for Permanent Injunction and Civil Penalty Judgement in the Matter of InMobi Pte Ltd. URL: https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/160622inmobistip.pdf (дата обращения: 15.12.2017).

запрещен доступ к персональным данным водителей и пассажиров. Сама же компания неоднократно заявляла, что для хранения геолокационных данных используются шифрование, протокол безопасных соединений (*SSL*), шлюзы безопасности. Между тем компания не ввела адекватных средств защиты, не запретила доступ сотрудников к геоданным, не создала программу об информационной безопасности и более того – хранила геоданные в обычном читаемом, а не в зашифрованном виде.

Вследствие сказанного ФТК признала утверждения компании вводящими в заблуждение[1]. Предписанием к устранению этого нарушения было установлено требование более не распространять ложных сведений и ввести программу конфиденциальности на тех же условиях, что и в упомянутом деле *InMobi Pte Ltd.*[2]

Не менее важным представляется дело в отношении компании *Aaron's, Inc.*, которая через сеть франчайзи устанавливала на компьютеры, сдаваемые в аренду потребителям, программы по удаленному слежению за пользователями, в том числе определявшие физическое местонахождение компьютеров. При этом компания не информировала пользователей о сборе данных и не получала на это согласие.

По мнению ФТК, такие действия составляли акт недобросовестной конкуренции[3]. Предписание ФТК довольно подробно регулирует обязанности компании в этом случае. Так, информирование пользователей о сборе данных должно выполняться таким кеглем, цветом, типом шрифта и местом расположения надписи, чтобы оно было явно заметно для обычного пользователя; также установлено требование одинакового языка, логичного и четкого построения предложений. Подобное информирование должно осуществляться независимо от положений, содержащихся в политике конфиденциальности, условиях использования, лицензии с конечным пользователем. При этом согласие либо несогласие на сбор и обработку геолокационных данных не может устанавливаться как условие по умолчанию – необходимо прямо выраженное согласие. Дополнительным является требование об установлении обозначения («иконки»), отображающего сбор ин-

[1] US FTC Complaint in the Matter of Uber Technologies, Inc. URL: https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/1523054_uber_technologies_complaint.pdf (дата обращения: 15.12.2017).

[2] US FTC Decision and Order in the Matter of Uber Technologies, Inc. URL: https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/1523054_uber_technologies_decision_and_order.pdf (дата обращения: 15.12.2017).

[3] US FTC Complaint in the Matter of Aaron's, Inc. URL: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/131022aaronscmpt.pdf (дата обращения: 15.12.2017).

формации в данный момент времени. Исключением из названных правил является только ситуация похищения устройства или оказания технической помощи по запросу. Также была отмечена необходимость передачи информации, в том числе геоданных, в нечитаемом, непригодном к использованию, зашифрованном виде[1].

Таким образом, предписания ФТК, сформулированные по конкретным делам, являются подробным толкованием и своеобразным регламентом необходимых правовых и сугубо технических действий, которые призваны обеспечить пользователю его права на «чувствительные» персональные данные.

## Совершенствование российского законодательства в области геолокации

Представляется, что в настоящее время геоданные следует относить к персональным данным. Однако отнесение геоданных к специальным категориям персональных данных будет, на взгляд автора, малооправданным в связи с тем, что запрет их обработки направлен на сохранение в тайне сугубо личностных характеристик человека (последствиями незаконного разглашения таких категорий персональных данных могут быть остракизм, проблемы в личной и семейной жизни, вред социальному положению и трудоустройству[2]). Защита геолокационных данных не обусловлена целью исключить какую-либо дискриминацию лица, и их разглашение, несомненно, может причинить вред лицу, но отнюдь не такой, как при разглашении специальных категорий персональных данных.

Сравнивая с практикой США, можно сказать, что в России сложно использовать такие средства защиты геолокационных данных, как *opt-in* и *opt-out*, поскольку местоположение не подпадает под понятие тайны, а потому не требуется наличие согласия на обработку такой информации. В то же время следует признать, что требования ФТК относительно согласия на сбор геолокационных сведений и введения внутренних программ конфиденциальности практически совпадают с нормами Закона о персональных данных (ст. 9, 19).

На основании вышеизложенного целесообразным видится введение правила об обязательном шифровании геоданных при их передаче – это

[1] US FTC Agreement Containing Consent Order in the Matter of Aaron's, Inc. URL: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/131022aaronsagree.pdf (дата обращения: 15.12.2017).

[2] *Avilkina and Others v. Russia*, App N 1585/09 (ECtHR, 6 June 2010).

способствовало бы обеспечению защиты подобной категории информации даже в случае утечки сведений. Другим ценным нововведением могло бы стать требование о предоставлении согласия на сбор и обработку геоданных на отдельном экране, а также запрет устанавливать презумпцию согласия на доступ к геоданным, что повысило бы уровень информированности пользователя о сборе информации в конкретный момент времени. Для наибольшей защиты прав потребителей рациональным было бы установить требование по аналогии с рекламным законодательством[1], согласно которому информирование должно осуществляться в легковоспринимаемой форме; в противном случае информирование должно признаваться отсутствующим. Удачным представляется подход, согласно которому пользователь вправе разрешить собирать геолокационные данные только определенной точности – это позволило бы непрофильным на геолокации приложениям получать необходимую техническую информацию и при этом защищать пользователя от таргетированной рекламы или установления его конкретного местоположения, когда у него в этом нет потребности.

Названные предложения, возможно, могут казаться фрагментарными и казуистичными, однако благодаря им можно существенно повысить надежность сохранения данных и легальность их обработки и использования.

В заключение необходимо сказать, что использование геоданных является частым явлением в сфере *e-commerce* как для профильной деятельности (навигационные сервисы), так и для вспомогательной (определение юрисдикции, таргетированная реклама). Однако отсутствие адекватного правового регулирования создает условия для нарушения прав потребителей в сфере сбора и обработки их персональных геоданных. Для решения этого вопроса было бы верным расширить сферу действия персональных данных на геоданные.

**Пристатейный библиографический список:**

1. *Васильева Н.М.* Электронная коммерция как правовая категория // Юрист. 2006. № 5. С. 2–6.

2. *Иванов А.А.* Хранение персональных данных за рубежом с точки зрения российского права // Закон. 2015. № 1. С. 134–143.

[1] Постановление Пленума ВАС РФ от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе»» // Вестник ВАС РФ. 2012. № 12.

3. *Савельев А.И.* Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. М.: Статут, 2016.

4. *Avilkina and Others v. Russia*. App N 1585/09 (ECtHR, 6 June 2010).

5. *Uzun v. Germany*. App N 35623/05 (ECtHR, 2 September 2010).

6. US District Court, Northern District of California, San Francisco Division on Case 3:16:-cv-3474. Complaint for Permanent Injunction, Civil Penalties and other Relief in the Matter of InMobi Pte Ltd. URL: https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/160622inmobicmpt.pdf (дата обращения: 15.12.2017).

7. US District Court, Northern District of California, San Francisco Division on Case 3:16:-cv-3474. Stipulated Order for Permanent Injunction and Civil Penalty Judgement in the Matter of InMobi Pte Ltd. URL: https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/160622inmobistip.pdf (дата обращения: 15.12.2017).

8. *DeLuca K.* Selling or Spying: The Legal Implications of Target Marketing Through Geolocation Technologies // Law School Student Scholarship. Paper 656. 2015. P. 1–28.

9. *King K.F.* Geolocation and Federalism on the Internet: Cutting Internet Gambling's Gordian Knot // Columbia Science and Technology Law Review. 2010. V. XI. P. 41–75.

10. *Trimble M.* The Future of Cybertravel: Legal Implications of the Evasion of Geolocation // Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal. 2012. V. 22. Iss. 3. P. 567–657.

11. В Кремле предложили отнести к персональным данным информацию из соцсетей // РБК. URL: https://www.rbc.ru/technology_and_media/20/04/2015/5534c9c29a7947f31646f69d (дата обращения: 08.12.2017).

12. About FTC // Federal Trade Commission. URL: https://www.ftc.gov/about-ftc (дата обращения: 03.12.2017).

13. Children's Online Privacy Protection Rule: A Six-Step Compliance Plan for Your Business. URL: https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/childrens-online-privacy-protection-rule-six-step-compliance (дата обращения: 05.12.2017).

14. Geolocation: Risk, Issues and Strategies // ISACA White Paper, 2011. URL: http://www.isaca.org/groups/professional-english/wireless/group-documents/geolocation_wp.pdf. (дата обращения: 24.11.2017).

15. Mobile Privacy Disclosures: Building Trust through Transparency // FTC Staff Report, 2013. URL: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/mobile-privacy-disclosures-building-trust-through-transparency-federal-trade-commission-staff-report/130201mobileprivacyreport.pdf (дата обращения: 04.12.2017).

16. Self-Regulatory Principles for Online Behavioral Advertising // FTC Staff Report, 2009. URL: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/federal-trade-commission-staff-report-self-regulatory-principles-online-behavioral-advertising/p085400behavadreport.pdf (дата обращения: 27.11.2017).

17. *Shin M.* Geolocation and the Law: Where Are We Today and What Direction Are We Headed in? URL: https://apps.americanbar.org/buslaw/committees/CL230000pub/newsletter/201306/legalfeature2.pdf (дата обращения: 04.12.2017).

18. US FTC Agreement Containing Consent Order in the Matter of Aaron's, Inc. URL: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/131022aaronsagree.pdf (дата обращения: 15.12.2017).

19. US FTC Agreement Containing Consent Order in the Matter of Goldenshores Technologies, LLC. URL: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/131205goldenshoresorder.pdf (дата обращения: 15.12.2017).

20. US FTC Agreement Containing Consent Order in the Matter of Snapchat, Inc. URL: https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/140508snapchatorder.pdf (дата обращения: 15.12.2017).

21. US FTC Complaint in the Matter of Aaron's, Inc. URL: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/131022aaronscmpt.pdf (дата обращения: 15.12.2017).

22. US FTC Complaint in the Matter of Goldenshores Technologies, LLC. URL: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/131205goldenshorescmpt.pdf (дата обращения: 15.12.2017).

23. US FTC Complaint in the Matter of Snapchat, Inc. URL: https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/140508snapchatcmpt.pdf (дата обращения: 15.12.2017).

24. US FTC Complaint in the Matter of Uber Technologies, Inc. URL: https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/1523054_uber_technologies_complaint.pdf (дата обращения: 15.12.2017).

25. US FTC Decision and Order in the Matter of Uber Technologies, Inc. URL: https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/1523054_uber_technologies_decision_and_order.pdf (дата обращения: 15.12.2017).

**И.Ю. Пащенко**

# БОЛЬШИЕ ДАННЫЕ: ВОПРОСЫ ПРАВОМЕРНОГО ИСПОЛЬЗОВАНИЯ В СФЕРЕ *E-COMMERCE*

(*работа, заслужившая специальное поощрение в рамках конкурса IP&IT LAW – 2018*)

Аннотация. *В статье исследованы большие данные как новое явление правовой действительности. Автор анализирует юридическую сущность больших данных. Сделан вывод о необходимости контурного регулирования в действующем законодательстве для эффективного развития цифровой экономики.*

Ключевые слова: *большие данные, информация, информационные технологии, электронная коммерция, объекты гражданских прав, правовое регулирование.*

## Введение

Технологии автоматизации продаж, выраженные во внедрении автоматизированных систем управления различными ресурсами, в свое время стали основой появления электронной коммерции (*e-commerce*). Большие данные (*Big Data*) стали своеобразным отражением развития автоматизации в торговле, поскольку их использование обусловлено потребностями маркетинга, диджитал и *IT*-индустрии. Стимулирование развития деятельности по анализу больших данных, без сомнения, приведет к положительным тенденциям для электронной коммерции и отраслей цифровой экономики.

Примечательно, что большие данные – это лишь первичный, довольно простой этап на пути полноценной цифровизации общественного уклада. Тем не менее выявляются реальные потребности в его

регулировании. Это связано с тем, что *Big Data* на сегодняшний момент одновременно являются как механизмом, способствующим торговле, так и самостоятельным объектом сделок, при том что использование больших данных не регламентировано нормативными правилами.

Безусловно, перед основным вопросом – необходимо ли вообще формировать базу правового регулирования в обозначенной сфере – важно определить сам предмет общественных отношений. Применительно к большим данным этот вопрос весьма актуален, поскольку пока не сформировалось единообразного понимания, что вообще представляют собой *Big Data*, причем такое понимание не сложилось и на интернациональном нормативном уровне, и в праве зарубежных государств.

Большие данные, безусловно, представляют собой сложное явление, которое включает различные технические и гуманитарные аспекты.

Подход к большим данным как к совокупности данных с возможным их ростом в больших объемах, неформатированном и неструктурированном для анализа традиционными методами виде[1] достаточно легко подвергнуть критике. Методы анализа больших данных не раскрывают их специфику, так как не содержат новые механизмы (машинное обучение, интеграция данных, нейронные сети, прогнозная аналитика, имитационное моделирование, визуализация данных и др.).

Определение больших данных через критерии физического объема, скорости обработки и структурирования сведений[2] также видится дискуссионным для применения в целях права, поскольку отражает объективно аналитический подход к работе с информацией.

Надо признать, что большинство подходов к большим данным как к совокупности информации (обычно предлагаемых исключительно с математической и технической позиций) тоже не полностью раскрывают их значение для правового регулирования. Это связано с тем, что большие данные включают такой процедурный аспект, как способ обработки и хранения данных[3].

---

[1] A Grand Tour of Big Data: Interview with Alan Morrison. URL: http://www.odbms.org/ (28.12.2018).

[2] Gartner Says Solving 'Big Data' Challenge Involves More Than Just Managing Volumes of Data. URL: https://www.gartner.com/ (28.12.2018).

[3] *Рожкова М.А.* Открытая дискуссия АРБ «Большие данные и искусственный интеллект: применение в финансовой сфере и перспективы регулирования». URL: https://arb.ru/ (27.12.2018).

Большие данные возникают как результат процесса по несистемному сбору информации разного рода, т.е. *Big Data* представляют собой совокупный объем исходной (неструктурированной) информации, которая собирается соответствующими субъектами (операторами). Источниками возникновения информации являются данные, поступающие с измерительных устройств, интернет-ресурсов (в том числе из социальных сетей), из программных продуктов (цифровая и виртуальная среда), технических средств (датчики, сканеры, гаджеты и др.), устройств аудио- и видеорегистрации, от сетей сотовой связи о местонахождении абонентов и проч. Следует отметить, что с развитием информационных технологий количество источников возникновения информации будет расширяться.

Далее полученные данные проходят обработку, обусловленную достижением какой-либо цели, в результате чего возникает новая информация, которая может быть использована для решения различных задач, в том числе в сфере электронной коммерции, и для общественной пользы. Эта информация, полученная в результате обработки больших данных (неструктурированной информации), нуждается в обозначении специальным термином, отличным от *Big Data*, – на сегодняшний день и неструктурированная информация (сырые данные), и данные, полученные в результате обработки, обозначают одним термином, что нуждается в исправлении.

Примечательно, что управление *Big Data* из-за отсутствия четкой структурной выраженности несопоставимо с традиционными способами менеджмента баз данных. Именно вследствие отсутствия четкой структуры большие данные позволяют перейти на новый уровень обработки информации, в рамках которого в полной мере могут быть реализованы возможности по их дифференциации и классификации.

К признакам *Big Data* можно отнести: динамичное состояние отношений, неограниченность содержательного объема, отсутствие персонализации, обобщенность данных, потребность в механизмах автоматизации процесса обработки.

## О сущности больших данных

Как указывалось выше, источники *Big Data* достаточно разнообразны: это, в частности, измерительные устройства, социальные сети, аудио- и видеорегистраторы, технические средства – датчики, сканеры, гаджеты и др. Соответственно, накапливаемые данные касаются совершенно разных аспектов жизни.

Возникновение коммерческого интереса к большим данным обусловлено стремлением бизнес-сегмента получить как можно больше информации о собственных клиентах и их поведении, в соответствии с которым формируются ключевые тенденции на рынке. Для целей коммерческого использования под *Big Data* обычно понимается информация, генерируемая путем сбора (в автоматическом режиме) сведений о действиях физических лиц, позволяющая наиболее точно и более быстро сформулировать предпочтения индивида и спрогнозировать его дальнейшее поведение. Следовательно, понятие «большие данные» используется здесь и далее в значительно более узком значении, что позволяет снова ставить вопрос о замене термина «большие данные» иным термином (для этих целей в свое время был предложен термин «большие пользовательские данные»).

Сказанное порождает вопрос: чем большие данные в узком их понимании будут отличаться от информации, которую, например, собирают маркетологи в ручном режиме, наблюдая за поведением людей в местах розничной торговли? Фактически в обеих ситуациях собирается информация с определенной целью – выяснение предпочтений и прогнозирование дальнейших действий, но различаются механизмы, скорость и технологии обработки информации. Первые из упомянутых данных по своей сути не будут чем-то принципиально новым по сравнению со вторыми – различие между ними лишь в объемах, способах компоновки и обработки информации (для больших данных характерна исключительно автоматическая обработка).

В связи с этим представляется сомнительной правильность введения требования об обязательном согласии лиц на обработку больших данных (в том числе и с учетом невозможности верификации личностей). Свобода сбора информации – это основа для существования такого явления, как большие данные. Установление запретов, ограничений или необходимости подтверждения (согласия) на их обработку ставит под вопрос саму чистоту больших данных и их качественное содержание. Альтернативой получения согласия является обезличивание данных (см. о нем далее), что исключает потребность в получении согласия, поскольку полученные данные не позволяют определить конкретную личность в том или ином месте, в тот или иной момент времени.

Одним из основных источников *Big Data* являются социальные сети в сети Интернет. В связи с этим использование больших данных обычно вызывает опасения и в аспекте значимости соблюдения прав

человека, в том числе права на защиту частной жизни[1], на защиту персональных данных[2]. Здесь, бесспорно, следует исходить из того, что сеть Интернет является средой, где в общем порядке действуют права человека и обеспечивается их защита, – права человека, существующие в реальной жизни, не становятся виртуальными при «выходе» человека в Интернет, они всегда реальны и подлежат защите во всех сферах общественной жизни.

В литературе периодически звучат предположения, что большие данные смогут стать источником дополнительной информации о гражданах[3]. Однако надо иметь в виду, что они не являются инструментом тотальной слежки за конкретными гражданами, хоть и позволяют более точно и детально выявлять потребности населения. Преодолеть эти негативные убеждения помогут открытость самого процесса работы с большими данными, а также стремление получить от больших данных позитивный социальный эффект[4].

В развитие сказанного нельзя обойти вниманием проблему соотношения больших данных с персональными данными, необходимыми для сохранения частной жизни в цифровом пространстве[5]. Сопоставление *Big Data* с персональными данными позволяет сделать вывод, что большие данные нельзя признать антонимичными персональным данным, поэтому требуют проработки связи между собираемыми сведениями различного характера. Различие персональных и больших данных заключается в природе самих сведений, их составляющих: персональные данные позволяют установить конкретное лицо и определить контакты для коммуникации с ним, тогда как большие данные лишь в абстрактной форме подразумевают личность с ее предпочтениями и интересами, но не коррелируют с фактическими средствами ее определения.

Однако опасность идентификации лица возникает тогда, когда большие данные собираются из открытых источников, например, социальных сетей. Но это не должно влечь табу на собирание больших данных из открытых источников, поскольку формирование боль-

---

[1] *Wigglesworth R.* Big Data Sellers Fail to Hide Personal Information, Say Funds // The Financial Times. 2016. Dec. 11.

[2] *Губарева А.В.*, *Гулемин А.Н.* Угрозы безопасности персональных данных: проблемы современности // Политика и общество. 2015. № 2. С. 151.

[3] *Bershidsky L.* Big Data Works Only for Those Who Hype It // Bloomberg. 2018. Jan. 5.

[4] *Mason E.A.* A.I. and Big Data Could Power a New War on Poverty // The New York Times. 2018. Jan. 1.

[5] *Daly A.*, *Carlson A. and Van Geelen T.* Data and Fundamental Rights. 2017. Nov. 15. URL: https://ssrn.com/abstract=3072106 (02.01.2018).

ших данных, как указывалось выше, идет из различных источников, что допускает «попадание» в них разных сведений, в том числе данных персонального характера. И следует признать, что законодательное исключение персональных данных из массива больших данных заметно обеднит и понизит ценность последних: большие данные по своей природе не предусматривают конкретные методы и цели обработки информации в отличие от персональных данных. Думается, что более верным направлением будет разработка эффективных методов обезличивания[1] информации, причем следует отметить: мнения о том, что обеспечить анонимизацию информации сегодня невозможно, не базируются на техническом подходе к современным высоким технологиям.

Примечательным в связи со сказанным является то, что современные развитые государства не стремятся ограничить поток информации о гражданах, а, напротив, разрабатывают механизмы, позволяющие накапливать такую информацию для использования в различных (не всегда изначально определенных) целях. Для этого издаются нормативные акты, которые обязывают операторов и субъектов обработки данных хранить информацию.

Например, в Европейском союзе на протяжении нескольких лет действовала *Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006*[2] о хранении метаданных о пользователях (данные об интернет-трафике лиц, геоданные и другая информация, которая, как предполагалось, могла бы помочь правоохранительным органам идентифицировать абонента). Впоследствии эта Директива была признана Европейским судом противоречащей базовым положениям *Charter of Fundamental Rights of the European Union*[3], поскольку она дает возможность доступа правоохранительным органам к личным данным без получения согласия абонентов и тем самым нарушает права граждан на уважение личной жизни и защиту персональных данных, что порождает «у за-

[1] Несмотря на то, что деобезличивание теоретически возможно, обратимость информации сможет осуществить только ее оператор, но не иные участники оборота. При этом развитие современных технологий уже сегодня позволяет разработать такие механизмы, которые защитят информацию от ее обратимости, например, применение технологии блокчейна (хоть в настоящий период блокчейн не выступает в роли условного «хранилища»).

[2] Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC // Official Journal of the European Union. L 105/54. 2006.

[3] Charter of Fundamental Rights of the European Union // Official Journal of the European Union. 2000. P. 364.

интересованных лиц ощущение того, что их личная жизнь является предметом постоянного наблюдения». Здесь следует напомнить, что в России в 2016 г. был принят закон, который обязал операторов хранить на территории государства в течение определенного времени голосовую информацию, текстовые сообщения, изображения, звуки, видео- или иные сообщения пользователей услуг связи[1].

Однако при таком интересе к собиранию и хранению информации о гражданах (касающейся сведений частного, личного характера) государства демонстрируют гораздо меньшую заинтересованность к информации абстрактного (обезличенного) характера, отражающей другие важнейшие аспекты общественной жизни. В связи с этим потребность в регулировании отношений по поводу данных, не относящихся к персональным, признается не столь очевидной, что, на наш взгляд, нуждается в изменении.

## О перспективах правового регулирования больших данных

В настоящий момент крупнейшие корпорации и коммерческие организации нацелены на анализ больших данных, принимая во внимание перспективность данного направления для развития бизнеса. В анализе *Big Data* заинтересованы и представители некоммерческого сектора, а также государственные структуры.

В России в числе первых о стремлении анализировать большие данные заявило публичное акционерное общество «Сбербанк», презентовав проект «Открытые данные»[2]. В рамках проекта были представлены общие агрегированные данные клиентов компании.

Опасность агрегирования подобных сведений порождает угрозу дискриминации граждан, проживающих на некоторых территориях. К примеру, ПАО «Сбербанк» является крупнейшей банковской организацией в стране с максимальным числом клиентов в финансовой среде России. Анализ открытых данных Сбербанка позволяет определить субъекты Российской Федерации с наиболее благоприятным и наименее благоприятным бизнес-климатом. Эти сведения играют

[1] Федеральный закон от 06.07.2016 № 374-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О противодействии терроризму» и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части установления дополнительных мер противодействия терроризму и обеспечения общественной безопасности» // Собрание законодательства РФ. 2016. № 28. Ст. 4558.

[2] Открытые данные Сбербанка (информационные продукты на основе технологии Big Data). URL:http://www.sberbank.com/ (05.01.2018).

определенную роль при решении вопросов об экономическом развитии территорий, они ценны и для бизнеса. В то же время эти данные могут повлечь экономическое «игнорирование» регионов с высокой прокредитованностью в пользу других регионов, где физические лица обладают свободными денежными средствами с более высокой ликвидностью.

Вследствие сказанного одно из проблемных мест применения больших данных – недопущение дискриминации отдельных категорий лиц при использовании результатов обработки больших данных. Впрочем, уникальность ситуации состоит в том, что в большинстве случаев результаты обработки больших данных будут достоверны в отношении только той группы людей, на основе действий которых они собраны. Вряд ли сведения о вкусовых предпочтениях россиян на новогодние праздники, собранные через поисковые системы американских компаний, будут аналогичны сведениям о кулинарных предпочтениях австралийцев в этот же временной интервал.

Еще одной, не менее важной, является проблема защиты больших данных, поскольку на сегодняшний день она обеспечивается исключительно техническими, но не юридическими средствами. Технические методы защиты (шифрование, кодирование и др.) отвечают критерию целостности и нераспространения информации, но не интересам источников информации – самих лиц, на страже защиты интересов которых необходимо выстраивать комплекс юридической ответственности.

Изложенное позволяет говорить о том, что отношения по поводу больших данных, бесспорно, нуждаются в правовом регулировании. И в настоящий момент видится четкая потребность в подготовке отдельного закона, который регламентировал бы вопросы организации работы с большими данными, устанавливая базовые принципы такой деятельности. Но для определения предмета правового регулирования необходимо уяснение правовой сути больших данных.

*Big Data* для целей права должны пониматься как информация, точнее, совокупность информации. Характеризуя ее с гражданско-правовой точки зрения, следует признать, что, несмотря на отсутствие в ст. 128 ГК РФ упоминания информации в качестве объекта гражданских прав – с учетом того, что законодателем список таких объектов оставлен открытым, большие данные следует относить к таким объектам. При этом следует четко понимать, что большие данные не являются интеллектуальной собственностью или результатом оказания услуг *IT*-кампаний – это совершенно новая разновидность объектов гражданских прав. Большие данные – это подвижная информация, которая находится

исключительно в динамическом состоянии, причем, как и любая информация, она может частично совпадать с какой-то другой информацией, но все равно в каждом конкретном случае ее содержание будет уникально. Придание статики большим данным переводит ее в определенный набор сведений, который может стать предметом традиционных сделок (например, купли-продажи, оказания услуг и т.п.).

На сегодняшний день наиболее актуальным является вопрос, кому принадлежат большие данные. Небогатая на данный момент судебная практика[1] подтверждает тот факт, что находящиеся в открытым доступе данные могут быть объектом для любого использования, в том числе включаться в состав больших данных для последующего получения необходимого результата (в связи с этим пользователь, сообщая о себе в Интернете какие-либо сведения и совершая определенные действия, должен отдавать себе отчет, что они могут стать объектом исследования и лишь относительно охраняются законом). Но дать однозначный ответ о принадлежности какому-то субъекту собираемых сведений на сегодняшний день достаточно проблематично в отличие, например, от сферы интеллектуальной собственности, в которой выработаны конкретные механизмы, позволяющие отграничить объект интеллектуальной собственности и исключительные права на него (с определением правообладателя) от материального носителя и прав на него (с определением собственника)[2].

Обозначенная проблема связана с тем, что в качестве субъектов прав на большие данные могут рассматриваться два субъекта: во-первых, организация, осуществляющая сбор данных и их хранение, и, во-вторых, пользователи сети Интернет, которые, собственно, генерируют эти данные на различных ресурсах – в социальных сетях, приложениях, программах и т.п. Отнесение упомянутой организации к потенциальным субъектам прав основано на том, что материальный носитель (сервер, на котором размещается облачный сервис), как правило, принадлежит субъекту, который хотя сам и не генерирует данные, но собирает и обрабатывает их[3], а для обеспечения работоспособности

[1] Решение Арбитражного суда г. Москвы от 12.10.2017 по делу № А40-18827/17-110-180.

[2] *Рожкова М.А.* О некоторых вопросах оборота исключительных прав и материальных носителей объектов интеллектуальной собственности // Журнал российского права. 2014. № 9. С. 11.

[3] Примечателен пример компании *Jawbone*, которая выпускала в течение длительного времени фитнес-браслеты, а в настоящий момент ликвидирует основное направление бизнеса (по производству технических устройств) в целях работы с полученными от пользователей браслетов данными и производства программного обеспечения на основе

серверов (а без них невозможно сохранение информации) несет соответствующие расходы. Пока означенная проблема не нашла своего решения и лишь дополнительно подтверждает специфику больших данных как качественно нового явления для юриспруденции.

При разработке правового регулирования в рассматриваемой сфере необходимо учитывать цели сбора больших данных, которые фактически будут являться границами при определении пределов правомерного использования этих данных. В первую очередь, безусловно, это обозначенные выше коммерческие цели. Но использование больших данных может преследовать и общеполезные цели, и в качестве примера можно привести действующий анализ публичных сообщений и появляющиеся на их основе уведомления в социальной сети *Facebook* о нахождении в безопасности при чрезвычайных стихийных бедствиях.

Вследствие сказанного можно заключить, что большие данные представляют интерес для участников не только частных отношений, но и публичных. Возможно, в законопроекте следует предусмотреть доступ государства к этим данным в целях их использования для общеполезных задач, а также закрепить гарантии неразглашения переданной государству информации.

Формулируя понятие больших данных для целей закона, нельзя не признать, что лингвистически и юридически это не совсем удачный для российской правовой среды термин. Представляется, что по аналогии с персональными данными более предпочтительным является термин «обобщенные данные». Предлагаем следующее определение для обобщенных данных (больших данных): «Обобщенные данные – это совокупность информации, собираемой о физических лицах в определенных законом целях, не позволяющая использовать их персональные данные для идентификации личности».

Полагаем, что введения данной дефиниции в законодательство будет достаточно лишь на первом – «промежуточном» этапе регулирования для введения самих отношений по поводу *Big Data* в рамки правового поля. Впоследствии будет требоваться детальная проработка различных аспектов этих отношений, что позволяет говорить о потребности в проведении доктринальных исследований в этой области, которые могли бы стать концептуальной основой законодательства. Но, учитывая существующую потребность в правовом регулировании больших данных, прежде всего необходимо сфокусироваться на пред-

---

этой информации (см.: *Albergotti R.* Jawbone to Be Liquidated as Rahman Moves to Health Startup // The Information. 2017. Jul. 6).

посылках формирования больших данных как явления в общественной жизни и определении правовой сущности больших данных как категории, требующей тщательного осмысления.

**Пристатейный библиографический список:**

1. *Губарева А.В.*, *Гулемин А.Н.* Угрозы безопасности персональных данных: проблемы современности // Политика и Общество. 2015. № 2. С. 151.

2. *Даниленков А.В.* Доменные имена и объекты гражданского права // Хозяйство и право. 2013. № 12. С. 42.

3. Открытые данные Сбербанка (Информационные продукты на основе технологии Big Data). URL:http://www.sberbank.com/ (05.01.2018).

4. *Рожкова М.А.* О некоторых вопросах оборота исключительных прав и материальных носителей объектов интеллектуальной собственности // Журнал российского права. 2014. № 9. С. 11.

5. *Рожкова М.А.* Открытая дискуссия АРБ «Большие данные и искусственный интеллект: применение в финансовой сфере и перспективы регулирования». URL: https://arb.ru/ (27.12.2018).

6. Charter of Fundamental Rights of the European Union // Official Journal of the European Union. 2000. P. 364.

7. *Albergotti R.* Jawbone to Be Liquidated as Rahman Moves to Health Startup // The Information. 2017. Jul. 6.

8. A Grand Tour of Big Data: Interview with Alan Morrison. URL: http://www.odbms.org/ (28.12.2018).

9. *Bershidsky L.* Big Data Works Only for Those Who Hype It // Bloomberg. 2018. Jan. 5.

10. *Calacanis J.* Web 3.0, the «official» definition. URL: http://calacanis.com/ (10.03.2018).

11. *Daly A.*, *Carlson A. and Van Geelen T.* Data and Fundamental Rights // 2017. Nov. 15. URL: https://ssrn.com/abstract=3072106 (02.01.2018).

12. ISO/IEC DIS 20546. URL: https://www.iso.org/ (10.01.2018).

13. Gartner Says Solving ‘Big Data’ Challenge Involves More Than Just Managing Volumes of Data. URL: https://www.gartner.com/ (28.12.2018).

14. *Mason E.A.* A.I. and Big Data Could Power a New War on Poverty // The New York Times. 2018. Jan. 1.

15. *Wigglesworth R.* Big Data Sellers Fail to Hide Personal Information, Say Funds // The Financial Times. 2016. Dec. 11.

**А.В. Свентицкая**

# СОЗДАНИЕ И ФУНКЦИОНИРОВАНИЕ ИНТЕРНЕТ-МАГАЗИНОВ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ

Аннотация. *В настоящей статье предпринята попытка провести сравнительно-правовое исследование процесса создания и функционирования интернет-магазинов в Республике Беларусь и Российской Федерации. Автором рассмотрены особенности национального регулирования отдельных этапов становления интернет-бизнеса и осуществления розничной торговли посредством интернет-магазинов.*

Ключевые слова: *интернет-торговля, интернет-магазин, интернет-бизнес, интернет-сайт, дистанционная торговля, торговля по образцам, розничная купля-продажа, электронная торговля, электронная коммерция, персональные данные, доменное имя, цифровая экономика.*

По данным Министерства антимонопольного регулирования и торговли Республики Беларусь[1], в стране зарегистрировано более 15 тыс. интернет-магазинов (по состоянию на 01.07.2017). Простота функционирования и технологическая доступность привлекают в этот сектор экономики все больше предпринимателей, возможность дистанционного приобретения товаров – покупателей, а торговые отношения, как верно заметил К.С. Лаптев, неизбежно приспосабливаются к новым технологиям[2].

---

[1] www.belta.by/society/view/kolichestvo-internet-magazinov-v-belarusi-za-pjat-let-uvelichilos-bolee-chem-v-35-raza-256563-2017

[2] *Лаптев К.С.* Интернет-торговля в Беларуси: механизмы правового регулирования // Промышленно-торговое право. 2016. № 8. С. 41–44 (РБ).

Ввиду невозможности предоставить официальные данные российской статистики, указывающие на количество зарегистрированных в стране интернет-магазинов, позволим себе сослаться на аналитические данные Ассоциации компаний интернет-торговли, по которым объем рынка интернет-торговли в России в первом полугодии 2017 г. вырос на 22% по сравнению с первым полугодием 2016 г. и составил 498 млрд руб.[1]

Подобные показатели, без сомнения, говорят о том, что интернет-торговля сегодня занимает особое место в экономике участников Союзного государства и становится все более востребованным ее сектором. Причем «востребованность» в данном случае означает не только и не столько привлекательность такого способа приобретения товаров для потребителей, но также доступность и эффективность для субъектов малого и среднего предпринимательства – ремесленников, производителей кондитерских изделий, одежды, мебели и пр., которые могут использовать интернет-магазин как площадку для старта бизнес-процессов.

Задача каждого государства при этом состоит в осуществлении грамотного регулирования процесса интернет-торговли, которое позволило бы, с одной стороны, гарантировать защиту прав участвующих в ней потребителей, а с другой – установить четкие правила поведения для продавцов, не усложняющие товарооборот, а, наоборот, стимулирующие его увеличение и развитие.

Данный подход нашел отражение в ряде программных документов. Например, постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 09.08.2010 № 1174 «О Стратегии развития информационного общества в Республике Беларусь на период до 2015 года и плане первоочередных мер по реализации Стратегии развития информационного общества в Республике Беларусь на 2010 год»[2] развитие электронной торговли названо одной из ключевых задач формирования электронной экономики в Республике.

В российских программных документах также говорится о приоритетности поддержки данной сферы. Так, Указом Президента РФ от 09.05.2017 № 203 «О Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017–2030 годы» обеспечение

[1] Исследование рынка интернет-торговли России. Результаты первого полугодия 2017 г. // www.akit.ru.

[2] Здесь и далее нормативные правовые акты приводятся согласно данным Национального правового интернет-портала Республики Беларусь – www.pravo.by, если иное не указано.

создания российской платежной и логистической инфраструктуры интернет-торговли, а также проведение мероприятий по защите прав российских потребителей при продаже товаров с использованием сети Интернет включены в число мер, необходимых в процессе реализации национальных интересов в области цифровой экономики (п. 43 Указа).

Также можно привести положения Стратегии государственной политики Российской Федерации в области защиты прав потребителей на период до 2030 года[1]: электронная коммерция (сфера экономики, которая включает в себя все сделки по реализации товаров (работ, услуг) потребителям, осуществляемые при помощи сети Интернет) является одной из самых динамично развивающихся сфер экономики и ее гармоничное развитие способно расширить ассортимент реализуемых товаров (работ, услуг), снизить их стоимость и сделать их более доступными для потребителей, в том числе для людей с ограниченными возможностями, граждан старшего поколения и детей, менее обеспеченных слоев населения.

Кроме того, принимая во внимание общемировую тенденцию глобализации рынков и роста интереса отечественных покупателей к зарубежным интернет-магазинам, позволим себе предположить, что такое регулирование должно быть максимально универсальным – понятным и эффективным для любого участника торговых отношений независимо от его гражданства и страны нахождения, тем более, когда речь идет о правовом пространстве России и Беларуси и межгосударственной стратегии его унификации[2].

Современное белорусское и российское законодательство, регулирующее интернет-торговлю, представлено общеотраслевыми гражданско-правовыми нормами (§ 2 «Розничная купля-продажа» гл. 30 ГК РБ и ГК РФ), а также отдельными актами, действующими в сфере защиты прав потребителей: в Республике Беларусь (далее – РБ) – Правилами продажи товаров при осуществлении розничной торговли по образцам, утвержденными Постановлением Совета Министров РБ от 15.01.2009 № 31 (далее – Постановление № 31), в Российской Федерации – Правилами продажи товаров дистанционным способом, утвержденными Постановлением Правительства РФ от 27.09.2007 № 612 (далее – Постановление № 612). Кроме того, в обеих странах

[1] Утв. распоряжением Правительства РФ от 28.08.2017 № 1837-р «Об утверждении Стратегии государственной политики Российской Федерации в области защиты прав потребителей на период до 2030 года».

[2] Статья 2 Соглашения между Республикой Беларусь и Российской Федерацией о создании равных условий субъектам хозяйствования (заключено в г. Москве 25.12.1998).

действуют одноименные законы «О защите прав потребителей» – Закон РБ от 09.01.2002 № 90-З «О защите прав потребителей» и Закон РФ о защите прав потребителей, которые допускают заключение договора розничной купли-продажи посредством сети Интернет.

Сочетание общих и специальных норм в регулировании интернет-торговли связано с тем, что «торговые операции, осуществляемые в сети Интернет, зачастую объединены с аналогичной деятельностью офлайн, составляя ее часть или обслуживая эту деятельность»[1] (например, доставка товара покупателю).

Рассмотрим основные принципы создания и функционирования интернет-магазинов в Российской Федерации и Республике Беларусь посредством сравнительно-правового анализа.

Понятие интернет-магазина закреплено в п. 8 ст. 1 Закона РБ от 08.01.2014 № 128-З «О государственном регулировании торговли и общественного питания в Республике Беларусь», согласно которому под интернет-магазином понимается информационный ресурс субъекта торговли в глобальной компьютерной сети Интернет, позволяющий осуществить заказ на приобретение или выбор и приобретение товаров без (вне) торгового объекта. В свою очередь информационный ресурс – это организованная совокупность документированной информации, включающая базы данных, другие совокупности взаимосвязанной информации в информационных системах (абз. 19 ст. 1 Закона РБ от 10.11.2008 № 455-З «Об информации, информатизации и защите информации»).

В российском правовом пространстве понятие интернет-магазина до сих пор не сформировано.

Обратим внимание на то, что как российские, так и белорусские интернет-магазины вправе осуществлять только розничную (не оптовую) торговлю (п. 3 ст. 19 Закона № 128-З, п. 2 Постановления № 612).

Действующее в Беларуси правовое регулирование функционирования интернет-магазинов сводится не только к определению прав и обязанностей участников торговых отношений, развивающихся на его базе, но и к закреплению порядка их создания. Последнее не характерно для российского законодателя, придерживающегося в этом отношении более демократических позиций и не устанавливающего жестких механизмов государственного контроля за процессом становления интернет-бизнеса.

---

[1] *Тимаков А.* Интернет-торговля: ограничения и запреты // эж-Юрист. 2016. № 17–18. С. 11.

Продавцу, желающему реализовывать товар посредством сети Интернет, следует учитывать требования белорусского закона еще на этапе подготовки к созданию интернет-магазина.

Так, вначале ему необходимо выбрать доменное имя, соответствующее ограничениям, установленным приказом Оперативно-аналитического центра при Президенте РБ от 18.06.2010 № 47 «О некоторых вопросах регистрации доменных имен в пространстве иерархических имен национального сегмента сети Интернет». Например, не подлежат регистрации доменные имена, содержащие слова или фразы, не соответствующие общепринятым морально-этическим нормам, разжигающие межнациональную вражду, пропагандирующие насилие, жестокость и другие деяния, запрещенные законодательством Республики Беларусь. Кроме того, указанный акт рекомендует при выборе доменного имени избегать названий, тождественных или сходных до степени смешения с наименованиями зарегистрированных средств индивидуализации участников гражданского оборота, товаров, работ или услуг, если заявитель не является обладателем прав на указанные объекты[1].

Несомненно, при открытии интернет-магазина следует учитывать и тот факт, что в процессе создания соответствующего сайта могут использоваться результаты интеллектуальной деятельности, правообладателем которых не всегда выступает владелец сайта. Или, более того, потенциальный продавец может полностью переложить процесс создания сайта на плечи третьего лица, которое и будет являться первоначальным правообладателем. Интернет-сайт представляет собой составное произведение, поскольку складывается из специально подобранных и расположенных определенным образом материалов (текстов, рисунков, фотографий, чертежей, аудиовизуальных произведений и т.д.), которые могут быть использованы с помощью компьютерной программы (компьютерного кода), являющейся элементом сайта[2].

Указанные выше отношения должны быть должным образом урегулированы.

Как правило, в данных случаях речь идет об использовании объектов авторского права (компьютерные программы, тексты, аудио- и аудиовизуальные произведения, изображения) или смежных с ним прав (фонограммы). Порядок приобретения исключительных прав

[1] Проверить, не зарегистрировано ли уже подобное имя, можно в национальной информационно-справочной системе о доменных именах в национальной доменной зоне (сервис *WHOIS*).

[2] *Бычков А.* Договор на разработку интернет-сайта // эж-Юрист. 2013. № 44. С. 12.

на них в Республике Беларусь и в Российской Федерации имеет определенные различия.

Так, по общему правилу исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности, не принадлежащие владельцу интернет-магазина, могут быть приобретены им либо по гражданско-правовому договору, заключенному с правообладателем, либо в силу статуса работодателя, если создателем объектов является их автор (служебный объект).

Белорусским законодательством предусмотрены следующие виды договоров, опосредующих передачу исключительных прав (ст. 43–46 Закона РБ от 17.05.2011 № 262-З «Об авторском праве и смежных правах»):

– договор уступки исключительного права – договор, по которому одна сторона (правообладатель) отчуждает исключительное право на объект другой стороне на весь срок действия права;

– лицензионный договор – договор, по которому правообладатель (лицензиар) предоставляет пользователю (лицензиату) разрешение использовать соответствующий объект;

– авторский договор – лицензионный договор, в котором в качестве лицензиара выступает автор произведения;

– договор о создании и использовании объекта авторского права или смежных прав – договор, по которому автор (исполнитель) может принять на себя по договору обязательство создать в будущем произведение (исполнение) и предоставить заказчику, не являющемуся его нанимателем, право использовать это произведение (исполнение).

Оптимальным вариантом для потенциального владельца сайта, несомненно, является приобретение исключительных прав в рамках договора уступки, однако белорусским законом она допускается только в отношении уже созданных объектов. Конструкция же договора о создании и использовании объекта авторского права неприменима на практике в силу присущего ей недостатка, состоящего в том, что законодатель не устанавливает автоматического перехода исключительного права на созданное произведение к заказчику, тем самым разделяя отношения сторон в рамках данного договора на два самостоятельных правоотношения: по созданию произведения и по предоставлению права использования созданного произведения[1]. Поэтому на практике белорусские субъекты хозяйствования вынуждены заключать договор о создании результата интеллектуальной деятельности и одновременно с ним пред-

[1] *Лосев С.С.* Охрана дизайна продукции (часть 1) // СПС «КонсультантПлюс» (РБ).

варительный договор уступки исключительного права. По факту создания объекта стороны заключают основной договор уступки.

Российский законодатель использует схожие конструкции:

– договор об отчуждении исключительного права – договор, по которому одна сторона (правообладатель) передает или обязуется передать принадлежащее ей исключительное право в полном объеме другой стороне (приобретателю) (ст. 1234 ГК РФ);

– лицензионный договор – договор, по которому одна сторона – обладатель исключительного права (лицензиар) предоставляет или обязуется предоставить другой стороне (лицензиату) право использования объекта в предусмотренных договором пределах (ст. 1235 ГК РФ);

– договор авторского заказа – договор, по которому одна сторона (автор) обязуется по заказу другой стороны (заказчика) создать обусловленное договором произведение на материальном носителе или в иной форме. Договором авторского заказа может быть предусмотрено отчуждение заказчику исключительного права на произведение, которое должно быть создано автором, или предоставление заказчику права использования этого произведения в установленных договором пределах (ст. 1288 ГК РФ).

Российский закон позволяет закреплять в договоре правило о том, что права перейдут к приобретателю даже в том случае, если объект на момент заключения договора еще не создан. Такой подход представляется более обоснованным и уместным по сравнению с белорусским и дает возможность российским предпринимателям гарантированно получить права на тот объект (сайт), который отвечает их запросам и интересам.

Что касается служебных произведений, то в Беларуси они считаются таковыми в случае создания их автором по заданию нанимателя (например, в форме приказа) или в порядке выполнения обязанностей, обусловленных трудовым договором (абз. 29 ст. 4 Закона № 262-З). Задание нанимателя при этом по общему правилу ограничено трудовым договором (ст. 20 Трудового кодекса РБ). Обязанности предопределены трудовой функцией работника, рамки которой определяются в силу п. 3 ч. 2 ст. 19 Трудового кодекса РБ профессией, специальностью или должностью с указанием квалификации согласно штатному расписанию нанимателя, функциональными обязанностями, должностной инструкцией.

Российский закон считает произведение служебным только в одном случае – если оно создано в пределах установленных для работника (автора) трудовых обязанностей (ст. 1295 ГК РФ).

Исключительное право на такое произведение, согласно обоим правопорядкам, переходит от автора к его нанимателю автоматически, без заключения какого-либо дополнительного договора.

Таким образом, если сайт создан работником потенциального владельца интернет-магазина или им были созданы отдельные элементы, составляющие его контент или позволяющие ему функционировать (программное обеспечение), то оформления возникновения исключительного права на указанные объекты не требуется. Если же сайт или его элементы были созданы третьим лицом в рамках гражданско-правовых отношений, потенциальному владельцу интернет-магазина следует выбрать договорную конструкцию, в наибольшей степени совпадающую с его интересами.

После того, как сайт создан, отношения, связанные с получением исключительных прав на входящие в его состав результаты интеллектуальной деятельности, оформлены, доменное имя выбрано, необходимо разместить его на сервере, который имеет постоянное соединение с сетью Интернет. Для этого заключается договор с поставщиком интернет-услуг на оказание услуг хостинга.

Отметим, что с 01.07.2010 деятельность по реализации товаров, выполнению работ, оказанию услуг на территории Беларуси с использованием информационных сетей, систем и ресурсов, имеющих подключение к сети Интернет, осуществляется юридическими лицами, их филиалами и представительствами, созданными в соответствии с законодательством Республики Беларусь, с местонахождением в Республики Беларусь, а также индивидуальными предпринимателями, зарегистрированными в Республике Беларусь, исключительно с использованием информационных сетей, систем и ресурсов национального сегмента сети Интернет, размещенных на территории Республики Беларусь и зарегистрированных в установленном порядке (п. 2 Указа Президента РБ от 01.02.2010 № 60 «О мерах по совершенствованию использования национального сегмента сети Интернет»). Иначе говоря, сервер, на котором размещается интернет-магазин белорусского учредителя, должен фактически находиться на территории Республики. По этой причине реализация товаров через социальные сети (например, Вконтакте, *Facebook*, *Instagram* и пр.) не представляется возможной в силу отсутствия серверов соответствующих компаний на территории Беларуси[1]. Субъект торговли вправе использовать их

[1] *Слепич М.* E-commerce: юридические аспекты в Беларуси // Юрист. 2017. № 3. С. 22–27 (РБ).

только для размещения информации о продаже товаров при наличии в ней адресации (гиперссылки) на интернет-магазин, зарегистрированный в Торговом реестре РБ.

Российский законодатель не устанавливает подобных ограничений, однако с 01.09.2015 он обязал владельцев интернет-магазинов, осуществляющих обработку персональных данных покупателей, размещать на своем сайте документ, определяющий политику оператора в отношении обработки персональных данных, а также обеспечить локализацию персональных данных пользователей-покупателей на территории Российской Федерации (ст. 18 Закона о персональных данных). При этом, как пояснило Министерство связи РФ, требование о локализации должны исполнять не только российские компании и зарубежные представительства (филиалы) в Российской Федерации, но также иностранные компании, не имеющие официального присутствия в России, но ведущие бизнес через Интернет, который направлен на ее территорию[1].

О наличии направленности интернет-сайта на территорию Российской Федерации могут свидетельствовать следующие обстоятельства:

1) использование доменного имени, связанного с Российской Федерацией или субъектом РФ (.ru, .рф., .su, .москва., moscow и т.п.);

2) наличие русскоязычной версии интернет-сайта, созданной владельцем такого сайта или по его поручению иным лицом (использование на сайте или самим пользователем плагинов, предоставляющих функционал автоматизированных переводчиков с различных языков, не должно приниматься во внимание). При этом, поскольку русский язык широко используется в некоторых странах за пределами Российской Федерации, для определения направленности интернет-сайта именно на территорию Российской Федерации дополнительно необходимо наличие как минимум одного из следующих элементов: возможность осуществления расчетов в российских рублях; возможность исполнения заключенного на таком интернет-сайте договора на территории Российской Федерации (доставки товара, оказания услуги или пользования цифровым контентом на территории России), использование рекламы на русском языке, отсылающей к соответствующему интернет-сайту, или иных обстоятельств, явно свидетельствующих о намерении владельца интернет-сайта включить российский рынок в свою бизнес-стратегию.

[1] http://minsvyaz.ru/ru/personaldata

Гражданство субъектов персональных данных в данном контексте также не имеет значения, так как ч. 5 ст. 18 Закона о персональных данных применяется ко всем персональным данным, сбор которых был осуществлен на территории Российской Федерации. Исключить применение этого условия путем дачи субъектом персональных данных согласия оператору на обработку его персональных данных за пределами Российской Федерации нельзя.

Принятие ФЗ от 21.07.2014 № 242-ФЗ[1], которым были внесены указанные изменения в регулирование персональных данных, породило широкую дискуссию среди юристов. В числе его недостатков, как правило, отмечают неоднозначность толкования норм и отсутствие эффективных мер ответственности за несоблюдение требования о локализации персональных данных[2].

Отметим, что в Республике Беларусь комплексное регулирование персональных данных как вида информации ограниченного доступа отсутствует, поэтому возможность обработки таких данных за рубежом законом не ограничена.

Администратором домена первого уровня («.by» и «.бел») является Оперативно-аналитический центр (ОАЦ) при Президенте РБ. Регистрация доменных имен второго уровня осуществляется регистраторами — юридическими лицами Республики Беларусь, оказывающими услуги по регистрации доменных имен в национальном сегменте сети Интернет и аккредитованными ОАЦ[3]. Для регистрации домена третьего и последующих уровней в национальной доменной зоне заявитель заключает с администратором домена второго или вышестоящего уровня договор на обеспечение функционирования доменного имени.

Затем на основании заявления хостинг-провайдера соответствующий сайт регистрируется в Государственном реестре информационных сетей, систем и ресурсов национального сегмента глобальной компьютерной сети Интернет, размещенных на территории Республики Беларусь.

---

[1] Федеральный закон «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части уточнения порядка обработки персональных данных в информационно-телекоммуникационных сетях».

[2] *Беломестнова Н.* Повеяло сервером. Иностранным интернет-магазинам придется заняться обработкой персональных данных в России // Юрист спешит на помощь. 2015. № 9. С. 21–22.

[3] Их перечень размещен на официальном сайте ОАЦ (http://oac.gov.by/safety/domains/registrars.html) и на дату написания настоящей статьи включает шесть регистраторов.

В случае нарушения продавцом правил, касающихся использования зарубежных серверов и регистрации сайта, на него может быть наложена административная ответственность в соответствии со ст. 22.16 Кодекса РБ об административных правонарушениях (далее – КоАП РБ) в виде штрафа до 30 базовых величин[1].

Созданный интернет-магазин также должен быть зарегистрирован в Торговом реестре, который ведется Министерством антимонопольного регулирования и торговли (п. 20, 21 постановления Совета Министров РБ от 23.12.2014 № 1227 «Об утверждении Положения о Торговом реестре Республики Беларусь и Положения об определении методики расчета доли субъектов торговли в объеме розничного товарооборота продовольственных товаров в границах г. Минска, городов областного подчинения, районов, о признании утратившими силу постановлений Совета Министров Республики Беларусь и их структурных элементов»). Для этого соответствующий субъект хозяйствования, имеющий право на администрирование сайта интернет-магазина, обращается в исполком по месту регистрации, куда представляет два заявления:

– о включении сведений об интернет-магазине в реестр;

– о согласовании режима работы интернет-магазина.

Только с момента регистрации интернет-магазина в Торговом реестре его владелец вправе начать его работу. После этого он обязан ежегодно (до 1 апреля каждого года) представлять уточненную информацию об интернет-магазине (если возникает необходимость внести изменения в данные Торгового реестра или дополнить их), а также сведения о розничном товарообороте интернет-магазина за предыдущий финансовый год. Непредоставление таких сведений, а также предоставление заведомо недостоверных сведений являются основаниями для привлечения виновного лица к административной ответственности по ст. 23.16 КоАП РБ.

Информация о регистрации интернет-магазина в Торговом реестре понадобится его владельцу и в том случае, если он планирует использовать другие информационные ресурсы (например, рекламные), имеющие возможность переадресации (гиперссылки) на зарегистрированный интернет-магазин: продавец при заключении договора с владельцем такого информационного ресурса обязан представить

[1] На момент написания настоящей статьи размер базовой величины составляет 23 белорусских рубля (постановление Совета Министров РБ от 28.11.2016 № 974 «Об установлении размера базовой величины»).

подтверждение регистрации. Более того, владелец информационного ресурса вправе расторгнуть договор с интернет-магазином, если в течение 12 месяцев не менее двух раз подряд от контролирующих органов поступало сообщение о нарушении этим интернет-магазином законодательства о торговле или защите прав потребителей (п. 26-1 Постановления № 31).

В случае прекращения деятельности интернет-магазина его владелец обязан представить заявление об исключении из Торгового реестра не позднее месяца со дня прекращения (п. 29 Постановления № 1227).

Таким образом, процесс создания интернет-магазина в Беларуси достаточно сложен, требует соблюдения целого ряда формальностей и прохождения процедур. На наш взгляд, белорусское законодательство, регулирующее рассматриваемые отношения, имеет явно выраженный акцент, смещенный с защиты прав потребителей и интересов владельцев интернет-магазинов на контроль за товарооборотом с использованием Интернета. К сожалению, подобная ситуация говорит о нежелании законодателя откликаться на специфику бизнес-процессов и потребности предпринимателей, инициирующих и принимающих в них участие.

Рассмотрим отдельные аспекты непосредственного функционирования интернет-магазина, т.е. процесса реализации товаров покупателям.

В Беларуси отношения между покупателем и продавцом товаров при осуществлении розничной торговли посредством интернет-магазина регулируются Правилами продажи товаров при осуществлении розничной торговли по образцам, утвержденными Постановлением № 31. Любопытно отметить, что в то же время в Российской Федерации продажа товаров по договору розничной купли-продажи, заключаемому посредством сети Интернет, рассматривается как продажа товаров дистанционным способом (абз. 4 п. 2 Постановления № 612), а продажа товаров по образцам предполагает ознакомление покупателя с образцом товара, предложенным продавцом и выставленным в месте продажи товаров, и имеет специальное правовое регулирование (постановление Правительства РФ от 21.07.1997 № 918 «Об утверждении Правил продажи товаров по образцам»).

На наш взгляд, подход российского законодателя к определению формы продажи товаров через Интернет является более обоснованным, соответствующим фактическому процессу реализации, а также международным правовым традициям. Так, к примеру, Директива 2011/83/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС от 25.10.2011

о правах потребителей, изменяющая Директиву 93/13/ЕЭС Совета ЕС и Директиву 1999/44/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС и отменяющая Директиву 85/577/ЕЭС Совета ЕС и Директиву 97/7/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС[1], рассматривает контракт, заключенный между продавцом и потребителем без необходимости одновременного физического присутствия продавца и потребителя, с исключительным использованием одного или нескольких средств связи, именно как дистанционный контракт.

Проводя указанную параллель, отметим, что речь идет, безусловно, только об аналогии. Это связано с тем, что Директива 2011/83/ЕС придает дистанционному контракту статус самостоятельного вида обязательственных правоотношений, который включает в себя не только продажу товаров, но и оказание услуг дистанционным способом. Практика же правового регулирования в России и Беларуси исходит из иного принципа: нормы, определяющие интернет-торговлю, не применяются в отношении работ (услуг), за исключением работ (услуг), выполняемых (оказываемых) продавцом в связи с продажей товаров дистанционным способом (подп. «а» п. 6 Постановления № 612, п. 1 Постановления № 31).

Как белорусским, так и российским законом установлены перечни товаров, которые не могут реализовываться посредством интернет-магазинов. Но если в первом случае этот перечень является закрытым[2], то во втором законодатель определяет его как «товары, свободная реализация которых запрещена или ограничена законодательством Российской Федерации» (п. 5 Постановления № 612).

Ограничения в отношении интернет-торговли могут касаться не только объектов, но и субъектов рассматриваемых отношений. Например, до вступления в силу Указа Президента РБ от 09.10.2017 № 364 «Об осуществлении физическими лицами ремесленной деятельности» физические лица, осуществляющие ремесленную деятельность, были не вправе реализовывать свои товары через Интернет. Российское законодательство подобных ограничений не содержит.

[1] http://base.garant.ru/70205196/1/#block_2#ixzz4wVz0AN2j

[2] Ювелирные и другие бытовые изделия, сусальное золото и сусальное серебро, драгоценные камни; пиротехнические изделия; лекарственные средства; биологически активные добавки к пище; специализированная пищевая продукция для питания спортсменов; ветеринарные средства; оружие и патроны к нему; алкогольные напитки; семена мака; табачные изделия (п. 6 Постановления № 31). Также не подлежат реализации через интернет-магазины товары, указанные в п. 10 ст. 10 Закона РБ от 10.05.2007 № 225-З «О рекламе» (наркотические средства, психотропные вещества, органы и (или) ткани человека, порнографические материалы, детские молочные смеси и др.).

Белорусский и российский законы используют одинаковый подход к информированию потребителя, приобретающего товар посредством интернет-магазина, – оно должно быть полным и достоверным.

При этом Постановление № 31 делит сведения, подлежащие предоставлению потребителю, на две группы:

1) сведения, которые размещаются на главной странице сайта: наименование продавца; режим работы; информация о лицензии; информация о способах оплаты товара; дата регистрации в Торговом реестре; информация о месте нахождения организации-продавца и т.д.

2) сведения, которые размещаются на самом сайте: сведения о документах, подтверждающих факт приобретения товара, которые продавец обязан выдавать покупателю вместе с товаром (а также их образцы); информация о товарах (наименование товара, цена, условия оплаты и пр.).

Расширенный перечень информации для размещения на сайте интернет-магазина содержат рекомендации Министерства торговли РБ от 22.07.2014 «О мерах по обеспечению соблюдения законодательства о защите прав потребителей при осуществлении интернет-торговли».

Статьей 12.17 КоАП РБ предусмотрена административная ответственность за нарушение приведенных требований законодательства в виде штрафа в размере до 10 базовых величин.

Таким образом, еще на стадии разработки белорусского сайта, предназначенного для реализации товаров потребителям, его владелец должен учитывать требования к контенту, который будет размещен на нем.

Законодатели России и Беларуси по-разному подходят к определению момента заключения договора купли-продажи товара: по белорусскому закону – с момента выдачи продавцом покупателю кассового или товарного чека, иного документа, подтверждающего факт приобретения товара, а по российскому – также с момента получения продавцом сообщения о намерении покупателя приобрести товар (акцепта). Последнее утверждение не раз становилось предметом научной дискуссии и даже судебного разбирательства. По мнению Верховного Суда РФ, закрепление соответствующей нормы в Постановлении № 612 направлено на усиление защиты прав и законных интересов потребителей, так как именно с момента передачи покупателем продавцу сообщения о намерении приобрести товар у продавца возникают обязательства по передаче товара и иные обязательства, связанные с передачей товара[1].

[1] Решение ВС РФ от 04.10.2011 № ГКПИ11-994 «Об отказе в удовлетворении заявления о признании частично недействующими пунктов 5, 20 Правил продажи товаров дистанционным способом, утв. Постановлением Правительства РФ от 27.09.2007 № 612».

Позволим себе поддержать высказанную позицию и выразить мнение о том, что зависимость возникновения прав и обязанностей сторон договора от выдачи продавцом чека (или иного документа, подтверждающего факт приобретения товара) делает фактически нереализуемым право покупателя требовать от продавца передачи выбранного им товара. И если при традиционной торговле (в торговом объекте) эта ситуация вполне объяснима, то при дистанционной требуется учитывать тот факт, что решающее значение имеет момент выбора товара потребителем (определение вида товара, марки, количества, размера, способа и сроков доставки и пр.). Сформированное потребителем намерение приобрести товар становится правопорождающим событием – после его наступления у покупателя возникают обязанности оплатить и принять товар, а у продавца – доставить и передать его.

Таким образом, считаем верным рассматривать получение продавцом сообщения о намерении покупателя приобрести товар в качестве момента заключения договора купли-продажи товара посредством сети Интернет, а передачу чека (или иного документа) – документом, подтверждающим факт заключения соответствующего договора.

Обязанностью, налагаемой на продавца при торговле через белорусский интернет-магазин, является предоставление покупателям возможности расчета за приобретаемый товар путем дистанционного перечисления денежных средств. При этом обязательным является обеспечение покупателю возможности оплаты посредством использования банковской платежной карточки, а также автоматизированной информационной системы единого расчетного и информационного пространства (ЕРИП). Данный подход был уточнен Национальным банком РБ, Министерством торговли РБ и Министерством по налогам и сборам РБ, которые в своем совместном письме от 04.12.2015 № 77-24/934/07-15/1347/К/8-2-8/7452 «О применении норм законодательства в отношении установки и использования платежных терминалов» указали, что для выполнения субъектом торговли требований ч. 3 п. 15 Постановления № 31 является достаточным обеспечение возможности оплаты покупателем товара одним из следующих способов: посредством АИС «Расчет» или с использованием интернет-эквайринга.

Российский же законодатель исходит из альтернативности способов оплаты товара и не гарантирует покупателю возможность расплачиваться в безналичном порядке.

Еще одной дополнительной гарантией прав покупателей, установленной Постановлением № 31, является возможность обращения с претензией в случае нарушения их прав как в адрес продавца, так

и в адрес собственника (владельца) электронного ресурса, предоставляющего продавцам услуги, связанные с осуществлением ими торговли через интернет-магазин. Указанные субъекты обязаны оказывать покупателям содействие в защите прав потребителей путем предоставления необходимой для составления претензии информации, передачи продавцу претензии покупателя в случае необоснованного отказа продавца принимать такую претензию (ч. 1 п. 26-1). В Постановлении № 612 указание на такую обязанность отсутствует.

Отдельный интерес представляет собой возможность осуществления трансграничных торговых операций в сегменте розничной торговли.

По оценкам *J'son & Partners Consulting*, объем трансграничной торговли (покупки из Российской Федерации в интернет-магазинах за рубежом) по итогам 2016 г. составил 301,8 млрд руб. При этом в 2008 г. объем составлял 4,3 млрд руб.[1]

Белорусское законодательство не содержит норм, ограничивающих граждан в приобретении товаров в зарубежных интернет-магазинах. Однако при осуществлении таких покупок следует учитывать лимиты, установленные в отношении товаров для личного пользования, пересылаемых в международных почтовых отправлениях в течение календарного месяца в адрес одного получателя (п. 1.1 Указа Президента РБ от 21.07.2014 № 360 «О перемещении через таможенную границу Евразийского экономического союза в Республике Беларусь товаров для личного пользования»). Так, физическое лицо, находящееся на территории Республики Беларусь, может получить товар, не уплачивая таможенные платежи, в том случае, если таможенная стоимость таких товаров в совокупности не превышает сумму, эквивалентную 22 евро, и их общий вес в совокупности не превышает 10 кг. Посылки из государств – членов ЕАЭС считаются внутрисоюзными и не подлежат таможенному контролю, поэтому указанные лимиты на них не распространяются.

Если сумма и (или) вес посылки будут превышены, получатель должен уплатить:

– пошлину в размере 30% суммы, на которую превысили лимит, но не менее 4 евро за 1 кг веса[2];

[1] http://json.tv/ict_telecom_analytics_view/obem-pokupok-iz-rf-v-internet-magazinah-za-rubejom-2008-2020-gg-20170807040009

[2] Пункт 8 разд. III Приложения 5 к Соглашению о порядке перемещения физическими лицами товаров для личного пользования через таможенную границу Таможенного

– таможенный сбор в размере 5 евро[1]. Он взимается за совершение таможенных операций в отношении каждой посылки, полученной с превышением лимитов.

Несмотря на то, что интернет-торговля занимает особое место в рыночных отношениях, складывающихся в России и Беларуси, и имеет достаточно детальное национальное регулирование, до сих пор остается нерешенным ряд вопросов. Часть из них имеет правоприменительный характер, например, сложность оперативного пресечения распространения через сеть Интернет продукции, оборот которой запрещен либо ограничен, а также функционирования интернет-магазинов, сопряженного с многочисленными нарушениями прав потребителей (непоставка / недопоставка оплаченных товаров, нарушение сроков поставки, реализация некачественных товаров или товаров, не соответствующих представленному на сайте описанию, введение в заблуждение потребителя относительно потребительских свойств товаров, ненадлежащее информирование потребителя о товаре и (или) продавце, отказ от приемки возвращенного товара, отказ от возмещения убытков, причиненных потребителю, и пр.). В указанных случаях недобросовестный продавец может легко перенести свою деятельность на другой сайт и таким образом избежать претензий потребителей и (или) контролирующих органов.

На наш взгляд, указанную проблему могло бы отчасти решить ведение Реестра недобросовестных владельцев интернет-магазинов (по аналогии с Реестром недобросовестных поставщиков) или иного единого информационного ресурса, который содержал бы информацию, предостерегающую потенциальных потребителей от взаимодействия с указанными лицами.

Можно также отметить инициативу Роспотребнадзора, который еще в 2015 г. обратился в Правительство РФ с предложением блокировать сайты недобросовестных интернет-магазинов и агрегаторов – по аналогии с приостановкой работы традиционных магазинов и ресторанов[2].

Среди проблем, требующих законодательного решения, отметим также неурегулированность деятельности так называемых сайтов-агрегаторов, т.е. субъектов предпринимательской деятельности, которые,

союза и совершения таможенных операций, связанных с их выпуском (заключено в г. Санкт-Петербурге 18.06.2010).

[1] Приложение 2 к Указу Президента РБ от 13.07.2006 № 443 «О таможенных сборах» // Национальный правовой интернет-портал Республики Беларусь: www.pravo.by.

[2] http://www.interfax.ru/russia/447874

формально не являясь интернет-магазинами, выступают в качестве непосредственных получателей денежных средств от потребителей в счет оплаты тех товаров, информация о которых в значительных масштабах (объемах) аккумулируется агрегаторами на своих ресурсах.

Развитие информационных технологий, по нашему мнению, должно способствовать повышению гибкости законодательных механизмов регулирования экономических отношений в целом и торговых в частности. Недостаточная адаптированность норм закона к быстро изменяющимся реалиям виртуальной торговли ставит под угрозу интересы как бизнеса, так и потребителя, а также является препятствием для динамичного развития отрасли. Приоритетными направлениями правового регулирования в рассматриваемой сфере, как представляется, должны стать:

– снижение административных барьеров для ведения бизнеса в Интернете;

– совершенствование систем оплаты в области электронной торговли;

– обеспечение безопасности персональных данных, используемых при совершении интернет-покупок;

– сбалансированный подход к осуществлению трансграничной торговли, а также деятельности иностранных интернет-магазинов, реализующих товары на национальной территории;

– повышение правовой защищенности всех участников торговых отношений, складывающихся в Интернете (продавец, покупатель, владелец сайта и др.);

– укрепление доверия со стороны потребителей к рассматриваемой форме торговли, а также ее роли в экономике государства.

Кроме того, законодателю следует учитывать зарубежные и международные тенденции правового регулирования электронной коммерции в целях формирования стратегических подходов к развитию рассматриваемого формата торговли.

Потенциал электронной торговли как эффективного инструмента, гарантирующего доступ потребителей к широкому кругу товаров, во многом обеспечивается снижением регулирующего воздействия, снятием чрезмерных запретов и ограничений, четким разделением правовых механизмов функционирования традиционной и интернет-торговли. К сожалению, реализация товаров посредством сети Интернет воспринимается сегодня лишь как одна из форм торговли (в Республике Беларусь – как торговля по образцам, в Российской Федерации – как дистанционная торговля) и потому имеет фрагмен-

тарное, усеченное регулирование. На наш взгляд, рассматриваемая сфера должна иметь единое целостное регулирование посредством специального закона. Так, Модельный закон об электронной торговле был принят на 29-м пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ еще в далеком 2008 г.[1], однако он так и не нашел воплощения в национальном законодательстве ни Российской Федерации, ни Республики Беларусь.

Отметим также, что комфорт потребительского климата на рынке интернет-торговли определяется многими факторами, которые не ограничиваются правовым регулированием, – государством должны создаваться надлежащие организационные и технические условия для расширения возможностей интернет-предпринимателей, стимулирования их деловой активности, поддержки инициативы, формирования конкурентной среды.

**Пристатейный библиографический список:**

1. *Беломестнова Н.* Повеяло сервером. Иностранным интернет-магазинам придется заняться обработкой персональных данных в России // Юрист спешит на помощь. 2015. № 9. С. 21–22.

2. *Бычков А.* Договор на разработку интернет-сайта // эж-Юрист. 2013. № 44. С. 12.

3. *Лаптев К.С.* Интернет-торговля в Беларуси: механизмы правового регулирования // Промышленно-торговое право. 2016. № 8. С. 41–44 (РБ).

4. *Лосев С.С.* Охрана дизайна продукции (часть 1) // СПС «КонсультантПлюс» (РБ).

5. *Слепич М.* E-commerce: юридические аспекты в Беларуси // Юрист. 2017. № 3. С. 22–27 (РБ).

6. *Тимаков А.* Интернет-торговля: ограничения и запреты // эж-Юрист. 2016. № 17–18. С. 11.

[1] Модельный закон об электронной торговле (принят в г. Санкт-Петербурге 25.11.2008 Постановлением 31-12 на 31-м пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ) // Информационный бюллетень. Межпарламентская Ассамблея государств – участников СНГ. 2009. № 43. С. 268–293.

**Е.Ф. Евсеев**

# ОТКАЗ ПОТРЕБИТЕЛЯ ОТ ИСПОЛНЕНИЯ ДОГОВОРА РОЗНИЧНОЙ КУПЛИ-ПРОДАЖИ ТЕХНИЧЕСКИ СЛОЖНОГО ТОВАРА ПРИ ОТСУТСТВИИ В НЕМ СУЩЕСТВЕННОГО НЕДОСТАТКА, РАСЧЕТЫ С ПОТРЕБИТЕЛЕМ

Аннотация. *В статье рассматриваются вопросы, возникающие при отказе потребителя от договора розничной купли-продажи, предметом которого является технически сложный товар, по основаниям, не связанным с обнаружением в нем существенного недостатка.*

Ключевые слова: *покупатель, потребитель, договор розничной купли-продажи, технически сложный товар, отказ от договора (исполнения договора), расчеты с потребителем.*

Договор розничной купли-продажи, несомненно, является самым распространенным среди всех гражданско-правовых договоров и опосредует оборот наибольшей части всех циркулирующих в нем товаров. Нередко по нему реализуются так называемые технически сложные товары (далее – ТСТ), которые существенно отличаются от других товаров, чем обусловливается установление и применение к ним специальных правил.

Такие правила установлены, в частности, разд. IV «Особенности продажи технически сложных товаров бытового назначения» Правил продажи отдельных видов товаров (далее – Правила продажи товаров)[1]

[1] Утв. постановлением Правительства РФ от 19.01.1998 № 55 «Об утверждении Правил продажи отдельных видов товаров, перечня товаров длительного пользования, на которые не распространяется требование покупателя о безвозмездном предоставлении ему на период ремонта или замены аналогичного товара, и перечня непродовольственных товаров надлежащего качества, не подлежащих возврату или обмену на аналогичный товар других размера, формы, габарита, фасона, расцветки или комплектации».

и касаются их предпродажной подготовки (п. 47)[1], оформления их выставочных образцов (п. 48), демонстрации их устройства и действия покупателю (п. 49), проверки их качества, комплектности и цены (п. 50), передачи их покупателю (п. 51), порядка их установки на дому у покупателя (п. 52).

Кроме того, законом устанавливаются специальные основания для отказа покупателя (потребителя)[2] от договора (исполнения договора)[3] розничной купли-продажи[4], предметом которого выступают ТСТ (абз. 8–11 п. 1 ст. 18 Закона о защите прав потребителей).

Как видно из названия настоящей статьи, ее предметом будут являться правоотношения, возникающие в связи с отказом от исполнения договора только по основаниям, не связанным с наличием в ТСТ существенного недостатка (абз. 8, 10 и 11 п. 1 ст. 18 Закона о защите прав потребителей). Такое сужение тематики сделано нами намеренно, поскольку выпадающее основание (абз. 9 п. 1 ст. 18 Закона о защите прав потребителей, а также п. 3 ст. 503 и п. 2 ст. 475 ГК РФ) значительно отличается от остальных и потому требует отдельной глубокой и обстоятельной разработки. Интересующие же нас основания, напротив, несмотря на все имеющиеся между ними различия, имеют родовое сходство, поскольку так или иначе все они связаны с исчислением и истечением определенных сроков.

Начать следует с выяснения того, что, собственно, представляет собой ТСТ.

## Понятие ТСТ

Действовавшее ранее и действующее сейчас российское законодательство, в том числе ГК РФ и Закон о защите прав потребителей, официального определения (легальной дефиниции) понятия ТСТ не содержит. Однако в абз. 12 п. 1 ст. 18 Закона о защите прав потребителей указано, что перечень ТСТ утверждается Правительством РФ.

---

[1] Здесь и далее до конца абзаца приводятся ссылки на соответствующие пункты настоящих Правил.

[2] Для удобства изложения далее по тексту понятия «покупатель» и «потребитель» будут употребляться нами как равнозначные.

[3] Также для удобства изложения (подобно тому, как это сделано в ст. 450.1 ГК РФ) далее по тексту выражения «отказ от договора» и «отказ от исполнения договора» будут употребляться нами как равнозначные.

[4] Для краткости далее по тексту договор розничной купли-продажи будет называться нами просто договором.

На настоящий момент действует Перечень технически сложных товаров[1], согласно которому к ним относятся[2]:

– легкие самолеты, вертолеты и летательные аппараты с двигателем внутреннего сгорания (с электродвигателем);

– автомобили легковые, мотоциклы, мотороллеры и транспортные средства с двигателем внутреннего сгорания (с электродвигателем), предназначенные для движения по дорогам общего пользования;

– тракторы, мотоблоки, мотокультиваторы, машины и оборудование для сельского хозяйства с двигателем внутреннего сгорания (с электродвигателем);

– снегоходы и транспортные средства с двигателем внутреннего сгорания (с электродвигателем), специально предназначенные для передвижения по снегу; суда спортивные, туристские и прогулочные, катера, лодки, яхты и транспортные плавучие средства с двигателем внутреннего сгорания (с электродвигателем);

– оборудование навигации и беспроводной связи для бытового использования, в том числе спутниковой связи, имеющее сенсорный экран и обладающее двумя и более функциями;

– системные блоки, компьютеры стационарные и портативные, включая ноутбуки, и персональные электронные вычислительные машины;

– лазерные или струйные многофункциональные устройства, мониторы с цифровым блоком управления;

– комплекты спутникового телевидения, игровые приставки с цифровым блоком управления; телевизоры, проекторы с цифровым блоком управления; цифровые фото- и видеокамеры, объективы к ним и оптическое фото- и кинооборудование с цифровым блоком управления;

– холодильники, морозильники, стиральные и посудомоечные машины, кофе-машины, электрические и комбинированные плиты, электрические и комбинированные духовые шкафы, кондиционеры, электрические водонагреватели с электрическим двигателем и (или) микропроцессорной автоматикой;

– часы наручные и карманные механические, электронно-механические и электронные, с двумя и более функциями;

– инструмент электрифицированный (машины ручные и переносные электрические).

---

[1] Утв. постановлением Правительства РФ от 10.11.2011 № 924 «Об утверждении перечня технически сложных товаров».

[2] Здесь и далее по тексту настоящего и ранее действовавшего перечней наименования ТСТ приводятся дословно без изменений и в том же порядке, в каком они в них перечислены.

Ранее действовавший Перечень технически сложных товаров, в отношении которых требования потребителя об их замене подлежат удовлетворению в случае обнаружения в товарах существенных недостатков[1], к таковым причислял:

– автотранспортные средства и номерные агрегаты к ним;

– мотоциклы, мотороллеры;

– снегоходы;

– катера, яхты, лодочные моторы;

– холодильники и морозильники;

– стиральные машины автоматические;

– персональные компьютеры с основными периферийными устройствами;

– тракторы сельскохозяйственные, мотоблоки, мотокультиваторы.

Таким образом, законодатель пошел по пути создания перечня ТСТ, который представляет собой «нормативный правовой акт, относящийся к источникам гражданского права, при помощи которого производится *исчерпывающая* (выделено нами. – *Е.Е.*) видовая конкретизация правовой категории технически сложного товара»[2], а не формулирования легального определения данного понятия и потому такое определение просто за его ненадобностью законом не устанавливается.

Приведенные в указанных перечнях товары в полной мере отвечают своему названию, поскольку представляют собой действительно сложные в плане их технического (технологического) изготовления, использования (функционирования) и хранения предметы[3].

---

[1] Утв. постановлением Правительства РФ от 13.05.1997 № 575 «Об утверждении Перечня технически сложных товаров, в отношении которых требования потребителя об их замене подлежат удовлетворению в случае обнаружения в товарах существенных недостатков».

[2] *Гильфанова Д.М.* Гражданско-правовая охрана прав потребителей технически сложных товаров: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2013. С. 15. Вместе с тем ученая не без оснований далее добавляет, что «при его (перечня ТСТ. – *Е.Е.*) нормативном закреплении законодателем не должна преследоваться цель отражения в нем всех фактически существующих видов технически сложных товаров, так как при его формировании должны быть приняты во внимание цели обеспечения охраны прав потребителей и поддержания разумного баланса между интересами потребителей и их контрагентов» (там же).

[3] Такого же мнения придерживается Д.М. Гильфанова, которая считает, что, помимо прочего, ТСТ по своим физическим характеристикам является промышленным товаром, относящимся к предметам техники, отличительным признаком которого, позволяющим отграничить его от иных подобных товаров, является его технологическая сущность,

Сравнивая содержание вышеприведенных перечней ТСТ, нетрудно заметить, что количество товаров, считающихся технически сложными, за прошедшее время было увеличено и притом значительно. Полагаем, что с дальнейшим прогрессом науки и техники и обусловленным им появлением на рынке новых товаров перечень ТСТ неизбежно подвержен моральному старению и потому подлежит своевременной актуализации путем дополнения и уточнения. Как отмечает по данному поводу Д.М. Гильфанова, «его (перечня ТСТ. – *Е.Е.*) содержание должно быть систематически (периодически) изменяемым с учетом тенденции потребительского рынка к появлению новых технически сложных товаров»[1]. Так, действующий перечень ТСТ дополнялся уже дважды[2] и, надо полагать, в будущем он будет продолжать дополняться (расширяться). Хотя, впрочем, по этой же причине также вполне возможно, что в еще более отдаленном будущем те или иные товары, которые ранее считались технически сложными, по сравнению с новыми, значительно более сложными в техническом плане товарами к ТСТ уже относиться не будут и, следовательно, будут из этого перечня исключены.

Для выяснения того, является ли тот или иной конкретный товар технически сложным, требуется соотнести его с перечисленными в перечне товарами. Поскольку же действующий (как и ранее действовавший) перечень ТСТ сформулирован как исчерпывающий (и действительно является таковым), постольку все не упомянутые в нем товары к ТСТ не относятся. Тем не менее, принимая во внимание, как уже указывалось, неизбежное моральное устаревание перечня ТСТ, думается, что в некоторых спорных случаях необходимо толковать его не только буквально, но и по смыслу, пытаясь соотнести по принципу сходства прямо не упомянутый в нем конкретный товар с другими перечисленными в нем товарами. При достаточной степени сходства следует заключать, что такой товар относится к ТСТ, в противном случае – что не относится[3].

---

которая состоит в его технически сложном внутреннем устройстве, включающем множество конструктивных элементов (там же. С. 14–15).

[1] *Гильфанова Д.М.* Гражданско-правовая охрана прав потребителей технически сложных товаров. С. 15.

[2] См. п. 2 постановления Правительства РФ от 27.05.2016 № 471 «О внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации по вопросу возврата или обмена технически сложных товаров» и постановление Правительства РФ от 17.09.2016 № 929 «О внесении изменения в перечень технически сложных товаров».

[3] Конечно, такая оценка по своему характеру будет в определенной мере субъективна, но здесь нам остается только констатировать, что это суть неизбежный (объективный)

## Отказ от договора и требования потребителя (общие положения)

По общему правилу п. 1 ст. 310 ГК РФ односторонний отказ от исполнения обязательства не допускается, за исключением случаев, предусмотренных ГК РФ, другими законами или иными правовыми актами. К таким предусмотренным законом случаям как раз и относится отказ от договора по основаниям, предусмотренным абз. 8–11 п. 1 ст. 18 Закона о защите прав потребителей. Введение настоящих норм обусловлено необходимостью защиты прав потребителей, достижения баланса интересов между изготовителями (продавцами) и потребителями при регламентации вопросов качества (безопасности) товара (определения КС РФ от 21.04.2011 № 561-О-О, от 20.02.2014 № 463-О, от 22.12.2015 № 2812-О и от 26.10.2017 № 2418-О[1]).

Каждое из данных оснований является самостоятельным и потому достаточно наличия хотя бы одного любого из них для отказа от договора, что также было разъяснено абз. 3 п. 38 постановления Пленума ВС РФ от 28.06.2012 № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей» (далее – Постановление № 17). Иначе говоря, одновременного наличия всех[2] или какой-либо другой их совокупности для отказа от исполнения договора не требуется.

Отказ от исполнения договора должен соответствовать общим положениям ст. 450.1 ГК РФ в той их части, в какой они не противоречат существу возникающих с участием потребителей правоотношений.

Исходя из п. 1 настоящей статьи отказ от договора реализуется управомоченной на его осуществление стороной путем уведомления о нем другой его стороны. Применительно к отношениям с участием потребителей, согласно п. 2 ст. 18 Закона о защите прав потребителей, отказ от договора по интересующим нас основаниям реализуется путем направления покупателем соответствующего уведомления продавцу

---

недостаток избранного приема законодательной техники. Впрочем, если бы закон содержал только легальное определение ТСТ, а не приводил их конкретный перечень, то влияние субъективного фактора было бы еще значительнее.

[1] Документы не были опубликованы.

[2] Ввиду специфики установленного абз. 8 п. 1 ст. 18 Закона о защите прав потребителей основания (см. ниже) его существование в совокупности с основаниями абз. 10 и 11 настоящего пункта исключается в принципе.

либо уполномоченной организации[1] или уполномоченному индивидуальному предпринимателю[2].

Поскольку с этим уведомлением закон связывает наступление соответствующих гражданско-правовых последствий, оно представляет собой юридически значимое сообщение, чем обусловливается необходимость применения к нему нормативных положений ст. 165.1 ГК РФ, которые, на наш взгляд, достаточно ясны и понятны, поэтому разбирать их подробно здесь не требуется.

Договор прекращается и считается расторгнутым (п. 2 ст. 450.1 ГК РФ) с момента получения такого уведомления. Вместе с тем отметим, что в судебной практике по спорам, связанным с отказом от исполнения договора по указанным основаниям, исковые требования формулируются истцами-потребителями неоднозначно. Так, помимо прочих, ими все равно заявляются требования о расторжении договора или о признании договора расторгнутым и (или) прекращенным либо о признании обоснованным и (или) законным отказа от исполнения договора. Также нередко встречается сочетание двух или более подобных требований в совокупности, вследствие чего и решения судов по таким спорам в части их резолютивных формулировок различаются.

В особенности следует остановиться на п. 4 ст. 450.1 ГК РФ, по которому уполномоченная на осуществление отказа от исполнения договора сторона должна при осуществлении этого права действовать добросовестно и разумно в пределах, предусмотренных ГК РФ, другими законами, иными правовыми актами или договором. Данное требование вытекает из общих принципов добросовестного осуществления гражданских прав, запрета на извлечение выгоды из недобросовестного поведения и злоупотребления правом (подп. 3 и 4 ст. 1 и ст. 10 ГК РФ).

---

[1] Организация, осуществляющая определенную деятельность, или организация, созданная на территории Российской Федерации изготовителем (продавцом), в том числе иностранным изготовителем (иностранным продавцом), выполняющие определенные функции на основании договора с изготовителем (продавцом) и уполномоченные им на принятие и удовлетворение требований потребителей в отношении товара ненадлежащего качества (абз. 10 преамбулы (вводной части) Закона о защите прав потребителей).

[2] Индивидуальный предприниматель, зарегистрированный на территории Российской Федерации, выполняющий определенные функции на основании договора с изготовителем (продавцом), в том числе с иностранным изготовителем (иностранным продавцом), и уполномоченный им на принятие и удовлетворение требований потребителей в отношении товара ненадлежащего качества (абз. 10 преамбулы (вводной части) Закона о защите прав потребителей).

Так, ВС РФ в Определении от 18.07.2017 № 16-КГ17-21[1] было обращено внимание на необходимость проверки судом апелляционной инстанции соответствия принципу добросовестности требования потребителя о расторжении договора, поскольку в гарантийном ремонте более 30 дней автомобиль находился только в течение первого года гарантийного срока, после чего истец использовал его в течение двух лет и требования о расторжении договора ответчику не направлял[2].

При отказе от договора потребитель вправе предъявить следующие три требования: первое – о возврате уплаченной за товар суммы, второе – о замене товара на товар этой же марки (модели, артикула) и третье – о замене товара на такой же товар другой марки (модели, артикула) с соответствующим перерасчетом покупной цены.

Эти требования потребитель вправе предъявить в отношении недостатков товара, если они обнаружены им в течение гарантийного срока (о гарантийном сроке см. ниже), а если он не установлен – в разумный срок, но в пределах двух лет со дня его передачи потребителю, если более длительные сроки не установлены законом или договором (п. 1 ст. 19 Закона о защите прав потребителей). Так, согласно п. 5 ст. 19 Закона о защите прав потребителей в случае, когда гарантия составляет менее двух лет[3] и недостатки товара обнаружены потребителем по ее истечении, но опять же в пределах двух лет, потребитель также вправе предъявить продавцу (изготовителю) требования, предусмотренные ст. 18 Закона о защите прав потребителей, но только если докажет, что таковые возникли до передачи ему товара или по причинам, возникшим до этого момента.

Настоящие требования носят взаимоисключающий характер, поэтому потребитель вправе предъявить только одно из них. Сам выбор требования осуществляется исключительно по усмотрению потребителя, что прямо разъяснено в абз. 1 п. 38 Постановления № 17. Для лица, которому предъявлено такое требование, его удовлетворение не представляет собой альтернативное обязательство (ст. 308.1 ГК РФ) и потому лицо не вправе удовлетворить или даже настаивать на удов-

[1] Документ не был опубликован.

[2] Настоящим Определением было отменено постановление суда апелляционной инстанции, которым решение суда первой инстанции об отказе в удовлетворении требований потребителя о возврате товара было изменено, а именно требования были удовлетворены частично, дело направлено на новое рассмотрение в суд апелляционной инстанции. К сожалению, информации о результатах данного рассмотрения нам найти не удалось.

[3] В данном случае речь идет именно о товаре, на который предоставлена гарантия продолжительностью менее двух лет, а не о товаре, на который гарантия не предоставлена вообще.

летворении другого, хотя и установленного абз. 8 п. 1 ст. 18 Закона о защите прав потребителей, но конкретно не предъявленного ему требования[1]. Конечно, по соглашению с потребителем подлежащее удовлетворению требование может быть изменено.

Поскольку отказ от договора потребителем и предъявление им требования о возврате уплаченной за товар суммы направлены на расторжение договора (см. выше), полагаем, что по смыслу п. 2 ст. 452 ГК РФ и ст. 22 Закона о защите прав потребителей такое требование может быть заявлено им в суд только после истечения 10 дней с момента его предъявления контрагенту, а точнее, с момента его получения контрагентом, если в его удовлетворении было отказано (полностью или частично) либо при неполучении ответа на него в указанный срок. Подчеркнем, что таково наше личное мнение. На обязательность претензионного (досудебного) порядка разрешения спора при отказе от договора по основаниям абз. 8–11 п. 1 ст. 18 Закона о защите прав потребителей в п. 23 Постановления № 17 не указывается.

Чаще всего при отказе от договора потребителем предъявляется требование о возврате уплаченной за товар суммы. Возврату подлежит именно сумма уплаченных за товар денежных средств, которая может не ограничиваться только собственно ценой товара, но включать в себя также иные связанные с ней платежи (на приобретение принадлежностей, запасных частей к товару и т.п.). Иначе говоря, возврату подлежат все уплаченные в связи с приобретением товара денежные средства.

Если цена товара была уплачена покупателем не полностью (частично), то возврату подлежит фактически уплаченная за него денежная сумма. При этом должны учитываться все предоставленные скидки на цену товара[2].

Товар может быть заменен только на аналогичный товар (товар этой же самой марки (модели, артикула)) либо на подобный товар (такой же товар, но другой марки (модели, артикула)). Следовательно, товар не может быть заменен принципиально отличным или совершенно другим товаром. Это справедливо независимо от того, являются ли оба, т.е. заменяемый и предоставляемый в замену, товара ТСТ. Так, автомобиль не может быть заменен мотоциклом, холодильник – ком-

[1] Об этом же самом только применительно к п. 1 ст. 475 ГК РФ говорится в п. 42 постановления Пленума ВС РФ от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении».

[2] Подробнее см.: *Белов В.* Действия продавца при заявлении покупателем требования о возврате денежных средств за товар // Хозяйство и право. 2015. № 12. С. 50–58.

пьютером и т.д. Дело в том, что иначе будет иметь место уже не собственно замена товара, а заключение другого договора, имеющего иной предмет (товар).

Товар ненадлежащего качества подлежит замене исключительно на новый, не бывший в употреблении товар, гарантийный срок на последний исчисляется заново со дня его передачи потребителю (п. 2 ст. 21 Закона о защите прав потребителей). Данное правило в равной мере применимо при замене товара как на аналогичный, так и на подобный товар.

В случае объективной невозможности удовлетворения требования потребителя о замене товара, в частности по причинам снятия его с производства или прекращения его поставок, соответствующее обязательство контрагента прекращается в связи с невозможностью его исполнения (ст. 416 ГК РФ), что влечет за собой возможность предъявления потребителем иных из перечисленных в п. 1 ст. 18 Закона о защите прав потребителей и ст. 503 ГК РФ требований. При этом на контрагенте потребителя лежит бремя доказывания отсутствия возможности замены товара, а также принятия им всех необходимых для удовлетворения данного требования мер. Если же такие обстоятельства возникли уже после вынесения решения суда относительно замены ненадлежащего товара, то потребитель вправе обратиться в суд с заявлением об изменении способа его исполнения (п. 40 Постановления № 17).

При замене товара на подобный товар производится пересчет покупной цены, поскольку цены заменяемого и предоставляемого в замену товаров могут различаться в большую или меньшую сторону (о расчетах с потребителем при отказе от договора будет сказано особо в конце настоящей статьи).

Требование о возврате уплаченной за товар суммы подлежит добровольному удовлетворению в течение 10 дней со дня его предъявления потребителем (ст. 22 Закона о защите прав потребителей).

Требование о замене товара подлежит добровольному удовлетворению в течение семи дней со дня его предъявления потребителем, при необходимости дополнительной проверки качества товара[1] – в течение 20 дней, а при отсутствии товара на момент его предъявления – в течение месяца, в этом же случае применительно к районам Крайнего Севера и приравненных к ним местностям – в срок, необходимый для очередной доставки соответствующего товара в эти районы (абз. 1–3 п. 1 ст. 21 Закона о защите прав потребителей).

[1] О проверке качества и экспертизе товара см. абз. 2–4 п. 5 ст. 18 Закона о защите прав потребителей.

В случае если для замены товара требуется более семи дней, по требованию потребителя его контрагент в течение трех дней со дня предъявления им требования о замене товара обязан безвозмездно предоставить ему во временное пользование на период замены товар длительного пользования, обладающий этими же основными потребительскими свойствами, обеспечив его доставку за свой счет, что не распространяется на товары, перечень которых определяется в соответствии с п. 2 ст. 20 Закона о защите прав потребителей (абз. 4 п. 1 ст. 21 Закона о защите прав потребителей). В свою очередь п. 2 ст. 20 Закона о защите прав потребителей устанавливает аналогичную обязанность также на случай ремонта товара.

На данный момент действует Перечень товаров длительного пользования, на которые не распространяется требование покупателя о безвозмездном предоставлении ему на период ремонта или замены аналогичного товара[1], по которому к таковым относятся[2]:

– автомобили, мотоциклы и другие виды мототехники, прицепы и номерные агрегаты к ним, кроме товаров, предназначенных для использования инвалидами, прогулочные суда и плавсредства;

– мебель;

– электробытовые приборы, используемые как предметы туалета и в медицинских целях (электробритвы, электрофены, электрощипцы для завивки волос, медицинские электрорефлекторы, электрогрелки, электробинты, электропледы, электроодеяла, электрофены-щетки, электробигуди, электрические зубные щетки, электрические машинки для стрижки волос и иные приборы, имеющие соприкосновение со слизистой и кожными покровами);

– электробытовые приборы, используемые для термической обработки продуктов и приготовления пищи (бытовые печи СВЧ, электропечи, тостеры, электрокипятильники, электрочайники, электроподогреватели и другие товары);

– гражданское оружие, основные части гражданского и служебного огнестрельного оружия.

---

[1] Утв. постановлением Правительства РФ от 19.01.1998 № 55 «Об утверждении Правил продажи отдельных видов товаров, перечня товаров длительного пользования, на которые не распространяется требование покупателя о безвозмездном предоставлении ему на период ремонта или замены аналогичного товара, и перечня непродовольственных товаров надлежащего качества, не подлежащих возврату или обмену на аналогичный товар других размера, формы, габарита, фасона, расцветки или комплектации».

[2] Здесь и далее по тексту настоящего перечня наименования товаров приводятся дословно без изменений и в том же порядке, в каком они в них перечислены.

Исходя из приведенного Перечня, данная обязанность отсутствует применительно к аналогичным или подобным товарам, которые перечислены в Перечне технически сложных товаров.

Сроки удовлетворения указанных требований потребителя установлены законом императивно и не могут быть отменены или изменены по соглашению сторон. Поэтому потребитель, уже предъявивший одно из установленных абз. 8 п. 1 ст. 18 Закона о защите прав потребителей требований до истечения соответствующего срока для его удовлетворения, не вправе предъявить какое-либо другое них, т.е. изменить требование.

Нарушение данных сроков влечет для контрагента потребителя неблагоприятные (негативные) последствия в виде уплаты неустойки (пени) (п. 1 ст. 23 Закона о защите прав потребителей)[1], компенсации морального вреда (ст. 15 Закона о защите прав потребителей)[2] и штрафа (п. 6 ст. 13 Закона о защите прав потребителей)[3]. Памятуя о предмете настоящей статьи, мы ограничимся вышеприведенными ссылками на соответствующие нормы и основные официальные разъяснения практики их применения, подробно данные последствия нами разбираться здесь не будут.

По требованию продавца и за его счет потребитель должен возвратить товар с недостатками (абз. 6 п. 1 ст. 18 Закона о защите прав потребителей). В свою очередь, согласно п. 7 ст. 18 Закона о защите прав потребителей, доставка крупногабаритного товара[4] и товара весом более 5 кг[5] для ремонта, уценки, замены и (или) возврат их потребителю осуществляются силами и за счет продавца (изготовителя, уполномоченной организации или уполномоченного индивидуального предпринимателя, импортера). В случае неисполнения данной обязанности, а также при отсутствии указанных лиц в месте нахождения потребителя доставка и (или) возврат указанных товаров могут осуществляться

[1] См. подп. «а» п. 32 Постановления № 17 и п. 9 и 10 Обзора практики рассмотрения судами дел по спорам о защите прав потребителей, связанным с реализацией товаров и услуг (утв. Президиумом ВС РФ 17.10.2018) (далее – Обзор 2018 г.).

[2] См. п. 45 Постановления № 17.

[3] См. ответ на вопрос № 24 Обзора законодательства и судебной практики ВС РФ за третий квартал 2006 г. и п. 46 и 47 Постановления № 17, п. 3 и 10 Обзора 2018 г.

[4] Закон, иные нормативные правовые акты, а также официальные разъяснения практики их применения не содержат определения крупногабаритного товара, поэтому оно по умолчанию переходит в разряд оценочных, что, на наш взгляд, нежелательно.

[5] Представляется, что имеется в виду вес всего товара в целом, включая вес переданных вместе с ним его принадлежностей, запасных частей и фирменной (заводской) упаковки.

потребителем. При этом упомянутые лица обязаны возместить потребителю расходы, связанные с доставкой и (или) возвратом указанных товаров. Зачастую ТСТ представляет собой крупногабаритный товар и (или) товар, весящий более 5 кг, следовательно, в таких случаях, т.е. когда ТСТ отвечает настоящим характеристикам, применяются указанные нормы, которые имеют значение и при отказе от договора. Остановимся на этом моменте подробнее.

Общий смысл настоящих норм сводится к тому, что доставка подобного товара в указанных случаях возлагается не на потребителя, а строго на его контрагента. Иначе говоря, потребитель именно вправе, но не обязан доставлять такой товар. Однако, как показывает практика, случаи нарушения этой обязанности встречаются очень часто. В результате потребитель оказывается, по сути, вынужден все равно доставить (доставлять) товар. Не приходится сомневаться, что такое положение дел противоречит закону, является несправедливым и потому недопустимо. Но может или должно ли нарушение контрагентом потребителя данной своей обязанности иметь правовое значение и влечь для него неблагоприятные последствия при отказе от исполнения договора?

Единого подхода в судебной практике по этому вопросу пока не сложилось. Лично нам импонирует позиция, занятая ВС РФ в Определении от 31.01.2017 № 32КГ-16-31[1], в котором, помимо прочего, отмечается, что по смыслу п. 7 ст. 18 Закона о защите прав потребителей не исключается право потребителя потребовать доставки крупногабаритного товара продавцу или импортеру для его диагностики с целью последующего ремонта, в связи с чем именно на продавце (импортере) лежит риск возможного нарушения установленных Законом о защите прав потребителей сроков доставки крупногабаритного товара для устранения его недостатков[2].

Также, невольно забегая вперед, отметим, чтобы далее не повторяться, что реализация потребителем требования об отказе от исполнения договора в связи с нарушением срока устранения недостатков товара, а также в связи с невозможностью использования товара (абз. 10 и 11 п. 1 ст. 18 Закона о защите прав потребителей) возможна только

[1] Документ опубликован не был.

[2] Настоящим Определением было отменено постановление суда апелляционной инстанции, которым оставлено без изменения решение суда первой инстанции об отказе в удовлетворении требований потребителя о замене товара, дело направлено на новое рассмотрение в суд апелляционной инстанции. В свою очередь апелляционным определением Саратовского областного суда от 09.03.2017 № 33-1630/2017 требования потребителя были удовлетворены частично.

после реализации им требования о незамедлительном безвозмездном устранении недостатков товара (абз. 5 п. 1 ст. 18 Закона о защите прав потребителей). То есть просрочка устранения недостатков товара является причиной, которая имеет своим следствием отказ от исполнения договора. Надо сказать, что судами данное обстоятельство нередко толкуется в том ключе, что реализация потребителем требования об устранении недостатков товара в последующем исключает предъявление им требования об отказе от исполнения договора. Безусловно, такой поход является неверным, поскольку он основан на ошибочном толковании норм материального права[1], так как не учитывает указанную причинно-следственную связь.

Таким образом, как отмечается Д.И. Гильфановой, осуществление потребителем ТСТ своих прав в рассматриваемых случаях условно проходит как бы в четыре этапа: первый – выявление потребителем недостатка товара, второй – выбор потребителем одного из установленных законом требований, третий – предъявление выбранного потребителем требования продавцу или иному уполномоченному на его принятие лицу, четвертый – обращение потребителя за защитой своих прав в случае отказа в удовлетворении или игнорирования его требований в суд[2].

Теперь рассмотрим каждое из интересующих нас оснований отказа от исполнения договора подробно в отдельности.

### Отказ от договора до истечения 15 дней с момента передачи товара потребителю

Из системного толкования положений абз. 8–11 п. 1 ст. 18 Закона о защите прав потребителей в их совокупности и взаимосвязи следует, что отказ от договора зависит прежде всего от того, прошло или нет 15 дней с момента передачи товара потребителю. До истечения 15 дней с этого момента отказ от договора возможен на основании абз. 8 настоящего пункта, а по их истечении – уже только по основаниям абз. 9–11 настоящего пункта соответственно[3].

---

[1] На это, кстати, указывалось в настоящем Определении ВС РФ. По данному поводу см. также постановление Московского областного суда от 25.10.2017 № 44г-287/17.

[2] См.: *Гильфанова Д.М.* Установление в законе «О защите прав потребителей» и иных нормативных правовых актах обязанностей продавца и юридические процедуры как гражданско-правовые средства обеспечения реализации прав потребителей технически сложных товаров // Вестник экономики, права и социологии. 2013. № 2. С. 132.

[3] На данное обстоятельство обращается внимание в абз. 2 и 3 п. 38 Постановления № 17.

Итак, отказ от договора возможен в течение (до истечения) 15 дней с момента его передачи ввиду обнаружения в ТСТ недостатков.

Начало исчисления данного срока связывается именно и исключительно с моментом передачи товара потребителю, т.е. с его фактическим вручением ему. Такой и только такой подход является оправданным, поскольку в подавляющем большинстве случаев обнаружить в товаре недостатки (дефекты) покупатель может только не ранее, чем он его получит или далее начнет использовать[1]. Другие обстоятельства сделки, как, например, момент заключения договора или момент полной либо частичной уплаты цены товара, не имеют правового значения при определении начала течения гарантийного срока. То есть даже если договор был заключен и цена товара была полностью или частично уплачена покупателем, но товар не был ему передан, то течь указанный срок все равно не начнет.

Возможность отказа от договора обусловливается нарушением продавцом обязанности по передаче покупателю товара, качество которого соответствует договору купли-продажи (п. 1 ст. 469 ГК РФ, п. 1 ст. 4 Закона о защите прав потребителей), каковое имеет место быть в том числе при продаже товара с недостатками. Однако следует сразу оговориться, что сама по себе продажа товаров, в том числе ТСТ, с недостатками законом не запрещена, но от продавца требуется поставить покупателя в известность об их наличии до или при заключении договора. По общим правилам потребитель вправе потребовать предоставления необходимой и достоверной информации о продавце и реализуемых им товарах, а продавец обязан своевременно предоставлять потребителю необходимую и достоверную информацию о товарах, обеспечивающую возможность их правильного выбора (п. 1 ст. 8 и п. 1 ст. 10 Закона о защите прав потребителей). В частности, потребителю должна быть предоставлена информация об имеющихся в товаре недостатках, о чем, согласно абз. 14 п. 11 Правил продажи товаров, он должен быть уведомлен не только устно, но и письменно[2]. Закономерно, что в абз. 1 п. 1 ст. 503 ГК РФ и в абз. 1 п. 1 ст. 18 Закона о защите

[1] Рассуждая по этому поводу, мы приходим к выводу о наличии здесь презумпции, состоящей в том, что товар начал использоваться покупателем с момента его передачи ему. То есть если покупатель фактически не начнет использовать товар в указанный срок и потому в течение этого срока не выявит имеющийся в товаре недостаток, то это обстоятельство не будет иметь правового значения.

[2] Подобным же образом предписывается предоставлять потребителю информацию о том, что товар был в употреблении или в нем устранялся недостаток (недостатки) (абз. 14 п. 2 ст. 10 Закона о защите прав потребителей, абз. 13 п. 11 и абз. 1 п. 129 Правил продажи товаров).

прав потребителей говорится о том, что их положения применяются, только если недостатки товара не были оговорены продавцом, о чем также разъясняется в абз. 1 п. 38 Постановления № 17. Исходя из этого, выражаясь наиболее точно, для отказа от договора требуется, чтобы товар имел неоговоренные недостатки.

Разберемся в том, что следует понимать под недостатком товара.

Согласно легальному определению недостатка товара, приведенному в абз. 7 преамбулы (вводной части) Закона о защите прав потребителей, под ним понимается несоответствие товара обязательным требованиям, предусмотренным законом либо в установленном им порядке, или условиям договора (при их отсутствии или неполноте условий – обычно предъявляемым требованиям), или целям, для которых товар такого рода обычно используется, или целям, о которых продавец был поставлен в известность потребителем при заключении договора, или образцу и (или) описанию при продаже товара по образцу и (или) по описанию. Данное определение в полной мере согласуется с положениями ст. 4 Закона о защите прав потребителей о качестве товара.

Как разъясняется в абз. 2 п. 38 Постановления № 17, отказ от договора по настоящему основанию возможен независимо от того, насколько существенными были отступления от требований к качеству товара, установленные ст. 4 Закона о защите прав потребителей. Исходя из этого, возможные в таком случае возражения относительно незначительности и (или) несущественности имеющихся в товаре недостатков не имеют правового значения и потому не должны приниматься во внимание ни потребителем, ни судом. Возможность устранения таких недостатков правового значения в данном случае также не имеет (п. 5 Обзора 2018 г.). Данные разъяснения актуальны, и потому такой же подход должен быть и при отказе от договора по основаниям абз. 10 и 11 п. 1 ст. 18 Закона о защите прав потребителей.

Кроме этого, требования граждан к качеству программного обеспечения, используемого в технически сложном товаре (например, к операционной системе, которая служит для обеспечения его функционирования), должны рассматриваться как требования к качеству товара в целом с учетом его потребительских свойств в соответствии со ст. 469 ГК РФ (п. 39 Постановления № 17).

Вместе с тем в любом случае правовое значение имеют момент и причина возникновения недостатков товара, что недвусмысленно следует из ст. 476 ГК РФ, по которой продавец отвечает за те недостатки товара, которые возникли до его передачи покупателю или

по причинам, возникшим до этого момента, и, соответственно, не отвечает за те недостатки товара, которые возникли после его передачи покупателю вследствие нарушения им правил пользования товаром или его хранения, либо действий третьих лиц, либо непреодолимой силы. Бремя или обязанность доказывания указанных обстоятельств распределяется в зависимости от того, предоставлена или нет на товар гарантия. В случае, если гарантия не предоставлена, обязанность доказывания момента и причин возникновения в товаре недостатков возлагается на покупателя, а если предоставлена – то на продавца. Аналогичные правовые положения содержатся в п. 6 ст. 18 Закона о защите прав потребителей. На необходимость учета судами настоящих норм о распределении бремени доказывания указывается в п. 28 Постановления № 17 и п. 8 Обзора 2018 г. Поскольку на ТСТ гарантия качества предоставляется почти всегда, бремя доказывания указанных обстоятельств в подавляющем большинстве случаев соответственно возлагается на продавца.

Таким образом, недостаток товара должен иметься до его передачи потребителю или по причинам, возникшим до этого момента. Недостаток подобного плана может возникнуть в процессе его изготовления, сборки, транспортировки, установки или хранения изготовителем, импортером, продавцом либо иными уполномоченными ими на это лицами. Если же недостаток товара возник по вине самого покупателя или в результате действий третьих лиц, за которые продавец не отвечает, либо непреодолимой силы, то отказ от договора не допускается.

Сказанное о характере и причинах возникновения недостатка товара также относится и к другим основаниям отказа от договора, предусмотренным абз. 10 и 11 п. 1 ст. 18 Закона о защите прав потребителей, к рассмотрению которых мы переходим.

### Отказ от договора в связи с нарушением срока устранения недостатков товара

Недостаток товара подлежит устранению в течение определенного срока, нарушение которого также является достаточным основанием для отказа от договора (абз. 10 п. 1 ст. 18 Закона о защите прав потребителей).

Порядок установления и продолжительность срока устранения недостатков товара определены в ст. 20 Закона о защите прав потребителей, нормативные положения которой претерпели существенные

изменения[1]. По этому поводу Роспотребнадзором отмечалось, что новая редакция настоящей статьи «призвана минимизировать издержки потребителей, вызываемые необоснованным затягиванием сроков устранения недостатков в товаре, и усилить ответственность соответствующих хозяйствующих субъектов за ненадлежащее исполнение обязательств»[2]. Далее мы укажем и разберем соответствующие ее поправки и в полной мере убедимся в справедливости сделанного госорганом вывода.

Из п. 1 настоящей статьи следует, что при определении срока устранения недостатков товара прежде всего следует учитывать, имеется или нет письменное соглашение сторон по данному поводу. Если такое соглашение имеется, то недостатки товара подлежат устранению в установленный им срок, в противном случае они подлежат устранению изготовителем (продавцом, уполномоченной организацией или уполномоченным индивидуальным предпринимателем, импортером) незамедлительно (см. ниже).

Закон предписывает для указанного соглашения именно письменную форму, что исключает возможность его совершения (заключения) устно (п. 1 ст. 158 ГК РФ). Иначе говоря, срок устранения недостатков товара должен быть определен в документе за подписью сторон или должным образом уполномоченных ими на его подписание лиц (абз. 1 п. 1 ст. 160 ГК РФ). При этом само по себе соответствующее соглашение может и не иметь специально направленного на установление данного срока характера (назначения) и потому последний равным образом может быть определен («прописан») непосредственно в самом договоре купли-продажи (дополнении, приложении и т.п. к нему) или ином документе, оформленном, повторимся, согласно абз. 1 п. 1 ст. 160 ГК РФ.

В отличие от предыдущей действующая редакция абз. 1 п. 1 ст. 20 Закона о защите прав потребителей задает предельную, максимальную продолжительность определяемого соглашением срока устранения недостатков товара в размере 45 дней, который является пресекательным. Данное правило императивно и направлено на защиту прав потребителей, препятствуя установлению более продолжительного

[1] См.: Федеральный закон от 25.10.2007 № 234-ФЗ «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «О защите прав потребителей» и часть вторую Гражданского кодекса Российской Федерации».

[2] См. абз. 1 п. 5 письма Роспотребнадзора от 22.11.2007 № 0100/11983-07-32 «О реализации территориальными органами Роспотребнадзора Федерального закона от 25.10.2007 № 234-ФЗ» (документ не был опубликован).

срока устранения недостатков товара. Соответственно, соглашение не должно противоречить указанной продолжительности без каких-либо исключений или оговорок, и если установленный в нем срок ее превышает, то следует считать, что стороны определили таковой в размере, равном предельному сроку (ст. 180 ГК РФ). При этом закон ни в коей мере не ограничивает здесь свободу договора, так сказать, в обратном направлении, поэтому стороны в любом случае вправе определить данный срок в размере, меньшем его максимальной продолжительности, но в практике такое случается редко.

В следующем абзаце настоящего пункта указывается, что в случае, если во время устранения недостатков товара станет очевидным, что они не будут устранены в определенный соглашением срок, стороны могут заключить соглашение о новом сроке устранения недостатков товара. Данная норма развивает настоящие положения, определяя порядок взаимодействия сторон договора в случае объективной (действительной) невозможности устранения недостатков товара в установленный соглашением срок. В таком случае стороны могут определить новый срок устранения недостатков товара, по сути, продлив (пролонгировав) ранее установленный для этого срок.

Установление нового срока является правом, а не обязанностью сторон, что само собой предполагает их взаимное на это согласие. В подтверждение этого снова обратимся к вышеупомянутому Письму Роспотребнадзора: «как таковая допустимость дополнительного соглашения (т.е. соглашения об установлении нового срока устранения недостатков товара. – *Е.Е.*) предполагает его безусловную добровольность и наличие выраженного согласия потребителя». Дополнительно это подтверждается тем, что далее в тексте настоящего абзаца прямо оговаривается, что отсутствие необходимых для устранения недостатков товара запасных частей (деталей, материалов), оборудования или другие подобные причины не являются основанием для заключения соглашения о таком новом сроке и не освобождают от ответственности за нарушение срока, определенного соглашением сторон первоначально[1]. Наличие подобных обстоятельств (причин), несмотря на их в общем уважительный характер, само по себе не дает контрагенту права настаивать и тем более требовать от потребителя, в том числе в судебном порядке, установления нового срока устранения недостатков товара.

[1] В старой редакции п. 1 ст. 20 Закона о защите прав потребителей не содержались аналогичные или подобные положения.

Хотя в законе об этом прямо и не говорится, очевидно, что новый срок устранения недостатков товара тоже должен быть определен письменно и также не может быть более чем 45 дней.

В случае если изначально не имелось соглашения относительно срока устранения недостатков товара, то оно может быть заключено сторонами впоследствии.

В отсутствие же соглашения закон предписывает устранять недостатки товара незамедлительно. На незамедлительность устранения недостатков товара указывалось и в предыдущей редакции п. 1 ст. 20 Закона о защите прав потребителей, но содержание данного понятия в ней не раскрывалось, что, как нетрудно понять, являлось достаточным поводом для возникновения споров. Тем самым соответствующая поправка также направлена на защиту прав потребителей, препятствуя необоснованному затягиванию устранения недостатков товара по мотиву отсутствия письменно согласованного срока их устранения.

Понятие «незамедлительно» не подразумевает, что недостаток должен быть устранен именно незамедлительно, т.е. немедленно (сразу) в этот же день или даже еще раньше, а означает минимальный срок, объективно необходимый для устранения недостатка товара, с учетом обычно применяемого для этого способа. Иначе говоря, тот или иной определенный недостаток товара подлежит устранению в срок соответственно времени, затрачиваемому на его устранение обычно применяемым для этого способом. То есть в такой ситуации срок устранения недостатков товара определяется применительно к каждому конкретному случаю в отдельности (ситуативным образом). При устранении недостатков товара в срок свыше указанного временного периода, во всяком случае в течение более 45 дней, потребитель уже вправе отказаться от договора.

При выдаче товара изготовитель (продавец, уполномоченная организация или уполномоченный индивидуальный предприниматель, импортер) обязан предоставить в письменной форме потребителю информацию о дате обращения потребителя с требованием об устранении обнаруженных им недостатков товара, о дате передачи товара потребителем для устранения недостатков товара, о дате устранения недостатков товара с их описанием, об использованных запасных частях (деталях, материалах) и о дате выдачи товара потребителю по окончании устранения недостатков товара (п. 3 ст. 20 Закона о защите прав потребителей). Требуется это как раз для подтверждения потребителем срока устранения недостатков товара. Надо сказать, что случаи искажения в соответствующих документах (заказ-нарядах, квитанциях

и т.п.) данного срока путем его занижения (уменьшения) в практике встречаются очень часто.

Только что сказанное актуально и при отказе от договора на основании абз. 11 п. 1 ст. 18 Закона о защите прав потребителей, к рассмотрению которого мы переходим.

### Отказ от договора в связи с невозможностью использования товара

Отказ от договора допускается также при невозможности использования товара в течение каждого года гарантийного срока в совокупности более чем 30 дней вследствие неоднократного устранения его различных недостатков (абз. 11 п. 1 ст. 18 Закона о защите прав потребителей).

В общем значении под гарантией качества на товар понимается соответствие товара установленным законом и (или) договором требованиям к его качеству (ст. 469 ГК РФ), а под гарантийным сроком на товар – определенное установленное договором время, в течение которого должно иметься (гарантироваться) указанное соответствие (п. 2 ст. 470 ГК РФ). Применительно к правоотношениям с участием потребителей гарантийный срок на товар определяется несколько иначе, а именно как установленный изготовителем товара период, в течение которого в случае обнаружения в нем недостатка изготовитель, продавец, уполномоченные организация или индивидуальный предприниматель, импортер обязаны удовлетворить требования потребителя, установленные ст. 18 Закона о защите прав потребителей (абз. 1 п. 6 ст. 5 Закона о защите прав потребителей). Отличие здесь в том, что для потребителей гарантия устанавливается именно изготовителем, поэтому ее срок не может быть уменьшен (определен в меньшем размере) продавцом, импортером или другим реализующим товар лицом. В отсутствие гарантии производителя таковая может быть установлена (предоставлена) продавцом (абз. 1 п. 7 ст. 5 Закона о защите прав потребителей).

Кроме того, изготовитель и продавец вправе принять так называемое дополнительное обязательство, т.е. обязательство в отношении недостатков товара, по истечении гарантийного срока (абз. 2 п. 6 и абз. 2 п. 7 ст. 5 Закона о защите прав потребителей). Содержание такого обязательства определяется изготовителем и договором между потребителем и продавцом соответственно (абз. 3 п. 6 и абз. 3 п. 7 ст. 5 Закона о защите прав потребителей). Изготовитель и продавец несут

ответственность за недостатки товара, обнаруженные в течение срока действия дополнительного обязательства, согласно абз. 2 п. 6 ст. 18, а по истечении данного срока – согласно п. 5 ст. 19 Закона о защите прав потребителей соответственно (п. 8 ст. 5 Закона о защите прав потребителей). То есть здесь действует такой же порядок распределения бремени доказывания, как и в описанных в ст. 476 ГК РФ и п. 6 ст. 18 Закона о защите прав потребителей случаях (см. выше). Тем самым по своим правовым последствиям в связи с обнаружением в товаре недостатка дополнительное обязательство аналогично гарантийному обязательству, поэтому полагаем возможным отказ от договора также в течение срока действия дополнительного обязательства.

По общему правилу гарантийный срок начинает течь с момента передачи товара покупателю, определяемого по правилам ст. 457 ГК РФ, если иное не предусмотрено договором купли-продажи (п. 1 ст. 471 ГК РФ). Подобным же образом, согласно абз. 1 п. 2 ст. 19 Закона о защите прав потребителей, гарантийный срок исчисляется со дня передачи товара потребителю, если иное не предусмотрено договором, но при этом дополнительно устанавливается, что если день передачи товара установить невозможно – то со дня изготовления товара.

Итак, по общему правилу гарантийный срок начинает течь со дня передачи товара потребителю, иное может быть предусмотрено договором. Тем не менее представляется, что свобода договора относительно определения момента начала течения (исчисления) гарантии не является абсолютной. Напомним, что выше относительно отказа от договора до истечения 15 дней с момента передачи товара мы отмечали, что покупатель может обнаружить недостатки в товаре не ранее, чем он будет ему фактически передан. По этой же причине полагаем недопустимым устанавливать начало течения гарантийного срока ранее момента его передачи покупателю, а соответствующие условия договора – недействительными, а именно ничтожными (п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей).

Вместе с тем следует признать допустимыми (законными) условия заключаемых с потребителями договоров, по которым гарантийный срок на товар исчисляется после дня его передачи покупателю, поскольку в таком случае положение потребителя никак не ухудшается, а, напротив, становится только лучше.

При исчислении гарантийного срока следует руководствоваться общими положениями об исчислении сроков гл. 11 ГК РФ.

Гарантийный срок может определяться календарной датой или истечением периода времени, который исчисляется годами, месяцами,

неделями, днями или часами, а равно указанием на событие, которое должно неизбежно наступить (ст. 190 ГК РФ). Для некоторых ТСТ продолжительность данного срока определяется также смешанным образом, т.е. одновременно календарной датой или периодом времени и указанием на неизбежное событие. Например, гарантийный срок на автомобиль зачастую определяется датой (периодом) и достижением им определенного размера пробега, в зависимости от того, что наступит раньше.

Согласно ст. 191 ГК РФ течение гарантийного срока, определенного периодом времени, начинается на следующий день после календарной даты или наступления события, которыми определено его начало.

Исходя из ст. 192 ГК РФ гарантийный срок, исчисляемый годами, истекает в соответствующее число последнего года гарантии, исчисляемый месяцами – в соответствующее число последнего месяца гарантии (при отсутствии в таком месяце соответствующего числа – в последний день этого месяца), исчисляемый неделями – в соответствующий день последней недели срока. Полугодичный срок гарантии исчисляется по правилам сроков, исчисляемых месяцами, так же как и срок гарантии, исчисляемый кварталами года, при этом квартал считается равным трем месяцам, отсчитывая с начала года[1]. Полумесячный срок гарантии исчисляется по правилам сроков, исчисляемых днями, и считается равным 15 дням.

Не стоит также забывать и о правилах окончания срока в нерабочий день, а также о порядке совершения действий в последний день срока (ст. 193 и 194 ГК РФ).

Проиллюстрируем исчисление срока гарантии, взяв для примера случай, когда срок гарантии на товар составляет три года. Предположим, что данный срок начал течь 8 сентября 2017 г., следовательно, он истечет через три года – 8 сентября 2020 г. Иначе говоря, данный срок будет иметь место в период с 8 сентября 2017 г. по 8 сентября 2020 г. включительно. При определении общей продолжительности срока гарантии, исчисляемого годами, особых сложностей возникать не должно. Однако при отказе от договора по рассматриваемому основанию правовое значение имеет не только (и не столько) размер такого срока, но и продолжительность конкретного входящего в него отдельного года гарантии, в течение которого в товаре устранялись недостатки, исчисление которого уже проблематично. Так, из при-

[1] Естественно, только при определении срока календарной датой, но при его определении периодом времени – уже только с момента передачи товара (см. выше).

веденного примера следует, что первый гарантийный год начнет течь 8 сентября 2017 г. и истечет 8 сентября 2018 г. Но тогда следующий за ним второй год гарантии должен начать течь не 8 сентября 2018 г., а на следующий день, т.е. 9 сентября 2018 г., и потому он истечет не 8, а 9 сентября 2019 г. соответственно. Наконец, последний, третий год гарантии потечет вообще с 10 сентября 2019 г. и, принимая во внимание продолжительность всего (общего) установленного на товар срока гарантии, истечет не 10, а 8 сентября 2020 г. Тем самым при окончании одного и начале течения следующего гарантийного года возникает пересечение или наложение одного календарного дня на другой и соответственное ему смешение и смещение сроков. И чем больше лет составляет гарантия на товар, тем такие смешение и смещение сроков будут явственней и значительней. В итоге произвести четкое деление данного срока на три абсолютно равных гарантийных года (даже не беря в расчет разное количество календарных дней в каждом его году) не получается.

Выход из этого нам видится в принятии следующего допущения относительно длительности первого года и последующих лет гарантии, за исключением последнего ее года (далее будет понятно почему). Так, в приведенном примере следует считать, что первый год гарантии составляет временной период с 8 сентября 2017 г. по 7 сентября 2018 г. включительно, второй – с 8 сентября 2018 г. по 7 сентября 2019 г. включительно, а третий – с 8 сентября 2019 г. по 8 сентября 2020 г. включительно соответственно. При таком подходе сложностей не возникает, поэтому полагаем его уместным и обоснованным.

При устранении недостатков товара срок гарантии на него продлевается (пролонгируется) на период, в течение которого он не использовался, т.е. на время его ремонта, который исчисляется со дня обращения покупателя с требованием об устранении недостатков товара и по день его выдачи по окончании ремонта (п. 3 ст. 20 Закона о защите прав потребителей). Но на указанный период продлевается не тот конкретный год гарантийного срока, в течение которого в товаре устранялись недостатки, а весь гарантийный срок в целом. Тем не менее при следовании вышеизложенной методике подсчета это будет фактически означать увеличение последнего года гарантийного срока. Так, в приведенном примере при устранении недостатков товара, например, в течение 10 дней, срок гарантии увеличится на это же время, т.е. с 8 по 18 сентября 2020 г. включительно, следовательно, последний год гарантийного срока будет длиться дольше, а именно с 8 сентября 2019 г. по 18 сентября 2020 г. включительно.

Если в результате устранения недостатков товара были заменены на новые комплектующее изделие или составная часть основного изделия, на которые установлена гарантия, на них устанавливается гарантийный срок той же продолжительности, что и на замененные, если иное не предусмотрено договором, гарантия исчисляется со дня выдачи отремонтированного таким способом товара потребителю (п. 4 ст. 20 Закона о защите прав потребителей).

В деловой и судебной практике выявилась серьезная проблема, связанная с толкованием используемого в абз. 11 п. 1 ст. 18 Закона о защите прав потребителей слова «каждого», поскольку его лексическое значение является многозначным и, помимо прочего, в некоторых случаях оно равнозначно слову «любой». Поэтому буквальное толкование настоящей нормы не давало однозначного ответа на вопрос о том, требуется ли для отказа от договора, чтобы устранение недостатков в товаре имело место в течение каждого года гарантийного срока без исключений, или достаточно их устранения хотя бы в течение одного любого года гарантийного года. Разница между приведенными толкованиями и соответствующими им подходами при правоприменении очевидна и существенна.

Соответствующие разъяснения п. 14 Постановления № 17 не дали ответа на этот вопрос. Только позже, в п. 8 Обзора судебной практики ВС РФ за 2016 г. № 4[1], сформулированном на основании Определения ВС РФ от 21.06.2016 № 16-ГК16-19, было отмечено, что во внимание принимается любой год гарантийного срока. Справедливости ради заметим, что значительно раньше принятия названных Обзора и Определения при рассмотрении ВС РФ в кассационном порядке других дел уже давалось аналогичное толкование (см. Определение ВС РФ от 16.12.2014 № 34-КГ14-10[2]).

К сожалению, мотивы, которые привели высшую судебную инстанцию к такому выводу, не изложены, и потому дать им оценку не представляется возможным. Поскольку мы разделяем предложенное толкование, возьмем на себя смелость восполнить этот пробел, обосновав его следующими собственными соображениями.

Как уже отмечалось, придерживаясь иного толкования, для отказа от договора необходимо наличие факта устранения недостатков товара в течение каждого гарантийного года без исключений. Тем самым наибольшее значение приобретает продолжительность всего гаран-

[1] Утв. Президиумом ВС РФ 20.12.2016.

[2] Документ не был опубликован.

тийного срока в целом. Чем такой срок длиннее, тем, соответственно, большее время в товаре могут устраняться те или иные недостатки без угрозы отказа покупателя от договора. Так, например, для покупателя товара с гарантией в два года допустимое время устранения в нем недостатков будет составлять 60 дней, по 30 дней в течение первого и второго гарантийных лет. Но для покупателя товара с гарантией в три года такой период будет составлять уже 90 дней, по 30 дней в течение первого, второго и третьего гарантийных лет. Нетрудно понять, что при таком подходе покупатели ставятся в заведомо неравное положение, поскольку для них создаются неодинаковые условия в зависимости от общей продолжительности гарантийного срока. В более выгодном положении оказывается покупатель товара с меньшим гарантийным сроком. Такое положение несправедливо, что в особенности очевидно, если взять во внимание случаи отказа от договора относительно идентичных товаров, но с разными сроками гарантии, что возможно при предоставлении дополнительного обязательства изготовителем или продавцом (см. выше).

Возможная здесь ссылка на те преимущества, которые получают покупатели с более длительным сроком гарантии, в пользу иного подхода в толковании на самом деле ничего не добавляет. Такие преимущества у них действительно имеются, но заключаются они в другом, а именно, как опять же уже говорилось, в более длительном периоде, в течение которого они вправе предъявить установленные ст. 18 Закона о защите прав потребителей требования (п. 1 ст. 19 Закона о защите прав потребителей).

Возможен ли отказ от договора в случае, когда гарантия составляет один год или меньше года?

Буквальное толкование абз. 11 п. 1 ст. 18 Закона о защите прав потребителей приводит к однозначному выводу, что речь в нем идет исключительно о ситуациях, когда срок гарантии составляет два или большее количество лет, что позволяет ответить на заданный вопрос строго отрицательно. Однако следует учесть, что отказ от договора связывается именно с невозможностью использования потребителем товара, т.е. с теми трудностями и неудобствами, которые неизбежно возникают (создаются) для него при его длительном ремонте[1]. Иначе говоря, правовое значение имеет прежде всего сама невозмож-

[1] Так, в Определении ВС РФ от 16.12.2014 № 34-КГ14-10 было указано, что «срок доставки автомобиля в сервис и срок проезда покупателя в сервис за автомобилем являются периодом времени, в течение которого покупатель не мог использовать товар вследствие устранения его недостатков».

ность использования потребителем товара по указанной причине. Срок, в течение которого имеет место быть такая невозможность, безусловно, тоже имеет правовое значение, но все же сам по себе носит подчиненный по отношению к ней характер, лишь задавая ее длительность.

Кроме того, как и в описанном выше случае, при таком подходе покупатели с гарантией на товар продолжительностью в год или меньше оказываются в заведомо худшем положении по сравнению с покупателями, у которых таковая составляет более продолжительное время.

Из вышеизложенного заключаем, что, кроме буквального толкования настоящей нормы, доводов, позволяющих не то что с бесспорностью, но даже с достаточной обоснованностью заключать о невозможности отказа от договора по данному основанию как в случае, когда гарантия на товар составляет один год, так и в случае, когда гарантия на товар составляет менее одного года, не имеется.

Может возникнуть еще один вопрос: каким образом реализуется отказ от договора в случаях, когда срок гарантии не выражается в строго определенном числе лет, т.е. когда гарантия составляет несколько полных лет и еще какое-то время (несколько дней, недель, месяцев или кварталов)?

Полагаем правильным и здесь руководствоваться этими же соображениями в интересах потребителя и для случаев отказа от договора принимать это время также за гарантийный год, но только неполный.

Подчеркнем, что таково наше личное видение. При переносе акцента в толковании в обратную сторону, т.е. на установленный законом срок невозможности использования товара, его результаты будут прямо противоположны. В связи с этим, ввиду несомненной важности этого для правоприменительной практики, полагаем, что однозначные и точные ответы на эти вопросы должны содержаться непосредственно в законе, для чего требуется внести в него соответствующие изменения, либо высшая судебная инстанция должна сформулировать на этот счет официальные разъяснения практики его применения.

Недостатки товара должны устраняться именно неоднократно, т.е. два или более раз, следовательно, если недостатки товара устранялись однократно, то отказ от договора по настоящему основанию неправомерен.

Во внимание принимается совокупный (итоговый) срок невозможности использования товара, т.е. общая продолжительность двух или

более периодов, в течение которых в товаре устранялись недостатки. Учитываются все такие периоды безотносительно к специфике недостатков, способам и иным обстоятельствам их устранения.

Вместе с тем недостатки товара должны быть именно различными, т.е. имеет значение факт устранения не одного и того же (идентичного) недостатка, а именно разных недостатков товара.

Таким образом, при отказе от договора по настоящему основанию должен иметься сложный юридический состав, а именно, помимо общих, специальная совокупность следующих трех юридически значимых обстоятельств: первое – невозможность использования товара более 30 дней в течение хотя бы одного любого года гарантии, второе – неоднократность устранения в нем недостатков и третье – различность таких недостатков. В отсутствие хотя бы одного из указанных обстоятельств отказ от договора по настоящему основанию не допускается. Необходимость наличия данного юридического состава отмечается в п. 6 Обзора 2018 г., сформулированном на основании определения ВС РФ от 16.12.2014 № 34-КГ14-10[1].

**Расчеты с потребителем**

Как известно, цена любого товара на рынке не является абсолютно постоянной, а подвержена изменениям с течением времени под влиянием множества обстоятельств, что учитывается и при отказе от договора. В связи с этим при замене или возврате товара ненадлежащего качества может дополнительно потребоваться проведение между потребителем и его контрагентом соответствующих денежных расчетов. При замене товара производится пересчет цены, при возврате товара – возмещение разницы в ценах, а если товар приобретался в кредит или за счет потребительского кредита (займа) – возмещение уплаченных по ним сумм, в том числе переплаты. Проведение таких расчетов осуществляется согласно положениям ст. 24 Закона о защите прав потребителей.

Пересчет цены требуется при замене товара, поскольку во временной период от его приобретения (момента приобретения) и до его замены (момента замены) она могла измениться. Здесь необходимо строго различать замену на аналогичный и на подобный товар (см. выше). При замене на товар этой же марки (модели, артикула) пересчет цены не производится (п. 1 ст. 24 Закона о защите прав потребителей) и,

[1] См. также Определение ВС РФ от 18.07.2017 № 16-КГ17-21.

напротив, пересчет цены производится при замене на товар другой марки (модели, артикула) (п. 2 ст. 24 Закона о защите прав потребителей), т.е. пересчета цены не требуется при замене на аналогичный товар и требуется при замене на подобный товар.

В первом случае товар просто заменяется на такой же товар, но уже надлежащего качества. Поэтому возможное изменение в указанный период цен заменяемого и предоставляемого взамен товаров как в большую, так и в меньшую сторону значения не имеет. Замена на аналогичный товар всегда производится без доплаты со стороны потребителя или возмещения (компенсации) со стороны его контрагента. Во втором случае товар заменяется не на такой же товар, а на подобный ему товар, но также уже надлежащего качества. Разница в ценах заменяемого и предоставляемого взамен товаров подлежит доплате потребителем, когда первая ниже (меньше) второй, и наоборот, подлежит возмещению ему контрагентом, когда первая выше (больше) второй. Но если цены этих товаров одинаковы, то основания для пересчета отсутствуют, следовательно, доплата или возмещение не производятся.

При возврате товара требуется возместить потребителю разницу между ценой товара, установленной договором (договорной ценой), и его ценой на момент возврата (п. 4 ст. 24 Закона о защите прав потребителей). Данная разница наличествует почти всегда и зачастую является значительной по объективным экономическим причинам (инфляция, падение курса рубля по отношению к иностранным валютам и т.п.), которые вызывают удорожание большинства товаров, в том числе и в особенности ТСТ, вследствие чего возвращаемая потребителю денежная сумма в размере договорной цены товара может оказаться недостаточной для приобретения им впоследствии аналогичного или подобного товара.

Как при замене, так и при возврате товара разница в ценах заменяемого и возвращаемого товаров определяется в зависимости от того, было или нет добровольно удовлетворено соответствующее требование (о замене или о возврате товара) потребителя его контрагентом. Если данное требование было удовлетворено добровольно, то настоящая разница определяется на момент его удовлетворения, а если не было, то на момент вынесения судом решения о его удовлетворении.

Отметим, что определение указанной разницы может оказаться затруднительным, когда спорный товар больше не реализуется или не поставляется по причине снятия его с производства изготовителем.

Несомненно, что само по себе такое и подобные ему обстоятельства не должны становиться непреодолимым препятствием для расчетов с потребителем. Полагаем, что в такой ситуации подлежащая возмещению разница в ценах товаров подлежит определению на основании соответствующего заключения специалиста-оценщика и (или) по результатам судебной оценочной экспертизы.

Отметим также отсутствие полной ясности в вопросе о том, что следует понимать под моментом вынесения решения судом: объявление резолютивной части решения суда, составление мотивированного решения суда или вступление решения суда в законную силу.

Таким моментом допустимо считать момент принятия решения судом путем объявления (оглашения) им его резолютивной части в том же судебном заседании, в котором закончилось разбирательство дела (п. 1 ст. 199 ГПК РФ), поскольку с этого момента дело по существу считается уже разрешенным (п. 1 ст. 194 и п. 5 ст. 198 ГПК РФ). Тем самым понятия вынесения (момента вынесения) и принятия (момента принятия) решения судом становятся равнозначными.

Составление мотивированного решения суда (п. 2 ст. 199 ГПК РФ) этим моментом, очевидно, не является, поскольку таковое имеет место уже после объявления судом резолютивной части решения, т.е. (как только что говорилось) после окончания разбирательства дела и его разрешения по существу. При этом мировой судья может и вовсе не составлять мотивированное решение суда по рассмотренному им делу (п. 3 ст. 199 ГПК РФ).

Напротив, имеются весомые основания утверждать, что таким моментом является момент вступления решения суда в законную силу (ст. 209 ГПК РФ), поскольку с этого момента решение суда, так сказать, юридически состоялось и потому оно может быть приведено в исполнение (ст. 210 ГПК РФ).

На наш взгляд, первый и последний варианты толкования являются в равной мере уместными, поэтому нам сложно однозначно склониться к какому-то одному из них. Дополним только, что в связи со вступлением решения суда в законную силу по истечении месячного срока на его апелляционное обжалование, а при подаче апелляционной жалобы на него – после ее рассмотрения судом апелляционной инстанции, что должно быть сделано им в течение еще двух месяцев с момента ее поступления в суд (п. 1 ст. 209 и п. 1 ст. 327.2 ГПК РФ), между моментом принятия решения судом и моментом вступления его в законную силу проходит значительное время, в течение которого указанная разница может снова измениться.

Потребитель имеет право на возмещение суммы кредита, погашенного ко дню возврата приобретенного в кредит товара, а также платы за его предоставление (п. 5 ст. 24 Закона о защите прав потребителей). Здесь имеются в виду случаи, когда договором купли-продажи предусмотрена оплата товара через определенное время после его передачи покупателю, а под платой за предоставление кредита – обязанность покупателя уплачивать проценты на сумму, соответствующую цене товара, начиная со дня его передачи продавцом (п. 1 и 3 ст. 488 ГК РФ), которые подлежат возмещению только в размере на момент возврата приобретенного в кредит товара. Невыплаченная часть кредита и платы за его предоставление не подлежат возмещению покупателю ввиду отказа, а следовательно, расторжения и прекращения договора, и, соответственно, прекращения его обязанности по их возврату и погашению.

Приобретение товара в кредит встречается сравнительно редко, значительно чаще товар приобретается за счет потребительского кредита (займа). В таком случае потребитель имеет право на возврат уплаченной за товар суммы, а также на возмещение уплаченных им процентов и иных платежей по договору потребительского кредита (займа) (п. 6 ст. 24 Закона о защите прав потребителей). Действие настоящей нормы, как справедливо отмечается в сообщении Роспотребнадзора от 02.07.2014 «О новых возможностях защиты прав потребителей при возврате товара с недостатками, приобретенного на заемные средства», «распространяется не только на кредитные договоры, связанные целью предоставления кредита с соответствующим договором купли-продажи, но также на аналогичные правоотношения, вытекающие из договоров любых займов, в том числе договора микрозайма»[1]. Данные проценты и иные платежи представляют собой не что иное, как убытки потребителя, возникающие у него в связи с продажей товара ненадлежащего качества, поэтому настоящая норма логично вытекает из положений абз. 7 п. 1 ст. 18 Закона о защите прав потребителей[2].

При замене и возврате товара контрагент потребителя не вправе при расчетах с ним требовать платы за время пользования заменяемым или возвращаемым товаром, а равно учитывать (засчитывать) его износ за это время.

---

[1] Документы и комментарии. 2014. № 14 (СПС «КонсультантПлюс»).

[2] Об убытках потребителя см. разъяснения п. 31 Постановления № 17.

*Приложение*

| **Юридический состав** | **Основания для отказа от договора**[1] | | |
|---|---|---|---|
| | До истечения 15 дней с момента передачи товара | В связи с нарушением срока устранения недостатков товара | В связи с невозможностью использования товара |
| Товар является технически сложным товаром | + | + | + |
| Недостаток товара не был оговорен (неоговоренный недостаток) | + | + | + |
| Недостаток товара образовался не по вине потребителя | + | + | + |
| Недостаток товара выявлен в установленный срок | + | + | + |
| Отказ от договора заявлен добросовестно | + | + | + |
| С момента передачи товара не прошло 15 дней | + | - | - |
| Нарушение срока устранения недостатков товара | - | + | - |
| Невозможность использования товара в связи с нахождением его в ремонте (устранением в нем недостатков) | - | - | + |
| Неоднократность устранения недостатков товара | - | - | + |
| Различность устраняемых в товаре недостатков | - | - | + |
| Устранение недостатков товара в течение более 30 дней каждого (любого) года гарантийного срока | - | - | + |
| Товар имеет существенный недостаток (существенный недостаток товара) | - | - | - |

[1] «+» – требуется, «-» – не требуется.

**Пристатейный библиографический список:**

1. *Белов В.* Действия продавца при заявлении покупателем требования о возврате денежных средств за товар // Хозяйство и право. 2015. № 12.

2. *Гильфанова Д.М.* Гражданско-правовая охрана прав потребителей технически сложных товаров: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2013.

3. *Гильфанова Д.М.* Установление в законе «О защите прав потребителей» и иных нормативных правовых актах обязанностей продавца и юридические процедуры как гражданско-правовые средства обеспечения реализации прав потребителей технически сложных товаров // Вестник экономики, права и социологии. 2013. № 2.

**О.П. Печеный**

# ПРОБЛЕМЫ НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ СДЕЛОК И ДРУГИХ АКТОВ В СФЕРЕ ЭЛЕКТРОННОЙ КОММЕРЦИИ

Аннотация. *В статье анализируются особенности сделок и других действий в сфере электронной коммерции. Освещены особенности недействительности таких сделок с учетом принципа недопущения дискриминации электронной формы. Анализируется судебная практика по делам, в которых используются доказательства в электронной форме, оспариваются электронные торги. Исследованы особенности идентификации личности участников сделок в сфере электронной коммерции.*

Ключевые слова: *электронная коммерция, интернет-право, завещание, недействительность, сделки.*

Электронную коммерцию формируют три глобальных регулятора – экономика, право и современные цифровые технологии. Поэтому анализ той или иной конструкции, элемента, механизма, применяемых в электронной коммерции, должен быть представлен методологически связанным и обусловленным указанными регуляторами.

При этом существенным является поиск баланса соотношений регуляторов. Так, при всей важности экономических факторов и обусловленного ими «внеправового» воздействия многократно возрастают риски чрезмерного доверия к восприятию экономических теоретических моделей, которые, по мнению немецкого философа и социолога Никласа Лумана, могут подорвать догматическую независимость правовой системы[1].

[1] *Luhmann N.* Rechtssystem und Rechtsdogmatik. Kohlhammer. 1974. S. 48.

Вместе с тем современные западные исследователи теоретических аспектов взаимодействия экономики и права исходят из единой экономической теории права, в которой подразумевается, что функцией права является содействие свободному рынку, а в областях, где издержки рыночных транзакций слишком высоки, – «имитация рынка» через объявление результата, который мог бы быть получен, если бы рыночные транзакции были возможны[1]. Апологетом такого подхода является Ричард Познер, который признает в нем одновременно и дескриптивные (объяснительные), и нормативные аспекты.

В связи с этим задачей права для реализации целей поддержания экономической эффективности должно стать стремление максимально минимизировать транзакционные издержки[2]. К таким издержкам относятся не только некие формально-определенные процедуры перехода (и закрепления) прав от одних субъектов к другим (например, договоры, система регистрации права собственности и иных вещных прав), но и такие механизмы, которые позволяют государственным институциям аннулировать результаты юридически значимых действий этих субъектов. Среди прочих таким механизмом следует признать *недействительность*, которую мы рассматриваем в широком понимании как аннулирование при наличии определенных оснований правовых последствий того или иного юридического факта.

Предмет недействительности выглядит достаточно объемным и охватывает широкий круг правовых явлений. По мнению М.А. Рожковой, недействительность применима ко всякому юридическому акту, который может быть оспорен в судебном порядке путем предъявления специального иска о признании его недействительным по мотивам несоответствия закону или иному нормативному правовому акту, превышения органом государственной власти компетенции, несоблюдения установленной законом формы акта или порядка его совершения и т.д.[3] Недействительными могут быть признаны сделки, решения органов юридических лиц; напротив, требования о недействительности не могут касаться судебных решений, юридических поступков, результативных действий.

---

[1] Подробнее см.: *Posner Richard A.* Economic Analysis of Law. Wolters Kluwer for Aspen Publishers, N.Y. 2007.

[2] *Познер Р.* Рубежи теории прав / Пер. с англ. И.В. Кушнаревой; Под ред. М.И. Одинцовой; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». М.: Изд. Дом Высшей школы экономики, 2017. С. 11.

[3] *Рожкова М.А.* Недействительность дозволенных и недозволенных действий (юридический очерк) // Недействительность в гражданском праве: проблемы, тенденции, практика: Сборник статей / Под ред. М.А. Рожковой. М.: Статут, 2006. С. 41–42.

В гражданском законодательстве России нашел отражение подход к расширенному пониманию предмета недействительности. Помимо сделок, недействительными могут быть решения собрания (ст. 181.3 ГК РФ), акты органов публичной власти (ст. 13 ГК РФ), переданные требования обязательственного характера (ч. 1 ст. 390 ГК РФ), завещание (ст. 1131 ГК РФ) и пр.

ГК Украины распространяет спектр действия не только на сделки, указывая на недействительность брака (ч. 2 ст. 34, ч. 2 ст. 40, ч. 4 ст. 1225), усыновления (ч. 4 ст. 295), признание судом недействительными государственной регистрации юридического лица (п. 2 ч. 1 ст. 110), прав интеллектуальной собственности (ст. 469, 479, 499), требования (ч. 4 ст. 197, ст. 519), обязательства (ч. 2 ст. 548, ч. 3 ст. 565), акта передачи работ по договору подряда (ч. 4 ст. 882), запрета уступки денежного требования (ст. 1080), свидетельства о праве на наследство (ст. 1301), чека (ч. 6 ст. 1102) и др.

В обобщенном виде следует указать, что предметом недействительности могут быть *юридические факты*, *субъективные права* и *документы о праве*. При этом недействительность каждого из названных правовых явлений имеет свою специфику, несмотря на то, что в гражданском законодательстве, правоприменительной практике и цивилистической доктрине разработаны и закреплены в расширенном формате лишь правила о недействительности сделок (основания, последствия, составы недействительности и пр.).

Такой подход помещает правила о недействительности в фокус недействительности сделок, а все иные правила вынуждены так или иначе к нему стремиться. С теоретической точки зрения такой ракурс недействительности видится методологически неравномерным, поскольку при отсутствии общих правил о недействительности следует исходить из более специальных правил о недействительности сделок. Однако с прикладных позиций такой прием вполне оправдан, поскольку практикой наиболее востребована именно конструкция *недействительности сделок*.

Нельзя исключать из предмета недействительности сделки и другие юридические акты в сфере электронной коммерции, однако важно учитывать их специфику в аспекте недействительности.

В первую очередь это наличие *ограничений недействительности* в сфере электронной коммерции.

В отношении формы сделки действует принцип недискриминации электронной формы сделки, договора, иного акта волеизъявления по отношению к бумажной форме.

Наиболее емко содержание этого принципа изложено А.И. Савельевым, который указывает, что сам по себе факт того, что информация выражена в электронной форме, не может являться основанием для лишения ее юридической силы[1]. В соответствии с международно-правовыми актами, действующими в данной сфере, законодательными актами об электронной коммерции отдельных государств (Австралия, Сингапур, США и др.) в случае, когда при заключении контракта используется электронное сообщение, этот контракт не может быть лишен действительности или исковой силы на том лишь основании, что он совершен в электронной форме. Иными словами, пишет автор, договор не перестает быть договором лишь на том основании, что он заключен при помощи компьютера.

В российском законодательстве данный принцип находит лишь ограниченное отражение. Так, в соответствии с п. 3 ст. 4 ФЗ от 06.04.2011 № 63-ФЗ (ред. от 23.06.2016) «Об электронной подписи» недопустимо признание электронной подписи и (или) подписанного ею электронного документа не имеющими юридической силы только на основании того, что такая электронная подпись создана не собственноручно, а с использованием средств электронной подписи для автоматического создания и (или) автоматической проверки электронных подписей в информационной системе. Однако данная норма хотя и относится к числу принципов, но имеет более узкое содержание, поскольку исходит из недопустимости дискриминации различных технологий создания электронных подписей, а не из устранения дискриминации электронных и бумажных документов в целом[2].

Возможно, данные проблемы получат решение в результате принятия находящегося на рассмотрении в Государственной Думе проекта федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации (о цифровых правах)» (законопроект № 424632-7)[3]. Законопроект предусматривает включение в ГК РФ норм о цифровых правах, цифровых деньгах, соблюдении письменной формы сделки при выражении воли с помощью электронных средств, об автоматизированном исполнении обязательства и услугах по предоставлению информации. Кроме

[1] *Савельев А.И.* Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. М.: Статут, 2016. С. 198.

[2] Там же. С. 198.

[3] Законопроект № 424632-7 «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации (о цифровых правах)» // http://sozd.parlament.gov.ru/bill/424632-7.

того, проект также предполагает изменение определения базы данных в части четвертой ГК РФ. Эти законодательные новеллы стали предметом анализа и уже были подвергнуты критике[1]. Добавим, что этот проект хотя и предусматривает внесение изменений в ст. 160 ГК РФ о заключении сделки путем выражения лицом своей воли с помощью электронных или иных аналогичных технических средств (например, путем передачи сигнала, в том числе при заполнении формы в сети Интернет), однако в полной мере не реализует принцип недискриминации электронной формы сделки.

В законодательстве Украины принцип недискриминации электронной формы учтен лишь в определенной степени. Так, в соответствии с Законом Украины от 03.09.2015 № 675-VIII «Об электронной коммерции» сделка не может быть признана недействительной в связи с ее совершением в электронной форме, если иное не предусмотрено законом.

Однако в законодательном понимании принципа недискриминации наблюдается определенная динамика в сторону более полного его отражения. Закон Украины от 05.10.2017 № 2155-VIII «Об электронных доверительных услугах» расширил применение принципа недискриминации по отношению не только к сделке в электронной форме, но и к электронной подписи, печати, электронным доверительным услугам. В соответствии с ч. 3 ст. 18 Закона Украины «Об электронных доверительных услугах» электронная подпись или печать не могут быть признаны недействительными и лишены доказательственной силы в судебном процессе лишь на том основании, что они имеют электронный вид или не соответствуют требованиям, предъявляемым к квалифицированной электронной подписи или печати. Вместе с тем сделка, совершенная в электронной форме, может быть признана судом недействительной в случае, если во время ее совершения использовалась квалифицированная электронная подпись или печать, сертификат которой не содержит сведений, предусмотренных этим Законом, или содержит недостоверные сведения (ч. 5 ст. 23 Закона Украины «Об электронных доверительных услугах»).

Таким образом, закон, с одной стороны, вводит ограничение недействительности сделки в электронной форме с использованием квалифицированной электронной подписи или печати, а с другой – появляется дополнительное основание недействительности такой сделки – несоответствие квалифицированного сертификата элект-

[1] *Грибанов А.* О домогательствах депутатов к цифровой экономике // https://zakon.ru/blog/2018/04/01/o_domogatelstvah_deputatov_k_cifrovoj_ekonomike.

ронной подписи или печати, при помощи которых совершена сделка, требованиям Закона.

Кроме того, Законом Украины «Об электронных доверительных услугах» учитывается трансграничный характер электронной коммерции, что нашло отражение в правилах о недействительности. Статьей 38 Закона предусмотрено, что электронные доверительные услуги не могут признаваться недействительными лишь на том основании, что они были предоставлены в соответствии с требованиями нормативных правовых актов, регулирующих отношения в сфере электронных доверительных услуг в иностранных государствах.

Вместе с тем следует обратить внимание на неточность формулировки данной нормы, поскольку правильнее говорить о *недействительности договора* об оказании услуг, а не самих услуг как предмета договора и объекта гражданских прав. Сложившееся правовое регулирование в сфере электронной коммерции нельзя считать достаточным для реализации принципа недискриминации электронной формы. Так, ничего не говорится о недействительности односторонних актов, действий по исполнению договоров и пр.

В определенной степени существующие лакуны действующего законодательства Украины и Российской Федерации в сфере электронной коммерции восполняются судебной практикой.

Так, судами допускается подтверждение в электронной форме заключения договора в простой письменной форме. Верховный Суд Украины по этому поводу указал следующее. Анализ ст. 1066, 1067 ГК Украины о договоре банковского счета и нормативных правовых актов Национального банка Украины о порядке открытия и функционирования счетов дает основания для вывода о том, что заключение договора банковского счета во время открытия банком карточного счета клиенту является обязательным, а предоставление владельцем такого счета выписки (*в бумажной или электронной форме*) о движении (наличии) средств на его карточных счетах по операциям служит доказательством заключения такого договора.

В данном деле клиент предъявил иск к банку о взыскании денежных средств, находившихся на его карточных счетах в данном банке. При обращении в банк клиент получил отказ по мотивам отсутствия в информационной системе банка любой информации по поводу средств, которые находились в этом отделении банка. Договор банковского счета, подписанный сторонами, не сохранился.

Дело рассматривалось судами неоднократно.

Последним решением апелляционного суда Днепропетровской области от 12.12.2017 в удовлетворении иска клиенту банка отказано.

Решение суда апелляционной инстанции мотивировано тем, что истцом не представлены суду договор банковского счета и выписки о движении средств по карточным счетам, доказательства, подтверждающие факт заключения договора банковского счета между ним и банком, а также доказательства внесения в июне 2013 г. в банк средств на вышеуказанные карточные счета.

При пересмотре дела в кассационном порядке Верховный Суд указал следующее. Договоры банковского счета и банковского вклада заключаются в письменной форме (бумажной или электронной). Электронная форма договора должна содержать электронные подписи / электронные цифровые подписи клиента (представителя клиента) и уполномоченного лица банка в соответствии с требованиями, установленными нормативным правовым актом Национального банка по вопросам применения электронной подписи в банковской системе Украины. Данные договоры могут заключаться путем присоединения клиента к публичному предложению заключить договор (оферта), который расположен в общедоступном для клиента месте в банке и на его официальном сайте в сети Интернет. Банк обязан предоставить клиенту способом, определенным банком и клиентом, в том числе с помощью средств информационных, телекоммуникационных, информационно-телекоммуникационных систем, экземпляр договора, что позволяет установить дату его заключения. Нормативными правовыми актами на банк возлагается обязанность предоставлять клиентам выписки о движении средств по их карточным счетам по операциям клиентов и их доверенных лиц. Порядок, периодичность и форма предоставления выписок (в бумажной или электронной форме) по карточным счетам клиентов оговариваются в договоре банковского счета. Судами были исследованы оригиналы карточек, выданных банком клиенту, номера которых совпадают с номерами открытых на его имя карточных счетов, выписки и справки о движении средств на счетах клиента, что дает основания для подтверждения факта открытия клиентом двух карточных счетов, т.е. заключения между сторонами договоров банковского счета, наличие на этих счетах денежных средств и их сумму. Отдельно Верховный Суд отметил, что доказательством факта заключения договора банковского счета может быть выписка о движении (наличии) средств на счете в электронной форме.

Учитывая изложенное, Верховный Суд Украины решение суда апелляционной инстанции отменил, принял по делу новое решение, которым взыскал с банка в пользу клиента денежные средства, составляющие остаток на карточных счетах клиента[1].

[1] Постановление коллегии судей Первой судебной палаты Кассационного гражданского суда в составе Верховного Суда [Украины] от 12.04.2018. Дело № 201/11810/15-ц (http://reyestr.court.gov.ua/Review/73437885).

Высказанная правовая позиция ценна тем, что в ней не только находит отражение принцип недискриминации электронной формы, но и допускается ее применение не только к договорам, но и к актам исполнения гражданско-правовых обязательств.

В другом деле предметом спора были требования о признании недействительными электронных торгов по реализации имущества в рамках процедуры исполнения судебного решения.

> Участнику электронных торгов, который не стал победителем, был до проведения торгов возвращен организатором гарантийный взнос торгов по основаниям, не связанным с обращением к организатору с письменным заявлением.
>
> Выбывший из торгов участник полагал, что действия ответчика по возврату гарантийного взноса истцу без его письменного заявления являются нарушением порядка проведения торгов, которые повлияли на исход торгов тем, что этими действиями отстранены от участия в торгах другие участники, которые могли предложить цену выше предложенной победителем торгов – стартовой цены лота. Поэтому действия организатора по возврату гарантийного взноса истцу без его письменного заявления, в результате чего истец не смог принять участие в торгах, являются нарушением порядка проведения торгов, являются незаконными и, соответственно, свидетельствуют о недействительности самих торгов.
>
> Суды первой и апелляционной инстанций согласились с доводами истца, признав электронные торги недействительными.

Верховный Суд Украины, пересматривая дело в кассационном порядке, пришел к выводу, что суды недостаточно оценили «технологический» аспект электронных торгов, не дав этому факту соответствующую оценку.

> По своей правовой природе электронные торги представляют собой многостороннюю сделку, могут быть признаны недействительными по мотивам несоблюдения в момент ее совершения требований, установленных ч. 1–3, 5, 6 ст. 203 ГК Украины, в частности в связи с несоответствием содержания сделки ГК и другим актам гражданского законодательства, с привлечением к участию в деле всех сторон данной сделки.
>
> Аргумент заявителя кассационной жалобы о том, что гарантийные взносы истца поступали на расчетный счет организатора во время остановки электронных торгов, а потому система автоматически возвращала их обратно участнику, поскольку во время остановки электронных торгов любые действия по торгам приостанавливаются, должным образом не исследован судами предыдущих инстанций. В частности, судами не установлено, какие

действия необходимо совершать организатору торгов в случае поступления на расчетный счет гарантийных взносов от участников торгов при остановке электронных торгов на этапах подготовки к проведению электронных торгов (торгов по фиксированной цене), регистрации участников электронных торгов (торгов по фиксированной цене). Поскольку суды не определили причин остановки электронных торгов и правовых последствий этого факта, постановленные по делу судебные решения подлежат отмене с направлением дела на новое рассмотрение в суд первой инстанции[1].

В комментируемом решении примечательны несколько аспектов.

Во-первых, необходимость определения правовой природы электронных торгов и отдельных стадий их подготовки и проведения (регистрация участников, внесение гарантийного взноса, его возврат и пр.). Особенностью электронных торгов является их стадийный характер, что присуще не каждой сделке.

Во-вторых, необходимость учитывать при проведении торгов, установлении итогов, оспаривании торгов особый, электронный формат их проведения. В данном деле суд пытался дать ответ на вопрос о влиянии формата на особенности недействительности торгов как сделки.

Думаем, данные судебные решения сформируют предпосылки положительных изменений в судебной практике.

Принцип недискриминации электронной формы должен касаться не только сделок в сфере электронной коммерции, но и любых других сделок, односторонних актов, совершаемых с использованием электронной формы в различных вариациях. Поэтому не лишены оснований рассуждения о признании права на существование электронных завещаний, доверенностей, заявлений и пр.

Помимо формы, основанием недействительности сделок в сфере электронной коммерции может быть несоответствие в момент совершения иным требованиям, предусмотренным законом, в частности требованиям к субъектному составу участников. Для электронной коммерции это представляет интерес и создает проблему в связи с тем, что определение личности и правосубъектности участников сделки носит в определенной степени условный характер. Обратимся к рассуждениям общего порядка.

Глобальной тенденцией развития современного общества является *символизация*, проявляющаяся во всех сферах – на промышленном уровне,

[1] Постановление коллегии судей Кассационного хозяйственного суда в составе Верховного Суда [Украины] от 14.03.2018. Дело № 910/1454/17 (http://reyestr.court.gov.ua/Review/72822775).

в секторе информационных технологий. Переход к «информационной эпохе» позволяет многим исследователям охарактеризовать современное общество как сетевое, главной чертой которого становятся сети, связывающие между собой людей, институты и государства[1]. Сетевое общество привносит иные подходы к идентификации (личной, политической, экономической и пр.), что сопровождается отказом от старых экономических макромоделей и описано исследователями как *символизация*[2].

Символизация, многократно усиленная цифровыми технологиями, помещенная в виртуальное пространство, породила такую экономическую модель, которая основана на идеях самовыражения личности, новых потребительских ожиданиях[3], когда информация превращена в универсальный стратегический продукт с постоянно растущим спросом и наивысшей «эластичностью» цен[4]. Символы не только замещают собой реальность, но и создают вторую реальность. В результате возникает ситуация, когда акцент начинает переноситься с вещи на ее символическое значение[5], которое становится все более многообразным.

Возникает вопрос: каково соотношение символической реальности с цифровой и воспринимаемой нами реальностью права? Можно сказать, что воспринимаемая нами юридическая реальность отодвинута на второй план и стала лишь фоном цифровой и символической реальности. Поэтому под воздействием последних юридическая система координат стала совершенно иной, многие термины, понятия и целые институты права утратили привычную четкость и определенность, что неизбежно ставит перед юристами качественно иные задачи и порождает новые проблемы. В поднятом аспекте недействительности символизм является характеристикой субъектного состава и предмета сделок в сфере электронной коммерции. Вынуждены признать, что участником сделки в сфере электронной коммерции в большинстве случаев является лицо, идентифицированное при помощи определенных символов (код доступа, пароль, аккаунт, электронный ключ и т.п.), использование которых лицом позволяет *допустить* истинность подобной идентификации. Поскольку идентификация участников сделки имеет условный характер (использование никнеймов, неогра-

---

[1] *Уэбстер Фрэнк*. Теории информационного общества / Пер. с англ. М.В. Арапова, Н.В. Малыхиной. М.: Аспект Пресс, 2004. С. 135.

[2] *Речицкий В.В.* Символическая реальность и право. Л.: ВНТЛ-Классика, 2007. С. 20–21.

[3] *Иноземцев В.В.* Расколотая цивилизация. М.: Наука-Academia, 1999. С. 234, 288.

[4] *Речицкий В.В.* Символическая реальность и право. С. 21.

[5] Там же. С. 51.

ниченная возможность передачи другому лицу электронной цифровой подписи), можно сказать, что участники этих сделок могут выступать под чужим именем, в том числе и вымышленным, поэтому несовпадение вследствие этого реальной и виртуальной личности участника не будет основанием, которое ведет к недействительности сделки.

Определение субъектного состава сделок и других действий в сфере электронной коммерции основано на допущении, презумпции правильности такой идентификации при помощи определенных символов. Опровержение данной презумпции возможно на общих основаниях. Однако здесь важно отметить, что признание недействительными сделки или иного юридически значимого акта в сфере электронной коммерции по основаниям неправильного определения личности, дефектов субъектного состава не может быть мотивировано лишь тем обстоятельством, что идентификация участников производилась при помощи цифровых технологий. Неправильность идентификации участника как основание недействительности сделки в сфере электронной коммерции существенна не сама по себе, а как фактор, обусловивший отсутствие волеизъявления, дефект воли или субъектного состава сделки в сфере электронной коммерции.

**Пристатейный библиографический список:**

1. *Иноземцев В.Л.* Расколотая цивилизация. М.: Academia – Наука, 1999.

2. *Posner Richard A.* Economic Analysis of Law. N.Y.: Wolters Kluwer for Aspen Publishers, 2007.

3. *Познер Р.* Рубежи теории права / Пер. с англ. И.В. Кушнаревой; Под ред. М.И. Одинцовой; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». М.: Изд. Дом Высшей школы экономики, 2017. (Политическая теория)

4. *Речицкий В.В.* Символическая реальность и право. Л.: ВНТЛ-Классика, 2007.

5. *Рожкова М.А.* Недействительность дозволенных и недозволенных действий (юридический очерк) // Недействительность в гражданском праве: проблемы, тенденции, практика: Сборник статей / Под ред. М.А. Рожковой; Исслед. центр частного права. М.: Статут, 2006. (Анализ современного права)

6. *Савельев А.И.* Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2016.

7. *Уэбстер Фрэнк*. Теории информационного общества / Пер. с англ. М.В. Арапова, Н.В. Малыхиной. М.: Аспект Пресс, 2004.

**М.А. Рожкова**

# ОБ АВТОМАТИЗАЦИИ ОНЛАЙН-АРБИТРАЖА И ОНЛАЙН-УРЕГУЛИРОВАНИЯ КОММЕРЧЕСКИХ И ПОТРЕБИТЕЛЬСКИХ СПОРОВ

Аннотация. *В статье рассматриваются сущность и юридическая природа онлайн-разбирательства споров. Для российских юристов не совсем ясно, что следует понимать под онлайн-арбитражем или онлайн-урегулированием споров. Автор делает заключения, основываясь на анализе российского и зарубежного законодательства, научных трудов.*

Ключевые слова: *онлайн-разбирательство споров, онлайн-арбитраж, онлайн-урегулирование споров, блокчейн-арбитраж, онлайн-платформы разбирательства споров.*

## Введение

Начать настоящую статью хотелось бы с замечания о том, что термин «арбитраж» нередко употребляется и в значении, совершенно непривычном для юристов. В частности, в экономическом смысле арбитраж рассматривают как операцию, в рамках которой используются традиционные возможности получения прибыли: она предполагает покупку валюты или другого актива (товара, ценных бумаг) на одном рынке и немедленную продажу на другом, в результате чего «арбитражер» получает прибыль на разнице цены покупки и цены продажи[1]. Такой арбитраж классифицируется в зависимости

[1] См. об этом, например: *Гриффин Р., Пастей М.* Международный бизнес / Пер. с англ. под ред. А.Г. Медведева (серия «Классика МВА»). СПб.: Питер, 2006. С. 393–394.

от применяемых финансовых инструментов (в частности, товарный, фондовый, валютный, процентный) и их количества (например, двусторонний и трехсторонний), от используемых производных финансовых инструментов (фьючерсный, опционный, своп, эквивалентный) и т.д.

В рамках настоящей статьи речь пойдет о традиционном (в правовом смысле) арбитраже и других разновидностях альтернативного разбирательства споров, которые преображаются на наших глазах, вбирая в себя разнообразные возможности, предоставляемые современными технологиями. Имеется в виду не только проведение онлайн-заседаний арбитража и «общение» участников спора посредством использования информационно-коммуникационной сети Интернет – это уже давно не новые, а часто используемые на практике инструменты. Сегодняшние проблемы – это принципиальное изменение субъектного состава участников такого разбирательства, а кроме того, использование при разбирательстве споров роботов (искусственного интеллекта).

Но обо всем по порядку: для того, чтобы разобраться в вопросах, которые порождает современное изменение технологической среды, необходимо обращение к истокам и исследование самой сущности альтернативного разбирательства споров.

Как известно, термином *Alternative Dispute Resolution* (далее – *ADR*) обозначаются разного рода процедуры, которые представляют собой альтернативу *государственному правосудию*, т.е. деятельности государственных судов по разрешению правовых споров. Все охватываемые данным понятием процедуры можно разделить на две основные разновидности:

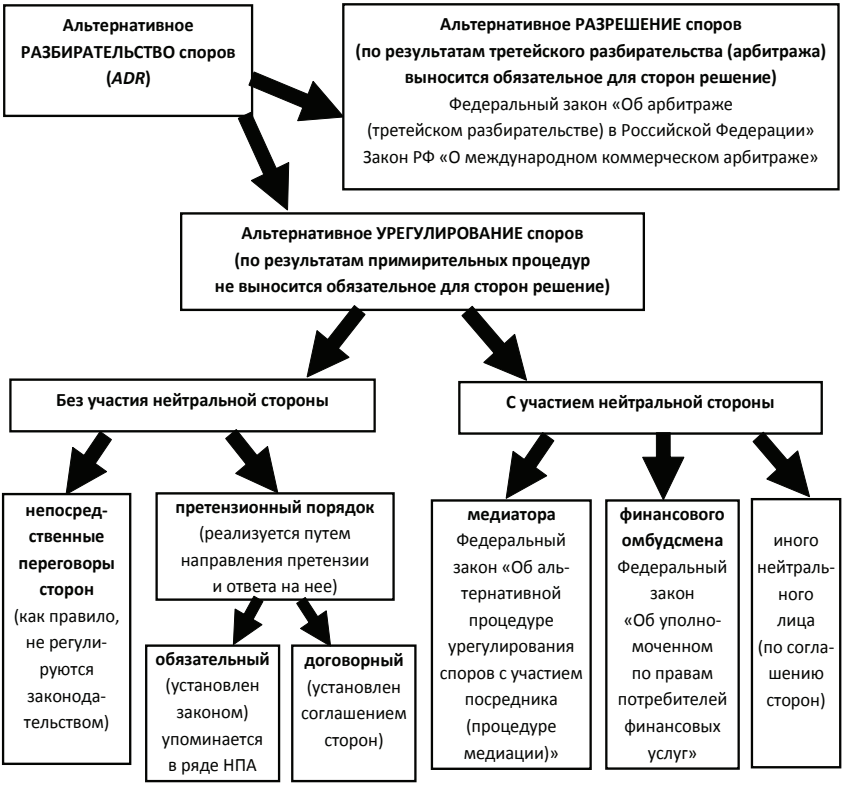
1) **разрешение** спора в арбитраже (третейском суде);

2) **урегулирование** спора самими спорящими сторонами (самостоятельно либо с привлечением примирителя).

Важно заметить, что *ADR традиционно используются для ликвидации не только правовых споров (споров о праве) или иной правовой неопределенности, но и споров по факту либо производственных, технологических и иных неправовых конфликтов*. Для целей настоящей статьи это замечание представляется весьма важным; значение его будет подробнее раскрываться далее.

Состав *ADR* можно представить следующим образом (см. схему).

*Схема*




## 1. О разрешении спора в арбитраже (третейском суде) как разновидности *ADR*

Первая разновидность *ADR* – ***разрешение*** *спора в арбитраже (третейском суде)* – это путь ликвидации правового спора, прямо упомянутый в ст. 11 ГК РФ. Данная статья Кодекса, закрепляя судебный порядок защиты нарушенных или оспоренных гражданских прав, называет в качестве компетентных судебных органов не только государственные суды (суд общей юрисдикции и арбитражный суд), но и суд негосударственный – третейский суд.

Арбитражи (третейские суды) не входят в судебную систему Российской Федерации и не вправе отправлять правосудие, компетенцией на осуществление которого наделены лишь государственные суды[1]. Но это нисколько не ограничивает полномочия арбитража (третейского суда) по разрешению споров, переданных на его рассмотрение в соответствии с требованиями Закона РФ от 07.07.1993 № 5338-I «О международном коммерческом арбитраже» (далее – Закон о МКА) и Федерального закона от 29.12.2015 № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее – Закон об арбитраже). Такое положение вещей объясняется тем, что третейские суды являются полноценными судебными органами, созданными на основании закона и *уполномоченными государством* на разрешение гражданско-правовых споров. В этом контексте третейский суд подпадает под понятие «суд» в смысле п. 1 ст. 6 Конвенции по правам человека[2].

Комиссией ООН по праву международной торговли (далее – ЮНСИТРАЛ) в 1985 г. был принят Типовой закон о международном торговом арбитраже[3], на основе которого разрабатывался Закон о МКА и который впоследствии был учтен при разработке Закона об арбитраже. Генеральная Ассамблея ООН рекомендовала «всем государствам должным образом принимать во внимание Типовой закон о международном торговом арбитраже, имея в виду желательность единообразия закона об арбитражных процедурах и конкретные потребности практики международного торгового арбитража»[4].

Термин «торговый», используемый в Типовом законе, предлагалось толковать широко: «...с тем чтобы он охватывал вопросы, вытекающие из всех отношений торгового характера, как договорных, так и недоговорных. Отношения торгового характера включают следующие сделки, не ограничиваясь ими: любые торговые сделки о поставке товаров или

---

[1] См. об этом: *Рожкова М.А.* Теории юридических фактов гражданского и процессуального права: понятия, классификации, основы взаимодействия: Дис. ... д.ю.н. М., 2010. С. 273–280 (http://rozhkova.com/DISSER/DOC_DISSER.html); *Она же*. Запрос в Конституционный Суд РФ: является ли третейский суд судебным органом и может ли он разрешать споры о правах на недвижимость // Хозяйство и право. 2011. № 4. С. 65–70.

[2] См. постановление Европейского Суда по правам человека от 08.07.1986 по делу «Литгоу и другие против Соединенного Королевства» (*Lithgow and Others v. The United Kingdom*; № 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81.

[3] http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/MAL_Rus.pdf

[4] Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 11.12.1985 № 40/72 «Типовой закон Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о международном торговом арбитраже».

услуг или обмене товарами или услугами; соглашения о распределении; торговое представительство; факторинговые операции; лизинг; строительство промышленных объектов; предоставление консультативных услуг; инжиниринг; лицензирование; инвестирование; финансирование; банковские услуги; страхование; соглашения об эксплуатации или концессии; совместные предприятия и другие формы промышленного или предпринимательского сотрудничества; перевозка товаров и пассажиров по воздуху, морем, по железным и автомобильным дорогам»[1]. Сам же Типовой закон охватывал все этапы третейского разбирательства (арбитража), начиная с арбитражного соглашения и завершая признанием и приведением в исполнение арбитражного решения. В целях настоящей статьи заслуживает внимания то, что Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже содержал положения, касающиеся примирительной процедуры, которые, однако, не вошли в Закон о МКА.

Несколько слов необходимо сказать относительно терминологии.

В литературе (в том числе и иностранной) термин «**арбитраж**» традиционно используется одновременно и в значении «*орган, созданный для разрешения спора*» (третейский суд), и в значении «*процедура разрешения спора*» (т.е. третейское разбирательство)[2], и даже в значении «*состав (коллегия) арбитров*». В то же время термин «**третейский суд**» употребляется для обозначения как *единоличного арбитра* или *состава арбитров*, разрешающих конкретный спор, так и *учреждения (третейского учреждения), которое призвано обеспечить материально-техническую и организационную сторону проведения третейского разбирательства (арбитража)*[3]. Здесь же надо упомянуть особую разновидность арбитража, который образуется сторонами *для разрешения конкретного спора вне третейского учреждения* – **третейский суд *ad hoc***.

Учитывая существование такой терминологической разноголосицы, в Законе об арбитраже была предпринята попытка упорядочить употребление данных понятий. В частности, были «уравнены» *арбитраж* и *третейское разбирательство*, под которыми в Законе понимается «процесс разрешения спора третейским судом и принятия решения

[1] Примечание 2 к ст. 1 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже.

[2] См. об этом: *Рожкова М.А.* Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора. М.: Волтерс Клувер, 2006 (СПС «КонсультантПлюс»).

[3] *Рожкова М.А., Глазкова М.Е., Афанасьев Д.В.* Новации в правовом регулировании третейского разбирательства в Российской Федерации // Хозяйство и право. 2016. № 3. С. 19–38.

третейским судом (арбитражного решения)» (п. 2 ст. 2). Кроме того, в ст. 2 Закона об арбитраже определено, что:

– «третейский суд» следует толковать как «единоличный арбитр или коллегия арбитров» (п. 16);

– «постоянно действующее арбитражное учреждение» – это «подразделение некоммерческой организации, выполняющее на постоянной основе функции по администрированию арбитража», т.е. постоянно действующий третейский суд, осуществляющий администрирование третейского разбирательства (п. 9);

– «третейский суд *ad hoc*» (в Законе содержится выражение «третейский суд, образованный сторонами для разрешения конкретного спора») – «третейский суд, осуществляющий арбитраж при отсутствии администрирования со стороны постоянно действующего арбитражного учреждения» (п. 17). Важно заметить, что Закон об арбитраже по общему правилу распространяется на разбирательство споров, осуществляемое как арбитрами при администрировании постоянно действующим третейским судом, так и арбитрами *ad hoc* в отсутствие такого администрирования.

Вне зависимости от того, сформирован ли состав арбитров из рекомендованного списка арбитров постоянно действующего арбитражного учреждения или это третейский суд *ad hoc*, осуществляющий третейское разбирательство при отсутствии администрирования со стороны постоянно действующего учреждения, задача третейского суда – разрешить правовой спор (спор о праве), для чего арбитр (третейский судья) или состав арбитров наделены *полномочиями вынести решение, обязательное для спорящих сторон*. Указанное обстоятельство немаловажно в целях настоящей работы.

## 2. Об урегулировании спора спорящими сторонами как разновидности *ADR*

Вторая разновидность *ADR* – ***урегулирование*** *спора самими спорящими сторонами* – это ликвидация правового спора или иного конфликта в результате примирения сторон (по итогам примирительных процедур). Иными словами, искомый результат – ликвидация конфликта достигается не путем вынесения обязательного для сторон решения, а посредством *достижения участниками спора взаимовыгодного, компромиссного соглашения, удовлетворяющего обе спорящие стороны*. Такое соглашение может быть заключено вследствие переговоров самих спорящих сторон либо с помощью третьих лиц.

Следует подчеркнуть немногочисленность видов примирительных процедур, которые стороны могут провести **самостоятельно** (без привлечения примирителя), – это, в частности, *переговоры сторон* и *претензионный порядок урегулирования споров*.

Совсем по-другому могут быть оценены примирительные процедуры, осуществляемые **с привлечением третьих лиц**: зарубежной практикой выработано достаточно большое число их разновидностей[1], часть которых используется и в отечественной практике.

Процедуры урегулирования спора с привлечением третьих лиц допускают градацию на две основные группы: во-первых, это процедуры, в которых третье лицо (примиритель) **способствует достижению** урегулирования спора; во-вторых, это процедуры, в рамках которых третье лицо (эксперт) **дает оценку фактам**, приведшим к спору или характеризующим его[2].

К первой группе примирительных процедур можно отнести, в частности:

– *председательство на мини-суде*, когда примиритель председательствует на квазисуде, «судьями» в котором является руководство спорящих компаний. Эта процедура признается промежуточной между арбитражем (разрешением спора) и примирительной процедурой (урегулированием спора);

– *консультирование на переговорах*, когда примиритель работает над субъективной стороной конфликта – негативными представлениями сторон друг о друге, враждебными намерениями и поведением;

– *омбудсменство*, когда неофициальное лицо выступает в роли примирителя в какой-либо организации, что предусматривает рассмотрение устных и письменных жалоб, предоставление информации по запросам, изучение обстоятельств возникшего внутри организации спора, а также разъяснение внутренних правил организации и т.д.;

– *структурированное посредничество*, когда примиритель поочередно работает со сторонами, координируя предоставление информации и контролируя взаимодействие сторон;

---

[1] Обзор процедур альтернативного разрешения и урегулирования споров см., например: *Коннов А.Ю.* Понятие, классификация и основные виды альтернативных способов разрешения споров // Журнал российского права. 2004. № 12; *Сердюкова Н.В.*, *Князев Д.В.* Альтернативные способы урегулирования правовых споров в США и России // Арбитражная практика. 2004. № 1. С. 94–96.

[2] См. об этом: *Рожкова М.А.* Соглашение о примирительной процедуре // *Рожкова М.А., Елисеев Н.Г., Скворцов О.Ю.* Договорное право: соглашения о подсудности, международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашения / Под общ. ред. М.А. Рожковой. М.: Статут, 2008 (СПС «КонсультантПлюс»).

– *посредничество с позиции силы*, когда примиритель обладает возможностью оказывать на спорящие стороны воздействие (например, такое воздействие может оказывать юридическое лицо на лиц, подконтрольных ему или зависимых от него);

– *председательство на переговорах сторон*, когда примиритель только председательствует на переговорах сторон, но не работает в части координации предоставления информации и взаимодействия сторон;

– *фасилитаторство* (от англ. *facilitate* – облегчить), когда примиритель только содействует в организации переговоров и проведении встреч спорящих сторон, не принимая участия в самих переговорах и выработке решений.

Ко второй группе примирительных процедур относятся, например:

– *оценочное посредничество*, когда эксперт по просьбе спорящих сторон дает оценку правильности занятых ими позиций в данном конкретном споре;

– *независимая юридическая оценка*, когда в роли эксперта выступает авторитетный юрист, специализирующийся в соответствующей области права, который и дает свое заключение (не имеющее обязательной силы, если стороны прямо не договорились об ином) по поводу обоснованности позиций спорящих сторон и возможных шансах на успех судебного разбирательства в государственном или третейском суде;

– *независимое экспертное заключение*, когда эксперт – специалист в технической, финансовой или иной сфере высказывает свое мнение по имеющему важное (даже решающее) значение для урегулирования спора неправовому вопросу, по которому он является экспертом.

Таким образом, круг лиц, которые вправе осуществлять примирительные процедуры, весьма широк: это могут быть специалисты в технической сфере, юристы, психологи, экономисты, руководители компаний и проч. При этом участвующее в примирительной процедуре третье лицо – это частное лицо, которое в отличие от арбитра *не вправе выносить обязательные для спорящих сторон решения*, а роль которого состоит в *содействии диалогу между участниками спора*. Важно отметить и другое: в отличие от судебной деятельности третейского суда по разрешению спора деятельность третьего лица, способствующего урегулированию правового спора или конфликта между сторонами, представляет собой оказание услуг (нередко возмездное).

ЮНСИТРАЛ в 2002 г. приняла Типовой закон о международной коммерческой согласительной процедуре[1], на основе которого затем

[1] http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-conc/03-90955_Ebook.pdf

разрабатывался Федеральный закон от 27.07.2010 № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» (далее – Закон о медиации). Генеральная Ассамблея ООН рекомендовала «всем государствам должным образом рассмотреть возможность принятия Типового закона с учетом желательности обеспечения единообразия законодательства о процедурах урегулирования споров и конкретных потребностей международной коммерческой согласительной практики»[1].

Термин «коммерческий» применительно к рассматриваемой процедуре в Типовом законе предлагалось толковать широко: «...с тем, чтобы он охватывал вопросы, вытекающие из всех отношений коммерческого характера, как договорных, так и недоговорных. Отношения коммерческого характера включают следующие сделки, не ограничиваясь ими: любые торговые сделки на поставку товаров или услуг или обмен товарами или услугами; дистрибьюторские соглашения; коммерческое представительство или агентские соглашения; факторинг; лизинг; строительство промышленных объектов; предоставление консультативных услуг; инжиниринг; лицензирование; инвестирование; финансирование; банковские услуги; страхование; соглашения об эксплуатации или концессии; совместные предприятия и другие формы промышленного или предпринимательского сотрудничества; перевозка товаров или пассажиров воздушным, морским, железнодорожным или автомобильным транспортом»[2].

Для целей Типового закона ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре под термином «согласительная процедура» понималась процедура, «которая может именоваться согласительной, посреднической или обозначаться термином аналогичного смысла и в рамках которой стороны просят третье лицо или лиц (посредника [в англоязычном варианте используется термин *conciliator. – М.Р.*]) оказать им помощь в попытке достичь мирного урегулирования их спора, возникшего из договорных или иных правоотношений либо в связи с ними» (п. 3 ст. 1). Иными словами, *согласительная процедура – это одна из разновидностей примирительных процедур, которая подразумевает ее осуществление с помощью третьего лица* – примирителя (посредника, медиатора, эксперта, председательствующего, омбудсме-

[1] Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 19.11.2002 № 57/18 «Типовой закон Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о международной коммерческой согласительной процедуре».

[2] Примечание 2 к ст. 1 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре.

на и проч.). На примирительные процедуры, осуществление которых не предполагает привлечение третьего лица, действие Типового закона ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре не распространяется.

Примечательно, что п. 9 ст. 1 Типового закона прямо упоминает невозможность его применения к случаям, когда судья государственного суда или арбитр (третейский судья) в ходе судебного или третейского разбирательства пытается содействовать урегулированию спора. То есть при разработке данного Типового закона явно разграничивались ситуации *содействия в примирении* сторон, которые традиционно относятся к задачам **судей** (как государственных, так и негосударственных судов), и ситуации *осуществления согласительной процедуры с помощью* **примирителя**.

В развитие сказанного следует отметить неправильность встречающегося в отечественной литературе мнения, согласно которому институт примирения (урегулирования спора) является привнесенным, чуждым российскому менталитету. Примирение издавна использовалось при разбирательстве дел отечественными судами: еще в Судебнике Ивана III возможность примирения сторон закреплялась, в частности, в ст. 52, а в литературе описывался случай, когда завершался судебный процесс и оставался только доклад, «стороны захотели помириться, не ездя к докладу, и вместо суда и доклада урядились рядом»[1]. Более позднее российское законодательство прямо определяло примирительную процедуру. Так, Устав гражданского судопроизводства 1864 г. содержал раздел «О примирительном разбирательстве» (кн. III «Изъятия из общего порядка гражданского судопроизводства»), ст. 1357–1366 которого касались именно примирения сторон и заключения ими мировой сделки. А в соответствии со ст. 211 Устава судопроизводства торгового 1887 г. суд обязан был предложить спорящим сторонам окончить спор посредством примирительных процедур, которые осуществлял суд. Если стороны соглашались, то суд предоставлял им право избрать из его состава одного или двух примирителей, обязанности которых состояли в следующем: они были обязаны выслушать стороны, представить им законы, на основании которых дело могло быть разрешено, а затем сообщить свое мнение о том, каким образом можно данный спор урегулировать[2].

---

[1] Судебники XV–XVI веков / Под общ. ред. Б.Д. Грекова. М.; Л.: Изд-во Академии наук СССР, 1952. С. 87–88.

[2] *Нефедьев Е.А.* Склонение сторон к миру в гражданском процессе. Казань: Тип. Губернского правления, 1890. С. 64–65.

К сожалению, в послереволюционное время возможность примирения как-то «подзабылась», а впоследствии была исключена из законодательства за ненадобностью.

В зарубежной литературе лица, участвующие в примирении сторон, обозначаются различными терминами, но наиболее распространенными признаются два из них: *mediator* («профессиональный примиритель», т.е. подыскивающий и предлагающий варианты компромиссного соглашения, подготавливающий проект соглашения) и *conciliation* (примиритель, создающий психологический комфорт, «атмосферу доверия и сотрудничества, способствуя переговорам»[1]).

В отечественной литературе термины «посредник», «медиатор», «примиритель» изначально не разграничивались и использовались в качестве синонимов, что представляется верным[2]. Причем надо отметить: термин «примиритель» является традиционным для обозначения лица, содействующего примирению сторон, – именно этот термин используется в известной работе Е.А. Нефедьева «Склонение сторон к миру в гражданском процессе», вышедшей в свет еще в 1890 г.

При разработке Закона о медиации, когда встал вопрос о выборе наиболее подходящего к употреблению в законодательстве термина, таковым был признан термин «медиатор» (*mediator*). И это при том, что в отечественной литературе отмечалось: «В соответствии с Федеральным законом «О государственном языке Российской Федерации» от 1 июля 2005 г. при использовании русского языка как государственного языка Российской Федерации не допускается использование слов и выражений, не соответствующих нормам современного русского литературного языка, за исключением иностранных слов, не имеющих общеупотребительных аналогов в русском языке (ст. 6). Отсюда следует, что иностранные слова не должны применяться при наличии соответствующего русскоязычного аналога»[3].

Закон о медиации (что подтверждает его официальное наименование) распространяется только на процедуры урегулирования споров с участием примирителя (медиатора). Причем процедура медиации не применяется к коллективным трудовым спорам, а также к спорам, возникающим из гражданских отношений, если такие споры затра-

---

[1] *Moore Ch.W.* The Mediation Process. Practical Strategies for Resolving Conflict. San-Francisco; L., 1987. Pr. X.

[2] См. об этом: *Рожкова М.А.* Кто такой примиритель и нужен ли ему «свой» закон? // Закон. 2007. № 11 (ноябрь). С. 173–187.

[3] *Носырева Е.И.*, *Стернин И.А.* «Посредничество» или «медиация»: к вопросу о терминологии // Третейский суд. 2007. № 1. С. 10.

гивают права и интересы иных лиц, не участвующих в процедуре медиации.

### 3. Об онлайн-арбитраже и онлайн-урегулировании споров

Изложенное выше со всей очевидностью демонстрирует, что неверно переводить *Alternative Dispute Resolution* (*ADR*) как «альтернативное **разрешение** споров» (АРС), поскольку медиатор спор не разрешает, да и вообще примирительные процедуры нацелены на то, чтобы ликвидировать конфликт мирным путем (путем урегулирования), не допуская его «насильственного» разрешения. С учетом принципиальных различий в сущности разрешения и урегулирования споров перевод этого выражения на русский язык мог бы звучать как «альтернативное **разбирательство** споров».

Обозначив данное значимое для целей настоящей работы обстоятельство, можно подойти к анализу принятых ЮНСИТРАЛ в 2016 г. *Technical Notes on Online Dispute Resolution*[1], название которых переведено на русский язык как «Технические комментарии ЮНСИТРАЛ по урегулированию споров в режиме онлайн»[2] (далее – Технические комментарии ЮНСИТРАЛ).

Генеральная Ассамблея ООН, отметив резкое увеличение трансграничных сделок, заключаемых в режиме онлайн, подчеркнула необходимость создания механизмов урегулирования споров, возникающих в связи с такими сделками, указав, что одним из таких механизмов является урегулирование споров онлайн, и рекомендовала «всем государствам и другим заинтересованным сторонам использовать Технические комментарии при разработке и внедрении систем урегулирования споров в режиме онлайн в связи с трансграничными сделками»[3]. Кроме того, Генеральная Ассамблея ООН обратилась ко всем государствам с просьбой содействовать популяризации и использованию этих Технических комментариев.

Важно заметить, что в отличие от прежде рассмотренных типовых законов ЮНСИТРАЛ, нацеленных на регламентацию разбиратель-

---

[1] http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/odr/V1700382_English_Technical_Notes_on_ODR.pdf

[2] http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/odr/17-00384_R_ebook_Technical_Notes_on_ODR.pdf

[3] Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 13.12.2016 № 71/138 «Технические комментарии Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли по урегулированию споров в режиме онлайн».

ства **коммерческих** споров, Технические комментарии ЮНСИТРАЛ не исключают распространение их положений как на **коммерческие**, так и на **потребительские** споры. Это объясняется стремительно увеличивающейся практикой онлайн-торговли (по данным статистики, темпы роста трансграничной торговли превосходят внутренний рынок в несколько раз), значительный удельный вес в рамках которой имеет приобретение товаров в Интернете именно в потребительских целях.

Обращает на себя внимание, что в преамбуле к Техническим комментариям ЮНСИТРАЛ вводится понятие *Online Dispute Resolution* (далее – *ODR*). На русский язык оно обычно переводится как «онлайн-урегулирование споров (ОРС)» (вариант – «урегулирование споров в режиме онлайн (УСО)»), что дает основания для тех же упреков, что были высказаны в отношении перевода на русский язык *Alternative Dispute Resolution* (*ADR*). Более точным было бы употреблять выражение «*онлайн*-**разбирательство** споров», охватывающее как *разрешение* споров арбитражем, так и *урегулирование* споров самими спорящими сторонами (с привлечением примирителя либо без него).

Также в преамбуле к Техническим комментариям ЮНСИТРАЛ подчеркивается, что *ODR* может способствовать сторонам в урегулировании спора простым, оперативным, гибким и безопасным образом без необходимости физического присутствия на каком-либо заседании или слушании. Причем особенно заостряется внимание на возможностях урегулирования споров между покупателями и продавцами, заключающими трансграничные сделки (в том числе трансграничные договоры купли-продажи или договоры оказания услуг, заключаемые с использованием электронных средств связи).

В п. 2 Технических комментариев ЮНСИТРАЛ указывается, что *ODR* «охватывает широкий набор подходов и форм (в том числе, помимо прочего, рассмотрение спора омбудсменом или комиссией по рассмотрению жалоб, переговоры, согласительную процедуру, посредничество, содействие урегулированию, арбитраж и другие) и возможность использования гибридных процедур, включающих как онлайновые, так и офлайновые элементы». Важно, что в примечаниях к этому пункту специально отмечено, что перечисленные названия процедур приведены исключительно в качестве примера и могут варьироваться в зависимости от правовой системы, причем вполне допустимым признается использование для одной и той же процедуры нескольких названий из этого списка.

С учетом изложенного можно сделать вывод о том, что, как и традиционные (офлайновые) процедуры *ADR*, (онлайновые) процедуры *ODR* предполагают выделение двух основных разновидностей:

1) **разрешение** *спора посредством* **онлайн-арбитража**;

2) **онлайн-урегулирование** *спора самими спорящими сторонами* (самостоятельно либо с привлечением третьего лица).

В литературе подчеркивается, что термин «**онлайн-арбитраж**» имеет несколько значений, но чаще всего он «используется для описания арбитражного разбирательства, проводимого с использованием технологий удаленной коммуникации между участниками процесса»[1]. А. Панов, акцентируя внимание именно на этой характерной черте онлайн-арбитража, пишет о том, что переписка между спорящими сторонами, а также арбитрами и секретариатом арбитражного учреждения ведется по электронной почте; процессуальные бумаги и доказательства представляются в электронной форме; совещания, допросы свидетелей и целиком слушания проводятся с использованием телефонных или видеоконференций и проч.[2] При этом автор, подчеркивая отсутствие препятствий для проведения онлайн-арбитража в рамках традиционного третейского разбирательства, подчеркивает, что для этого требуется только идентификация сторон (и их представителей), а также создание системы обмена электронными документами.

С.А. Курочкин, характеризуя онлайн-арбитраж, отмечает: «Онлайн арбитраж является не примирительной процедурой, а полноценным способом независимого, беспристрастного и эффективного разрешения споров, возникающих из договорных и внедоговорных отношений, посредством использования электронных средств передачи и хранения информации... Онлайн-арбитраж является разновидностью классического арбитража, дополненной применением современных способов передачи и хранения данных для оптимизации процедуры рассмотрения спора арбитрами и принятия ими решения. Именно поэтому правовая природа онлайн-арбитража производна от природы арбитража классического»[3]. Основная особенность онлайн-арбитража, отличающая его от классического арбитража, на которую обращает внимание автор, состоит

---

[1] *Галковская Н.Г., Вутын В.Е.* Онлайн-арбитраж как средство разрешения трансграничных экономических споров. Проблемы принудительного исполнения онлайн-арбитражных решений // Вестник Томского гос. ун-та. Право. 2017. № 24. С. 134.

[2] *Панов А.* Онлайн-арбитраж // Legal Insight. 2014. № 8 (34). С. 4.

[3] *Курочкин С.А.* Онлайн-арбитраж: правовые аспекты // Право в сфере Интернета: Сборник статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. д.ю.н. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2018. С. 477–478.

в том, что эта процедура разрешения спора не предполагает физического проведения заседаний, заслушивания сторон и может проходить вне какого-либо места «локализации». Отсюда следует вывод о делокализации онлайн-арбитража, существенно затрудняющей возможность связать его с каким-либо правопорядком, что значимо для выбора применимого права, оспаривания либо приведения в исполнение арбитражного решения, вынесенного таким арбитражем, и проч.[1]

Процедуры **онлайн-урегулирования споров**, под которыми понимаются, во-первых, *непосредственные переговоры сторон* и, во-вторых, *примирительные процедуры с привлечением третьего лица*, отличает от классических (офлайновых) примирительных процедур прежде всего то, что при их осуществлении используются современные информационные технологии.

Вместе с тем не только упрощенно, но, более того, **неверно понимать *ODR* как своего рода «онлайн-*ADR*»**.

Такое понимание было характерно для первого (начального) этапа, когда *ODR*, по сути, рассматривалось всего лишь как онлайн-аналог *ADR*: «...предполагалось, что это будет основанный на компьютерных сетях аналог офлайновых процедур разрешения споров, при которых стороны встречаются лицом к лицу, то есть переговоров, медиации и арбитража. Тогда делались попытки сымитировать ставшие уже традиционными процедуры, только проводить их удаленно. В первых экспериментах... задействовались живые медиаторы, которые просто проводили встречи через Интернет, а не «вживую», но при этом применяли те же навыки, которые наработали и привыкли применять в офлайне[2]»[3].

Вместе с тем в процессе внедрения *ODR* сама концепция этих процедур претерпела изменения. На сегодняшний день *ODR* понимается уже не просто как возможность проведения классических примирительных процедур и арбитража с использованием информационно-коммуникационных технологий, а как принципиально новый механизм осуществления этих процедур — **посредством использования технологической платформы онлайн-разбирательства споров** (далее — платформа *ODR*).

Платформа *ODR* представляет собой *электронную площадку*, на которой стороны могут взаимодействовать друг с другом, обращаясь

[1] *Курочкин С.А.* Онлайн-арбитраж: правовые аспекты // Право в сфере Интернета: Сборник статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. д.ю.н. М.А. Рожкова. С. 479.

[2] *Rabinovich-Einy O. & Katsh E.* Technology and the Future of Dispute Systems Design // Harvard Negotiation Law Review. 2012. T. 17. P. 151, 171.

[3] *Рабинович-Эйни О., Кач Э.* Цифровое правосудие: пересмотр границ в сфере онлайн разрешения споров // Медиация и право. 2015. № 4 (38). С. 13–14.

с претензиями и направляя ответы на них, и т.д. Эффективное функционирование платформы *ODR* требует создания системы, включающей в свой состав не только собственно веб-сайт, но и использование соответствующих компьютерных программ, баз данных, доменного имени и проч. Эта система должна обеспечивать подготовку, отправление, получение, хранение, обмен или иную обработку данных (в том числе и их безопасность) и создавать условия для дистанционного взаимодействия сторон спора.

Изложенное влечет появление еще одного субъекта, участвующего в рассматриваемых отношениях, – **администратора платформы *ODR***. То есть наряду с самими спорящими сторонами, арбитрами и примирителями (которые обозначаются в Технических комментариях ЮНСИТРАЛ как «нейтральные лица») обязательным субъектом *ODR* становится администратор платформы, на которой осуществляются процедуры онлайн-разбирательства споров (далее – администратор платформы *ODR*).

Понятие «администратор платформы *ODR*» раскрывается в п. 25 Технических комментариев ЮНСИТРАЛ как «*посредник с технологической базой*». При этом подчеркивается, что в отличие от процедур *ADR* (осуществляемых в режиме офлайн) процедура *ODR* не может осуществляться на разовой основе с участием только спорящих сторон и нейтрального лица, т.е. без администратора платформы *ODR*. Напротив, чтобы создать возможности для использования современных технологий в целях содействия процессу урегулирования или разрешения спора, процедура *ODR* требует наличия системы для подготовки, отправления, получения, хранения, обмена или иной обработки сообщений таким образом, чтобы обеспечить безопасность данных. Такая система называется в Технических комментариях ЮНСИТРАЛ «платформа *ODR*».

Пунктом 18 Технических комментариев ЮНСИТРАЛ предусматривается, что процедуры *ODR* могут осуществляться в следующей последовательности: во-первых, непосредственные переговоры сторон, во-вторых, урегулирование спора с помощью третьего (нейтрального) лица и, в-третьих, заключительный этап, форма которого в Технических комментариях ЮНСИТРАЛ прямо не обозначена.

По смыслу п. 19, 25 Технических комментариев ЮНСИТРАЛ первый этап (*непосредственные переговоры сторон*) предполагает следующие действия. Лицо, имеющее претензии, например, к качеству приобретенного товара (далее – заявитель требования), может инициировать процедуру *ODR*, для чего направляет администратору

платформы *ODR* соответствующее уведомление, о чем администратор уведомляет ответчика, а затем заявителя требования – о полученном ответе. После этого начинается собственно этап непосредственных переговоров сторон, где обязанностью администратора платформы *ODR* является обеспечение сторон возможностью удаленной коммуникации, в то время как стороны «ведут переговоры непосредственно друг с другом через платформу».

В соответствии с п. 20 Технических комментариев ЮНСИТРАЛ если этот переговорный процесс не увенчался успехом, то начинается второй этап, предусматривающий содействие в урегулировании со стороны третьего (нейтрального) лица (*примирительные процедуры с привлечением третьего лица*). Нейтральное лицо назначается администратором платформы *ODR* для целей помочь спорящим сторонам достичь урегулирования спора.

В силу п. 21 Технических комментариев ЮНСИТРАЛ если содействие в урегулировании спора не увенчалось успехом, то может начаться третий, заключительный этап (например, онлайн-арбитраж).

## 4. О платформах *ODR*, создаваемых при товарных и иных агрегаторах

Следует специально отметить, что процедуры *ODR* на сегодняшний день рассматриваются как предназначенные для *онлайн-разбирательства споров, возникших из онлайн-отношений*, причем по большей части *речь идет о типичных, распространенных, мелких спорах с участием потребителей*, хотя эти процедуры вполне годятся и для использования в отношениях между коммерсантами: «Основополагающий пример системы ОРС (онлайн-разрешение споров. – *М.Р.*) – это механизм разрешения споров на ресурсе *eBay*, хорошо известном своей популярностью и внушительной статистикой результатов[1]. Организаторы *eBay*, изучив сценарии споров и разработав систему, способную обработать значительное количество однотипных конфликтов, успешно научились разрешать такие конфликты быстро и с малыми издержками (что крайне важно, учитывая низкую денежную стоимость многих, хотя, конечно, и не всех, сделок, заключаемых через *eBay*). Не менее важен был вклад системы ОРС на *eBay* в сфере профилактики споров. Изучив данные, полученные в процессе разрешения споров, организаторы *eBay* сумели

[1] *Rabinovich-Einy O. & Katsh E.* Op. cit. P. 169–175.

выявить общий источник проблем и структурировать информацию и услуги на сайте таким образом, чтобы они не возникали вновь»[1].

Для целей настоящей статьи представляется правильным уделить некоторое внимание правилам платформы онлайн-разбирательства споров, созданной на *eBay* (далее – платформа *ODR eBay*)[2].

Итак, если в отношении сроков доставки товара, соответствия товара описанию в объявлении на сайте, качества полученного товара, своевременности или полноты получения оплаты за товар и т.п. покупатель или продавец имеют какие-то претензии, они могут обратиться к своему контрагенту. Однако сделать это получится не напрямую, а путем использования средств коммуникации, предоставляемых платформой *ODR eBay*, причем после открытия соответствующего дела (*case*) в Центре разбирательства *eBay* (*eBay Resolution Centre*[3]), что осуществляется самим пользователем через собственный аккаунт. В отечественной практике этот этап получил наименование «открыть диспут» – он подразумевает обсуждение сторонами (подобно тому, как это происходит на интернет-форумах) возникшей ситуации, в результате которого они могут выработать взаимовыгодное решение проблемы и договориться, например, о частичном возврате покупателю уплаченных за товар средств в случае несоответствия товара описанию в объявлении, о замене некачественного товара, об обмене полученного товара надлежащего качества на другой товар и т.д. В этом случае «диспут закрывается»[4] и возобновить его невозможно.

---

[1] *Рабинович-Эйни О., Кач Э.* Цифровое правосудие: пересмотр границ в сфере онлайн разрешения споров. С. 31. Там же: «Еще одна изощренная система ОРС, возникшая в онлайновом контексте, – это система, функционирующая при Википедии (см. статью в Википедии о разрешении споров: http://en.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Dispute_resolution). Она предлагает пользователям целый ряд процедур, аналогичных традиционным процедурам АРС (переговоры, медиация, арбитраж и т.д.), а также некоторые новые варианты (например, онлайн-опросы). Интересно, что некоторые элементы системы, существующей при Википедии, были созданы «снизу» – то есть пользователями, не имеющими квалификации в области разрешения споров».

[2] Следует отметить, что в этой системе отсутствует функционал для регулирования конфликтов между пользователями онлайн-платформы *eBay* и самой компанией *eBay* (согласно gользовательскому соглашению конфликты между пользователями и *eBay* подлежат рассмотрению в Американской арбитражной ассоциации (ААА) согласно ее правилам и процедурам, включая процедуры ААА для потребительских конфликтов) – функционально система нацелена на онлайн-разбирательство споров между пользователями.

[3] https://resolutioncenter.ebay.com/ru/ru-ru/

[4] Примечательно, что правилами платформы *ODR eBay* предусмотрено, что пользователи не могут одновременно использовать несколько способов для целей получения возмещения суммы предварительной оплаты: в случае выбора одного из способов – (1) программы гарантии возврата денег *eBay*, (2) программы защиты покупателей *PayPal*

Данный этап по смыслу п. 19, 25 Технических комментариев ЮНСИТРАЛ не что иное, как *непосредственные переговоры* сторон, при том что, строго говоря, эти переговоры не являются непосредственными, а осуществляются через посредство платформы *ODR eBay*. В процессе этих переговоров стороны могут выяснить контактные данные друг друга, перейти на прямую переписку с помощью «обычной» электронной почты и «закрыть диспут». Однако в практико-ориентированных отечественных публикациях неоднократно указывалось на необдуманность такого шага, поскольку в рассматриваемой ситуации платформа *ODR eBay* не несет ответственности за последующее развитие событий, поскольку если ей поступило уведомление о «закрытии диспута», то это рассматривается как разрешение проблемы самими сторонами.

В развитие сказанного нужно отметить и то, что сам веб-интерфейс платформы *ODR eBay* способствует конструктивному общению сторон (например, текстовые поля ограничены, что требует от сторон изложения именно сути претензий), четко установлены порядок и сроки предъявления претензий и ответов на эти претензии и т.д. При этом сами переговоры сторон проходят, по сути, под контролем со стороны платформы *ODR eBay*, которая не только имеет доступ к переписке сторон, но и направляет им запросы, уточняя, ответил ли контрагент; предлагает варианты разрешения конфликта; напоминает, что в случае неполучения ответа от контрагента можно обратиться в Центр разбирательства *eBay*, а в случае урегулирования конфликта сторонами надлежит закрыть диспут либо он будет закрыт автоматически по истечении определенного срока[1] и т.д.

Изложенное может создать впечатление, что в переговорах сторон здесь участвует некий примиритель – сотрудник компании *eBay*. Но это – обманчивое впечатление, поскольку такого рода запросы направляются сторонам конфликта автоматически компьютерной программой (роботом), отслеживающей открытие и закрытие диспутов, направление запросов, сроки предоставления ответов на запросы и т.д.

Ситуация ожидаемо меняется, когда по итогам непосредственных переговоров самим сторонам не удается достигнуть консенсуса, – тогда начинается новый этап разбирательства спора, подразумевающий подачу жалобы (*claim*), которая направляется уже не контрагенту, а самой

---

или (3) запроса возврата средств от платежного сервиса – пользователь обязан использовать только его. Если пользователь «открывает диспут» на *eBay* и одновременно прибегает к другим из названных способов с целью получения возмещения, «диспут» на *eBay* автоматически закрывается.

[1] Правилами предусмотрено, что «открыть диспут» можно в течение 30 дней с момента окончания фактического или расчетного срока доставки товара покупателю.

платформе *ODR eBay* (службе поддержки клиентов *eBay*). Отличительной чертой этого этапа является то, что служба поддержки клиентов после изучения сложившейся ситуации и анализа переписки сторон на *eBay* должна вынести соответствующее решение.

По смыслу п. 20 Технических комментариев ЮНСИТРАЛ этот (второй) этап, предусматривающий участие в урегулировании спора третьего (нейтрального) лица, следует рассматривать как разновидность *примирительных процедур с привлечением третьего лица*. Такое лицо, согласно данному пункту Технических комментариев ЮНСИТРАЛ, назначается администратором платформы *ODR*.

Квалификация данного этапа как этапа *примирительного* (т.е. нацеленного на урегулирование, а не на разрешение спора) способна вызвать сомнения, поскольку нейтральное лицо здесь полномочно выносить **решение** и, казалось бы, **разрешает** спор между сторонами (что свойственно арбитражу, а не урегулированию споров).

Между тем, как указывалось во второй части настоящей статьи, примирительные процедуры имеют множество разновидностей, одной из которых является, в частности, *посредничество с позиции силы* – именно об этом виде и следует говорить в данном случае. Служба поддержки клиентов *eBay* **не разрешает правовой спор**, требующий применения норм права, – ее задача на основе имеющихся фактических данных сделать вывод о том, *имело ли место нарушение* при исполнении заключенной сторонами сделки, т.е. **решить вопрос факта** (об этом упоминалось во введении к настоящей статье). Примечательно, что учитываются аргументы обеих спорящих сторон, поэтому если, например, продавец не представляет убедительных доводов или вовсе не отвечает на претензию, платформа онлайн-разбирательства споров выносит решение в пользу покупателя и возвращает ему уплаченные деньги через платежную систему *PayPal*[1].

В рамках настоящей статьи значимостью обладает то, что, несмотря на многомиллионное число пользователей, возникающие при купле-продаже товаров конфликты достаточно однотипны, что позволило платформе *ODR eBay* не только четко структурировать последовательность, технику и «глубину» разбирательства таких споров, а также сгруппировать возникающие споры по категориям, но и **максимально автоматизировать этот процесс**: не секрет, что в большинстве своем ответы от платформы предоставляются *роботом* (компьютерной про-

[1] Надо отметить, что система разбирательства споров *eBay* предусматривает возможность подачи апелляции в случае неудовлетворенности пользователя решением.

граммой), который оперативно разыщет в системе подходящее правило, а также типовое решение, вынесенное по аналогичной проблемной ситуации. Лишь в уникальной ситуации, когда типовое решение отсутствует и, следовательно, робот не сможет предложить адекватный выход из проблемы, поиском такого решения займется «живой» сотрудник службы поддержки клиентов *eBay*.

Вследствие сказанного и с учетом того, что на сегодняшний день искусственный интеллект пока не признан субъектом права, следует говорить, что в большинстве случаев и второй этап онлайн-разбирательства споров *проводится без третьего (нейтрального) лица*. Эта ситуация требует дополнительного осмысления и, вероятно, повлечет изменения в подходе, в том числе и к онлайн-арбитражу, который на сегодняшний день, по мнению ученых, предполагает осуществление разбирательства именно человеком, а не роботом[1].

Резюмируя, можно говорить, что на сегодняшний день платформа *ODR eBay* не только предоставляет информацию, обеспечивает дистанционное взаимодействие сторон, генерирует ответы на возникающие у пользователей вопросы, нацеливает самих пользователей на конструктивное общение в случае возникновения конфликтных ситуаций, но и предлагает максимально автоматизированное урегулирование самих онлайн-споров.

Значимым является то, что подобные платформы, признаваемые чрезвычайно удобным и оперативным механизмом онлайн-разбирательства споров, в настоящее время все чаще создаются при **товарных агрегаторах** (маркетплейсах) – *электронных торговых площадках*, на которых продавцы выставляют информацию о продаваемом товаре; покупатели, выбрав подходящий товар, заключают с продавцами договор купли-продажи; осуществляется предварительная оплата товара и т.д. (на сегодня наибольшую известность имеют такие маркетплейсы, как *Ozon*, *Amazon*, *Alibaba*, *eBay*)[2].

Это объясняется заинтересованностью товарных агрегаторов в уменьшении количества споров с участием зарегистрированных на этой

[1] В частности, С.А. Курочкин пишет: «Несмотря на все технические особенности, онлайн арбитраж остается процессом разрешения спора реальным человеком, а не машиной. Данное замечание обусловлено тем, что арбитражные процедуры, в которых решение формулируется в автоматическом режиме компьютерной программой, а не реальным человеком – арбитром, не могут признаваться арбитражем для целей исполнения итогового решения» (*Курочкин С.А.* Указ. соч.).

[2] Подробнее см.: *Рожкова М.А.* Об ответственности агрегаторов и их платформах онлайн-разбирательства споров // Хозяйство и право. 2018. № 9. С. 21–32.

электронной площадке потребителей и продавцов. При этом правилами платформ *ODR потребители* **не обязываются** *использовать механизмы онлайн-разбирательства споров*. Напротив, потребители, приобретающие товары онлайн, сами максимально заинтересованы в использовании этого механизма: его применение позволяет *бесплатно, оперативно и эффективно* решить проблему (возвратить предварительно уплаченную за товар сумму, обменять некачественный товар и проч.), а также избежать судебного разбирательства трансграничного спора, требующего серьезных временных и финансовых издержек.

И здесь надо еще раз обратить внимание на то, что споры, которые разбираются платформой *ODR*-агрегаторов, – это **простые споры, касающиеся не права, а факта**, в частности споры, возникающие при несоответствии товара описанию на сайте, при неполучении или несвоевременном получении товара, при некачественности товара, при неоплате товара, при отмене заказа и т.п. Именно для этих типичных случаев используется онлайн-разбирательство споров, не предусматривающее взыскание штрафов, процентов и убытков и предполагающее **автоматизированный процесс разбирательства** таких споров.

Многообразие агрегаторов, создаваемых для различных направлений коммерции (например, агрегаторы такси (*Uber*), поиск гостиниц (*booking.com*), сервисы подбора туров (*travel.ru*), поисковики дешевых авиабилетов, страховок, отелей и т.д.), позволяет говорить о значительном потенциале роста числа платформ *ODR*. Однако при создании таких платформ при агрегаторах изначально требуется автоматизация процесса онлайн-разбирательства спора, с тем чтобы сделать эту процедуру действительно бесплатной, оперативной и эффективной. Пока же не все агрегаторы готовы к этому.

Например, маркетплейс «Яндекс.Маркет» (созданный компанией «Яндекс», зарегистрированной в Нидерландах) предусматривает возможность онлайн-разбирательства споров, что прямо закреплено в Условиях оформления заказа товаров на сервисе «Яндекс.Маркет»[1] (далее – Условия Яндекс.Маркет). Этот механизм нашел отражение в разд. 6 «Информационное сопровождение рассмотрения претензий пользователей» и разд. 7 «Привлечение Арбитра к рассмотрению разногласий между Пользователем и Продавцом»: в данных разделах обозначены права сторон вступить в переговоры посредством использования платформы и предъявить претензию (п. 6.2, 6.5, 7.1, 7.2), а также «возможность привлечения арбитра Службы контроля качества

[1] https://yandex.ru/legal/market_order_users_terms/

сервиса Яндекс.Маркет» для решения вопроса о возврате уплаченной потребителем суммы предварительной оплаты (п. 6.3, 6.5, 7.3–7.7).

При этом в п. 6.4 Условий Яндекс.Маркет установлено, что в случае вынесения арбитром решения в пользу потребителя маркетплейс гарантирует возврат потребителю продавцом суммы предварительной оплаты (при условии возврата товара продавцу). В разд. 7 Условий Яндекс.Маркет сформулированы правила обращения стороны спора к арбитру – сотруднику Службы контроля качества сервиса «Яндекс. Маркет» (что осуществляется посредством нажатия кнопки «Привлечь арбитра»), а также установлены сроки и порядок онлайн-разбирательства спора, вынесения арбитром решения и порядок пересмотра этого решения другим арбитром в случае апелляции. То есть онлайн-разбирательство на платформе «Яндекс.Маркет» предусматривает удаленное проведение онлайн-арбитража, осуществляемое, как следует из смысла Условий, не роботом, а все-таки сотрудником компании.

## 5. Об особенностях блокчейн-арбитража

Технология блокчейна, первоначально воплощенная в децентрализованной электронной платежной системе «Биткоин»[1], активно развивается и совершенствуется, что позволяет создавать на ее основе разнообразные приложения, которые предполагают работу с финансовыми инструментами – акциями, облигациями, фьючерсами, закладными, заключать смарт-контракты и т.д.[2] Это в свою очередь порождает необходимость разбирательства возникающих в рамках этих отношений споров и конфликтов.

Надо признать, что относительно разбирательства споров, возникающих из отношений в блокчейн-сфере, высказываются весьма любопытные мнения.

Например, в одной из публикаций обосновывалась позиция, согласно которой традиционный арбитраж не может полноценно функционировать в рамках цифрового криптовалютного пространства и взамен «существующей процедурной, организационной и технологической инфраструктуры традиционного арбитража»[3] требуется создать

[1] *Накамото С.* Биткоин: децентрализованная электронная денежная система (https://habrahabr.ru/post/215557/).

[2] *Свон Мелани М.* Блокчейн: схема новой экономики: Пер. с англ. М.: Олимп-Бизнес, 2017. С. 20.

[3] Теория децентрализованной арбитражной системы будущего (https://geektimes.ru/company/jincor/blog/292033/).

**децентрализованный арбитраж**, предпосылки формирования которого, как указывалось в этой публикации, были заложены создателем Биткоина Сатоши Накомото. При этом совершенно не учитывалось то обстоятельство, что С. Накомото в своей работе говорил об арбитраже в *экономическом смысле* (о чем говорилось во введении к настоящей статье), в частности, трехстороннем арбитраже – операции по обмену двух валют через третью с целью получения прибыли, используя разницу между курсами. Между тем, исходя из этого неверного посыла в качестве концепта децентрализованного арбитража, автор упомянутой публикации предлагал, в частности, следующее:

– выбор арбитров будет производится с использованием математических алгоритмов на основе анализа цифровой репутации судей, сферы их компетенции, причастности к определенной юрисдикции и экономической сфере, а также на основе эмпирического опыта (т.е. опыта юридической практики в реальной жизни);

– для исключения коррупционной составляющей и исключения беспристрастности арбитров они должны оставаться неизвестными для спорящих сторон;

– арбитраж будет проводиться в «анонимной цифровой комнате», где стороны могут заявлять требования, приводить доказательства и проч.;

– гонорар арбитрам будет определяться заранее, но выплачиваться проигравшей стороной;

– неисполнение арбитражного решения будет приравниваться к утрате цифровой репутации и связей, приравненных к цифровой личности участника;

– будет сформирована открытая база данных, содержащая сведения обо всех предыдущих третейских разбирательствах, и т.д.[1]

В другой публикации повествовалось о том, что блокчейн-платформа предоставляет заинтересованным лицам возможность не только заключить смарт-контракт, но и разрешить возникший из этого контракта спор путем его передачи на рассмотрение группы независимых арбитров, которые выносят решение большинством голосов[2]. Интересно, что при этом не только планировалось создание на блокчейн-платформе децентрализованного арбитража, но и закладывался

[1] Теория децентрализованной арбитражной системы будущего (https://geektimes.ru/company/jincor/blog/292033/).

[2] Система правосудия на блокчейне (https://hightech.fm/2017/10/31/blockchain-smart-contracts).

механизм «собственного» апелляционного пересмотра вынесенных этим арбитражем решений[1].

В еще одной публикации при описании процедуры арбитража была обозначена следующая последовательность действий по разрешению спора: 1) при возникновении спора система случайным образом выбирает несколько арбитров из общего списка; 2) спорящие стороны излагают свои позиции; 3) каждый арбитр принимает свое решение и оставляет об этом соответствующий комментарий; 4) по результатам большинства голосов «определяется» решение, причем *цифровой рейтинг арбитра влияет на вес его решения*[2].

Примечательно, что термин «блокчейн-арбитраж» нередко используют и для обозначения примирительных процедур (процедур урегулирования спора). Например, С. Равал, описывая арбитраж платформы *OpenBazaar*, пишет: «Арбитром может стать любой желающий, просто установив флажок в настройках профиля... На арбитра возлагаются обязанности улаживать споры и пересылать средства правой стороне. Арбитры могут взыскивать плату за разрешение конфликтов»[3].

Несмотря на некоторую причудливость многих изложенных правил, они вполне свободно могут быть реализованы. Это объясняется тем, что арбитражу, используемому для разбирательства онлайн-споров, возникающих из отношений в блокчейн-сфере, свойственна делокализация (как и вообще онлайн-арбитражу). Это делает проблематичной связь такого арбитража с каким-либо правопорядком, что и позволяет создателям блокчейн-платформ формулировать столь непривычные правила, зачастую не «вписывающиеся» в установленный отечественным законодательством порядок третейского разбирательства (арбитража).

Обращает на себя внимание также и то, что, как и «обычный» онлайн-арбитраж, блокчейн-арбитраж для проведения процедур разрешения спора нуждается в **использовании соответствующей платформы *ODR***, что требует участия в рассматриваемых отношениях **администратора этой платформы**, т.е. снова одним из субъектов разбирательства становится администратор платформы *ODR*.

Изложенное позволяет сделать вывод о том, что, как и онлайн-арбитраж, блокчейн-арбитраж по своей сути представляет собой *разно-*

---

[1] Основатель *Jury.Online* рассказал о перспективах сетевого арбитража на блокчейне (https://forklog.com/osnovatel-jury-online-rasskazal-o-perspektivah-setevogo-arbitrazha-na-blokchejne/).

[2] https://artex.global/files/artexwp-ru.pdf

[3] *Равал С.* Децентрализованные приложения. Технология Blockchain в действии. СПб.: Питер, 2017. С. 139.

*видность классического арбитража*, «осложненного» использованием современных цифровых технологий и спецификой предмета спора. Процедуры блокчейн-урегулирования споров в отечественных публикациях прямо не упоминаются, но, как свидетельствует анализ литературы, нередко под блокчейн-арбитражем понимается в том числе и проведение *примирительных процедур как с привлечением третьего лица, так и без такового* (урегулирование спора).

### 6. О специфике онлайн-разбирательства доменных споров

Достаточно часто *процедуру разбирательства доменных споров* (здесь и далее доменные споры понимаются в узком смысле – как дела, возникающие из требований правообладателя о пресечении неправомерного использования в доменном имени обозначения, совпадающего с товарным знаком или знаком обслуживания) характеризуют как *административную* процедуру, осуществляемую непубличным органом и принципиально отличающуюся от всех известных отечественному праву процедур разбирательства споров.

Такое положение – во многом следствие того, что в Единой политике рассмотрения споров о доменных именах[1] (англ. *Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* (далее – *UDRP*)) и разработанных на ее основе Правилах *UDRP* (англ. *Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*)[2] процедура рассмотрения доменного спора была поименована как «административная процедура», а лица, ее осуществляющие, – как «административная комиссия» («административная группа»). Именно это создало предпосылки для утверждения, что аккредитованные арбитражные центры, рассматривающие доменные споры, не являются полноценными арбитражами.

Подобное утверждение неверно, что обосновывалось нами ранее[3]. Указание в документах *ICANN* на «административность» процедуры и состава лиц, разрешающих доменный спор, проистекает из другой особенности доменных споров, касающейся исполнения вынесенных по этим делам арбитражных решений. Эта особенность состоит в «оптимизации» исполнения решения – его исполнение возможно без обращения за содействием к государственным судебным органам.

---

[1] Принята *ICANN* 26.08.1999.

[2] Утверждены Правлением *ICANN* 30.10.2009.

[3] См., например: *Рожкова М.А., Афанаьсев Д.В.* Доменные споры: избранные аспекты // Право в сфере Интернета: Сборник статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. д.ю.н. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2018. С. 224–245.

Как известно, при отсутствии добровольного исполнения «обычного» арбитражного решения заинтересованной стороне необходимо обратиться в государственный суд за исполнительным листом на принудительное исполнение этого решения. Применительно к доменным спорам имеет место совершенно другая ситуация: при удовлетворении требования истца (правообладателя товарного знака/знака обслуживания) об отмене регистрации доменного имени, передаче домена другому лицу и т.д., вынесенное решение приводится в исполнение (*аккредитованным*) *регистратором* посредством внесения *соответствующей записи в реестр доменных имен*, причем для этого не требуется получение исполнительного листа и содействие службы судебных приставов-исполнителей. Подобное исполнение решения, вообще не характерное для исполнения «обычных» арбитражных решений, имеет отчетливый административно-властный оттенок, что и оказало серьезное влияние на используемую в *UDRP* и Правилах *UDRP* терминологию. Однако это – специфика рассматриваемой процедуры, но не основание исключать ее из числа разновидностей арбитража.

Итак, разбирательство доменных споров осуществляется либо посредством **арбитража** (бесспорно, имеющего свою специфику, но все же арбитража) *по доменным спорам в соответствии с UDRP, по спорам в отношении новых доменов общего назначения (New gTLD) и по спорам в отношении национальных и региональных доменов (ccTLD)*, либо посредством **примирительных процедур**, направленных на урегулирование доменных споров с помощью нейтрального лица (медиатора).

Следует подчеркнуть, что, согласно *UDRP*, разбирательство доменных споров должно производиться **арбитражным институтом**, который специально уполномочен (аккредитован) *ICANN*. Таких арбитражей, аккредитованных *ICANN*, или, как их принято именовать, «аккредитованных арбитражных центров», на сегодняшний день насчитывается пять:

– Центр Всемирной организации интеллектуальной собственности по арбитражу и посредничеству (далее – Центр ВОИС по арбитражу и посредничеству);

– Национальный арбитражный форум (США) (англ. *National Arbitration Forum*);

– Азиатский центр по рассмотрению споров о доменных именах (англ. *Asian Domain Name Dispute Resolution Centre*);

– Арбитражный центр Чешского арбитражного суда по рассмотрению споров, связанных с Интернетом (англ. *the Czech Arbitration Court Arbitration Center for Internet Disputes*);

– Арабский центр по рассмотрению споров о доменных именах (англ. *Arab Center for Domain Name Dispute Resolution*).

Под юрисдикцию перечисленных аккредитованных арбитражных центров подпадают споры, касающиеся использования в доменных именах чужих объектов интеллектуальной собственности – товарных знаков и знаков обслуживания. Эти арбитражные центры при разбирательстве доменных споров должны руководствоваться едиными положениями, сформулированными в *UDRP*, и разработанными на ее основе Правилами, но при этом в каждом из центров созданы собственные правила рассмотрения доменных споров, основанные на *UDRP*.

Наиболее известным из названных аккредитованных арбитражных центров, бесспорно, является Центр ВОИС по арбитражу и посредничеству. Он основан в 1994 г. с целью содействовать альтернативному рассмотрению споров прежде всего в области интеллектуальной собственности, но под его юрисдикцию подпадают и многие доменные споры, количество которых с каждым годом неуклонно увеличивается. С тех пор как Центр ВОИС по арбитражу и посредничеству рассмотрел первое дело по правилам *UDRP* в 1999 г., общее количество заявлений на 2017 г. превысило 39 тыс., охватывая более 73 тыс. доменных имен[1].

В целях настоящей статьи примечательным является то, что правилами Центра ВОИС по арбитражу и посредничеству (как и остальных аккредитованных арбитражных центров) предусмотрена процедура **заочного разбирательства доменных споров** – без явки сторон, только на основании представленных документов. Эта процедура была разработана с тем, чтобы сделать разбирательство доменных споров более *оперативным* (оно в среднем занимает до двух месяцев), *удобным* (процесс ведется в электронной форме – по электронной почте) и нередко более *дешевым* (поскольку спорящим сторонам удается избежать рассмотрения трансграничного спора в иностранном суде).

Данную процедуру иногда приводят в качестве примера *внесудебного онлайн-урегулирования спора*, что совершенно неправильно. Во-первых, эта процедура предполагает **разрешение** спора, что исключает отнесение ее к числу процедур *урегулирования* спора. Во-вторых, эта процедура может быть отнесена к числу онлайн-процедур «старой формации», предполагающей ведение переписки между спорящими сторонами, а также арбитрами по электронной почте, представление документов и доказательств в электронной форме и т.п. Между тем сегодня онлайн-урегулирование споров (*ODR*), как уже указывалось, –

[1] http://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2018/article_0001.html

это не просто проведение классических примирительных процедур и арбитража с использованием информационно-коммуникационных технологий – в настоящее время онлайн-разбирательство споров предполагает обращение к **использованию платформы *ODR***, что в случае заочного разбирательства доменных споров не предусмотрено.

Подводя итоги, можно заключить, что развитие современных технологий сказалось и на развитии процедур альтернативного разбирательства споров (*ADR*). На первых порах онлайн-разбирательство споров мало чем отличалось от классического арбитража и классических примирительных процедур – использование информационно-коммуникационных технологий проявлялось лишь в предоставлении сторонам возможности осуществлять переписку между собой и арбитрами/медиаторами посредством электронной почты, представлять документы в электронной форме, проводить заседания с использованием видеоконференц-связи и т.п. Сегодня механизм онлайн-разбирательства споров (*ODR*) значительно усложнился и предполагает осуществление такого разбирательства на базе технологической платформы онлайн-разбирательства споров (платформа *ODR*). Это повлекло появление нового участника правоотношений – администратора такой платформы. Примечательным является также и то, что функционирование платформы *ODR* предполагает не только создание электронной площадки для взаимодействия сторон, но и, что еще более важно, автоматизацию самого процесса онлайн-разбирательства споров, предусматривая возможность возложения этих функций на роботов (компьютерные программы). С учетом этого на повестку дня выносится целый ряд важных для развития правовой теории вопросов, одним из которых является, например, вопрос о том, может ли искусственный интеллект выступать арбитром.

**Пристатейный библиографический список:**

1. *Гриффин Р.*, *Пастей М.* Международный бизнес / Пер. с англ. под ред. А.Г. Медведева (серия «Классика MBA»). СПб.: Питер, 2006.

2. *Рожкова М.А.* Теории юридических фактов гражданского и процессуального права: понятия, классификации, основы взаимодействия: Дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2010 (http://rozhkova.com/DISSER/DOC_DISSER.html).

3. *Рожкова М.А.* Запрос в Конституционный Суд РФ: является ли третейский суд судебным органом и может ли он разрешать споры о правах на недвижимость // Хозяйство и право. 2011. № 4. С. 65–70.

4. *Рожкова М.А.* Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора. М.: Волтерс Клувер, 2006 (СПС «КонсультантПлюс»).

5. *Рожкова М.А.*, *Глазкова М.Е.*, *Афанасьев Д.В.* Новации в правовом регулировании третейского разбирательства в Российской Федерации // Хозяйство и право. 2016. № 3. С. 19–38.

6. *Коннов А.Ю.* Понятие, классификация и основные виды альтернативных способов разрешения споров // Журнал российского права. 2004. № 12.

7. *Сердюкова Н.В.*, *Князев Д.В.* Альтернативные способы урегулирования правовых споров в США и России // Арбитражная практика. 2004. № 1. С. 94–96.

8. *Рожкова М.А.*, *Елисеев Н.Г.*, *Скворцов О.Ю.* Договорное право: соглашения о подсудности, международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашения / Под общ ред. М.А. Рожковой. М.: Статут, 2008.

9. *Нефедьев Е.А.* Склонение сторон к миру в гражданском процессе. Казань: Тип. Губернского правления, 1890.

10. *Носырева Е.И.*, *Стернин И.А.* «Посредничество» или «медиация»: к вопросу о терминологии // Третейский суд. 2007. № 1.

11. *Галковская Н.Г.*, *Вутын В.Е.* Онлайн-арбитраж как средство разрешения трансграничных экономических споров. Проблемы принудительного исполнения онлайн-арбитражных решений // Вестник Томского гос. ун-та. Право. 2017. № 24. С. 134.

12. *Панов А.* Онлайн-арбитраж // Legal Insight. 2014. № 8 (34). С. 4.

13. *Курочкин С.А.* Онлайн-арбитраж: правовые аспекты // Право в сфере Интернета: Сборник статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. д.ю.н. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2018.

14. *Рабинович-Эйни О.*, *Кач Э.* Цифровое правосудие: пересмотр границ в сфере онлайн разрешения споров // Медиация и право. 2015. № 4 (38).

15. *Рожкова М.А.* Об ответственности агрегаторов и их платформах онлайн-разбирательства споров // Хозяйство и право. 2018. № 9. С. 21–32.

16. *Накамото С.* Биткоин: децентрализованная электронная денежная система (https://habrahabr.ru/post/215557/).

17. *Свон Мелани.* Блокчейн: схема новой экономики: Пер. с англ. М.: Олимп-Бизнес, 2017.

18. *Равал С.* Децентрализованные приложения. Технология Blockchain в действии. СПб.: Питер, 2017.

19. *Рожкова М.А.*, *Афанаьсев Д.В.* Доменные споры: избранные аспекты // Право в сфере Интернета: Сборник статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. д.ю.н. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2018. С. 224–245.

**О.В. Тимошенко**

# ОПРЕДЕЛЕНИЕ ЮРИСДИКЦИИ КОММЕРЧЕСКИХ ИНТЕРНЕТ-СПОРОВ (ПОДХОДЫ, СЛОЖИВШИЕСЯ В США И СТРАНАХ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА)

Аннотация. *Статья посвящена изучению вопросов, связанных с определением юрисдикции коммерческих интернет-споров. Автор сравнивает критерии определения юрисдикции, применяемые в США и странах Европейского союза. Основываясь на зарубежных и международных правовых актах и материалах практики, автор анализирует современное состояние правового регулирования этого института.*

Ключевые слова: *судебная юрисдикция, коммерческие интернет-споры, тест «скользящей шкалы», критерий направленности, критерий местоположения, место исполнения договора, веб-сайт.*

## Введение

Принцип территориальности – основной принцип международного частного права, который до появления Интернета был непоколебим. Интернет внес коррективы в применение этой базовой категории, поскольку реальные географические границы государства в виртуальном контексте не имеют никакого значения. В связи с этим актуальными стали вопросы: как определить границы юрисдикции государств (и его судебных органов) в отношении интернет-споров? Как в случае возникновения интернет-спора определить местонахождение его участников для целей решения вопроса о судебной юрисдикции?

В зарубежной литературе применительно к интернет-спорам высказано предположение о том, что местонахождение лица может определяться по крайней мере в трех «местах»: 1) там, где компьютер подключен к Интернету; 2) там, где компьютер непосредственно связан с Интернетом;

3) на «виртуальной» территории под названием «киберпространство»[1]. Но для решения вопроса, вынесенного в наименование настоящей статьи, как представляется, таких указаний явно недостаточно.

Следует подчеркнуть, что понятие «интернет-спор» будет использоваться в настоящей статье в значении, в котором его использовал А.В. Незнамов, – как спор, связанный с использованием сети Интернет, при условии, что отношения, из которых возник такой спор, существенным образом обусловлены в своем возникновении или развитии использованием сети Интернет[2]. Характеризуя сами интернет-отношения, можно упомянуть, в частности, следующие их специфические черты:

– отсутствие у интернет-пространства физических территориальных границ и затруднительность в определении физической локализации участников интернет-отношений;

– возможность вступления в правовые отношения любого лица, имеющего доступ в Интернет, при сложности в установлении его право- и дееспособности;

– появление «виртуальных компаний», осуществляющих коммерческую деятельность, но не имеющих реального географического местонахождения и функционирующих исключительно через Интернет;

– доступность информации, размещенной на открытом веб-сайте, любому лицу вне зависимости от его фактического местонахождения;

– наличие в структуре интернет-отношений информационных посредников и иных третьих лиц (например, центров сертификации ключей электронных подписей);

– использование программ-роботов, создающих условия для автоматического вступления в интернет-отношения;

– существование доменных имен (на которых размещаются различные информационные ресурсы, включая веб-сайты, персональные страницы, порталы, социальные сети и проч.), которые вовсе «не привязаны» к какому-либо государству: доменов общего назначения (к ним относятся такие, как, например, *.com*, *.org*, *.biz*, *.int*), а также новых доменов общего назначения (таких как, например, *.cloud*, *.day*)[3], исключающих возможность «привязать» отношения к юрисдикции какого-либо государства;

---

[1] *Shapiro Andrew L.* Constitutional Issues Involving Use of the Internet: The Disappearance of Cyberspace and the Rise of Code. 8 SETON HALL CONST. L.J. 703, 704. 1998.

[2] *Незнамов А.В.* Особенности компетенции по рассмотрению Интернет-споров: национальный и международный аспекты: Автореф. дис. ... к.ю.н. Екатеринбург, 2010. С. 14.

[3] См. о них, например: *Рожкова М.А.* Права на доменное имя // Право в сфере Интернета: Сборник статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. д.ю.н. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2018. С. 195–223.

– нарушение национальных законов может происходить без проникновения лица на территорию / нахождения лица на территории самого государства.

Изложенное подтверждает сложность определения права, применимого к отношениям сторон в случае возникновения интернет-спора[1], а также трудность установления суда, компетентного разрешать такой спор, ведь не исключена ситуация, когда применимым может быть законодательство сразу нескольких государств. В рамках настоящей работы предметом анализа будет судебная юрисдикция (*jurisdiction to adjudicate*)[2]: как показал проведенный анализ, в юридической науке за последние десятилетия было выработано множество критериев и вариантов определения надлежащей юрисдикции для разрешения интернет-споров[3].

## Эволюция подходов к определению юрисдикции в США

Особый интерес в рамках рассматриваемой проблематики представляют прецеденты различных штатов США – это объясняется тем, что широкая автономия штатов вызывает множество коллизионных споров внутри государства.

На первом этапе формирования судебной практики в части определения надлежащей юрисдикции интернет-споров было применение уже сложившихся правил по аналогии. В частности, на первых порах рассмотрения интернет-споров существовало правило, согласно ко-

[1] При этом законодательство одного государства может содержать запрет на осуществление определенной деятельности в сети Интернет (например, продажа товаров с запрещенной символикой, проведение азартных игр и др.), тогда как законодательство другого государства таких запретов не содержит.

[2] Под термином «юрисдикция» в отечественной литературе предлагается понимать предписывающую юрисдикцию (*jurisdiction to prescribe*), под которой подразумевается полномочие государства принимать нормативные правовые акты; судебную юрисдикцию (*jurisdiction to adjudicate*), понимаемую как полномочие государства подчинять физических и юридических лиц судебным решениям; принудительную юрисдикцию (*jurisdiction to enforce*), т.е. полномочие государства осуществлять принудительное исполнение вынесенных судебных решений (см.: *Савельев А.И.* Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование: Учебное пособие. М.: Статут, 2014. С. 48).

[3] Например, Д. Джонсон рассматривал возможность отнесения спора, вытекающего из отношений в сети Интернет, к юрисдикции суда той страны, в которой зарегистрировано доменное имя (см.: *Johnson V.R.* Data Security and Tort Liability // Journal of Internet Law. 2008). Отечественными юристами для этой цели использовался критерий места расположения интернет-сервера (см.: *Войниканис Е.А.*, *Якушев М.В.* Информация. Собственность. Интернет: традиция и новеллы в современном праве. М., 2004), а также предлагалось ввести правило о действии юрисдикции страны продавца, подрядчика, исполнителя (см.: *Калятин В.О.* Проблемы установления юрисдикции в Интернете // Законодательство. 2001. № 5).

торому юрисдикция спора могла быть установлена, в том числе если ответчик физически не присутствует на территории штата, «но имеет с ней определенные минимальные связи». Впервые этот критерий был сформулирован в деле *International Shoe v. Washington*[1], где было отмечено, что ответчик должен иметь по крайней мере минимальный уровень связи с тем штатом, где выдвинуто обвинение против него, и он мог разумно ожидать этого.

В конце XX в. этот принцип был применен по аналогии в деле *CompuServe, Inc. v. Patterson*.

Ричард Паттерсон, проживающий в Техасе, разработал программный продукт, помогающий людям перемещаться на просторах Интернета. В 1991 г. он заключил с корпорацией *CompuServe* (являющейся интернет-провайдером со штаб-квартирой в Огайо) договор, по условиям которого он мог хранить, распространять и рекламировать свою программу через специальный сервис *Shareware CompuServ*. Подписчики этого сервиса могли приобрести эту программу у *CompuServ*, которая, оставив себе 15% комиссионных, выплачивала Паттерсону оставшуюся сумму.

В 1993 г. корпорация *CompuServ* начала продавать программный продукт, схожий с программой Паттерсона, с такой же маркировкой и названиями. Это дало Р. Патерсону основания обвинить корпорацию в нарушении его прав на товарные знаки (путем продажи аналогичных программных продуктов без его разрешения) и потребовать 100 тыс. долл. компенсации. В свою очередь *CompuServe* предъявила требование о декларaторном решении (устраняющем правовую неопределенность) в суд штата Огайо, т.е. по местонахождению своей штаб-квартиры.

Р. Паттерсон заявил ходатайство о прекращении производства по делу, указывая, что юрисдикция суда Огайо не распространяется на это дело, поскольку ответчик находится в штате Техас и никогда не посещал штат Огайо. С учетом этого, а также других факторов суд удовлетворил данное ходатайство, указав, что связь между Паттерсоном (Техас) и штатом Огайо была «слишком слаба, чтобы распространить персональную юрисдикцию».

*CompuServe* подала апелляцию. При пересмотре дела для решения вопроса относительно юрисдикции данного спора суд использовал тест, требующий установления того, что: 1) ответчик целенаправленно получил привилегии в данном штате; 2) иск возник в результате действий ответчика; 3) действия ответчика и последствия таких действий должны иметь существенную связь со штатом. Установив, что (1) Ричард Паттерсон целенаправленно и неоднократно обращался к компаниям в Огайо; (2) он рекламировал и распространял свое программное обеспечение через *CompuServe* (Огайо); (3) продажи программного обеспечения и предпо-

[1] *International Shoe v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945).

лагаемое нарушение *CompuServe* произошли в Огайо, где была основана *CompuServe*, суд пришел к выводу о наличии у ответчика минимальной связи со штатом Огайо, отменил решение суда первой инстанции и передал дело на рассмотрение по существу.

Таким образом, в данном деле, по сути, было решено, что факт продажи программного обеспечения через онлайн-сервис компании является достаточным для установления минимальных связей со штатом, где находится эта компания[1]. То есть суд признал, что контакт с компанией, осуществляющей деятельность в сети Интернет, дает основания рассматривать споры, возникающие вследствие деятельности этой компании, по месту регистрации данной компании. Такой подход, вне всяких сомнений, создает необоснованные, чрезмерные и неконтролируемые риски для контрагентов таких компаний.

Второй этап развития принципов определения юрисдикции в интернет-спорах был связан с поиском дополнительных критериев и выработки теста «скользящей шкалы». Впервые этот тест был использован при рассмотрении дела *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc.*

Компания *Zippo Manufacturing* (штат Пенсильвания) производит известные карманные зажигалки, тогда как корпорация *Zippo Dot Com* (офис и серверы которой расположены в Калифорнии) осуществляет размещение информации на новостных веб-сайтах, при этом зарегистрировав на себя доменные имена *zippo.com*, *zippo.net*, *zipponews.com*.

В 1997 г. компания *Zippo Manufacturing* предъявила в суд штата Пенсильвания пять исков к корпорации *Zippo Dot Com*, ссылаясь на то, что принадлежащий истцу товарный знак «Зиппо» используется в доменных именах, на веб-сайте ответчика, а также в разделе новостей, что не только нарушает интеллектуальную собственность истца, но и размывает его товарный знак.

Ответчик, возражая против рассмотрения дела в суде штата истца, ссылался на несоответствие одному из критериев принципа «минимальных связей», а именно что его контакты со штатом Пенсильвания носят случайный характер и он не имеет офиса, сотрудников или агентов в штате Пенсильвания, причем только 2% его платных подписчиков из Пенсильвании.

Суд при решении вопроса о распространении юрисдикции применил новый принцип, который впоследствии стал известен как «скользящая шкала Zippo» (*Zippo sliding scale*).

[1] *CompuServe, Inc. v. Patterson*. 89 F.3d 1257 (6th Cir. 1996): «selling software through a company's online service is enough to establish minimum contacts in the state where that company is located».

В основу этого принципа положена градация веб-сайтов на три категории. К первой относились **активные веб-сайты**, т.е. сайты, посредством которых ответчик активно ведет бизнес в Интернете, – в этом случае дело подпадает под юрисдикцию штата, где находится (зарегистрирован) ответчик. Ко второй категории были отнесены **веб-сайты с более низким уровнем интерактивности**, которые используются ответчиком для обмена информацией с клиентами через Интернет, – здесь суду надлежит оценить уровень интерактивности и коммерческий характер веб-сайта, чтобы определить, существуют ли достаточные связи, чтобы признать юрисдикцию суда штата ответчика. Третья категория охватывает **пассивные веб-сайты**, т.е. сайты, на которых ответчик только лишь предоставляет информацию или рекламу, не вступая в контакты, не ведя через него бизнес, – здесь суд штата ответчика не обладает юрисдикцией[1].

Сам принцип «скользящей шкалы *Zippo*» (далее – «скользящая шкала») был описан следующим образом: «На одном конце этой шкалы находятся случаи, когда ответчик, очевидно, осуществляет предпринимательскую деятельность в Интернете, совершая сделки с лицами, находящимися на территории соответствующей юрисдикции, что влечет за собой постоянную и целенаправленную передачу данных в форме электронных файлов. Осуществление такой активной деятельности через веб-сайт позволяет распространить юрисдикцию.

На другом конце шкалы – ситуации, когда ответчик лишь выкладывает на веб-сайт информацию. Такая пассивная деятельность через веб-сайт не дает оснований для распространения юрисдикции.

В середине шкалы находятся интерактивные веб-сайты, для которых распространение юрисдикции обусловлено оценкой степени их интерактивности, а также коммерческим характером обмена информацией, происходящего посредством веб-сайта. Интерактивность сайта является одним из важнейших критериев отнесения его к активной части шкалы: предоставление пользователю возможности размещать и получать информацию, отправлять запросы и получать ответы на них и, что наиболее важно, совершать сделки через веб-сайт»[2].

---

[1] *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc.* 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997): «the likelihood that personal jurisdiction can be constitutionally exercised is directly proportionate to the nature and quality of the commercial activity that an entity conducts over the internet».

[2] *Томаров И.* Определение юрисдикции в спорах о нарушении авторских прав в сети [Электронный ресурс] // Закон.ру. 2016. 25 октября. URL: https://zakon.ru/blog/2016/10/25/opredelenie_yurisdikcii_v_sporah_o_narushenii_avtorskih_prav_v_seti/.

Использование принципа «скользящей шкалы» позволило суду штата Пенсильвания в деле *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc.* отклонить ходатайство ответчика, требовавшего прекратить производство по делу по причине отсутствия минимальных связей со штатом Пенсильвания.

Этот подход, ориентирующий на учет **интерактивности сайта** при определении юрисдикции суда, получил определенное распространение в судах.

Так, он был использован в деле *Graduate Management Admission Council v. Raju*.

> Гражданин Индии, который работал через веб-сайт по продаже материалов для подготовки к экзаменам резидентов Вирджинии, был обвинен в очевидном нарушении законов Соединенных Штатов об авторском праве и смежных правах. Суд признал, что ответчик имел достаточные связи со штатом Вирджиния, чтобы признать юрисдикцию Федерального окружного суда Вирджинии. В обосновании своего решения суд указал на содержание сайта, который был ориентирован на клиентов из США, и возможности, которые предоставлял сайт. Это подтверждал и ряд других обстоятельств: язык веб-сайта; данные о платежах, совершенных посредством банковских карт резидентами штата при оплате такой услуги; валюта платежа; размещение гиперссылок на веб-сайте, связанных именно с данным штатом, и др.[1]

Имело место применение этого принципа и в деле *Boschetto v. Hansing*.

> Согласно обстоятельствам данного дела, используя веб-сайт *eBay*, истец из Калифорнии приобрел автомобиль у ответчика. Суд признал *eBay* активным сайтом, но уровень его интерактивности был недостаточен для решения вопроса о юрисдикции суда: это было связано с тем, что *eBay* действовал не как «распределительный центр», а скорее как виртуальный форум для обмена товарами, и поэтому «продавец *eBay* нецеленаправленно пользуется привилегией ведения бизнеса на форуме истца, если не будет выявлено какое-либо дополнительное поведение, направленное на состояние форума». Истец придавал особое значение тому факту, что сделка была совершена через *eBay*, и обращал внимание на то, что *eBay* может быть просмотрен каждым в Калифорнии. Однако суд счел, что одиночная сделка по продаже одного предмета не устанавливает, что

[1] *Graduate Management Admission Council v. Raju,* 241 F. Supp. 2d 589, 65 U.S.P.Q.2d (BNA) 1780 (E.D. Va. 2003): «website specifically targeted United States customers».

ответчик целенаправленно воспользовался привилегией ведения бизнеса в Калифорнии[1].

Изложенное позволяет заключить, что одним из недостатков применения «скользящей шкалы *Zippo*» является его зависимость от технической составляющей веб-сайтов, хотя намерение владельца сайта или провайдера не должно зависеть от мастерства дизайнера или разработчика сайта. Другой недостаток принципа «скользящей шкалы» состоит в том, что объем интерактивности, необходимый для отнесения сайта к той или иной категории, остается неконкретизированным, неясным – критерии разграничения веб-сайтов на пассивные и активные различаются в каждом конкретном случае и не всегда четко формулируются судом. Наконец, нельзя не замечать, что сегодня почти все сайты являются интерактивными, поскольку это неотъемлемая часть маркетинга.

Вследствие сказанного неудивительно, что наряду с принципом «скользящей шкалы» предложено использование и еще одного теста, учитывающего систематичность коммерческой направленности сайта. Этот тест получил название «критерий направленности» (*targeting test*).

Впервые его сформулировал суд в деле *Toys «R» Us, Inc. v. Step Two, S.A.*[2]

Это дело возникло вследствие требования о прекращении нарушения интеллектуальной собственности корпорации *Toys «R» Us* (зарегистрирована в штате Делавэр со штаб-квартирой в штате Нью-Джерси), предъявленного к испанской компании *Step Two*, которая, как указал истец, продавала развивающие игрушки и игры под маркой *Imaginarium*, но идентичные игрушкам и играм истца. Требование было предъявлено в суд штата Нью-Джерси, который не нашел минимальных связей ответчика со штатом Нью-Джерси и прекратил производство по делу. Это объяснялось тем, что веб-сайт ответчика не размещен на национальном домене США, причем сам сайт, несмотря на его интерактивность, не поощрял покупку товара американцами, так как был исполнен на испанском языке, цены были выражены в испанских песетах или евро, товар не предполагал отправку за пределы Испании – доставка осуществлялась только по адресам в Испании. Кроме того, суд в данном деле применил *targeting test*, указав, что суд будет обладать юрисдикцией на рассмотрение спора, если ответчик,

[1] *Boschetto v. Hansing,* 539 F.3d 1011 (9th Cir. 2008): «the lone transaction for the sale of one item does not establish that the Defendants purposefully availed themselves of the privilege of doing business in California».

[2] *Toys «R» Us, Inc. v. Step Two, S.A.* 318 F.3d 446, 451 (3d Cir. 2003).

не являющийся резидентом, очевидно и осознанно направил свои действия на территорию, находящуюся под юрисдикцией данного суда. Вместе с тем следует заметить, что этот тест применяется судом не самостоятельно, а субсидиарно, т.е. намерения владельца веб-сайта изучаются исходя из всей совокупности обстоятельств.

Другим примером одновременного применения теста «скользящей шкалы» и *targeting test* является и дело *Inspired by Design, LLC v. Sammy's Sew Shop, LLC*.

Согласно обстоятельствам, установленным судом, ответчик осуществлял торговую деятельность по всему миру через сайт, признанный активным. Но необходимые минимальные контакты со штатом Канзас, куда было предъявлено требование, не были выявлены: ответчик всего лишь сделал свой веб-сайт доступным для жителей Канзаса, но не использовал сайт на постоянной основе при заключении договоров со значительным числом покупателей (было всего два заказа из штата Канзас, что составило менее 1% от общего объема продаж). В итоге суд не нашел оснований для распространения юрисдикции на этот интернет-спор[1].

Более того, в некоторых случаях суд может учесть не только виртуальную деятельность ответчика, но и его действия вне киберпространства.

Так, в деле *Minnie Rose LLC v. Yu* ответчик из Гонконга нелегально торговал брендовой одеждой через веб-сайт, трижды приезжал в Нью-Йорк, чтобы обсудить вопросы бизнеса, а также регулярно общался со своими представителями из Нью-Йорка по электронной почте и по телефону в течение шести лет, осуществлял ежемесячные поставки одежды в Штаты. Основываясь на этих фактах, суд Нью-Йорка сделал вывод о допустимости распространения своей юрисдикции, при том что государство было заинтересованно в этом[2].

Таким образом, можно сделать вывод, что некоторое число продаж товара жителям штата скорее всего станет основанием для распространения судом этого штата юрисдикции на спор с ответчиком-нерезидентом. Впрочем, даже одной продажи может быть достаточно,

[1] *Inspired by Design, LLC v. Sammy's Sew Shop, LLC,* 200 F. Supp. 3d 1194 (D. Kan. 2016): «competitor did not use websites to conduct commercial transactions on a sustained basis with a substantial number of residents».

[2] *Minnie Rose LLC v. Yu*, 169 F. Supp. 3d 504 (S.D. N.Y. 2016): «burden in litigating matter in New York was not unreasonable, and retailer and state had strong interest in litigating matter in New York».

при условии, что ее предваряют многочисленные контакты с клиентами-резидентами, чтобы можно было сказать, что сделка направлена на резидентов этого штата.

Подводя некоторые итоги, можно говорить о тенденции к распространению юрисдикции судов штатов на интернет-споры с участием в качестве ответчиков иностранных корпораций и нерезидентов[1].

## Особенности европейского подхода

Изучение вопроса о юрисдикции европейских судов в отношении коммерческих интернет-споров требует анализа норм международного права и оценки возможности их распространения на виртуальное пространство. И здесь можно сразу обозначить общую тенденцию, состоящую в применении правовых норм по аналогии и расширении толкования некоторых из традиционных критериев.

Так, одним из критериев, который подвергся расширительному толкованию применительно к киберпространству, является критерий местоположения стороны.

В частности, ст. 63 (1) Регламента № 1215/2012 Европейского парламента и Совета ЕС «О юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам» (в новой редакции) (далее – Регламент № 1215/2012) предусматривает, что для юридического лица или ассоциации физических или юридических лиц постоянное местонахождение определяется: 1) местом регистрации; 2) местом нахождения центрального органа управления; 3) местом осуществления основной деятельности. В соответствии с Конвенцией ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах[2] место нахождения сторон определяется как «место ведения одной из сторон бизнеса» (ст. 6); если физическое лицо не имеет коммерческого предприятия, обычное место жительства этого лица должно рассматриваться как фактор для определения юрисдикции. Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле[3] содержит аналогичное положение, дополняя его таким замечанием: «если отправитель или

[1] Известный критерий последствий (*effects test*), или места причинения основного вреда для определения юрисдикции, специально не разбирается автором в рамках настоящей статьи, так как он характерен для деликтных отношений, а не для сферы коммерческой деятельности.

[2] Конвенция ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах (Нью-Йорк, 23.11.2005).

[3] Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле // СПС «КонсультантПлюс».

адресат не имеет коммерческого предприятия, ссылка должна быть сделана на его обычное место жительства» (ст. 15 (4)).

Таким образом, можно увидеть следующую закономерность: при регулировании отношений, которые хотя бы частично связаны с виртуальной средой (электронные сообщения, электронная торговля), разработчики указанных документов не отказались от использования критерия местоположения субъекта в физическом мире. Следуя логике установленных названными актами правил, можно заключить, что местонахождение ответчика в интернет-пространстве определяется его местонахождением офлайн, что облегчает решение вопроса относительно юрисдикции того или иного суда. Предложенный подход объясняется тем, что торговая деятельность онлайн всегда может быть соотнесена с явлениями реального мира: предприниматель и юридическое лицо, занимающиеся электронной коммерцией, имеют в реальном мире место регистрации, место нахождения органа управления (для юридического лица), место осуществления деятельности, а кроме того, возможно установление места выдачи лицензии, места проведения платежей, места доставки товара и т.д. Данным фактам могут быть представлены доказательства в суде.

В развитие сказанного можно подробнее остановиться на таком критерии определения юрисдикции суда, как место исполнения договора.

В соответствии со ст. 7 (1) Регламента № 1215/2012 под местом исполнения договорных обязательств имеют в виду: 1) в случае продажи товаров – место в государстве-участнике, в которое товары были доставлены или должны были быть доставлены согласно договору; 2) в случае предоставления услуг – место в государстве-участнике, в котором услуги были предоставлены или должны были быть предоставлены по контракту. Такие нормативные правила не вызывают серьезных затруднений в том случае, если договор предусматривает физическую доставку товара, например, в ситуации, когда организация, расположенная во Франции, приобретет посредством сети Интернет какой-либо товар (требующий физической доставки во Францию) у компании, учрежденной в Германии. Но вопросы появляются сразу же, как только речь заходит о цифровых объектах, не требующих физической доставки, – к примеру, об электронной книге или о компьютерной программе.

Исходя из общих подходов международного частного права, обязательство предоставить цифровой продукт может в большинстве случаев приравниваться к «обычному» обязательству предоставить товар. Так,

при рассмотрении в суде дела о продаже компьютерной программы через Интернет компьютерная программа была судом признана товаром, что позволило применить положения Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров[1]. Однако встречаются примеры, когда предоставление цифрового объекта квалифицируется исключительно как услуга (например, для целей применения налогового законодательства[2]).

При решении вопроса о том, к юрисдикции какого суда будет относиться интернет-спор, в литературе предлагается учитывать тот факт, что скаченный программный продукт в результате будет находиться на жестком диске покупателя, но это не означает, что местом исполнения будет месторасположение компьютера покупателя[3]. Скорее всего нужно будет рассмотреть более сложный вопрос о том, где оцифрованные продукты находились в момент предполагаемого обращения с ними[4], ответ на который, однако, находится уже не в области права, а в сфере технических возможностей.

В завершение нельзя не уделить некоторое внимание соглашениям о международной подсудности (пророгационным соглашениям).

В соответствии со ст. 23 (3) Регламента № 44/2001 Совета ЕС «О юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам»[5] пророгационное соглашение признавалось действительным лишь в том случае, если оно указывало на суд одного из государств-участников. При этом как минимум одна из сторон должна была иметь домицилий в государстве – участнике ЕС, и если это требование не соблюдалось, то избранный сторонами суд не обладал юрисдикцией на рассмотрение возникшего спора (круга споров, определенного соглашением). Регламент № 1215/2012 устранил требование об обязательном наличии домициля у стороны: с момента вступления его в силу стало возможным заключение соглашения о выборе суда государства-участника сторонами, не имеющими домициля

[1] *Bridge M.*, *Fawcett J. & Harris J.* International Sale of Goods in the Conflict of Laws. Oxford University Press, 2005. P. 514.

[2] EC Commission, E-Commerce and Indirect Taxation (COM(98). 374. 17.06.1998). P. 5. Guideline 2; Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD), Electronic Commerce: A Discussion Paper on Taxation Issues. 17.09.1998 (http://www.oecd.org//daf/fa/e_com/discusse.pdf).

[3] *Faye Fangfei Wang*. Obstacles and Solutions to Internet Jurisdiction. A Comparative Analysis of the EU and US laws // Journal of International Commercial Law and Technology. 2008.

[4] *Bridge M.*, *Fawcett J. & Harris J.* Op. cit. P. 1301.

[5] Регламент № 44/2001 Совета ЕС «О юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам» // СПС «КонсультантПлюс».

в ЕС (ст. 25 (1)). В то же время сохраняется требование о том, что избранный сторонами суд должен быть именно судом одного из государств – участников ЕС.

Изложенное свидетельствует о том, что существует нацеленность на создание комплекса достаточно подробных юрисдикционных правил, и здесь можно признать, что европейская практика ориентирована скорее на объективное поведение ответчиков (в отличие от американской практики).

В завершение настоящей статьи хотелось бы отметить, что вопрос определения юрисдикции коммерческих интернет-споров на сегодняшний день достаточно сложный и многоаспектный. В то же время нельзя не замечать постепенное внедрение критериев и различных нормативных положений, которые призваны облегчить поставленную задачу и тем самым усилить защиту прав и интересов в сети Интернет.

**Пристатейный библиографический список:**

1. *Незнамов А.В.* Особенности компетенции по рассмотрению Интернет-споров: национальный и международный аспекты: Автореф. дис. ... к.ю.н. Екатеринбург, 2010.

2. Право в сфере Интернета: Сборник статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. д.ю.н. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2018.

3. *Савельев А.И.* Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование: Учебное пособие. М.: Статут, 2014.

4. *Shapiro Andrew L.* Constitutional Issues Involving Use of the Internet: The Disappearance of Cyberspace and the Rise of Code // 8 SETON HALL CONST. L.J., 1998.

5. *Bridge M.*, *Fawcett J. & Harris J.* International Sale of Goods in the Conflict of Laws // Oxford University Press, 2005.

6. *Faye Fangfei Wang.* Obstacles and Solutions to Internet Jurisdiction. A Comparative Analysis of the EU and US laws // Journal of International Commercial Law and Technology. 2008.

7. *Maunsbach Ulf*, *Lindskougc Patrik*. Jurisdiction and Internet in Relation to Commercial Law Disputes in a European Context // Maunsbach & Lindskoug: Jurisdiction and Internet, 2010.

**Р.И. Хусаинов**

# СУДЕБНАЯ ЮРИСДИКЦИЯ В ТРАНСГРАНИЧНЫХ СПОРАХ О НАРУШЕНИИ ПРАВ НА ТОВАРНЫЕ ЗНАКИ В ИНТЕРНЕТЕ. ОПЫТ США

Аннотация. *В статье рассмотрены применяемые в США подходы к установлению судебной юрисдикции в трансграничных спорах о нарушении прав на товарные знаки в Интернете. Делаются определенные выводы о том, какие факторы являются определяющими для принятия к рассмотрению соответствующих споров судами США. Результаты исследования предлагается учитывать компаниям, ориентированным на зарубежные рынки и ведущим деятельность онлайн с использованием различных товарных знаков.*

Ключевые слова: *товарные знаки, Интернет, судебная юрисдикция, трансграничные споры, юрисдикция США.*

В настоящей статье рассматриваются применяемые в США подходы судов к установлению судебной юрисдикции в трансграничных спорах о нарушении прав на товарные знаки онлайн. Изучение опыта США обусловлено тем, что данное государство является местом происхождения Интернета, источником первых доктринальных инициатив по вопросам юрисдикции в спорах о нарушении прав на товарные знаки в Интернете, а также имеет развитые и активно используемые правообладателями механизмы защиты этих прав. Кроме того, США имеют высокий уровень вовлеченности в электронную коммерцию, что необходимо учитывать с точки зрения вероятности возникновения судебных процессов в данной юрисдикции при выходе компании на глобальный рынок.

В Соединенных Штатах для рассмотрения дела суды должны обладать персональной юрисдикцией в отношении ответчика (*personal jurisdiction*) и предметной юрисдикцией (*subject matter jurisdiction*).

Предметная юрисдикция – это компетенция суда рассматривать дела определенного типа или дела, относящиеся к конкретному предмету. Суды штатов являются судами общей юрисдикции, и в их ведении находятся споры, не касающиеся федерального интереса. Споры, возникающие из федеральных законов, относятся к исключительной компетенции федеральных судов. В частности, рассмотрению в федеральных судах подлежат требования о нарушении прав на федеральные товарные знаки, которые предъявляются на основании Закона Лэнхема (*Lanham Act*). В контексте споров о нарушении прав на товарные знаки с участием иностранных лиц вопрос предметной юрисдикции часто переплетается с другими элементами международного частноправового анализа[1]. На практике федеральные суды часто смешивают анализ предметной юрисдикции (*subject matter jurisdiction*) и предписывающей юрисдикции (*prescriptive jurisdiction*)[2], касающейся вопросов выбора применимого права и территориального объема применения материального права. Данные вопросы заслуживают отдельного внимания, однако они находятся за пределами задач настоящей статьи.

Имеет ли суд персональную юрисдикцию относительно ответчика, в частности, будет зависеть от степени и уровня контактов (связей) ответчика со штатом, в котором находится суд (*forum state*)[3]. В зависимости от степени связей юрисдикция может быть общей (*general jurisdiction*) либо специальной (*specific jurisdiction*). Наличие общей юрисдикции предполагает у суда возможность рассматривать все дела с участием ответчика, в том числе касающиеся действий ответчика, не имеющих связи с форумом. Специальная юрисдикция позволяет суду рассматривать дела, имеющие связь между форумом и предъявленными требованиями. Суды США обладают общей юрисдикцией в отношении лиц, имеющих «постоянные и систематические контакты» с *forum state*[4]. Специальная юрисдикция может быть установлена в отношении нерезидента конкретного штата, в котором находится суд, или иностранного лица, если такое лицо «имеет минимальные контакты с форумом и рассмотрение спора не нарушает традиционные

[1] *Dinwoodie G.B.* Private International Aspects of the Protection of Trademarks, WIPO Doc. No. – WIPO/PIL/01/4. 2001. С. 18. URL: https://works.bepress.com/graeme_dinwoodie/37/ (дата обращения: 04.03.2018)

[2] Там же.

[3] *Forum state* – государство или штат, в котором находится суд (см.: Большой англо-русский и русско-английский словарь. 2001. URL: https://dic.academic.ru/dic.nsf/eng_rus/575013/forum (дата обращения: 04.03.2018)).

[4] *Helicopters Nacionales de Columbia v. Hall*, 466 U.S. 408 (1984).

представления о справедливости и правосудии», как было отмечено в известном деле *International Shoe Co. v. Washington*[1] (доктрина «минимальных контактов»).

В спорах о нарушении прав на товарные знаки в Интернете установление персональной юрисдикции в отношении нерезидента в многом связано с тем, достаточны ли электронные контакты его веб-сайта с данным форумом.

В одном из ранних дел, затрагивающих данный вопрос[2], компания *Inset Systems, Inc.*, инкорпорированная в штате Коннектикут, обратилась с иском к *Instruction Set, Inc*. о незаконном использовании товарного знака *INSET* в доменном имени *inset.com*. Иск был предъявлен по местонахождению истца в штате Коннектикут, на что ответчик заявил возражение об отсутствии у суда персональной юрисдикции, так как местонахождением ответчика является штат Массачусетс, он не имеет ни офиса, ни сотрудников в штате Коннектикут и не ведет деятельность на территории этого штата на постоянной основе. Суд отверг данные доводы, указав, что размещенная в Интернете реклама становится доступной повсеместно. Следовательно, ответчик может взаимодействовать с пользователями любого из штатов, и этого факта достаточно, чтобы суд штата, на территории которого доступен сайт, мог принять спор к рассмотрению[3].

Подход, примененный в деле *Inset,* был подвергнут критике и изменен последующей судебной практикой. Так, в деле *Bensusan Restaurant Corp. v. King*[4] в определении персональной судебной юрисдикции было отказано на том основании, что ответчик не имел никаких связей со штатом, на территории которого находится суд, кроме простой доступности его веб-сайта.

Впоследствии в судебной практике США для целей установления юрисдикции по делам о нарушении прав на товарные знаки в Интернете были введены критерии уровня активности веб-сайтов. В споре *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc*.[5] судом было отмечено, что все сайты могут быть поделены на три категории: активные, пассивные и интерактивные. В случае, когда коммерческая деятельность ответчика очевидным образом связана с активным и систематическим исполь-

[1] *International Shoe Co. v. Washington, 326 U.S.* 310 (1945).

[2] *Inset Systems, Inc. v. Instruction Set, Inc.*, 937 F. Supp. 161 (D. Conn. 1996).

[3] Здесь следует отметить, что подход к установлению юрисдикции в отношении резидента другого штата аналогичным образом мог быть применен и по отношению к иностранному лицу.

[4] *Bensusan Restaurant Corp. v. King*, 937 F. Supp. 259 (S.D.N.Y. 1996).

[5] *Zippo Mfg. Co. v. Zippo Dot Com*, 952 F. Supp. 1119, 1124 (W.D. Pa. 1997).

зованием своего сайта для осуществления сделок с резидентами штатов (активные сайты – *active websites*), установление юрисдикции судом соответствующего штата будет логичным и правильным. В отношении пассивных сайтов (*passive websites*), на которых просто размещена некая общедоступная информация, не направленная на потребителей соответствующего штата, у суда нет оснований для установления юрисдикции. В отношении интерактивных сайтов (*interactive websites*), функционал которых предусматривает возможность обмена информацией между владельцем и пользователями, вопрос установления юрисдикции должен решаться в каждом случае индивидуально, в зависимости от уровня интерактивности сайта и коммерческой составляющей, возникающей при обмене информацией посредством сайта. Таким образом, используя данный подход, получивший название «скользящая шкала *Zippo*» (*Zippo «sliding scale»*), было предложено устанавливать степень интерактивности сайта, чтобы определить, достаточны ли минимальные контакты с форумом по стандарту *International Shoe*.

Тест «*Zippo*» получил широкое распространение в судебной практике. Например, в деле *Cybersell, Inc. v. Cybersell, Inc*. суд, используя «скользящую шкалу», отметил, что только доступности пассивного веб-сайта недостаточно для установления юрисдикции, «иначе любая жалоба, возникающая из-за предполагаемого нарушения права на товарный знак в интернете, автоматически приводила бы к установлению юрисдикции в любом месте, являющемся местом нахождения истца»[1].

Вместе с тем следует отметить, что, несмотря на предлагаемую гибкость, тест «*Zippo*» несовершенен, прежде всего по причине его технологической привязки. Во-первых, тест не устанавливает, какой уровень интерактивности сайта достаточен для установления юрисдикции. Во-вторых, дело *Zippo* было рассмотрено в 1997 г., в то время как сегодня подавляющее большинство веб-сайтов являются интерактивными и позволяют пользователям размещать заказы, «ставить лайки», делиться контентом, подписываться на рассылку, оставлять комментарии и т.п. Также многие сайты применяют технологию «*cookie*»[2] для аутентификации пользователей, ведения статистики о пользователях, хранения персональных настроек и предпочтений пользователей.

[1] *Cybersell, Inc. v. Cybersell, Inc.*, 130 F.3d 414, 420 (9th Cir. 1997).

[2] Ку́ки (англ. *cookie*, букв. – печенье) – небольшой фрагмент данных, отправленный веб-сервером и хранящийся на компьютере пользователя. Веб-клиент (обычно веб-браузер) всякий раз при попытке открыть страницу соответствующего сайта пересылает этот фрагмент данных веб-серверу в составе *HTTP*-запроса (https://ru.wikipedia.org/wiki/Cookie (дата обращения: 04.03.2018)).

Кроме того, многие компании сегодня взаимодействуют с пользователями посредством мобильных приложений (*mobile apps*) и страниц в социальных сетях, которые обеспечивают качественно новый уровень интерактивности.

Впоследствии подход *Zippo* был подвергнут критике. Например, в деле *Kindig v. Creative Controls*[1] суд признал тест «*Zippo*» неприемлемым, поскольку он «снимает традиционные географические ограничения в установлении персональной юрисдикции над лицами, имеющими интерактивные сайты», вне зависимости от того, имеются ли реальные контакты с форумом посредством сайта или нет. Суд указал, что для установления юрисдикции истец обязан доказать, что ответчик или намеренно нацелен на пользователей в штате, или что пользователи штата действительно взаимодействовали с веб-сайтом. В других делах суды также отказывались применять «скользящую шкалу» для анализа минимальных контактов, исследуя вместо этого, имела ли место направленность веб-сайта ответчика на определенный штат[2].

Подход для оценки наличия у суда персональной юрисдикции путем установления целенаправленности действий ответчика на пользователей в штате («тест последствий», от англ. *effects test*) был сформулирован Верховным судом США еще в 1984 г. при рассмотрении дела *Calder v. Jones*[3] и в настоящее время все чаще применяется судами в онлайн-контексте[4]. Согласно тесту «*Calder*» целенаправленность действий ответчика на *forum state* имеет место, когда (1) умышленные действия ответчика (2) были специально направлены на *forum state* (3) со знанием, что «основная тяжесть вреда» будет ощущаться в *forum state*.

Вместе с тем тест «*Zippo*» все же может использоваться судами в качестве вспомогательного. Например, в деле *Best Van Lines, Inc. v. Walker* суд пришел к выводу, что интерактивность веб-сайта может быть полезной для анализа вопроса о персональной юрисдикции, но только в той мере, в какой это помогает определить, ведет ли ответчик какой-

[1] *Kindig-It Design, Inc. («Kindig») v. Creative Controls, Inc., Speedway Motors, Inc., and Rutter's Rod Shop, Inc.* (D. Utah 2016). Данный спор касался нарушения авторских и патентных прав, но критика «скользящей шкалы» в целом применима и к спорам о нарушении прав на товарные знаки.

[2] См., например: *Tamburo v. Dworkin*, 601 F.3d 693, 703 (7th Cir. 2010); *E.g., uBID, Inc. v. GoDaddy Group, Inc., 623 F.3d 421, 434–35* (7th Cir. 2010); *Illinois v. Hemi Group LLC.*, 622 F.3d 754, 759 (7th Cir. 2010).

[3] *Calder v. Jones*, 465 U.S. 783, 789 (1984).

[4] См., например: *NutraMARKS, INC. v. LIFE BASICS, LLC*, No. 2: 15-cv-00571-DN (D. Utah May 17, 2017); *Dover IP, LLC v. Dover Dev. Corp.* (D. Missouri Sept. 22, 2017).

либо бизнес в соответствующем штате[1]. Суды указывают, что при применении теста «*Zippo*» требуется «что-то большее» для установления юрисдикции в соответствии с доктриной минимальных контактов, что свидетельствовало бы о направленности действий ответчика по отношению к резидентам штата[2].

В качестве «чего-то большего» для установления юрисдикции могут учитываться офлайн-контакты с резидентами *forum state*.

Например, в споре по делу *Toys «R» Us, Inc. v. Step Two, S.A.*[3] истец – *Toys*, владелец сети магазинов игрушек «*Imaginarium*» в США, предъявил в суд Нью-Джерси иск о нарушении прав на товарные знаки к *Step Two*, управлявшей сетью магазинов игрушек «*Imaginarium*» в Испании и еще девяти странах. Обе компании имели права на товарные знаки «*Imaginarium*» в своих юрисдикциях и сайты со сходными доменными именами. При этом истец утверждал, что *Step Two* скопировала его товарные знаки, уникальные элементы дизайна и полностью саму концепцию «*Imaginarium*». Сайты ответчика характеризовались как высокоинтерактивные, вместе с тем они были выполнены полностью на испанском языке, цены указаны в местной валюте (песеты или евро), а доставка доступна только в те страны, где ответчик вел свою деятельность. *Step Two* не имела магазинов, офисов, банковских счетов, а также сотрудников в США. Однако часть товара, проданного в магазинах *Step Two*, приобреталась у поставщиков в США, а президент компании ежегодно посещал Нью-Йоркскую ярмарку игрушек.

Районный суд отказал в рассмотрении этого дела, указав, что факт интерактивности веб-сайта без доказательств его направленности на территорию США не является основанием для установления судом юрисдикции. Однако апелляционный суд отменил это решение, указав, что внимание суда первой инстанции было сосредоточено исключительно на веб-сайтах ответчика.

Вместе с тем следовало также исследовать офлайн-контакты, такие как регулярные командировки в США, телефонные и факсовые коммуникации, договоры поставки с резидентами, соглашения, в которых применимым правом является право США, рекламные объявления в местных СМИ, которые могли бы составить «нечто большее», что необходимо для установления юрисдикции.

---

[1] *Best Van Lines, Inc. v. Walker*, 490 F.3d 239, 252 (2d Cir. 2007).

[2] См., например: *Millennium Enterprises, Inc. v. Millennium Music, LP*, 33 F. Supp. 2d 907 (D. Or. 1999); *Neogen Corp. v. Neo Gen Screening, Inc.*, 282 F.3d 883, 890 (6th Cir. 2002).

[3] *Toys «R» Us, Inc. v. Step Two*, SA, 318 F.3d 446 (3rd Cir. 2003).

Таким образом, при использовании различных средств индивидуализации в Интернете и выходе на глобальные рынки российским компаниям необходимо учитывать, что юрисдикция судов США по рассмотрению споров о нарушениях прав на товарные знаки онлайн с участием ответчиков-нерезидентов зависит от наличия у последних «минимальных контактов» с определенным штатом или же с территорией США в целом. Как показывает последняя практика, «минимальные контакты» устанавливаются исходя из целенаправленности действий ответчика на *forum state*. Целенаправленность имеет место, когда (1) умышленные действия ответчика (2) были специально направлены на *forum state* (3) со знанием, что «основная тяжесть вреда» будет ощущаться в *forum state*. При анализе направленности учитываются как содержание самого сайта, его «интерактивность» в контексте возможности реального использования именно резидентами штатов для заказа и оформления доставки товаров, оплаты счетов, подписки на контент и т.д., так и офлайн-контакты, под которыми фактически может подразумеваться любая другая активность на территории конкретного штата или США в целом.

**Пристатейный библиографический список:**

1. *Dinwoodie G.B.* Private International Aspects of the Protection of Trademarks, WIPO Doc. No. – WIPO/PIL/01/4. 2001. URL: https://works.bepress.com/graeme_dinwoodie/37/ (дата обращения: 04.03.2018).

2. Большой англо-русский и русско-английский словарь. 2001. URL: https://dic.academic.ru/dic.nsf/eng_rus/575013/forum (дата обращения: 04.03.2018).

3. https://ru.wikipedia.org/wiki/Cookie (дата обращения: 04.03.2018).

4. *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945).

5. *Helicopters Nacionales de Columbia v. Hall*, 466 U.S. 408 (1984).

6. *Calder v. Jones*, 465 U.S. 783, 789 (1984).

7. *Inset Systems, Inc. v. Instruction Set, Inc., 937 F. Supp. 161* (D. Conn. 1996).

8. *Bensusan Restaurant Corp. v. King*, 937 F. Supp. 259 (S.D.N.Y. 1996).

9. *Zippo Mfg. Co. v. Zippo Dot Com*, 952 F. Supp. 1119, 1124 (W.D. Pa. 1997).

10. *Cybersell, Inc. v. Cybersell, Inc.*, 130 F.3d 414, 420 (9th Cir. 1997).

11. *Millennium Enterprises, Inc. v. Millennium Music, LP*, 33 F. Supp. 2d 907 (D. Or. 1999).

12. *Neogen Corp. v. Neo Gen Screening, Inc.*, 282 F.3d 883, 890 (6th Cir. 2002).

13. *Toys «R» Us, Inc. v. Step Two*, SA, 318 F.3d 446 (3rd Cir. 2003).
14. *Best Van Lines, Inc. v. Walker*, 490 F.3d 239, 252 (2d Cir. 2007).
15. *Tamburo v. Dworkin*, 601 F.3d 693, 703 (7th Cir. 2010).
16. *uBID, Inc. v. GoDaddy Group, Inc.*, 623 F.3d 421, 434–35 (7th Cir. 2010).
17. *Illinois v. Hemi Group LLC.*, 622 F.3d 754, 759 (7th Cir. 2010).
18. *Kindig-It Design, Inc. («Kindig») v. Creative Controls, Inc., Speedway Motors, Inc., and Rutter's Rod Shop, Inc*. (D. Utah 2016).
19. *Dover IP, LLC v. Dover Dev. Corp*. (D. Missouri Sept. 22, 2017).
20. *NutraMARKS, Inc. v. LIFE BASICS, LLC*, N 2: 15-cv-00571-DN (D. Utah May 17, 2017).

**В.О. Нюняев**

# АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЗАЩИТЫ ПРАВ НА ТОВАРНЫЕ ЗНАКИ В СЕТИ ИНТЕРНЕТ

Аннотация. *Статья посвящена практическим проблемам защиты прав на товарные знаки в цифровой среде. Рассматриваются особенности российской практики – критикуются неопределенность статуса регистратора доменных имен, недостатки сервиса WHOIS, рассматриваются также вопросы о достаточности данных информационному посреднику для удаления или прекращения доступа к контенту, проблема использования товарных знаков без цели имитации и смешения, в частности, в портфолио.*

Ключевые слова: *доменные споры, процедуры разрешения доменных споров, статус регистраторов, информационные посредники, товарные знаки.*

Развитие электронной коммерции меняет жизнь человека и общества, в частности она коренным образом сокращает время, необходимое для совершения сделки. Интернет стал не только основным способом получения информации о товарах и услугах, он становится той средой, где преимущественно осуществляется гражданский оборот.

Это существенно меняет характер как правомерного, так и неправомерного использования средств индивидуализации и увеличивает их значение и ценность. Неправомерное использование товарного знака в Интернете влечет гораздо больший ущерб для правообладателя, нежели так называемое офлайн-нарушение права на товарный знак.

С другой стороны, в Интернете в большинстве случаев нарушения выявляются и пресекаются быстрее. Так, если в *Google Maps* владелец некой АЗС указывает на ее принадлежность к известному бренду, простым кликом ставя в сервисе соответствующую геометку, испра-

вить ситуацию можно путем удаления данной метки, обратившись в службу поддержки *Google*, что гораздо быстрее, чем смена оформления реальной АЗС.

Использование товарных знаков в Интернете вызвало к жизни новые способы нарушения прав на них. Каждый вид нарушения имеет особенности, которые, в свою очередь, определяют и складывающую практику их пресечения.

### Незаконное использование товарного знака в доменном имени

По вопросу о соотношении прав на товарный знак и прав на доменное имя в российской практике уже выработаны решения и достигнута некоторая определенность – признается, что исключительное право на товарный знак имеет приоритет[1] и существуют достаточно эффективные инструменты противодействия киберсквотингу и иному недобросовестному поведению.

Следует отметить, что возобладавший подход, в соответствии с которым использование в доменном имени чужого товарного знака даже тогда, когда доменное имя используется в некоммерческих целях, является нарушением исключительного права на товарный знак, поддерживается не всеми специалистами.

Так, М.А. Рожкова отмечает: «...включение в доменное имя, не предназначенное для использования в коммерческих целях, фирменного наименования какой-либо компании, товарного знака или коммерческого обозначения не может быть актом недобросовестной конкуренции хотя бы потому, что владелец такого доменного имени осуществляет его использование вне конкурентной среды»[2]. Автор критикует выводы постановления Суда по интеллектуальным правам (СИП) от 06.04.2017 по делу № А41-29186/2016, в котором указано, что акт недобросовестной конкуренции (в данном случае – использование доменного имени, включающего товарный знак) может быть совершен лицом, не являющимся непосредственным конкурентом правообладателя товарного знака, в том числе даже не осуществляющим предпринимательскую деятельность.

---

[1] Постановления СИП от 03.11.2016 № С01-946/2016 по делу № А53-785/2016; от 09.06.2017 № С01-357/2017 по делу № А40-99292/2016; Определение ВС РФ от 11.04.2017 № 307-ЭС17-2258 по делу № А56-74358/2015.

[2] *Рожкова М.А.* Права на доменное имя // Право в сфере Интернета: Сборник статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. д.ю.н. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2018. С. 214.

Между тем, на наш взгляд, позиция Суда представляется верной, хотя и нуждающейся в дополнительной аргументации. Представляется, что использование чужого товарного знака в доменном имени опасно не столько введением потребителя в заблуждение, сколько тем, что лицо приобретает необоснованные преимущества за счет известности обозначения, к которому привлечено внимание публики, но правообладателем которого является другое лицо. Это обозначение становится ориентиром при поиске той или иной информации (причем не только о товарах, работах и услугах), идентификатором созданного правообладателем образа.

В то же время надо отметить, что, бесспорно, найдены ответы не на все вопросы, решение которых призвано сделать более эффективной защиту товарных знаков от неправомерного использования в составе доменного имени.

1. Сложно отрицать наличие **трудностей при установлении правонарушителя**, что во многом обусловлено отсутствием четко сформулированных требований к объему информации о лице, на имя которого зарегистрирован домен и которое определяет содержание размещаемой о нем информации в сервисе *WHOIS*.

Например, если в российском сегменте сети Интернет (домены верхнего уровня *.ru* и *.рф*) правообладатель обнаруживает доменное имя, в котором использован его товарный знак, он ожидает, что получит от сервиса *WHOIS* информацию, достаточную для направления администратору доменного имени претензии и (или) искового требования. Однако в настоящее время сервис во многих случаях не позволяет установить администратора домена ввиду закрытости контактной и персональной информации. Установить администратора домена путем направления соответствующего запроса могут только суды, правоохранительные органы и лица, имеющие статус адвоката, при этом ответ на такой запрос поступает спустя значительное время.

Практика предоставления данных о владельце домена только по запросу характерна не только для российской доменной зоны. Например, в национальном сегменте Великобритании часть данных физических лиц – администраторов доменных имен открыта, а часть доступна только по специальному запросу. Во французском национальном сегменте, управляемом ассоциацией *AFNIC*, данные юридических лиц – администраторов доменов являются общедоступными, тогда как данные физических лиц – администраторов доменов могут быть предоставлены по запросу, заполняемому непосредственно на сайте указанной ассоциации.

Разумеется, анонимность Интернета является для его развития примерно тем же, чем для гражданского оборота является ограниченная ответственность корпораций, однако представляется, что право на анонимность должно сохранятся только до тех пор, пока анонимное лицо не нарушает прав других лиц. В последнем случае должен задействоваться механизм быстрого раскрытия соответствующей информации.

В настоящее время координаторы доменных зон европейских стран проводят работу по адаптации сервисов предоставления информации о доменах и их владельцах *WHOIS* к вступающему в силу 25.05.2018, т.е., по-видимому, уже после выхода в свет настоящей статьи, Общему регламенту по защите данных (англ. *General Data Protection Regulation* – Регламент ЕС 2016/679 от 27.04.2016, далее – *GDPR)*[1].

*GDPR* существенно ужесточает ответственность за несоблюдение правил защиты персональных данных, принципы которой установлены еще Директивой о защите персональных данных 95/46/ЕС от 24.10.1995 (англ. *Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data*), которую он заменяет: принципы использования необходимого минимума данных; открытости цели использования; применения мер защиты информации при использовании; отсутствия неограниченного доступа, в том числе ограничения срока использования. Регламент устанавливает экстерриториальный принцип защиты, он применяется в отношении всех субъектов, использующих персональные данные граждан стран Европейского союза[2].

Развернувшаяся дискуссия между интернет-корпорацией по присвоению названий и номеров (*ICANN*) и еврочиновниками о возможности сохранения в том или ином виде открытости некоторых персональных данных завершилась в пользу последних. Данные физических лиц, в том числе имя, адрес, контактные телефон и адрес электронной почты будут закрыты и получить их можно будет только по запросу, автору которого нужно будет подтвердить законный инте-

[1] https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection_en (дата обращения – 29.03.2018).

[2] См. об этом подробнее: *Рожкова М.А.* Сервис WHOIS должен измениться в соответствии с Общим регламентом по защите данных Европейского Союза [Электронный ресурс] // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2018. № 20. URL: http://ipcmagazine.ru/legal-issues/the-whois-service-should-change-in-accordance-with-the-european-union-s-general-data-protection-regulations (дата обращения – 21.04.2018).

рес в их получении и использовании. Данные юридических лиц будут по-прежнему доступны.

*GDPR* устанавливает принципы, которые должны быть реализованы в законодательстве каждой страны, входящей в Европейский союз, что означает возможность различий в работе сервиса *WHOIS* применительно к разным европейским регистратурам.

Так, оператор национального домена Австрии предоставит физическому лицу возможность оставить свои данные открытыми. Но часть данных о юридическом лице – адрес электронной почты, телефон, факс – будут скрыты и предоставляться только по запросу, поскольку они могут совпадать с данными физических лиц[1]. Аналогичное решение будет реализовано в Бельгии[2].

Германский национальный оператор вводит полуавтоматическую обработку запросов о данных физических лиц – администраторов доменов; на данный момент автору запроса не требуется предоставлять свои данные для получения требуемой информации[3].

Датский национальный оператор сохраняет в публичном доступе имя, адрес и телефон администратора домена, основываясь на требованиях национального законодателя. Анонимность можно сохранять, только пройдя регистрацию в специальной системе регистрации граждан[4].

Политика регистратуры доменных зон *.eu* и *.ею* предполагает сохранение в публичном доступе электронного адреса физического лица, если последний не выразит желание получить специальный анонимный электронный адрес, предоставляемый регистратором. Но запрос иных данных администратора домена требует идентификации автора запроса[5].

Оператор доменной зоны Нидерландов уже некоторое время использует инструменты, соответствующие *GDPR*[6].

Тенденция, направленная на ограничение использования контактной и персональной информации граждан, заслуживает поддержки.

---

[1] https://www.nic.at/en/news/press/nicat-announces-changes-in-public-whois-system-for-at-domains (дата обращения – 21.04.2018).

[2] https://www.dnsbelgium.be/en/news/whois-and-gdpr-survey (дата обращения – 21.04.2018).

[3] https://www.denic.de/webwhois/?lang=en (дата обращения – 21.04.2018).

[4] https://www.dk-hostmaster.dk/en/gdpr (дата обращения – 21.04.2018).

[5] https://eurid.eu/d/205797/whois_policy_en.pdf (дата обращения – 21.04.2018).

[6] https://www.sidn.nl/downloads/presentations/Synopsis%20of%20the%20webinar%20Impact%20of%20the%20GDPR%20on%20domain%20registration.pdf (дата обращения – 21.04.2018).

При этом есть надежда, что усложнение процедуры получения информации, необходимой правообладателям для защиты прав на товарные знаки, позволит повысить достоверность данной информации и не приведет к существенным временным потерям для правообладателей[1]. Иначе говоря, устанавливаемые ограничения и требования не будут бременем, а создадут дополнительные гарантии охраны персональных данных и не будут препятствием в практической работе специалистов в сфере интеллектуальной собственности.

Координационный центр национального домена сети Интернет пока не дал разъяснений по вопросу, следует ли ожидать каких-либо изменений в практике российских регистраторов в связи с введением *GDPR*.

2. Следует обратить внимание на **отсутствие возможности оперативной блокировки доменного имени**, в котором неправомерно используется товарный знак.

Пунктом 2.1 Положения О процедурах, подлежащих применению при возникновении споров о доменных именах, утвержденного Координационным центром национального домена сети Интернет 20.09.2012[2], предусмотрено: «Досудебные ограничения на действия с доменными именами по заявлению Правообладателя вводятся с целью обеспечения возможности реализации Правообладателем защиты своих исключительных прав путем предъявления исковых требований к администратору доменного имени». При этом перечень досудебных мер строго ограничен в п. 2.3 Положения: «Способом досудебного ограничения на действия с доменными именами является временный запрет на аннулирование регистрации доменного имени, передачу прав администрирования другому лицу, а также на передачу другому регистратору поддержки сведений о доменном имени, в отношении которого поступило заявление, указанное в п. 2.2 Положения».

Между тем оптимальной мерой во многих случаях нарушения прав на товарный знак стало бы блокирование доменного имени (подобно тому, как отечественное законодательство предусматривает возможность блокирования сайта для случаев нарушений авторских и смежных прав).

Такой оперативный и действенный способ защиты от нарушений предусматривает овая система приостановки домена (*Uniform Rapid*

[1] Вызывает некоторые опасения возможность, например, взимания платы за пользование *Whois*-сервисом (http://domainincite.com/22860-cocca-to-charge-trademark-owners-for-whois-access?_sm_au_=iVVv745WQrRPKF25 (дата обращения – 21.04.2018)).

[2] https://cctld.ru/files/pdf/docs/litigations.pdf (дата обращения – 29.04.2018).

*Suspension*, далее – *URS*). Эта система была введена помимо (не взамен) Единой политики разрешения доменных споров (*Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*, далее – *UDRP*), разработанной *ICANN*. Процедура URS обеспечивает прекращение делегирования домена с наименьшими издержками и довольно оперативно (блокирование домена, если его администратор не ответил на претензию в течение 14 дней), но она применима только в отношении некоторых доменных зон. Представляется целесообразным введение в российскую практику процедуры блокирования доменных имен, аналогичной правилам *URS*.

## Проблемы привлечения к ответственности информационного посредника

1. Прежде всего необходимо отметить отсутствие в доктрине и практике однозначного ответа на вопрос о том, **является ли регистратор доменных имен информационным посредником** (при том что в литературе указывается на необходимость соблюдать необходимый баланс интересов пользователей доменных имен, правообладателей и регистраторов[1]). Это создает неопределенность в отношениях правообладателя товарного знака и регистратора доменного имени в случаях нарушения прав на товарный знак.

На сайте Координационного центра национального домена сети Интернет содержатся разъяснения о привлечении к ответственности регистратора в качестве информационного посредника, которые, впрочем, не вносят требуемую ясность в указанные отношения[2]. В них указывается на сложившуюся «двойственную» судебную практику и цитируется, в числе прочих, Постановление СИП от 09.12.2015 № С01-1000/2015 по делу № А40-52455/2015, в котором справедливо подчеркивается, что «как в случае предоставления услуг хостинга, так и в случае делегирования домена регистратор доменного имени предоставляет возможность доступа через зарегистрированное им доменное имя к материалу, находящемуся в информационно-телекоммуникационной сети Интернет на соответствующем сайте, а также имеет возможность ограничить (приостановить, прекратить) доступ к такому материалу для пользователей сети Интернет». В разъясне-

[1] *Hazel Murphy*. Thesis: The Role of a Domain Name Registrar as an Internet Intermediary (http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=141685 (дата обращения – 29.03.2018)).

[2] https://cctld.ru/ru/activities/faq/infoposr.php (дата обращения – 29.03.2018).

ниях Координационного центра приводятся и судебные акты с противоположными тезисами. В качестве итогового вывода указано, что разъяснения носят рекомендательный характер, а решение должно приниматься регистратором самостоятельно в зависимости от обстоятельств и оценки каждого конкретного случая.

Не сложилось однозначного понимания роли посредника на практике. Так, в ходе заседания Научно-консультативного совета при СИП представитель Координационного центра национального домена сети Интернет С.А. Копылов высказал мнение о том, что регистратор домена не может быть информационным посредником, поскольку он является лишь одним узлом технической адресации[1], на что председатель СИП Л.А. Новоселова возразила, что при прекращении делегирования домена речь идет не о привлечении к ответственности его регистратора, а о применении мер защиты интеллектуальных прав – такие меры защиты могут быть применены в том числе и к регистратору доменов.

Как представляется, в возможности применения таких мер и состоит цель создания института информационного посредника. Информационный посредник не участвует в формировании материала (контента), он лишь предоставляет технические средства для его распространения, поэтому и не несет ответственность за содержание контента. Но с момента, когда информационный посредник узнал или должен был узнать о неправомерности распространения материала, он должен прекратить предоставлять технические средства – их предоставление с этого момента становится неправомерным. Используемая законодателем формула «должен был знать» означает, что участник оборота не может ссылаться на незнание о нарушении, если он обладает информацией, достаточной для разумного и осмотрительного лица, чтобы сделать вывод о незаконности контента. При оценке действий информационного посредника исследованию подлежат не обстоятельства выполнения им той или иной технической функции, важно другое – то, насколько от него зависит возможность устранения нарушений.

Рассматривая вопрос о том, является ли регистратор информационным посредником, необходимо ответить на вопрос, может ли регистратор прекратить нарушение. Например, если мы вслед за рядом специалистов[2] полагаем, что сама по себе регистрация доменного имени,

[1] http://ipcmagazine.ru/official-cronicle/protocol-16-of-the-meeting-of-the-scientific-advisory-council-at-the-court-for-intellectual-property-right (дата обращения – 29.03.2018).

[2] М.А. Рожкова и Н.А. Кручинина указывали на это в ходе заседания рабочей группы Научно-консультативного совета при СИП 23.01.2014 (http://ipc.arbitr.ru/node/13473 (дата обращения – 29.03.2018)).

включающего чужой товарный знак, уже может стать нарушением права на этот знак, мы должны признать, что именно регистратор технически обеспечивает такое нарушение. Это означает, что никто, кроме регистратора, не может такое нарушение прекратить. Другими словами, если нарушение исключительных прав очевидно для регистратора, он обязан принять необходимые меры – совершить действия для устранения технических возможностей продолжения нарушения.

Так, права правообладателей товарных знаков и фирменных наименований нарушаются нередко так называемым тайпсквоттингом (*typosquatting* (англ.) – *typo* –опечатка + *cybersquatting*), под которым понимается регистрация доменов, схожих по написанию с наименованиями широко известных брендов. Например, администраторами домена *job.gazprom-nefti.ru* и ряда иных, содержащих элементы *gazprom-neft*, стали неустановленные лица, которые разместили на этих доменах предложения о работе в компании «Газпром-нефть» (сайт которой размещен на домене *gazprom-neft.ru*). Заинтересованным в поиске работы пользователям предлагалось направить резюме на различные якобы имеющиеся в наличии вакансии – таким образом, посредством целенаправленного введения в заблуждение осуществлялся сбор информации. В данной ситуации регистратор доменного имени не предпринял действий, направленных на прекращение нарушения, а сайты были заблокированы хостинг-провайдером.

Данная ситуация аналогична обстоятельствам дела, рассмотренного в 2006 г. Судом большой инстанции г. Парижа[1]. В рамках данного дела были зарегистрированы имитации подлинного доменного имени *rueducommerce.com* – домены *rueducommerc.com* и *rueducommrece.com*. По результатам рассмотрения суд не только обязал регистратора передать доменные имена истцу с астрентом за каждый день просрочки, но и взыскал с него компенсацию за нарушение прав истца – владельца сайта, размещенного на домене *rueducommerce.com*.

В то же время в 2009 г. в деле по иску правообладателей известных товарных знаков к регистратору *EuroDNS* (люксембургская компания), зарегистрировавшему ряд доменов, идентичных, сходных по звучанию или похожих по написанию с товарными знаками истцов, французский суд не нашел оснований для привлечения к ответственности регистратора[2].

[1] http://juriscom.net/wp-content/documents/tgiparis20060410.pdf (дата обращения – 29.03.2018).

[2] https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-paris-3eme-chambre-3eme-section-jugement-du-26-aout-2009/ (дата обращения – 29.03.2018).

Нельзя обойти вниманием и известное дело *KeySystems*, которое рассматривалось в Германии в 2014 г.[1] В рамках этого дела обладатели авторских прав, представленные *Universal Music*, требовали от германского регистратора *Key-Systems* прекратить работу домена, содержащего *Bit-torrent*-файлы, с целью остановить незаконное распространение музыкальных альбомов через пиринговые сети. В решении суда по данному делу указано, что в случаях, когда нарушение прав очевидно для регистратора или его легко установить, последний обязан прекратить делегирование домена. Надо отметить, что решение по делу *KeySystems* суда вызвало различную реакцию, в том числе жесткую критику[2].

Вместе с тем никогда не ставилось под сомнение то, что хостинг-провайдер (интернет-провайдер, хостер) является информационным посредником – *internet service provider* в терминологии Закона США об авторском праве в цифровую эпоху (*The Digital Millennium Copyright Act*), *service provider* в терминологии Директивы 2000/31/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС «О некоторых правовых аспектах информационных услуг на внутреннем рынке, в частности, об электронной коммерции» (*Directive on electronic commerce*, далее – Директива 2000/31/ЕС). Общий подход, основанный на статусе хостинг-провайдера как информационного посредника, позволил сформулировать правило *notice-and-takedown* (*англ.* – заметьте и уберите), обязывающее хостинг-провайдеров принимать разумные необходимые меры для установления и пресечения нарушения после получения уведомления о нарушении прав, он воспринят в отечественном законодательстве и правоприменительной практике.

2. Здесь же следует обозначить еще одну проблему – проблему **субъекта уведомления информационного посредника о нарушении прав на товарный знак**.

Анализ содержания п. 3 ст. 1253.1 ГК РФ позволяет сделать вывод о том, что не имеет значения личность лица, уведомившего информационного посредника о нарушении, – в любом случае информационный посредник должен совершить требуемые от него действия. Между тем не все авторы придерживаются такого мнения. Например, А.И. Савельев указывает, что поскольку неправомерность использо-

[1] http://raschlegal.de/uploads/media/LG_Saarbruecken__Urt._v._15.01.2014__Az._7_O_82-13.pdf (дата обращения – 29.03.2018).

[2] *Post David.* Law Enforcement on the Internet – the Role of the Domain Name Registrars (https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2014/11/16/law-enforcement-on-the-internet-the-role-of-the-domain-name-registrars/?noredirect=on&utm_term=.dbb6a5218ebf (дата обращения – 29.03.2018)).

вания объекта интеллектуальной собственности определяется отсутствием согласия правообладателя на такое использование, *информация о нарушении в адрес информационного посредника должна исходить от самого правообладателя или уполномоченного им лица*. По мнению автора, в противном случае оценить неправомерность использования объекта интеллектуальной собственности будет невозможно[1].

Позиция специалистов, полагающих, что уведомление о нарушении интеллектуальных прав должно исходить только от правообладателя или его представителя, представляется чрезмерно категоричной. Безусловно, право на товарный знак является частным правом, а защита его – частным делом. Но из этого не следует, что нарушение частного права отдельного лица не имеет значения для иных участников оборота. В большинстве случаев для разумного участника оборота очевиден факт нарушения этого права, при том что правообладатель может так и не узнать о нарушении его прав в Интернете.

Подход, заключающийся в том, что правовое значение имеет лишь такое уведомление, которое исходит от правообладателя (или исключительного лицензиата), т.е. лиц, уполномоченных ст. 1254 ГК РФ осуществлять защиту интеллектуальных прав, представляется неверным, поскольку заинтересованными в прекращении нарушения интеллектуальных прав могут быть иные лица, например, обладатель неисключительной лицензии и др. Это объясняется тем, что фактически используют товарный знак не только обладатели лицензий, франчайзи и иные договорные контрагенты правообладателя, но и лица, делающие это с согласия правообладателя. Даже рекламораспространители, выполняя обязательства по оказанию услуг перед правообладателем, используют его товарный знак и могут быть инициаторами уведомления о нарушении. Более того, представляется, что и конечный потребитель заинтересован в добросовестной конкуренции производителей, в качестве приобретаемого продукта, поэтому может уведомить информационного посредника о соответствующих нарушениях.

На наш взгляд, информационный посредник обязан реагировать на любые сообщения о нарушении интеллектуальных прав, за которое он может быть привлечен к ответственности. В связи с этим представляется целесообразным обратить внимание на подход, закрепленный в упомянутой Директиве 2000/31/ЕС.

---

[1] *Савельев А.И.* Критерии наличия действительного и предполагаемого знания как условия привлечения к ответственности информационного посредника // Закон. 2015. № 11 (СПС «КонсультантПлюс»).

В ст. 46 Директивы 2000/31/ЕС установлено, что «с целью получения преимуществ от ограничения ответственности поставщик информационных услуг, включающих в себя хранение информации, с момента, когда ему стало известно о незаконной деятельности, должен срочно предпринять действия для устранения возможности доступа или отключения доступа к соответствующей информации». Директивой предусмотрено, что на национальном уровне могут быть установлены дополнительные условия прекращения доступа к информации, но, как специально подчеркивается, «устранение возможности доступа или его отключение должно осуществляться при соблюдении принципа свободы самовыражения и процедур, определенных для этих целей на национальном уровне; настоящая Директива не влияет на возможности государств – членов ЕС устанавливать особенные требования, которые должны быть выполнены до того, как информация будет уничтожена или доступ к ней будет отключен».

Примером такого регулирования на национальном уровне может служить французский Закон о доверии в цифровой экономике (*Loi N 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique – LCEN*). В ст. 6 этого Закона закреплено, что информационный посредник не несет какой-либо ответственности за размещенный контент при условии, что он «не знал о противозаконном характере материала или о фактах и обстоятельствах, которые указывают на такой характер, и с момента, когда он был об этом осведомлен, изъял указанный материал или сделал доступ к нему невозможным»[1]. То есть *LCEN* вообще не упоминает о правообладателе как источнике уведомления о нарушении прав и субъекте требования об удалении нелегального контента.

Уведомление считается полученным информационным посредником в надлежащей форме, если оно содержит:

– дату;

– все данные, необходимые для точной идентификации автора уведомления;

– имя (наименование) и адрес получателя;

– описание фактов нарушения прав и указание на соответствующие материалы;

– обоснование удаления материала;

– подтверждение предварительного обращения к лицу, разместившему материал.

[1] https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000801164 (дата обращения – 29.03.2018).

Если такое уведомление содержит недостоверные сведения о нарушении права, п. 4 ст. 6 *LCEN* устанавливает уголовную ответственность его отправителя в виде штрафа в 15 тыс. евро и годового срока лишения свободы. При этом, разумеется, отправитель несет и гражданско-правовую ответственность за убытки, причиненные этим действием.

В итоге во французском праве закреплена модель, предусматривающая обязанность информационного посредника удалить материал (контент), в отношении которого им получено уведомление о нелегальности, либо закрыть к нему доступ. При этом инициатор (автор) такого уведомления несет ответственность за его достоверность (как уголовную, так и гражданско-правовую). Закон предусматривает, что информационный посредник, запросивший соответствующую информацию у автора материала и получивший убедительные доказательства правомерности его использования, может не удалять спорный материал (не закрывать доступ к нему), но в этом случае он разделит с автором ответственность за распространение материала, если впоследствии он будет признан судом нелегальным.

Таким образом, может быть решена проблема ложных сообщений о нарушении прав и может эффективно работать механизм удаления противоправного контента. Мы полагаем возможным использовать данную модель в российской практике, причем и применительно к товарным знакам. При этом следует отметить, что информационный посредник не может, отказывая в удалении спорного контента, ссылаться, например, на отсутствие сходства до степени смешения используемого нарушителем обозначения и защищаемого товарного знака – противоположный подход приведет к наделению информационных посредников не свойственной им компетенцией.

## Размещение товарного знака в портфолио в сети Интернет

В заключение хотелось бы упомянуть одну из обнаружившихся проблем в рассматриваемой сфере. Проблема, обозначенная в заголовке данной части настоящей статьи, возникает, например, в ситуациях, когда лицо, указывая на собственном сайте своих контрагентов (заказчиков, покупателей, партнеров и пр.), воспроизводит их товарные знаки без какого-либо специального разрешения с их стороны. Информация о том, что правообладатель товарного знака является клиентом владельца информационного ресурса, достоверна, но можно ли в этом случае не считать исключительное право нарушенным?

Казалось бы, можно признать правомерным такое использование товарного знака, которое не приводит к смешению, не формирует представление о принадлежности владельца сайта, например, к числу дочерних обществ правообладателя. Но вместе с тем нельзя игнорировать и то, что владелец сайта, заинтересованный в максимальном эффекте от факта сотрудничества с известной компанией, размещая на своем сайте товарный знак этой компании, создает репутационные преимущества перед контрагентами. И здесь возникает вопрос, в каком объеме и на какой срок может быть использован товарный знак.

Представляется, что в подобных случаях можно говорить о существовании обычая, в соответствии с которым использование товарных знаков в разумном объеме считается допустимым только в том случае, если правообладатель не заявил прямо о несогласии с размещением товарного знака на сайте своего контрагента. В некоторых случаях запрет на использование товарного знака контрагента может следовать из положений заключенного договора – например, положения договора о конфиденциальности предполагают запрет не только на распространение информации о факте сотрудничества, но и на размещение товарного знака одного из контрагентов на сайте другого.

Вместе с тем более верным решением будет регламентация рассматриваемого вопроса в договоре между сторонами, причем правообладатель вправе сделать соответствующую оговорку как в тексте договора, так и впоследствии оговорить это дополнительно (если договором, разумеется, не установлено, что партнеру такое использование разрешено). В таком случае обычно оговариваются срок использования товарного знака (посредством размещения на сайте контрагента) и необходимость согласовать изображение и расположение товарного знака с правообладателем.

Подводя итог, можно заключить, что в совершенствовании правового регулирования отношений в Интернете следует пройти еще большой путь. Здесь в силу универсальной, наднациональной природы самих отношений вряд ли получится обнаружить какие-либо эффективные решения, отличающиеся от выработанных в мировой практике в основном самими участниками отношений в сети Интернет.

**Пристатейный библиографический список:**

1. *Рожкова М.А.* Права на доменное имя // Право в сфере Интернета: Сборник статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. д.ю.н. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2018.

2. *Рожкова М.А.* Сервис WHOIS должен измениться в соответствии с Общим регламентом по защите данных Европейского Союза [Электронный ресурс] // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2018. № 20. URL: http://ipcmagazine.ru/legal-issues/the-whois-service-should-change-in-accordance-with-the-european-union-s-general-data-protection-regulations.

3. *Hazel Murphy*. Thesis: The Role of a Domain Name Registrar as an Internet Intermediary (http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=141685).

4. *Post David*. Law Enforcement on the Internet – the Role of the Domain Name Registrars (https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2014/11/16/law-enforcement-on-the-internet-the-role-of-the-domain-name-registrars/?noredirect=on&utm_term=.dbb6a5218ebf).

5. *Савельев А.И.* Критерии наличия действительного и предполагаемого знания как условия привлечения к ответственности информационного посредника // Закон. 2015. № 11. С. 48–60.

**М.А. Кулезин**

# ОСОБЕННОСТИ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ИНФОРМАЦИОННОГО ПОСРЕДНИКА – СВОЕВРЕМЕННЫЕ, НЕОБХОДИМЫЕ И ДОСТАТОЧНЫЕ МЕРЫ ПОСЛЕ УВЕДОМЛЕНИЯ ПРАВООБЛАДАТЕЛЯ

Аннотация. *Настоящая статья посвящена анализу неотъемлемого элемента электронной коммерции – электронного маркетинга через призму ответственности ведущего в таких правоотношениях субъекта – информационного посредника. Автором обозначаются проблемы, связанные с уведомлением посредника и действиями последнего после обращения правообладателя, предлагаются пути совершенствования законодательства.*

Ключевые слова: *электронная коммерция, электронный маркетинг, реклама, информационный посредник, авторское право, пиратство, провайдер, превентивная модерация, информация.*

## Введение

Одним из ключевых факторов роста экономики на сегодняшний день выступает электронная коммерция (*e-commerce*): все больше людей предпочитают приобретать информацию, товары, услуги посред-ством сети Интернет. Только в странах «Большой восьмерки» 25% роста ВВП обусловлено именно цифровой экономикой[1].

Неотъемлемой, а в последнее время, по мнению автора, ключевой частью электронной коммерции является электронный маркетинг – рекламирование перечисленных объектов к покупке в сети Интернет или в реальности. Ведущим субъектом такой маркетинговой деятель-

[1] *Farrano B.M.* Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and US Approaches // Transatlantic Technology Law Forum Working Papers. 2012. N 14. P. 4.

ности выступает информационный посредник – лицо, самостоятельно не размещающее собственные материалы (далее – данные, информация, контент, материал), но предоставляющее третьим лицам возможность загрузки, размещения, распространения и осуществления иных операций (далее совместно – размещение) с контентом. Деятельность некоторых из них, в том числе *YouTube*, *Instagram*, *Vimeo* и др., связана с предоставлением развлекательного и легального контента, созданного пользователями таких сервисов, с целью привлечения внимания пользователей и размещения сопутствующей рекламы.

Нередко пользователи, а зачастую и сами информационные посредники (к примеру, *PirateBay*) в погоне за увеличением прибыли и «просмотров» используют неправомерный контент. В других случаях такой контент, напротив, законный, хотя и является переработкой существующих объектов авторского права.

С целью урегулирования сложившихся трудностей электронной коммерции был введен институт информационного посредника, закрепленный в Российской Федерации в 2013 г. в ст. 1253.1 ГК РФ. При этом, несмотря на единство целей законодателей всех стран по обеспечению баланса участников правоотношений, статистика демонстрирует общий рост масштабов пиратства, количества направленных правообладателями уведомлений и противоречивой судебной практики, связанной с информационными посредниками[1].

По мнению автора, причина многих отечественных проблем правоприменительной практики заключается в том, что недостаточно исследован зарубежный опыт: не все ошибки зарубежных коллег учтены и устранены и в то же время не восприняты некоторые положительные моменты, встречающиеся в иностранной доктрине и практике. Как сами провайдеры, так и иные участники правоотношений в сети Интернет (рекламораспространители, продавцы и т.д.) платят налоги с доходов, извлекаемых через сеть Интернет, а следовательно, нормализация и унификация правоотношений с участием провайдеров важны не только для бизнеса, но и для государства.

Однако конкретный перечень собственных прав и обязанностей в сети Интернет для указанных субъектов на сегодняшний день не очевиден – они не способны однозначно оценить свои действия на предмет

[1] См.: *Чуковская Е.Э.*, *Прокш М.Ю.* Использование результатов творческой деятельности в Интернете: возможный подход к регулированию // Журнал российского права. 2013. № 2 (СПС «КонсультантПлюс»); Протокол заседания рабочей группы Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам от 22.04.2015 (СПС «КонсультантПлюс»).

соответствия законодательству. Следовательно, сами правоотношения становятся нестабильными, создают повышенную нагрузку для контрагентов и дополнительные судебные споры. В частности, существенные трудности вызывает отсутствие четкого механизма реализации прав и обязанностей информационного посредника – от момента получения уведомления правообладателя до действий с конкретным контентом, в том числе в части превентивных мер. Именно нивелированию указанных проблем посвящена настоящая статья.

По мнению автора, исследование практики отечественных судов и сравнение ее с достижениями зарубежных правоприменителей позволит наиболее эффективно обозначить пути для максимальной нормализации и унификации правоотношений с участием информационного посредника. Эффективными также представляются системный и формально-логический подходы как способы устранения ряда неточностей и противоречий.

## Особенности уведомления информационного посредника

Статья 1253.1 ГК РФ предусматривает, что информационный посредник обязан принять меры после получения обращения правообладателя. Закон об информации конкретизирует порядок обращения правообладателя, а также закрепляет обязанность владельца сайта размещать на принадлежащем ему сайте информацию об адресе для связи и иные контактные данные.

Вместе с тем понятия «владелец сайта» и «информационный посредник» не приравнены законодателем друг к другу. В частности, по смыслу ст. 2, 10, 15.7 Закона об информации владелец сайта определяет порядок использования сайта и размещения на нем информации, а посредник предоставляет возможность доступа к материалу, к примеру, с использованием гиперссылок.

Следовательно, законодательно отсутствуют основания для того, чтобы правообладатель и информационный посредник руководствовались положениями поименованного выше Федерального закона при предоставлении контактных данных и формировании уведомления. *По мнению автора, целесообразно внести изменения в п. 2 ст. 10 Закона об информации, дополнив его предложением следующего содержания: «обязанности владельца сайта, установленные настоящим пунктом, распространяются на информационных посредников». Эффективным способом обеспечения исполнения посредниками указанной обязанности*

*представляется ограничение Роскомнадзором доступа к сайту до момента устранения нарушения после получения обращения любого лица о таком нарушении. Также в связи с простотой подделки электронных документов и для предотвращения мошенничества целесообразно обязать правообладателей заверять любое обращение электронной подписью.*

Названные нормы Закона об информации предусматривают возможность заполнения электронной формы обращения к владельцу сайта на самом ресурсе. Однако в указанном случае возникают сложности с доказыванием факта обращения правообладателя, особенно когда система направления уведомления не предусматривает какого-либо автоматизированного извещения обратившегося к посреднику лица.

К примеру, вся информация об обращении в *vk.com* хранится именно на указанном сайте, а следовательно, провайдер может удалить ее в любой момент или даже заблокировать аккаунт обращавшегося лица, оставив последнего без возможности подтвердить даже факт обращения. Суды же нередко отказывают в признании электронной переписки в качестве доказательств по делу, ссылаясь на то обстоятельство, что электронные документы легко изменить[1]. И, как следствие, единственной возможностью подтверждения факта обращения правообладателя остается дорогостоящая процедура нотариального заверения веб-страницы.

Существуют трудности и иного порядка: например, невозможно определить, когда следует считать полученным уведомление и каковы правомерные действия правообладателя в случае, если письмо по электронной почте не доставлено.

Все изложенное создает возможности для злоупотреблений со стороны недобросовестных информационных посредников.

В правоприменительной практике встречаются ситуации, когда владелец сайта – информационный посредник, к примеру, при регистрации домена указывает соответствующий адрес для связи, но надлежащим адресом для целей уведомления по ст. 1253.1 ГК РФ он не признается. К примеру, в деле № А56-8331/2014 правообладатель направлял посреднику сообщения по адресу, указанному последним при регистрации домена, на котором был размещен спорный контент, но суды не признали такие уведомления надлежащими, указав, что

[1] Решение Арбитражного суда Воронежской области от 28.02.2013 по делу № А14-16148/2012; постановление ФАС Центрального округа от 21.02.2014 по делу № А14-16148/2012.

правообладатель не учел особенности соглашения между посредником и лицом, предоставившим ему домен[1].

*По мнению автора, необходимо принятие постановления Пленума ВС РФ для целей унификации ряда положений, касающихся информационных посредников, в том числе решения двух вышеописанных проблем. В обозначенном постановлении необходимо указать, что «при неразмещении на сервисе информационного посредника контактной информации, в том числе адреса электронной почты и почтового адреса для направления уведомления информационному посреднику, правообладатель вправе обратиться к информационному посреднику любым доступным и известным правообладателю способом, в том числе по адресу электронной почты, указанному провайдером хостинга. Письмо, направленное информационному посреднику по электронной почте, считается полученным в момент его отправки. Во всех случаях бремя доказывания наличия контактной информации, достаточной для направления уведомления, и факта неполучения уведомления возлагается на информационного посредника».*

## Действия информационного посредника после получения уведомления о конкретном материале

Следующим этапом исследуемых правоотношений после направления и получения уведомления является принятие информационным посредником соответствующих мер.

Важно отметить, что в отличие от обозначенных выше сложностей с порядком и способами уведомления, влекущих иногда злоупотребления со стороны информационных посредников, применительно к принятию мер, нацеленных на устранение нарушения, можно говорить, что здесь открываются возможности для злоупотреблений со стороны не посредников или пользователей, но правообладателей. Правообладатель в указанных правоотношениях всегда будет являться заинтересованным лицом, стремящимся к удалению или блокировке материалов, о которых он уведомил информационного посредника. Посредники или лица, разместившие контент, напротив, являются более объективными для оценки возникшей ситуации, а следовательно, максимально заинтересованы в определенности в части порядка,

[1] Определение Арбитражного суда Северо-Западного округа от 20.04.2015 по делу № А56-8331/2014; постановление Суда по интеллектуальным правам от 24.06.2015 № С01-463/2015 по делу № А56-8331/2014.

да и перечня мер, которые они должны осуществить после обращения правообладателей для целей освобождения от ответственности.

В ст. 1253.1 ГК РФ законодатель не закрепляет конкретного перечня таких мер, но указывает, что меры должны быть своевременными, необходимыми и достаточными. К сожалению, указанные критерии являются оценочными и не позволяют легко и однозначно оценить соответствующие действия.

Так, своевременным признавалось удаление контента спустя два дня, три недели или даже три месяца, в том числе уже после обращения правообладателя с иском к провайдеру[1]. Необходимым и достаточным в большинстве случаев признается проведение проверки и удаление контента, однако суды иногда налагают и обязанности по превентивной модерации[2] (подробнее см. далее).

*В части своевременности и с учетом быстроты распространения информации в сети Интернет, по мнению автора, необходимо максимально сократить срок реагирования информационного посредника на уведомление – незамедлительно, но не более одного рабочего дня с даты получения соответствующего уведомления.*

В части «необходимых» и «достаточных» мер ситуация является более сложной. Так, в зарубежной практике к числу мер относится не только удаление контента, но также снижение скорости соединения, прекращение доступа пользователя к сервису[3].

По мнению автора, целесообразно обратиться к анализу зарубежных механизмов, которые условно можно разделить на две разновидности – «уведомление и удаление» и «уведомление и уведомление».

Первый из этих механизмов во многом похож на воспринятый в Российской Федерации подход и используется в США и ряде стран Европы: после получения обращения правообладателя посредник должен удалить спорный контент; лицо, разместившее этот контент, об удалении не оповещается, но в случае несогласия с такими действиями может потребовать от посредника восстановить контент[4]. С момента удаления

---

[1] Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 19.04.2017 по делу № А40-216998/2016; решение Арбитражного суда г. Москвы от 23.12.2016 по делу № А40-161655.

[2] Постановления Суда по интеллектуальным правам от 16.11.2016 по делу № А49-121/2016; от 17.01.2017 по делу № А40-4199/2016.

[3] *Zwart M.*, *Diesel B.* Australian Creators and Online Intermediary Liability (The University of Adelaide, 2015). P. 15 (https://goo.gl/3FEij7) (accessed: 15.01.2018).

[4] *Keller B., Keller A., Keller D.* U.S. Copyright Office Section 512 Study: Comments in Response to Notice of Inquiry (2016). P. 12 (https://ssrn.com/abstract=2757197) (accessed: 15.01.2018).

контента правообладатель обязан в течение 14 дней обратиться иском к правонарушителю – лицу, разместившему спорный контент; в противном случае контент будет восстановлен.

Сторонники такого подхода указывают на простоту его применения, низкую себестоимость и исключение двусмысленностей[1]. Важно отметить, что правообладатель в определенных случаях обязан обращаться в суд в отношении пользователя, а посредник считается исполнившим свои обязанности даже после восстановления контента. Безусловно, указанный подход усложняет для правообладателя защиту его прав, предусматривая обращение в суд, но при этом обеспечивает защиту провайдера (в значительно большей степени, нежели предусматривает российское законодательство) – его действия не только четко регламентированы, но и позволяют оставаться именно третьим лицом, а не участником спора «правообладатель – нарушитель».

В то же время такая схема (с учетом низкой правовой грамотности многих пользователей) создает возможности для злоупотреблений со стороны правообладателей.

Так, отправка уведомлений от имени правообладателя осуществляется не человеком, который может предварительно и индивидуально оценить каждый случай и привести объективные и разумные аргументы, а программой – ботом. Последние не могут давать оценку, действуют по заранее заложенному алгоритму и способны повышать только количество, но не качество отправляемых уведомлений.

К примеру, *Columbia Pictures*, собственник фильма *Pixels*, направляла информационному посреднику *Vimeo* тысячи уведомлений просто за наличие в названии различных видео слова «пиксель»[2]. Количество направляемых, а следовательно, нуждающихся в обработке уведомлений также выросло в геометрической прогрессии: только *Google* получила в 2012 г. порядка 4 млн уведомлений, а в 2016 г. количество годовых уведомлений, полученных компанией, превысило миллиард[3].

В итоге складывается парадоксальная ситуация: бот правообладателя механически рассылает уведомления, соответствующие фор-

---

[1] *Ahlert C., Marsden C., Yung C.* How ‘Liberty’ Disappeared from Cyberspace: The Mystery Shopper Tests Internet Content Self-Regulation. P. 7 (https://goo.gl/eSFfnn) (accessed: 15.01.2018).

[2] *Starr M.* Videos Taken Down From Vimeo For Using the Word Pixels (CNET website, 2015) (https://goo.gl/aqC6XJ) (accessed: 15.01.2018).

[3] *Mullin J.* Google Handled 345 Million Copyright Takedowns in 2014 (Arstechnica website, 2015) (https://goo.gl/xjB1UL) (accessed: 15.01.2018).

мальным требованиям, а обязанность по оценке их правомерности и все риски претензий как от правообладателя, так и от пользователя, оперирующего соответствующим контентом, возлагается на информационного посредника[1]. При этом в отличие от правообладателя посредник не может эффективно использовать программные алгоритмы – даже самый совершенный из них, плод более 50 тыс. часов инженерной работы *Google*, совершает много ошибок[2].

Ситуация усугубляется и тем, что в сфере авторского права, максимально взаимосвязанной с правоотношениями с участием информационного посредника, даже у судей возникают сложности с тем, что считать достаточными доказательствами авторства соответствующего лица.

В результате большинство посредников предпочитают удалять любой материал, по которому приходит уведомление, что, в свою очередь, ведет к чрезмерной цензуре, превращающей правовой механизм в нарушение свободы слова, когда ни одна из сторон фактически не осуществляет никакой проверки[3]. Таким образом, сложившаяся в США и ряде стран ЕС практика приводит к нарушению прав пользователей и переходу всего перечня сложностей на информационного посредника.

Альтернативой изложенному стал второй механизм, использующий конструкцию «уведомление и уведомление»: в той или иной мере он предлагается или реализуется в Канаде, Австралии, Франции и других странах[4]. Отличие от первого выражается в том, что посредник, получив уведомление правообладателя, не блокирует спорный контент, но уведомляет пользователя о претензиях правообладателя – спорный контент может быть заблокирован только по решению суда. При этом действия против пользователя, в том числе в форме ограничения доступа к сервисам, также могут быть предприняты, но после накопления последним определенного количества уведомлений в год.

---

[1] *Ahlert C., Marsden C., Yung C.* How ‘Liberty’ Disappeared from Cyberspace: The Mystery Shopper Tests Internet Content Self Regulation. P. 7–8 (https://goo.gl/eSFfnn) (accessed: 15.01.2018).

[2] *Masnick M.* How Google’s ContentI D System Fails at Fair Use & the Public Domain (Techdirt website, 2012) (https://goo.gl/uQD6yp) (accessed: 15.01.2018).

[3] *Doctorov C.* Landmark Study on the Effects of Copyright Takedown Abuse on Online Free Expression (BoingBoing, 2016) (https://goo.gl/k2pymQ) (accessed: 15.01.2018).

[4] *Freedman B.J.* Canada’s New Notice and Notice Regime for Internet Copyright Infringement (BLG Publication, 3 November 2014) (https://goo.gl/SfG785) (accessed: 15.01.2018); Industry code C653:2015 Copyright notice scheme (Communications Alliance, 2015). P. 11 (https://goo.gl/tVfWRV) (accessed: 15.01.2018).

Благодаря указанному способу, к примеру, повторные нарушения были совершены менее чем 10% нарушителей во Франции и менее 30% в Канаде[1]. Следовательно, этот механизм является эффективным.

Особого внимания заслуживают способы противодействия использованию программ – ботов. Так, в Австралии предлагалось ввести обязательную аккредитацию механизмов поиска нарушений и направления уведомлений в специальном государственном органе, опубликование алгоритма в открытом доступе[2]. Как следствие, была бы исключена возможность злоупотребления автоматизацией уведомлений, а сам процесс был бы подвержен жесткому контролю общества и государства.

*К сожалению, отечественная судебная практика идет по стопам американской системы «уведомление и удаление», но лишена даже ее положительной черты – ясной регламентации контруведомления пользователя.*

*По мнению автора, целесообразно сохранить подход о неограниченном перечне мер, но в постановлении Пленума ВС РФ разъяснить, какие из них в любом случае будут признаваться необходимыми и достаточными. К таковым следует отнести в том числе перенаправление лицу, разместившему соответствующий контент, уведомления правообладателя с представлением последнему доказательств такого перенаправления. При этом посредник должен также проинформировать лицо, разместившее соответствующий контент, о том, что его персональные данные могут быть разглашены, а также потребовать в ответе представить актуальный почтовый адрес. В случае, если по истечении 72 часов от пользователя не поступит возражений и информации о почтовом адресе, посредник должен заблокировать доступ к контенту. В случае возражений пользователя посредник должен перенаправить возражения правообладателю и не предпринимать каких-либо действий до решения суда. Целесообразным видится введение аккредитации алгоритмов поиска при Роскомнадзоре – срок ответа на уведомления аккредитованных правообладателей должен быть ограничен 24 часами.*

---

[1] См.: International Federation of the Phonographic Industry (IFPI), Lighting up New Markets – Digital Music Report 2014 (2014) (https://goo.gl/sntxb6) (accessed: 15.01.2018); *Hamilton S.N.* Made in Canada: A Unique approach to Internet Service Provider Liability and Copyright Infringement // Michael Geist (ed.). In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law. Chapter 10 (Torronto: Irvin Law 2005). P. 285 at 306; *Rourke P.O.* Why Illegal Downloading Just Became Riskier for Canadians (Financial Post, 2015) (https://goo.gl/akY5Vc) (accessed: 15.01.2018).

[2] Industry code C653:2015 Copyright notice scheme (Communications Alliance, 2015). P. 11 (https://goo.gl/tVfWRV) (accessed: 15.01.2018).

**Превентивная модерация как обязанность провайдера**

Особого внимания заслуживает критерий «достаточности» мер по ст. 1253.1 ГК РФ, допускающей их расширительное толкование, включая в том числе возложение на провайдера обязанности по предотвращению последующих нарушений – превентивной модерации. При том что подобная обязанность законом прямо не установлена, российские суды в некоторых делах обязывали информационных посредников предпринимать превентивные меры при наличии соответствующей технической возможности[1].

Более того, при вынесении судебных решений не учитываются различия между информационными посредниками. Например, Е.И. Орешин с опорой на зарубежный опыт указал, что требование об обязании использовать фильтрующую программу может быть возложено на владельца информационного ресурса, но никак не на интернет-провайдера[2]. А М.А. Рожкова и С.А. Копылов исходят из того, что в отношении интернет-провайдера не может быть удовлетворено требование о запрете «создания технических условий, обеспечивающих размещение, распространение и иное использование [объекта] на сайте [ответчика]»[3].

Впрочем, неоднородность подходов характерна и для стран Европейского Союза[4].

В США провайдер, напротив, обязан принимать разумные меры для предотвращения повторного доступа нарушителей к сервису[5]. Посредники во исполнение указанной обязанности блокируют или приостанавливают на некоторое время доступ к сервису для «повтор-

---

[1] Постановления Суда по интеллектуальным правам от 16.11.2016 по делу № А49-121/2016; Президиума ВАС РФ от 01.11.2011 № 6672/11.

[2] *Орешин Е.И.* Эффективные способы защиты авторских и смежных прав в Интернете // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2015. № 9 (сентябрь). С. 48–55. URL: http://ipcmagazine.ru/legal-issues/effective-ways-of-protection-of-copyright-and-related-rights-on-the-internet.

[3] *Рожкова М.А.*, *Копылов С.А.* О противозаконности запрета интернет-провайдерам создавать технические условия, обеспечивающие использование объектов интеллектуальной собственности в сети Интернет [Электронный ресурс] // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2016. № 13. С. 19–22. URL: http://ipcmagazine.ru/asp/about-illegality-prohibit-internet-service-providers-to-create-the-technical-conditions.

[4] *Horten M.* The Looming Cloud of Uncertainty for Internet Intermediaries (Fenter for Democracy and Technology, 2016). P. 16 (https://goo.gl/eKTx7Y) ( accessed: 15.01.2018).

[5] Digital Millennium Copyright Act, Senate and House of Representatives of the USA. Public Law 105–304. 28.10.1988. Art. 512.

ных нарушителей»[1]. Однако, как демонстрирует недавнее дело *EMI Christian Music Group v. MP3TUNES, LLC*, само понятие «повторный нарушитель» вызывает трудности: так, при пересмотре решения вышестоящий суд указал, что к таким нарушителям следует относить лиц, не только неоднократно размещавших неправомерный контент, но и неоднократно скачивавших или распространявших его (к примеру, направив соответствующую ссылку третьим лицам)[2].

Реализация подобных подходов требует от информационных посредников задействования колоссальных алгоритмов фильтрации, обязывая последних следить не только за загрузками, но и, в принципе, за всеми действиями пользователя, ежесекундно оценивая их на предмет нарушений закона, в том числе об авторском праве. Подобное потребовало бы использования огромной вычислительной мощности и значительного количества сотрудников, что чрезмерно затратно с финансовой стороны.

По мнению автора настоящей статьи, простое возложение на посредника обязанности превентивной модерации не только приведет к усилению воздействия на один из ключевых двигателей рыночной экономики современного государства, но и создаст для информационных посредников обязанность нести значительные финансовые траты, ничем не обоснованные: подобная обязанность сегодня не может быть реализована чисто технически. Нейросети еще не получили достаточного развития. Технология электронных отпечатков, уникальных для аудио- и видеокомпозиций, является дорогостоящей и неприменима к иным объектам авторского права, требующим защиты посредством информационного посредника в сети Интернет[3]. Технология *Deep Packet Inspection*, предлагаемая многими сторонниками превентивной модерации, позволяющая полностью и всесторонне исследовать содержимое сайта с последующей блокировкой страниц, на которых находятся нарушения, демонстрирует не самую высокую эффективность: почти 10% заблокированных сайтов не содержали не-

[1] См.: *Urban J.*, *Karaganis J.*, *Schofield B.* Notice and Takedown in Everyday Practice (2016) UC Berkeley Public Law Research Paper N 2755628. P. 47 (http://ssrn.com/abstract=2755628) (accessed: 15.01.2018); *Disney Enterprises, Inc. v. Hotfile Corp. et. al* (2011) (S.D. Fla. USA); *Ellison v. Robertson* (2004) 357 F.3d 1072 (9th Cir., USA).

[2] *Emi Christian Music Group., Inc. v. Mp3tunes, llc.* (2016) 840 F.3d 69 (2nd Cir., USA).

[3] См.: *Boucher P.*, *Nascimento S.*, *Kritikos M.* How Blockchain Technology Could Change our Lives. In Depth Analysis (2017). STOA. P. 10; *Keen A.* Profiting from Free: the Scourge of Online Piracy and How Industry Can Help (2013). P. 27–28 (https://goo.gl/dGj9nq) (accessed: 15.01.2018).

правомерных материалов[1]. При этом все указанные механизмы полностью перекладывают все трудности на информационных посредников, а следовательно, являются непропорциональными. При этом они лишь пытаются нивелировать последствия нарушений, но не предотвратить их возникновение.

Примечательно, что более 86% сайтов – нарушителей авторского права извлекают свой доход от рекламы[2]. При этом указанные сайты нередко входят в рекламные сети размещения *Google* и *Yandex*. Ряд правоведов предлагают организовать взаимодействие провайдеров, правообладателей и рекламораспространителей с целью размещения рекламы только на сайтах, отмеченных особым знаком[3]. Исследователи надеются, что рекламодатели, дорожащие своей репутацией, не захотят размещаться на «непроверенных» площадках и будут требовать того же от своих партнеров.

Указанный подход представляется более прогрессивным. Повысить его эффективность можно, по мнению автора, включив успешно зарекомендовавший себя способ борьбы с контрафактными копиями товаров – посредством лишения доходов лиц, нарушающих право, без какого-либо возмещения[4].

Так, на основании правил платежных систем, запрещающих их использование в противоправных целях[5], целесообразно лишать нарушителей – рекламораспространителей прибылей от размещаемой на их сайтах рекламы. По мнению автора, эффективное взаимодействие рекламодателей, правообладателей, банковского сегмента, органов налогового и валютного контроля может существенно снизить при-

---

[1] *Rowe M., King R.* An Investigation into the Performance of UK Internet Providers' Web Filters (2015). P. 4 (https://goo.gl/tkbx99) (accessed: 15.01.2018).

[2] Digital Advertising on Suspected Infringing Websites (2016). OHIM. P. 1–4 (https://goo.gl/NxMMbK) (accessed 15.01.2018).

[3] *Schmidt W.* Interactive Advertising Bureau (IAB) Poland Initiatives on Advertising Misplacement to Tackle Intellectual Property Rights (IPR) Infringement (2015). WIPO/ACE/10/21. P. 2–3 (https://goo.gl/bbrcrM) (accessed 15.01.2018); Supporting Innovation, Creativity & Enterprise: Charting a Path Ahead. U.S. Joint Plan on Intellectual Property Enforcement (The U.S. Interagency Strategic Planning Committees on IP Enforcement, 2017). P. 64–67 (https://goo.gl/4cWvnb) (accessed 15.01.2018).

[4] Coordinating Intellectual Property Enforcement at the National Level (WIPO, Advisory Committee on Enforcement, 2016). WIPO/ACE/11/8. P. 3–6 < https://goo.gl/7xSjYJ > accessed 15 January 2018.

[5] Visa Legal (Visa Website, 2017) <https://goo.gl/E3ekAk> accessed 15 January 2018; U.S. Terms of Use (MasterCard Website, 2017) <https://goo.gl/7T4oYX> accessed 15 January 2018; Rules, Regulations and Disclaimer (American Express website, 2011) <https://goo.gl/ZiRGdN> accessed 15 January 2018.

быльность нарушения авторских прав в сети Интернет, а следовательно, повысить защищенность правообладателей, а также не позволит лицам, осуществляющим деятельность на территории Российской Федерации или предоставляющим услуги отечественным рекламодателям, извлекать из этого прибыль.

*В связи с вышеуказанными проблемами целесообразны следующие действия. Во-первых, в постановлении Пленума ВС РФ разъяснить, что информационные посредники обязаны предотвращать повторные нарушения посредством блокировки аккаунтов пользователей, совершивших нарушение два и более раз, – указанное положение разумно и прогрессивно. В то же время в связи с многообразием операций, которые могут совершаться с контентом, сформировать понятие «повторный нарушитель» не представляется целесообразным (равно как и возможным). Кроме того, именно правообладатель заинтересован в максимальной защите своего контента, лучше всего знаком с ним, а информационный посредник, напротив, лишен эффективных механизмов отслеживания всех повторных нарушений. В связи с указанным целесообразно по принципу подходов Pinterest и Google в качестве повторных нарушений считать только те нарушения, которые в качестве таковых поименовали сами правообладатели в соответствующем уведомлении с приложением доказательств первичного нарушения*[1].

*Во-вторых, необходимо принять меры для инициирования взаимодействия рекламодателей, правообладателей, банковского сегмента, органов налогового и валютного контроля для заключения многостороннего соглашения, направленного на возврат доходов, полученных рекламораспространителями, нарушающими авторские права в сети Интернет.*

## Заключение

Подводя итог проведенному исследованию, можно сделать вывод, что законодателем Российской Федерации была выбрана уникальная модель регулирования ответственности информационного посредника, предоставляющая возможности для ее неоднозначного толкования (ст. 1253.1 ГК РФ). Содержание этой статьи затрудняет понимание субъектами правоотношений собственных прав и обязанностей, но, что не менее важно, сложности в уяснении и применении положений этой статьи испытывают и профессиональные правоприменители – судьи.

[1] См.: Copyright Infringement Notification (Pinterest, 2017) (https://goo.gl/FAf7HJ) (accessed: 15 January 2018; Keep Your YouTube Account in Good Standing (YouTube, 2017) (https://goo.gl/aX4xwM) (accessed: 15 January 2018).

Вследствие сказанного представляется необходимым сделать следующее.

Во-первых, внести изменения в Закон об информации, дополнив п. 2. ст. 10 предложением следующего содержания: «обязанности владельца сайта, установленные настоящим пунктом, распространяются на информационных посредников»; п. 3 ст. 15.7 предложением следующего содержания: «в случае подачи заявления в электронной форме оно должно быть заверено электронной подписью, за исключением случаев, когда заявление направляется посредством заполнения электронной формы на сайте в сети Интернет, не предусматривающей использование (или прикрепление) электронной подписи».

Во-вторых, обеспечить исполнение предложений, изложенных выше, посредством наделения Федеральной службы по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций правами по блокировке сайтов в сети Интернет, не размещающих информацию в том числе об адресе для связи и иных контактных данных. Кроме того, целесообразно рассмотреть вопрос об аккредитации алгоритмов выявления нарушений и направления информационным посредникам уведомлений при Роскомнадзоре.

В-третьих, принять постановление Пленума ВС РФ с целью систематизации практики по спорам с участием информационных посредников, в том числе, но не исключительно, обобщив практику мер, принятых информационными посредниками, которые стоит считать необходимыми и достаточными. В числе прочего указать в постановлении нижеследующие положения:

– при неразмещении на сервисе информационного посредника контактной информации, в том числе адреса электронной почты и почтового адреса, для направления уведомления информационному посреднику правообладатель вправе обратиться к информационному посреднику любым доступным и известным правообладателю способом, в том числе по адресу электронной почты, указанному провайдером хостинга, в отношении соответствующего информационного посредника. Письмо, направленное информационному посреднику по электронной почте, считается полученным в момент его отправки. Во всех случаях бремя доказывания наличия контактной информации, достаточной для направления уведомления, и факта неполучения уведомления возлагается на информационного посредника;

– необходимыми и достаточными мерами по смыслу ст. 1253.1 ГК РФ в любом случае следует считать перенаправление информационным посредником лицу, разместившему соответствующий кон-

тент, уведомления правообладателя с представлением последнему доказательств такого перенаправления. Уведомление должно быть перенаправлено не позднее 24 часов с даты получения уведомления правообладателя. При этом информационный посредник должен также проинформировать пользователя о том, что его персональные данные могут быть разглашены, а также потребовать в ответе представить актуальный почтовый адрес соответствующего лица. В случае, если по истечении 72 часов от лица, разместившего спорный контент, на который указывает правообладатель, не поступит возражений и информации об актуальном почтовом адресе, посредник должен заблокировать доступ к этому контенту (указанному правообладателем в уведомлении). В случае, если правообладатель при направлении уведомления письменно сообщил информационному посреднику о том, что нарушение интеллектуальных прав совершается соответствующим лицом повторно, и приложил доказательства того, что ранее лицом совершалось аналогичное нарушение, то необходимыми и достаточными мерами, принятыми информационным посредником по смыслу ст. 1253.1 ГК РФ, после неполучения возражений (самих возражений и почтового адреса) от лица, разместившего спорный контент, достаточными мерами могут считаться только меры по (1) удалению спорного контента и (2) блокировке аккаунта пользователя (иное ограничение пользователя, исключающее его доступ к сервисам информационного посредника) на срок не менее одного года. При этом под повторным следует понимать нарушение, совершенное два и более раз.

В-четвертых, необходимо принять меры для инициирования взаимодействия рекламодателей, правообладателей, банковского сегмента, органов налогового и валютного контроля для заключения многостороннего соглашения, направленного на возврат доходов, полученных рекламораспространителями, нарушающими авторские права в сети Интернет. Целью взаимодействия должна стать экономическая неэффективность деятельности рекламодателей и рекламораспространителей с использованием информационных посредников, посредством которых нарушаются интеллектуальные (авторские) права.

Немаловажно, что решения, предлагаемые в настоящей работе, не являются единственно возможными и не лишены недостатков, в частности, связанных с проблемой осуществления юрисдикции, в случае, если правоотношения правообладателя, информационного посредника и лица, разместившего соответствующий материал, осложнены иностранным элементом. Такие правоотношения требуют

отдельного внимания законодателя, а их анализ с представлением каких-либо предложений в рамках настоящей работы невозможен в связи с ограничением объема настоящей статьи. Как и многие нормы, регулирующие комплексные, динамичные и высокотехнологичные правоотношения, ст. 1253.1 ГК РФ нуждается в разъяснениях и дополнениях. Некоторые из возможных способов и направлений совершенствования были предложены автором настоящей работы.

**Пристатейный библиографический список:**

1. *Орешин Е.И.* Эффективные способы защиты авторских и смежных прав в Интернете // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2015. № 9 (сентябрь). С. 48–55. URL: http://ipcmagazine.ru/legal-issues/effective-ways-of-protection-of-copyright-and-related-rights-on-the-internet.

2. *Рожкова М.А.*, *Копылов С.А.* О противозаконности запрета интернет-провайдерам создавать технические условия, обеспечивающие использование объектов интеллектуальной собственности в сети Интернет [Электронный ресурс] // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2016. № 13. С. 19–22. URL: http://ipcmagazine.ru/asp/about-illegality-prohibit-internet-service-providers-to-create-the-technical-conditions.

3. *Чуковская Е.Э.*, *Прокш М.Ю.* Использование результатов творческой деятельности в Интернете: возможный подход к регулированию // Журнал российского права. 2013. № 2 (СПС «КонсультантПлюс» [Электронный ресурс]).

4. Digital Millennium Copyright Act, Senate and House of Representatives of the USA, Public Law. P. 105–304. 28 October 1988. Art. 512.

5. *Emi Christian Music Group., Inc. v. Mp3tunes, llc.* (2016) 840 F.3d 69 (2nd Cir., USA).

6. *Disney Enterprises, Inc. v. Hotfile Corp. et. al* (2011) (S.D. Fla. USA).

7. *Ellison v. Robertson* (2004) 357 F.3d 1072 (9th Cir., USA).

8. *Ahlert C.*, *Marsden C.*, *Yung C.* How ‘Liberty’ Disappeared from Cyberspace: The Mystery Shopper Tests Internet Content Self Regulation (https://goo.gl/eSFfnn) (accessed: 15.01.2018).

9. *Boucher P.*, *Nascimento S.*, *Kritikos M.* How Blockchain Technology Could Change our Lives. In Depth Analysis (2017). STOA.

10. *Doctorov C.* Landmark Study on the Effects of Copyright Takedown Abuse on Online Free Expression (BoingBoing, 2016) (https://goo.gl/k2pymQ) (accessed: 15.01.2018).

11. *Freedman B.J.* Canada's New Notice and Notice Regime for Internet Copyright Infringement (BLG Publication, 3 November 2014) (https://goo.gl/SfG785) (accessed 15.01.2018).

12. *Farrano B.M.* Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and US Approaches // Transatlantic Technology Law Forum Working Papers. 2012. N 14.

13. *Hamilton S.N.* Made in Canada: A Unique approach to Internet Service Provider Liability and Copyright Infringement / Michael Geist (ed.). In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law. Chapter 10. Torronto: Irvin Law, 2005.

14. *Horten M.* The Looming Cloud of Uncertainty for Internet Intermediaries. Fenter for Democracy and Technology, 2016 (https://goo.gl/eKTx7Y) (accessed: 15.01.2018).

15. *Keen A.* Profiting from Free: the Scourge of Online Piracy and How Industry Can Help. 2013 (https://goo.gl/dGj9nq) (accessed: 15.01.2018).

16. *Keller B.*, *Keller A.*, *Keller D.* U.S. Copyright Office Section 512 Study: Comments in Response to Notice of Inquiry. 2016 (https://ssrn.com/abstract=2757197) (accessed: 15.01. 2018).

17. *Masnick M.* How Google's ContentID System Fails at Fair Use & the Public Domain (Techdirt website, 2012) (https://goo.gl/uQD6yp) (accessed: 15.01.2018).

18. *Mullin J.* Google Handled 345 Million Copyright Takedowns in 2014 (Arstechnica website, 2015) (https://goo.gl/xjB1UL) (accessed: 15.01.2018).

19. *Rourke P.O.* Why Illegal Downloading Just Became Riskier for Canadians (Financial Post, 2015) (https://goo.gl/akY5Vc) (accessed: 15.01.2018).

20. *Rowe M.*, *King R.* An Investigation into the Performance of UK Internet Providers (Web Filters, 2015) (https://goo.gl/tkbx99) (accessed: 15.01.2018).

21. *Schmidt W.* Interactive Advertising Bureau (IAB). Poland initiatives on Advertising Misplacement to Tackle Intellectual Property Rights (IPR) Infringement (2015), WIPO/ACE/10/21 (https://goo.gl/bbrcrM) (accessed: 15.01.2018).

22. *Starr M.* Videos Taken Down From Vimeo For Using the Word Pixels (CNET website, 2015) (https://goo.gl/aqC6XJ) (accessed: 15.01.2018).

23. *Urban J.*, *Karaganis J.*, *Schofield B.* Notice and Takedown in Everyday Practice (2016) // UC Berkeley Public Law Research Paper N 2755628 (http://ssrn.com/abstract=2755628) (accessed: 15.01.2018).

24. *Zwart M.*, *Diesel B.* Australian Creators and Online Intermediary Liability (The University of Adelaide, 2015) (https://goo.gl/3FEij7) (accessed: 15.01.2018).

25. Coordinating Intellectual Property Enforcement at the National Level (WIPO, Advisory Committee on Enforcement, 2016) WIPO/ACE/11/8 (https://goo.gl/7xSjYJ) (accessed: 15.01.2018).

26. Copyright Infringement Notification (Pinterest, 2017) (https://goo.gl/FAf7HJ) (accessed: 15.01.2018).

27. Digital Advertising on Suspected Infringing Websites (2016). OHIM (https://goo.gl/NxMMbK) (accessed: 15.01.2018).

28. Industry code C653:2015 Copyright notice scheme (Communications Alliance, 2015) (https://goo.gl/tVfWRV) (accessed: 15.01.2018).

29. International Federation of the Phonographic Industry (IFPI), Lighting up New Markets – Digital Music Report (2014) (https://goo.gl/sntxb6) (accessed: 15.01.2018).

30. Keep Your YouTube Account in Good Standing (YouTube, 2017) (https://goo.gl/aX4xwM) (accessed: 15.01.2018).

31. Supporting Innovation, Creativity & Enterprise: Charting a Path Ahead. U.S. Joint Plan on Intellectual Property Enforcement (The U.S. Interagency Strategic Planning Committees on IP Enforcement, 2017) (https://goo.gl/4cWvnb) (accessed: 15.01.2018).

32. Rules, Regulations and Disclaimer (American Express website, 2011) (https://goo.gl/ZiRGdN) (accessed: 15.01.2018).

33. Visa Legal (Visa Website, 2017) (https://goo.gl/E3ekAk) (accessed: 15.01.2018).

34. U.S. Terms of Use (MasterCard Website, 2017) (https://goo.gl/7T4oYX) (accessed: 15.01.2018).

**Р.Б. Темурзиев**

# НУЖНА ЛИ РОССИЙСКОМУ ПРАВУ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ ПАТЕНТНО-ПРАВОВАЯ ОХРАНА КОМПЬЮТЕРНЫХ ПРОГРАММ?

*(работа, заслужившая специальное поощрение в рамках конкурса IP&IT LAW – 2018)*

Аннотация. *В рамках статьи ставится вопрос о необходимости введения норм о патентно-правовой охране компьютерных программ. Анализируется эволюция юридической концептуализации программ и форм их защиты в США и странах Евросоюза. Проводится обзор основных черт системы защиты прав на программы, закрепленной ГК РФ, рассматриваются аргументы в пользу детализации норм о патентовании программ.*

Ключевые слова: *программы для ЭВМ, патентование компьютерных программ, software patenting, copyright, авторское право, патентные тролли, патентное право Евросоюза.*

## Введение

Настоящая статья освещает вопросы, связанные с патентованием программного обеспечения в мировом масштабе, а также оправданности введения в России правовой охраны компьютерных программ (программ для ЭВМ) в форме патента, случись такое законодательное решение сегодня. Вопросы адекватности установления того или иного правового режима в отношении нематериальных объектов, к которым относятся программы, уже не являются праздными и достойными чисто теоретического интереса, ибо удельный вес этих объектов в гражданском обороте стал за последние десятилетия несоизмеримо большим. От того, в каком русле будет развиваться правовое регулирование рынка информационных

технологий, в значительной степени зависит состояние этого рынка, его способность к производству инноваций, которая не будет компрометироваться издержками, накладываемыми правовой системой. Поддержание оптимального режима защиты также будет нелишним для предприятий, работающих в сфере электронной коммерции (*e-commerce*), чьи новаторские схемы облегчения и автоматизации процессов торговли, созданные их работниками, в противном случае остаются без охраны. Даже несмотря на то, что в России отсутствует свой аналог «Кремниевой долины» как неформального конгломерата крупнейших игроков рынка и в ней пока что зарегистрировано относительно мало компаний, чьи продукты вышли на мировой уровень, текущие изъяны, связанные с правовой охраной компьютерных программ, без сомнения, лишь затрудняют появление на международной арене новаторских и конкурентоспособных изобретений софтверной природы от отечественного производителя. Иными словами, низкая интенсивность оборота не является поводом к его небрежному регулированию, а устранение транзакционных издержек, связанных с «налаживанием» необходимой правовой защиты и последующим пресечением правонарушений, лишь будет способствовать стимулированию инновационного сектора.

С 8 августа 2012 г. Россия состоит в ВТО, а значит, на ее юрисдикцию распространяются правила Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности. Из этого, в частности, вытекает, что общеобязательные для всех стран – участниц ВТО принципы режима наибольшего благоприятствования в торговле (*MFN*) и национального режима (*NT*) предполагают запрет для Российской Федерации устанавливать дифференцированные требования к отечественному и импортируемому программному обеспечению (далее – ПО), которые имеют дискриминационный характер. Россия также не вправе устанавливать произвольные требования или барьеры к допуску на рынок в отношениях между несколькими странами-экспортерами, если такое регулирование будет явно дискриминировать в пользу какой-либо из них.

Очевидно, что чем острее будет разлад между характером регулирования ПО в России и за рубежом, тем выше будет риск нарушения Российской Федерацией системообразующих норм Генерального соглашения по тарифам и торговле (ГАТТ) и Соглашения ТРИПС и тем сложнее будет добиваться признания отечественного продукта в качестве патентоспособного изобретения в соответствующих странах. Вместе с тем единство правового поля и глобального торгового режима, с целью достижения которых ВТО и создавалась, позволяет российским производителям ПО и иных софтверных продуктов по-

лучать соответствующую их интересам патентную защиту в странах – участницах Организации в том случае, если они посчитают защиту, предоставляемую в рамках ГК РФ, неадекватной.

Краткий экскурс в правовые истории США и Евросоюза, предпринимаемый здесь, представляется необходимым для того, чтобы уяснить, какие последствия в долгосрочной перспективе будет влечь за собой приоритет патентно-правовой формы охраны перед ныне установленной в Российской Федерации авторско-правовой защитой и стоит ли вообще, основываясь на многолетнем опыте западноевропейских стран и многочисленных проблемах, с которыми в процессе правоприменения сталкивались как судьи, так и участники оборота, продолжать спекулировать на эту тему.

Помимо этого, в статье рассматриваются варианты того, как могли бы выглядеть соответствующие новеллы патентного права в тексте ГК РФ, а также поднимается вопрос о соотношении и взаимозаменяемости авторско-правовой и патентно-правовой форм защиты применительно к компьютерным программам.

## Эволюция и состояние патентно-правовой охраны программ в США и ЕС

*Патентное регулирование программ в праве ЕС*

Как известно, Европейская патентная конвенция 1973 г. (далее также – ЕПК) не оперирует понятиями «компьютерная программа», «программа для ЭВМ», используя вместо этого термин «компьютерореализуемое изобретение» (*computer-implemented invention*). Данная конструкция призвана отражать главную черту компьютерных программ как объекта патентования с точки зрения Конвенции – это самодостаточные изобретения, для реализации которых необходим компьютер, компьютерная сеть либо иное программное устройство. При этом примечательно, что в соответствии со ст. 52 (2) ЕПК компьютерные программы как таковые (*as such*) не обладают патентоспособными признаками, так как лишены технического характера, свойственного изобретению.

На протяжении последних 30 лет судебная практика Европейской палаты по патентным спорам стремилась к расширению узкого смысла, вкладываемого в понятие программы «самой по себе», стремясь расширить круг программного обеспечения, подлежащего защите. Разного рода доктрины вырабатывались в этот период в целях защиты отдельных разработок: одни проводили границу между непатентоспо-

собными программами, лишенными технического характера, и патентоспособными программами, обладающими техническим эффектом; другие же констатировали, что всякая программа обладает техническим характером в силу самого факта своего взаимодействия с машиной и потому следует сместить акцент с технического характера программы на техническую новизну, которую она в себе содержит[1].

Таким образом, сама траектория эволюции регулирования была во многом определена противоречиями, заложенными в Конвенции и обострившимися в тот момент, когда большой бизнес наконец стал инкорпорировать информационные технологии в процесс производства товаров и услуг.

Пожалуй, на данный момент самым серьезным препятствием на пути создания единообразного патентного регулирования во всех странах Евросоюза является противоречие патентных законов отдельных стран регулированию, предполагаемому ЕС[2], что только сильнее обостряется при появлении отдельных кейсов.

Это, например, произошло в нашумевшем деле *Aerotel v. Telco and Macrossan*, где решение Апелляционного суда Англии и Уэльса вступило в противоречие с позицией Европейской палаты по патентным спорам. В этом деле остро встал вопрос о различиях в понимании понятия «техническая новизна» авторами Европейской патентной конвенции и британскими судьями. В целях толкования исключений, упомянутых в ст. 52 ЕПК (программы «сами по себе», открытия, научные теории, математические методы, эстетические творения, схемы, правила и методы выполнения умственной деятельности), Председателем Апелляционного суда Робином Джейкобом был разработан собственный четырехступенчатый тест, который при своем практическом применении значительно ограничивал возможности бизнеса

[1] *Ballardini Rosa Maria*. Intellectual Property Protection for Computer Programs: Developments, Challenges and Pressures for Change // Hanken School of Economics. 2012. P. 17.

[2] Как известно, в настоящий момент в странах ЕС идет процесс ратификации и имплементации международного Соглашения о едином патентном суде, предусматривающего единую упрощенную процедуру выдачи и защиты патента в правовом поле Европы (см.: https://www.unified-patent-court.org/sites/default/files/upc-agreement.pdf). Так, бельгийский парламент уже начал разрабатывать поправки к своим патентным законам в целях полного соответствия положениям Соглашения, в то время как Германия, наоборот, пока не торопится с полномасштабной унификацией. Любопытно, что Великобритания, которая формально уже не член ЕС, еще является участницей Соглашения и пока не намерена отказываться от юрисдикции общеевропейского суда. В свете этих параллельных процессов нетрудно представить возобновление давних жарких споров между национальными судами и ЕПБ по поводу возможности и пределов патентования софта, чьи правовые позиции и решения в отдельных случаях приводили к серьезному разрыву.

по патентованию программ[1]. Расширение смысла, вкладываемого в понятие программы *as such*, куда, по мнению судьи, должны входить вообще все программы независимо от их технического вклада, явно противоречило европейской практике, которую последние десятилетия формировало Европейское патентное бюро (далее – ЕПБ)[2].

Иная системная проблема, которую отмечают ученые, связана с конфликтом между патентным и авторско-правовым законами в сфере ПО. Соотношению и принципиальным различиям данных форм охраны прав применительно к программам посвящено немало научной литературы как американских ученых[3], так и европейских[4].

Вместе с тем отмечается, что, несмотря на исторически сложившиеся различия в подходах к патентованию ПО, и американская, и европейская системы стремятся ко все большему сближению друг с другом[5].

*Патентование в США и злоупотребление правом*

Патентование компьютерных программ в США имеет давнюю и богатую историю.

Известно, что первый патент на программу был выдан еще в 1965 г.[6] В 1972 г. в Верховном суде США было впервые в истории рассмотрено дело, касающееся возможности патентования софта, в котором Суд признал недействительным патент на программу, осуществлявшую перевод чисел из одного бинарного формата в другой[7].

Однако строгий запрет на патентование алгоритмов и математических формул, подкрепленный аналогичным решением Суда в 1978 г., начал смягчаться с учреждением в начале 1980-х годов Апелляционного суда США по федеральному округу, который с момента своего создания начал проводить активную дружелюбную политику в отношении

---

[1] *Ballardini Rosa Maria*. Software Patents in Europe: the Technical Requirement Dilemma // Journal of Intellectual Property Law & Practice. 2008. Vol. 3 (9). P. 569.

[2] Там же.

[3] *Karjala D.S.* The Disputed Quality of Software Patents; The Relative Roles of Patent and Copyright in the Protection of Computer Programs // Marshall Journal of Computer & Information Law. 1998. N 1 (41).

[4] *Barwolff Matthias*. Beyond Copyright and Patents for Software. Computer & Society, Technical University of Berlin Publications. 2002. N 12.

[5] *Guntersdorfer Michael*. Software Patent Law: United States and Europe Compared // Duke Law & Technology Review. 2003. N 12.

[6] https://www.computerworld.com/article/2540020/data-center/unsung-innovators--marty-goetz--holder-of-first-software-patent.html

[7] https://en.wikipedia.org/wiki/Gottschalk_v._Benson

патентования программ и тем самым фактически переиначил значимые прецеденты Верховного суда[1].

Немало поспособствовало изменению климата также и неоднозначное решение Верховного суда в 1981 г., в котором было признано, что, несмотря на свою нематериальную природу, компьютерные программы все же могут обладать патентоспособными признаками с определенными ограничениями[2].

Однако по-настоящему повальный характер патентование приобрело в конце 1990-х годов, когда в этапном деле *State Street Bank and Trust Company v. Signature Financial Group* Апелляционный суд радикально переформулировал критерии патентоспособности для программ, поставив во главу угла признак «полезности» изобретения и, таким образом, значительно расширив круг потенциально патентуемых объектов[3]. В сущности, Суд маркировал принципиальный разрыв судебной практики с ранее превалировавшими судейскими воззрениями, согласно которым программному обеспечению не может быть дарована патентная охрана в силу его чисто умозрительного характера.

Так, популярная в 1970-х годах доктрина мысленного шага (*Mental Step Doctrine*)[4] постулировала, что постольку, поскольку любые программы представляют собой последовательность операций, причем эти операции, вычислительные по своей сути, гипотетически могут быть произведены человеческим умом «с карандашом и бумагой», то они, следовательно, не могут выступать объектами патентного права, являясь не более чем умозрительными цепочками действий (иначе говоря – идеями), для выполнения которых необходимы материальные мощности физического предмета – компьютера.

Революционное решение в деле *State Street* фактически дало «зеленый свет» на ничем не ограниченное патентование компаниями методов ведения бизнеса в форме программ, продолжавшееся вплоть до 2010 г., когда в деле *Bilski v. Kappos* Верховный суд, впервые за многие годы затронув проблему патентования методов ведения бизнеса в компьютеризированной форме, одобрил новый тест на определение патентоспособности программного продукта, который потенциально серьезно ограничивает круг объектов, которые могут получить патентную охрану. Данное решение, получившее широкую огласку в публике,

[1] https://arstechnica.com/tech-policy/2012/09/how-a-rogue-appeals-court-wrecked-the-patent-system/

[2] http://www.jonesday.com/machine-or-transformation/#_ftn7

[3] *Leith Philip*. Software and Patents in Europe.

[4] http://itlaw.wikia.com/wiki/Mental_steps_doctrine

критиковалось по разным аспектам – как с точки зрения неспособности Суда провести четкие границы между патентоспособными и непатентоспособными объектами в силу узости выбранного текстуального метода[1], так и с точки зрения потенциального экономического вреда, который может нанести обороту применение судами и патентными органами одобренного Судом нового теста[2].

Одна из острых проблем американской судебной системы последних лет – феномен так называемых «патентных зарослей»[3] и тесно связанных с ними «патентных войн[4]». В ее основе лежит злоупотребление большими компаниями, такими как *Microsoft*, *Apple* и *Google*, своими патентными правами, выражающееся в практике подачи огромного числа исков в судебные и патентные органы в целях пресечения предполагаемых нарушений права. Считается, что такая агрессивная политика больших компаний, стремящихся закрыть доступ к рынку для продуктов, аналогичных или даже в чем-то превосходящих их собственные, тормозит развитие инноваций и накладывает колоссальные издержки на изобретателей и участников рынка, которые, прежде чем подать заявку, должны потратить большое количество денег и ресурсов на оценку рисков нарушения чьих-либо прав и последующего участия в судебном споре.

Очевидно, что такое положение дел стало возможным только благодаря неофициальному санкционированию судебной системой патентно-правовой охраны в качестве *предпочтительного* способа защиты прав на софт, а также противоречивости составляющей прецедент судебной практики в этой сфере, навязывающей нижестоящим судам и патентным органам различные по существу тесты на определение признаков патентоспособности изобретения. Немаловажную роль играет и то, что именно в США сосредоточены самые влиятельные производители софта, каждый из которых стремится монополизировать свой сегмент рынка, вместе с тем не нарушая положений антимонопольного законодательства[5].

Последние три года в американской практике формируется новый подход к патентованию программного обеспечения и методов ведения

---

[1] *Menell Peter S.* Forty Years of Wondering in the Wilderness and No Closer to the Promised Land.

[2] *Lemley Mark A.*, *Risch Michael*, *Sichelman Ted*, *Wagner R. Polk*. Life After Bilski.

[3] https://en.wikipedia.org/wiki/Patent_war

[4] https://en.wikipedia.org/wiki/Patent_thicket

[5] Одним из решений проблемы представляется отказ от патентования программ вообще (https://techcrunch.com/2016/03/10/ending-patent-wars-will-be-a-huge-boon-to-the-tech-industry/).

бизнеса в форме программ, инспирированный решением *Alice Corp. v. CLS Bank International*[1]. В данном деле «изобретение» истца было подтверждено четырьмя патентами и представляло собой решение задачи регулирования торговых операций посредством ПО – суд апелляционной инстанции признал, что подобный случай не подпадает под действие патентно-правовой охраны (примечательно, что семь из 10 судей, обосновывая свою позицию, высказали совершенно разные мнения на причины, повлекшие их вывод, а пять из 10 не сошлись во взглядах относительно того, какой тест надо применить, чтобы решить вопрос о патентоспособности подобных «изобретений»). Тем не менее суды начинают признавать все больше ранее действовавших патентов недействительными и формировать более четкие критерии патентоспособности[2].

## II. Кому выгодно патентование программ?

*А. Позиция корпораций, патентных троллей и юристов*

Патентование программного обеспечения и компьютерно-реализуемых изобретений выгодно в первую очередь большим компаниям, занимающимся разработкой передовых продуктов в сфере софта и тратящим на их создание значительные денежные и трудовые ресурсы, которыми они располагают в силу устойчивой позиции на рынке. Закономерно, что выпуск на рынок продукта, которому нет аналогов среди производителей-конкурентов, автоматически обеспечивает компании-производителю большой доход и в целях сохранения лидирующей рыночной позиции компания заинтересована в том, чтобы момент выхода взаимозаменяемых товаров на рынок откладывался на как можно долгий срок. Поэтому патентная защита с ее исключительным характером, обязанностью принудительного лицензирования и долгими сроками действия (20 лет) соответствует интересам данных участников оборота.

Замечательным примером смены позиции в отношении патентования является компания *IBM*. В 1960-х годах она разрешала бесплатно распространять ПО, установленное на своих компьютерах, так как не имела никакого экономического интереса в защите программ как таковых. Однако с начала 1990-х годов *IBM* начала вести агрессивную политику по приобретению патентов на самые разные изобре-

[1] https://en.wikipedia.org/wiki/Alice_Corp._v._CLS_Bank_International

[2] https://techcrunch.com/2015/02/23/software-patents-are-increasingly-coming-under-fire-in-court/; https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=cee7bd75-a8ab-4610-a8ec-5f2528382ad2

тения[1] и выдавливанию конкурентов с рынка, которая продолжается до сих пор.

Так, согласно некоторым источникам за последний год *IBM* начала активно подавать патентные заявки на изобретения, связанные с технологиями «облачных вычислений» и «искусственного интеллекта». При этом, по мнению противников действующей системы патентования в США, многие из этих заявок оказываются не чем иным, как завуалированными патентами на софт, направленными на обход более строгих требований к патентоспособности программного продукта, связанных с вышеупомянутым решением *Alice*[2].

Другой яркий пример «паразитирования» патентной системы на технологических трендах связан с резким увеличением числа судебных споров в области патентов на так называемые «облачные процессы»[3], в которых под удар попадают как сами провайдеры «облачных» услуг, так и их пользователи. На примере *IT*-рынка США стало очевидным, что системные издержки, связанные с поощрением патентования ПО, в долгосрочной перспективе оказываются больше, чем предоставление правовой защиты разработкам отдельных крупных инноваторов. Выгода же, связанная с устранением и минимизацией этих издержек, принадлежит патентным юристам и юридическим отделам больших компаний, а также так называемым патентным «троллям» – фирмам, промышляющим скупкой патентов и предъявлением исков ничего не подозревающим «нарушителям» (некоторые из таких «нарушителей» зачастую не имеют средств на ведение судебных споров и потому автоматически соглашаются на обременительные мировые соглашения).

### *В. Позиция разработчиков, мелкого предпринимательства и пользователей*

Пожалуй, главными противниками государственного признания патента в качестве предпочитаемой защиты интеллектуальных прав на ПО являются предприятия мелкого и среднего звена, индивидуальные создатели и распространители программ, а также различные некоммерческие организации, выступающие против излишних ограни-

[1] По состоянию на 2016 г. *IBM* вновь занимает лидирующую строчку в списке компаний, обладающих наибольшим количеством патентов в своем портфолио (см.: https://www.networkworld.com/article/3155506/data-center/ibm-scores-most-patents-in-2016-apple-doesnt-crack-top-10.html).

[2] http://techrights.org/2017/03/12/patents-on-clouds-and-ai/

[3] http://www.businesscomputingworld.co.uk/cloud-computing-software-patent-claims-and-the-risks-to-service-availability/

чений оборота программного обеспечения, вроде Фонда за свободную информационную инфраструктуру[1]. Данная организация, в частности, сыграла ключевую роль в принятии Европейским парламентом решения об отказе в принятии Директивы по патентоспособности компьютерореализуемых изобретений.

Упомянутая Директива, в сущности, кодифицировала патентную практику Апелляционной палаты ЕПБ за последние 20 лет и тем самым вступила в жесткий конфликт с патентными законодательствами отдельных стран Союза. Не случайно, что активным лоббированием Директивы в представительных органах, помимо Бюро, занимались *Microsoft*, *IBM* и *Hewlett-Packard*[2]. С утратой возможности ее принятия в Европе фактически остался в силе прежний порядок: формально патенты на программы как таковые все еще запрещены, но с учетом выработанных Бюро доктрин и смысла истолкованных терминов вроде «как таковой», «технический эффект» и др. заявители все еще обладают весьма широким простором для подачи заявок на программы, работающие на компьютере общего назначения и выполняющие чисто математические функции вроде обработки данных.

В конечном счете любая более или менее системная попытка навязать патентную охрану изобретателям и держателям интеллектуальных прав будет неизбежно получать ответное сопротивление со стороны защитников открытого ПО как угроза свободному обмену идей и непрерывному технологическому развитию. Одним из вариантов решения проблемы в Европе и США, помимо радикальных (т.е. отмены патентно-правовой охраны вообще) является закрепление более строгих критериев патентоспособности программного изобретения, сопровождаемое закреплением обязанности в короткие сроки раскрывать информацию о своем изобретении.

## III. Перспективы патентования программного обеспечения в Российской Федерации

### А. *Защита программ как изобретений согласно действующим нормам ГК РФ*

Вопреки обывательскому мнению охрана программ и (или) программных продуктов в качестве изобретений по ГК РФ все же возможна.

[1] https://en.wikipedia.org/wiki/Foundation_for_a_Free_Information_Infrastructure

[2] *Avram Mihai*. Software Legal Protection: Shaping the EU Software Patent // Amsterdam Law Forum. Springissue. 2014.

Примечательно, что в п. 5 ст. 1350 ГК РФ воспроизводится запрет на отнесение программ для ЭВМ как таковых к охраняемым изобретениям, который знаком нам из Европейской патентной конвенции.

Вместе с тем, как отмечает О.В. Ревинский, программы можно вполне успешно охранять, если понимать их как технические реализации идей, тесно связанные с аппаратным обеспечением самого компьютера[1]. Именно через наличие физической связи между компьютером (как обработчиком сигналов) и загружаемой в него программой (как определенной последовательностью сигналов) можно обосновать патентоспособность ПО в форме как изобретения, так и полезной модели. Вторым аргументом является технико-прикладной характер программы, т.е. ее направленность на решение конкретной проблемы, относящейся к способу или устройству. По мнению О.В. Ревинского, проблема абстрактности программы как алгоритма решается через ее представление как *составной части* способа, с помощью которого реализуется конкретный технический результат[2]. С практической точки зрения такой взгляд на сущность программы определяет ее описание в формуле изобретения или полезной модели: в ней перечисляются существенные признаки, выраженные через конкретные действия, осуществляемые компьютером под управлением программы. Подобным образом патентует компьютерные программы, например, российская фирма *Global Patent Group*[3], прямо предлагающая патентную охрану лежащих в основе программ решений как более предпочтительную по сравнению с авторско-правовой формой защиты.

Данная позиция на природу ПО в целом соответствует воззрениям, которых придерживались правоприменители западных стран в 1970-х годах. Несомненным достоинством приравнивания программ к «сменным блокам управления компьютером» и внесения соответствующих описаний в формулу является минимизация риска того, что в результате решения патентного органа может быть запатентована программа, воплощающая собой чистый алгоритм или математическую/экономическую идею. Право интеллектуальной собственности, как известно, не может защищать идеи, математические алгоритмы, законы природы и другие мыслительные конструкции в отрыве от их практической реализации. Мы страхуем себя от риска патентования

[1] *Ревинский О.В.* Компьютерное программное обеспечение в составе имущества фирмы // Имущественные отношения в РФ. 2010. № 2. С. 28–36.

[2] Там же. С. 35.

[3] http://www.patent-rus.ru/news/patentovanie-programm-dlya-evm/

программ, выполняющих чисто вычислительные функции[1], являющихся автоматизацией каких-то процессов и методов ведения деятельности, в том числе ведения бизнеса.

В связи с вышеизложенным возникает вопрос: стоит ли продолжать придерживаться предлагаемой позиции, если в результате исключается целая серия классов программ, которые потенциально могли бы быть патентоспособными и вместе с тем не нарушали бы фундаментальных представлений о свободе идейного обмена? Следует ли отказывать в патентно-правовой охране программам, не решающим прикладные задачи, но тем не менее и не выполняющим функцию чистого предоставления информации; речь может идти как о новаторских методах сжатия данных на диске, так и о способах оптимизации файлового потока.

*В. Аргументы в пользу введения положений о патентно-правовой охране ПО в текст ГК РФ*

Главным доводом в пользу введения новелл, конкретизирующих положения патентного права применительно к программам и изобретениям, реализуемым с помощью программ, является включение в пределы правовой защиты классов программ, которые ранее были из них исключены. И напротив, в законе можно эксплицитно прописать невозможность патентования тех программ и компьютерореализуемых изобретений, которые раньше могли гипотетически получить защиту ввиду отсутствия запретительных норм и развитой судебной практики.

На самом деле для правильной рецепции иностранного опыта российским правоприменителям не нужно проделывать тот же мучительный путь к определению правовой сущности программ, который было суждено пройти Америке в силу прецедентного свойства судебных решений, а Европе – в силу противоречивости норм Европейской патентной конвенции и той колоссальной роли, которую впоследствии начали играть решения ЕПБ. Указав на возможность патентования отдельных видов цифровых продуктов, вместе с тем жестко придерживаясь принципа запрета на патентование алгоритмов, отечественный законода-

[1] Такой позиции, в частности, придерживается О.В. Ревинский: «Но способ, реализуемый под управлением программы на таком машиночитаемом носителе данных, – это именно *представление информации как таковое либо вычисление как таковое* (курсив мой. – *Р.Т.*). А такие объекты, согласно п. 2 ст. 4 Закона, не считаются изобретениями. Таким образом, программный продукт для выполнения этого способа тоже не является изобретением» (*Ревинский О.В.* Перспективы патентования изобретений и полезных моделей, связанных с компьютерным программным обеспечением // ИС. Промышленная собственность. 2004. № 1).

тель в своей сдержанности сможет не допустить открытия того ящика Пандоры, который загубил конкурентную среду на рынке ПО в США. Помимо этого, ясные указания закона будут ориентировать патентных поверенных и работников Роспатента, предотвращая многочисленные споры, связанные с неправомерным отказом в выдаче патента.

С точки зрения юридической техники это можно было бы осуществить посредством введения дополнительных пунктов в ст. 1350 ГК РФ, устанавливающую условия патентоспособности изобретения, т.е. те самые барьеры, которые лишают правовой охраны классы изобретений, которые, по мнению законодателя, ее не заслуживают. Введение полноценной статьи, посвященной регулированию рассматриваемого вопроса, хоть и заманчивое, не вписывалось бы в структуру части четвертой Кодекса, ибо дефинитивная норма, посвященная программам ЭВМ, содержится в главе об авторском праве, а вставлять норму, регулирующую патентоспособность программ для ЭВМ, в группу норм ст. 1350–1353 ГК РФ, регулирующих общие вопросы патентного права, было бы просто нелогично. Специфика рассматриваемых объектов патентования вынуждает модифицировать нормы ГК РФ, обусловливая присутствие конкретных правил там, где раньше можно было обходиться лишь общими. Вместе с тем любые модификации должны как можно меньше нарушать стройность организации норм пандектной системы, на которой основан российский ГК.

В первую очередь норма должна содержать запрет на патентование методов ведения бизнеса в компьютеризованной форме, который далее простирается на автоматизацию любых процессов в финансовой, юридической или экономической сфере. Представляется, что такая норма будет конкретизировать уже имеющийся в законе запрет на патентование правил и методов игр, интеллектуальной или хозяйственной деятельности. Иными словами, программа, функции которой сводятся, например, лишь к вычислению рыночных цен или автоматическому составлению договоров, не должна быть запатентована, несмотря на то что она формально может не рассматриваться в качестве программы как таковой в смысле п. 5 ст. 1350 ГК РФ. Точно так же простое добавление слов «компьютер», «процессор» в текст формулы или указание на то, что решение уравнения воплощено на языке программирования, не делает эти объекты охраноспособными[1]. Вместе

[1] *Зяблова А.Ю.*, *Штенников В.Н.* Перспективы патентования методов ведения бизнеса в России // Правовая защита, экономика и управление интеллектуальной собственностью: Материалы научно-практической конференции. УрФУ. 2015. Т. 2. С. 88–91.

с тем гипотетически возможно привести перечень разновидностей программ для компьютера общего назначения, которые не будут подпадать под норму вышеупомянутого пункта, – например, если программы решают конкретную техническую проблему, связанную с вычислительными функциями компьютера.

Подобные запреты будут стимулировать к составлению более четких формул изобретений и не позволят патентовать математические алгоритмы или чистые последовательности действий. Вместе с тем явное указание законодателя на то, что некоторые из классов программ все же могут быть запатентованы при условии их соответствия требованиям новизны, изобретательского уровня и промышленной применимости, может выступить небольшим стимулом к развитию отечественного *IT*-сектора.

С точки зрения целесообразности регулирования ослабление текущего строгого запрета на патентование ПО будет служить не цели поощрения инноваций, ибо патентное право в любых сферах зачастую имеет с этим мало общего, а цели награждения субъектов предпринимательской деятельности, которые тратят усилия на создание действительно оригинальных продуктов. В первую очередь речь идет об индивидуальных разработчиках и *IT*-стартапах, для которых интерес состоит не в блокировке доступа на рынок конкурентам или во взыскании убытков с гипотетических нарушителей прав, а в возможности извлечь прибыль из предоставляемой им законом монополии на продукт.

*С. Смешанная защита программного обеспечения*

Идея о том, что наиболее эффективно защищать компьютерные программы можно только при нахождении баланса между обеими формами правовой защиты, не нова и последние годы обсуждается европейскими учеными[1].

Применительно к Российской Федерации, как можно было сделать вывод на основе вышеприведенных доводов, приоритетным должно продолжать оставаться авторское право, ибо оно в наибольшей степени отвечает запросам независимых разработчиков софта, мелких предпринимателей и иных участников оборота, заинтересованных в первую очередь в том, чтобы их творческий результат не был скопирован. В связи с этим чрезвычайно важными становятся вопросы адекватности

[1] *Ballardini Rosa Maria*. Scope of IP Protection for the Functional Elements of Software. In Search of New IP Regimes // IPR University Center, 2010. P. 27–62.

гарантий авторско-правовой защиты софта, в частности вопросы доказывания истцом факта копирования элементов его программы в суде, а также надлежащего уровня проведения судебной компьютерно-технической экспертизы.

В западной литературе и судебной практике уже давно выделяют два вида копирования элементов программы: буквальное (*literal copying*) и небуквальное (*non-literal copying*)[1]. Буквальное копирование относится сугубо к исходному коду программы, в то время как небуквальное может охватывать целый ряд элементов, начиная от логической структуры программы и заканчивая последовательностью выполнения ею действий.

Проблема доказывания факта копирования небуквальных элементов продолжает оставаться болезненной темой: так, еще в феврале 2018 г. в резонансном деле *ZeniMax vs Oculus* истец пытался доказать факт небуквального копирования ответчиками элементов программы[2]. Один из соответчиков, великий геймдизайнер Джон Кармак, публично возмущался по поводу показаний экспертов и, в частности, самой размытости понятия «небуквальное копирование», которое, при должной степени изворотливости, позволяет обнаружить сходство между самыми далекими друг от друга программами[3].

Применительно к России представляется разумным текущее ограничение защиты ПО защитой кода. Интерфейс и графический дизайн могут, в свою очередь, охраняться отдельно в качестве самостоятельных объектов авторского права. Во избежание злоупотреблений представляется возможным дополнить ст. 1261 ГК РФ п. 2, в котором содержалось бы правило о том, что логическая структура программы и последовательность выполняемых ею действий не являются элементами, защищаемыми авторским правом.

С 18.07.2016 вступили в силу новые правила оформления заявок на государственную регистрацию программ для ЭВМ[4]. Основное значение регистрации программ для ЭВМ, предусмотренной ст. 1262 ГК РФ, состоит в ее доказательной силе, т.е. при ее наличии право-

---

[1] *Velasco J.* The Copyrightability of Nonliteral Elements of Computer Programs // Columbia Law Review. 1994. P. 242–292 («nonliteral elements are aspects of the computer program other than the written code itself. For example, the structure of the program, like the plot of a story, is a nonliteral element; the user interface of the program is another»).

[2] https://en.wikipedia.org/wiki/ZeniMax_v._Oculus

[3] https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=1913546895546485&id=100006735798590

[4] http://www1.fips.ru/wps/wcm/connect/content_ru/ru/documents/russian_laws/order_mert/prik_mert_211_05042016

обладателю гораздо легче доказать, что именно его исходный код был украден нарушителем. Позитивным нововведением является возможность заявителя депонировать код в размере, превышающем 70 страниц. Отныне в случае судебного спора идентификация кода будет осуществляться не на основе ограниченного куска, которого зачастую не хватает, а на основе целого кода или тех его частей, которые заявитель посчитает наиболее значимыми. Помимо этого, в состав депонируемых материалов теперь допускается включать подготовительные материалы, полученные в ходе разработки программы для ЭВМ, а также порождаемые ею аудиовизуальные отображения в любой визуально воспринимаемой форме. Все это, безусловно, увеличивает возможности для эффективного доказывания истцом факта нарушения в суде. Однако сама по себе регистрация программы до сих пор не имеет правоустанавливающего характера. С ее помощью можно подтвердить дату создания кода и с большей легкостью провести экспертизу, но решающего значения относительно вопроса об авторских правах она не имеет.

## Заключение

Проведенный анализ развития патентно-правовых режимов охраны в тех странах, которые отличаются развитым рынком информационных технологий и многолетней судебной практикой в отношении споров по поводу патентоспособности ПО, позволяет сделать определенные выводы относительно ее целесообразности вообще и целесообразности введения в правовые реалии России в частности. Неутихающие споры как в Америке, так и в Европе по поводу юридических, экономических и моральных оснований патентования софта свидетельствуют о том, что механическое заимствование опыта других стран может оказаться чреватым неприятными системными последствиями.

Отвечая на вопрос, поставленный в названии статьи, можно сказать следующее: нет, патентование компьютерных программ российскому праву не нужно, если конечной целью регулирования являются стимулирование притока инноваций и развитие обмена идеями. Но постольку, поскольку патентная защита будет мыслиться не в качестве социального блага (коим она не является в принципе), а в качестве экономической награды за труд разработчика, ее внедрение в ограниченных и контролируемых пределах может оказаться возможным.

**Пристатейный библиографический список:**

1. *Зяблова А.Ю.*, *Штенников В.Н.* Перспективы патентования методов ведения бизнеса в России // Правовая защита, экономика и управление интеллектуальной собственностью: Материалы научно-практической конференции. УрФУ. 2015. Т. 2. С. 88–91.

2. *Ревинский О.В.* Компьютерное программное обеспечение в составе имущества фирмы // Имущественные отношения в РФ. 2010. № 2. С. 28–36.

3. *Ревинский О.В.* Перспективы патентования изобретений и полезных моделей, связанных с компьютерным программным обеспечением // ИС. Промышленая собственность. 2004. № 1.

4. *Avram Mihai*. Software Legal Protection: Shaping the EU Software Patent // Amsterdam Law Forum. Spring issue. 2014.

5. *Ballardini Rosa Maria*. Scope of IP Protection for the Functional Elements of Software. In Search of New IP Regimes // IPR University Center. 2010. P. 27–62.

6. *Ballardini Rosa Maria*. Intellectual Property Protection for Computer Programs: Developments, Challenges and Pressures for Change // Hanken School of Economics. 2012.

7. *Guntersdorfer Michael*. Software Patent Law: United States and Europe Compared // Duke Law & Technology Review. 2003. N 12.

8. *Karjala D.S.* The Disputed Quality of Software Patents. The Relative Roles of Patent and Copyright in the Protection of Computer Programs // J. Marshall Journal of Computer & Information Law.1998. N 1 (41).

9. *Lemley Mark A.*, *Risch Michael*, *Sichelman Ted*, *Wagner R. Polk*. Life after Bilski // Stanford Law Review. 2011. Vol. 63. P. 1315–1347.

10. *Leith Philip*. Software and Patents in Europe // Cambridge Intellectual Property Rights and Information Law. 2007.

11. *Menell Peter S.* Forty Years of Wondering in the Wilderness and no Closer to the Promised Land // Stanford Law Review. 2010. N 1289.

12. *Velasco J*. The Copyrightability of Nonliteral Elements of Computer Programs // Columbia Law Review. 1994. N 10.

**А.А. Богустов**

# ГЕОГРАФИЧЕСКИЕ УКАЗАНИЯ КАК ОБЪЕКТЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ ГОСУДАРСТВ – ЧЛЕНОВ ЕАЭС

Аннотация. *В статье анализируются особенности правового регулирования отношений, возникающих по поводу географических указаний в праве государств – членов ЕАЭС. Исследуются система и признаки охраняемых объектов в национальном законодательстве, критически анализируется механизм предоставления правовой охраны указанным объектам.*

Ключевые слова: *географическое указание, интеллектуальная собственность, наименование места происхождения товара, средства индивидуализации.*

К числу основных направлений развития национальных гражданско-правовых систем относится усиление внимания законодателя к регулированию отношений в сфере интеллектуальной собственности. Это выражается в том, что «расширяется круг объектов, на которые распространяет свое действие законодательство, создаются новые механизмы регулирования, а также трансформируются уже известные правовые институты»[1]. Данная тенденция характерна и для законодательства государств постсоветского пространства.

Примером этого является развитие правового регулирования отношений, связанных с возникновением, реализацией и охраной прав на географические указания[2]. В литературе высказывается справед-

[1] Гражданское и торговое право зарубежных государств / Отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. В 2 т. Т. I. М.: Междунар. отнош., 2004. С. 30.

[2] В настоящей статье термины «географические указания» и «наименование места происхождения товара» используются автором в качестве синонимов, за исключением случаев, когда их различие следует из нормативных предписаний.

ливое мнение о том, что предоставление охраны подобным объектам служит интересам общества, поскольку «они заключают в себе важную информацию о географическом происхождении товаров и услуг и – косвенно – о присущих им качестве и характеристиках. Поэтому при правильном использовании указания на источник и наименование места происхождения могут помочь потребителю в выборе товара, подчас сильно влияя на этот выбор»[1]. Из ч. (iv) ст. 3 Всемирной декларации по интеллектуальной собственности (2000) следует, что ценность географических указаний, как и любых других средств индивидуализации, состоит в том, что человечество всегда «полагалось на системы надежного и точного обозначения»[2].

В отношении данных объектов права интеллектуальной собственности существует парадоксальная ситуация. Современные авторы указывают, что «использование в качестве индивидуализирующего средства указания на место производства (происхождения) товара началось гораздо раньше, чем использование фирменного наименования или товарного знака»[3], и одновременно отмечают, что «долгое время во многих странах в гражданском законодательстве отношения, связанные с наименованием мест происхождения товаров, не регулировались»[4].

Национальное законодательство о географических указаниях начало формироваться относительно недавно. Еще в середине 90-х годов XX в. исследователи обращали внимание на то, что проблематика, связанная с этим объектом, «слабо освещена в науке отечественного гражданского права»[5], а в большинстве стран постсоветского пространства «отсутствуют законодательные акты в области охраны географических указаний»[6]. На протяжении последующих лет подобные объекты интеллектуальной собственности получили легальное закрепление в национальном праве рассматриваемых нами государств, а в некоторых странах было принято даже несколько редакций законов о географических указаниях.

---

[1] Интеллектуальная собственность. Основные материалы / Пер. с англ. под общ. ред. Л.Б. Гальперина. Ч. 1. Гл. 1–7. Новосибирск: Наука, 1993. С. 13.

[2] Всемирная декларация по интеллектуальной собственности [Электронный ресурс]. URL: http://www.conventions.ru/view_base.php?id=646 (дата обращения: 10.03.2018).

[3] Право интеллектуальной собственности / И.А. Близнец, Э.П. Гаврилов, О.В. Добрынин и др.; Под ред. И.А. Близнеца. М.: Проспект, 2016. С. 542.

[4] Там же. С. 525.

[5] *Горленко С.А.* Проблемы регулирования охраны наименований мест происхождения товаров: Автореф. дис. ... к.ю.н. М., 1994. С. 2.

[6] *Григорьев А.Н.* Географические указания: проблемы правовой охраны на национальном и международном уровнях: Автореф. дис. ... к.ю.н. М.,1995. С. 7.

Тем не менее до настоящего времени остается актуальным замечание В.И. Еременко о том, что «наименование места происхождения товара – один из самых малочисленных с точки зрения количества зарегистрированных объектов и малоисследованных в научной среде объектов интеллектуальной собственности»[1]. Правильность этого мнения подтверждается, например, тем, что в Республике Беларусь в государственный реестр внесено всего 30 наименований мест происхождения товара и только одно из них связано с географическим объектом, находящимся на ее территории (минеральная вода «Минская»)[2]. О недостаточной изученности этих объектов интеллектуальной собственности свидетельствует то, что число диссертационных исследований по данной проблематике до сих пор относительно невелико[3].

На наш взгляд, теоретический и практический интерес представляет исследование законодательства государств – членов ЕАЭС в данной области. Во-первых, подходы к правовому регулированию отношений, связанных с географическими указаниями, в данной группе государств являются типичными для постсоветских стран. Они вызваны сходными социально-экономическими предпосылками, сформировались в один исторический период. Иными словами, исследование проблем правового регулирования отношений по поводу географических указаний в законодательстве стран – членов ЕАЭС позволяет выявить вопросы, характерные для права всех постсоветских стран.

Во-вторых, участие в ЕАЭС подразумевает высокий уровень интеграции, в том числе в сфере отношений интеллектуальной собственности. Например, Договор о координации действий по защите прав

---

[1] *Еременко В.И.* Особенности правовой охраны наименования мест происхождения товаров в Российской Федерации // Биржа интеллектуальной собственности. 2012. Т. XI. № 2. С. 9–10.

[2] Перечень наименований мест происхождения товаров, сведения о которых внесены в государственный реестр Республики Беларусь [Электронный ресурс]. URL: http://www.belgospatent.by (дата обращения: 10. 03.2018).

[3] Можно упомянуть следующие диссертационные исследования: *Григорьев А.Н.* Географические указания: проблемы правовой охраны на национальном и международном уровнях: Автореф. дис. ... к.ю.н. М.,1995; *Горленко С.А.* Проблемы регулирования охраны наименований мест происхождения товаров: Автореф. дис. ... к.ю.н. М., 1994; *Дмитриченко Г.М.* Правовий режим географічного зазначення в Україні як об'єкта промислової власності: Автореф. дис. ... к.ю.н. Київ, 2014; *Нгуен Ван Чанг.* Географические указания как объекты правовой охраны во Вьетнаме и в России: Автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2003; *Салтыков М.А.* Правовая охрана наименования места происхождения товара как одного из объектов интеллектуальных прав: Автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2012; *Тахиров Г.И.* Совершенствование правовой охраны географических указаний в Республике Таджикистан: Автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2004.

на объекты интеллектуальной собственности[1] предусматривает, что государства – члены ЕАЭС исходят из «необходимости формирования единой системы защиты прав на объекты интеллектуальной собственности» (п. 1 ст. 2), а для достижения указанной цели должны осуществляться «гармонизация и совершенствование законодательства государств-членов» (п. 2 ст. 2). Сближение же законодательства подразумевает выявление правовой природы тех различий, которые существуют в национальных правовых системах. Таким образом, проведение сравнительно-правового анализа правового регулирования отношений, возникающих по поводу наименований мест происхождения товара, будет способствовать процессу унификации законодательства об интеллектуальной собственности государств – членов ЕАЭС.

Регулирование данной группы отношений в рассматриваемых нами странах осуществляется несколькими способами, что само по себе указывает на существование в национальном законодательстве технико-юридических различий. В Армении[2] и Беларуси[3] приняты специальные законы о географических указаниях[4].

Значительное сходство географических указаний и товарных знаков приводит к тому, что отношения, связанные с этими объектами интеллектуальной собственности, зачастую урегулированы в рамках единого нормативного акта. По такому пути пошло право Казахстана[5] и Кыргызстана[6]. Аналогичный механизм используется в законодательстве Азербайджана, Туркменистана и Узбекистана.

---

[1] Договор о координации действий по защите прав на объекты интеллектуальной собственности (заключен в г. Гродно 08.09.2015) [Электронный ресурс]. URL: http://www.conventions.ru/view_base.php?id=21814 (дата обращения: 12.04.2018).

[2] О географических указаниях: Закон Республики Армения, 22.05.2010 № ЗР-60 [Электронный ресурс]. URL: http://docplayer.ru/58273142-Zakon-respubliki-armeniya-o-geograficheskih-ukazaniyah.html (дата обращения: 10.03.2018).

[3] О географических указаниях: Закон Республики Беларусь, 17.07.2002 № 127-З [Электронный ресурс]. URL: http://etalonline.by/?type=text&regnum=h10200127#load_text_none_1_1 (дата обращения: 10.03.2018).

[4] Подобный подход используется и в законодательстве некоторых государств постсоветского пространства, не являющихся членами ЕАЭС, – Молдовы, Таджикистана и Украины.

[5] О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров: Закон Республики Казахстан, 26.07.1999 № 456 [Электронный ресурс]. URL: http://online.zakon.kz/document/?doc_id=1014203#pos=595;-95 (дата обращения: 10.03.2018).

[6] О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров: Закон Кыргызской Республики, 14 января 1998 г. № 7 [Электронный ресурс]. URL: http://pravum.kg/2011/08/закон-кр-»о-товарных-знаках-знаках-обс/ (дата обращения: 10.03.2018).

Лишь в Российской Федерации после проведенной реформы законодательства в сфере интеллектуальной собственности рассматриваемая нами группа отношений полностью урегулирована в рамках Гражданского кодекса[1].

Существование подобных технико-юридических различий и достаточно частое изменение национального законодательства в данной области можно, на наш взгляд, объяснить двумя причинами.

Во-первых, модельное законодательство для государств – участников СНГ о вопросах интеллектуальной собственности не послужило четким ориентиром при разработке национальных нормативных актов о географических указаниях. Это обусловлено несколькими факторами. Прежде всего, в регулировании данных объектов проявляется свойство альтернативности модельного законодательства об интеллектуальной собственности. Автор настоящей статьи ранее отмечал[2], что, помимо прочего, эта альтернативность проявляется в изменчивости модельного законодательства. Первоначально географическим указаниям были посвящены правила, содержавшиеся в принятой в 1996 г. части третьей Модельного ГК для государств – участников СНГ[3]. Затем в 2003 г.[4] в этот документ были внесены кардинальные изменения, результатом которых стало закрепление в Модельном ГК лишь самых общих положений об интеллектуальной собственности без детализации правил, касающихся ее отдельных объектов. При этом модельные акты не являются международными договорами и, более того, вообще не имеют нормативно-правового характера. Это позволяет использовать их различные редакции при разработке национального законодательства в сфере интеллектуальной собственности.

---

[1] Гражданский кодекс Российской Федерации, часть четвертая, 18.12.2006 № 230-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2006. № 52 (ч. 1). Ст. 5496.

[2] *Богустов А.А.* Отличительные черты модельного законодательства для государств – участников СНГ о праве интеллектуальной собственности // Вестник БарГУ. Серия: Исторические науки и археология. Экономические науки. Юридические науки. 2016. Вып. 4. С. 103–107.

[3] Гражданский кодекс. Модель: рекомендательный законодательный акт Содружества Независимых Государств. Часть третья: Принят на 7-м пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств –участников СНГ, 17.02.1996 № 7–4 // Информационный бюллетень Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ (приложение). 1996. № 10. С. 3.

[4] Раздел V «Интеллектуальная собственность» части третьей Модельного Гражданского кодекса для государств – участников СНГ (новая редакция): Принят на 21-м пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ, 16.06.2003 № 21–7 // Информационный бюллетень Межпарламентской ассамблеи государств – участников СНГ. 2003. № 31. С. 206.

Кроме того, в силу рекомендательного характера указанных документов внесение в них изменений не влечет обязательной переработки принятых на их основе национальных законов.

Многовариантность проявляется также в принятии независимо друг от друга модельных актов, направленных на урегулирование одного и того же круга отношений. Например, помимо Модельного ГК вопросам интеллектуальной собственности посвящен еще один кодифицированный акт – Модельный кодекс интеллектуальной собственности[1]. При этом регулированию отношений, возникающих по поводу географических указаний, в данном модельном акте посвящено всего четыре статьи (ст. 92–95). Немногочисленность предписаний данного Модельного кодекса объективно не позволяет ему выступить в качестве основы формирования национального законодательства постсоветских стран в данной области, а специального модельного закона, посвященного этим объектам, не существует.

Во-вторых, действующие на настоящий момент международно-правовые акты также содержат лишь отдельные положения, способные оказать влияние на национальное законодательство.

Например, Парижская конвенция по охране промышленной собственности [2] лишь называет указания мест происхождения товара в числе объектов промышленной собственности (ст. 1) и допускает арест при ввозе продуктов, снабженных ложным указанием о их происхождении (ст. 10). Положения данной Конвенции, касающиеся предотвращения недобросовестного использования указаний, нашли развитие в Мадридском соглашении о санкциях за ложные и неправильные обозначения происхождения изделий [3].

Лиссабонское соглашение об охране наименований мест происхождения и их международной регистрации[4] и Женевский акт данного Со-

---

[1] Модельный кодекс интеллектуальной собственности для государств – участников СНГ: Рекомендательный законодательный акт Содружества Независимых Государств: Принят на 34-м пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ, 07.04.2010 // Информационный бюллетень Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ. 2010. № 4 С. 133.

[2] Парижская конвенция по охране промышленной собственности [Электронный ресурс]. URL: http://www.conventions.ru/view_base.php?id=473 (дата обращения: 12.03.2018).

[3] Соглашение о санкциях за ложные и неправильные обозначения происхождения изделий (заключено в г. Мадриде 14.04.1891) (с изм. и доп. от 31.10.1958) [Электронный ресурс]. URL: http://www.conventions.ru/view_base.php?id=21715 (дата обращения: 12.03.2018).

[4] Соглашение об охране наименований мест происхождения и их международной регистрации (заключено в г. Лиссабоне 31.10.1958) (с изм. и доп. от 14.07.1967

глашения[1], создавая механизм обеспечения охраны подобных объектов, содержат небольшое число материально-правовых норм, подлежащих имплементации в национальное законодательство. Кроме того, Лиссабонское соглашение не имеет широкого признания на постсоветском пространстве. К нему не присоединилось ни одно государство – член ЕАЭС, а из стран СНГ в нем участвует лишь Молдова.

Отдельные положения, касающиеся географических указаний, содержат ст. 22–24 Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (Соглашение ТРИПС)[2]. Данный документ направлен на развитие международно-правового регулирования отношений в сфере интеллектуальной собственности (в том числе и географических указаний) вне рамок ВОИС. В преамбуле к Соглашению ТРИПС закреплено, что оно принимается в целях «установления отношений взаимной поддержки» между ВТО и ВОИС, т.е. данные организации рассматриваются как независимые и равноправные участники данных отношений. Соглашение рассматривает взаимодействие государств в области охраны интеллектуальной собственности в качестве одного из элементов торгово-экономического сотрудничества и в первую очередь определяет правовые меры, позволяющие заинтересованным сторонам предотвращать незаконное использование данных объектов. При этом Республика Беларусь участвует в ЕАЭС, но не присоединилась к ВТО. Следовательно, Соглашение ТРИПС может повлиять на развитие ее национального права о географических указаниях лишь опосредованно, в той степени, в какой положения Соглашения ТРИПС воздействуют на право ЕАЭС.

Пресечение незаконного использования географических указаний является главной целью принятия ряда региональных соглашений в рамках СНГ. Среди них можно упомянуть Соглашение о мерах по предупреждению и пресечению использования ложных товарных знаков и географических указаний[3] и Соглашение о единых принци-

и 28.09.1979) [Электронный ресурс]. URL: http://www.wipo.int/treaties/ru/registration/lisbon (дата обращения: 12.03.2018).

[1] Женевский акт Лиссабонского соглашения о наименованиях мест происхождения и географических указаниях (заключено в г. Женеве 20.05.2015) [Электронный ресурс]. URL: http://www.wipo.int/treaties/ru/registration/lisbon (дата обращения: 12.03.2018).

[2] Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (заключено в г. Марракеше 15.04.1994) [Электронный ресурс]. URL: http://www.conventions.ru/view_base.php?id=480 (дата обращения: 12.03.2018).

[3] Соглашение о мерах по предупреждению и пресечению использования ложных товарных знаков и географических указаний (заключено в г. Минске 04.06.1999) [Элект-

пах регулирования в сфере охраны и защиты прав интеллектуальной собственности[1].

На уровне ЕАЭС на настоящий момент отношения, связанные с географическими указаниями, урегулированы в рамках Протокола об охране и защите прав на объекты интеллектуальной собственности (Приложение № 26 к Договору о ЕАЭС)[2]. Анализ указанного документа приводит к выводу о том, что он на региональном уровне решает те же задачи, что и Соглашение ТРИПС, – пресечение незаконного использования объектов интеллектуальной собственности (включая и наименования мест происхождения товара) в рамках торгово-экономического сотрудничества государств. Отношения, связанные с использованием товарных знаков и наименований мест происхождения товара, должны получить регламентацию в одобренном Советом Евразийской экономической комиссии, но не вступившем в законную силу проекте Договора о товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров ЕАЭС[3].

Таким образом, можно сделать вывод, что ни один из упомянутых выше актов международного права в силу решаемых ими задач не может служить основой для унификации национального законодательства.

В конечном счете недостаточная проработанность модельного законодательства и фрагментарность норм международного права в данной сфере приводят к существованию ряда расхождений в национальном законодательстве государств – участников ЕАЭС, регулирующем отношения, связанные с географическими указаниями.

Прежде всего, в национальном законодательстве стран – участниц ЕАЭС отсутствует единый подход к определению охраняемых объектов и их составу. Это является частным проявлением общей проблемы, свойственной правовому регулированию отношений в данной сфере.

---

ронный ресурс]. URL: http://www.conventions.ru/view_base.php?id=791 (дата обращения: 07.03.2018).

[1] Соглашение о единых принципах регулирования в сфере охраны и защиты прав интеллектуальной собственности (заключено в г. Москве 09.12.2010) [Электронный ресурс]. URL: http://www.conventions.ru/view_base.php?id=1782 (дата обращения: 07.03.2018).

[2] Протокол об охране и защите прав на объекты интеллектуальной собственности. Приложение № 26 к Договору о Евразийском экономическом союзе (заключен в г. Астане, 29.05.2014, с изм. и доп. по сост. на 12.08.2017) [Электронный ресурс]. URL: http://etalonline.by/?type=text&regnum=f01400176#load_text_none_1_1 (дата обращения: 12.03.2018).

[3] Проект Договора о товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров ЕАЭС: Распоряжение Совета Евразийской экономической комиссии, 17.03.2016 № 13 [Электронный ресурс]. URL: http://www.eurasiancommission.org/ru/act/finpol/dobd/intelsobs/Pages/dog_tov_znaki.aspx (дата обращения: 12.03.2018).

Например, современные авторы справедливо указывают на «терминологическую неопределенность, исторически сложившуюся в связи с употреблением терминов «указания происхождения», «географические указания», «наименования мест происхождения товаров». В литературе многократно высказывались мнения относительно того, что в сфере охраны НМПТ применяется усложненная терминология, которая до сих пор не унифицирована на международном уровне, что ведет к нечеткому разграничению вышеуказанных понятий»[1].

Из Протокола об охране и защите прав на объекты интеллектуальной собственности следует, что в государствах – членах ЕАЭС охрана может предоставляться как географическим указаниям (п. 17–18), так и наименованиям мест происхождения товаров (п. 19–21). Но основным объектом с точки зрения данного акта остается наименование места происхождения товара, поскольку географические указания охраняются только в том случае, «если такая правовая охрана предусмотрена законодательством этого государства-члена или международными договорами, участником которых оно является» (п. 18). Вместе с тем положения рассматриваемого документа указывают на проявление в праве ЕАЭС и, как будет показано ниже, праве отдельных государств-членов тенденции к закреплению самостоятельного характера наименований мест происхождения товаров и географических указаний. Универсальность этого явления иллюстрирует Женевский акт Лиссабонского соглашения о наименованиях мест происхождения и географических указаниях. Рассматривая практическое значение дифференциации этих обозначений, следует согласиться с Э.А. Шахназаровой, которая указывает: «НМПТ можно использовать только в отношении продукции, целиком происходящей из указанного места, т.е. сырье и переработка должны непременно происходить в соответствии с установленными правилами в конкретном географическом месте. В отношении географических указаний допускаются определенные послабления: не требуется жесткой связи между качеством, особыми свойствами продукта и местом его происхождения. Достаточно существования определенной репутации в заинтересованных профессиональных кругах и у потребителей, связанной с территорией производства продукта»[2].

[1] *Шахназарова Э.А.* Особенности международно-правовой охраны наименований мест происхождения товаров и географических указаний в свете принятия Женевского акта Лиссабонского соглашения 20.05.2015 // Журнал российского права. 2016. № 11. С. 173.

[2] Там же. С. 176.

Но национальное законодательство государств – членов ЕАЭС (за исключением Армении[1]) пока не закрепляет подобного деления, что не означает отсутствия технико-юридических различий в определении охраняемых объектов. Например, российское и казахстанское право вообще не использует термин «географическое указание», ограничиваясь закреплением дефиниции «наименование места происхождения товара». В соответствии с п. 1 ст. 1516 ГК РФ это «обозначение, представляющее собой либо содержащее современное или историческое, официальное или неофициальное, полное или сокращенное наименование страны, городского или сельского поселения, местности или другого географического объекта, а также обозначение, производное от такого наименования и ставшее известным в результате его использования в отношении товара, особые свойства которого исключительно или главным образом определяются характерными для данного географического объекта природными условиями и (или) людскими факторами». Указанное определение практически полностью совпадает с дефиницией, содержащейся в абз. 11 ст. 1 Закона Казахстана «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». Подобный подход применяется также в Московском соглашении 2010 г. (ч. 1 п. 1 ст. 15).

В праве Беларуси понятие «географическое указание» закрепляется в качестве обобщающего для самостоятельных объектов, к которым относятся «наименование места происхождения товара» и «указание происхождения товара» (ст. 1 Закона Беларуси). Определение «наименование места происхождения товара» в белорусском праве полностью совпадает с формулировкой п. 1 ст. 1516 ГК РФ. А указанием происхождения товара в соответствии с национальным Законом Беларуси (ч. 1 п. 3 ст. 1) о географических указаниях является «обозначение, прямо или косвенно указывающее на место действительного происхождения или изготовления товара».

Можно сделать вывод, что с технико-юридической точки зрения право России, Казахстана и Беларуси при предоставлении охраны наименованию места происхождения товара использует «принцип происхождения», т.е. за основу берется не столько идентификация товара, сколько название географического объекта, получившего известность в связи с особыми свойствами данного товара. Индивидуализация же товара обеспечивается закреплением за производителем права на использование такого наименования.

[1] Самостоятельный характер географических указаний и наименований мест происхождения товара признается также в законодательстве Молдовы и Украины.

Закон Кыргызстана (ч. 1 ст. 27) о товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров также не использует понятия «географическое указание» и предоставляют охрану только наименованию места происхождения товара. Ключевым отличием является то, что охрана данному обозначению предоставляется в том случае, когда особые свойства товара исключительно или главным образом определяются характерными для данного географического объекта природными условиями или человеческим фактором либо природными условиями и человеческим фактором одновременно. Подобный подход корреспондирует с правилами, закрепленными в Лиссабонском соглашении (ч. 1 ст. 2), Соглашении ТРИПС (ч. 1 ст. 22) и Минском соглашении 1999 г. (ст. 1). На наш взгляд, с технико-юридической точки зрения при предоставлении охраны наименованиям мест происхождения товаров в данном случае используют «принцип продукта», т.е. данное обозначение призвано идентифицировать товары как таковые путем указания на их особые свойства.

Большим своеобразием отличается право Армении, которое в качестве охраняемых обозначений признает географические указания, наименования мест происхождения и наименования гарантированных традиционных продуктов.

В соответствии с п. 1 ст. 2 Закона Армении о географических указаниях географическое указание – это название «территории (населенного пункта), определенной местности или, в исключительных случаях, страны, служащее для обозначения продукции, которая происходит из данной территории, определенной местности или страны, специфическое качество, репутация или другие характерные признаки которой в основном обусловлены данным географическим происхождением, которая произведена и (или) переработана, и (или) изготовлена в данной географической местности».

Наименование места происхождения – это «географическое название территории (населенного пункта), определенной местности или, в исключительных случаях, страны, служащее для обозначения продукции, которая происходит из данной территории, определенной местности или страны, и специфическое качество или другие характерные признаки которой главным образом или исключительно обусловлены данными географическими природными условиями, включая природные и человеческие факторы, и производство, переработка и изготовление которой имеет место в данной географической местности». И наконец, гарантированным традиционным продуктом является сельскохозяйственный или пищевой продукт, специфичность

которого признана и который зарегистрирован в установленном законодательством порядке.

Анализируя приведенные выше определения, можно прийти к выводу о том, что признаки, характеризующие географическое указание, присутствуют и у наименований мест происхождения, у которых они более конкретизированы. Признание географических указаний самостоятельными объектами, не совпадающими с наименованиями мест происхождения товаров, может быть объяснено только одной причиной – необходимостью обеспечения интересов производителей товаров, чье преимущество на рынке связано с их деятельностью в определенной, но достаточно широко понимаемой местности. А для наименований мест происхождения товаров местом их изготовления всегда является конкретный географический объект. Таким образом, географическое указание и наименование места происхождения товара соотносятся как категории общего и особенного, которое определяется как «признак, сходный с признаками одних и не сходный с признаками других предметов фиксированного класса»[1].

Но, признавая этот факт, необходимо осознавать, что в праве разделение сходных объектов на категории не имеет ценности само по себе. Нельзя не согласиться с М.М. Агарковым, который писал, что «всякая юридическая конструкция всегда сводится к постановке вопроса из области юридической систематики. Конструкции необходимы для определения места института в системе права, а также для уяснения соотношения между различными институтами. Конструктивные проблемы... являются проекцией тех практических целей, которые преследуются правопорядком»[2]. Применив данное положение к исследуемым нами средствам индивидуализации, можно прийти к выводу, что признание самостоятельного значения за географическими указаниями и наименованиями мест происхождения товара должно порождать существенные различия в их правовом режиме. Но обращение к Закону Армении о географических указаниях не подтверждает это предположение – ни порядок предоставления права на использование (ст. 11), ни характер права на охрану (ст. 12), ни срок действия права на охрану (ст. 13), ни защита от неправомерного использования (ст. 14) не имеют различий в отношении географического указания и наименования места происхождения товара. Таким образом, фактически разделение

[1] Философский энциклопедический словарь. М.: Советская энциклопедия,1989. С. 453.

[2] *Агарков М.М.* Учение о ценных бумагах // *Агарков М.М.* Основы банкового права: Курс лекций. Учение о ценных бумагах. М.: БЕК, 1994. С. 222–223.

географических указаний и наименований мест происхождения товаров не влечет каких-либо правовых последствий. Это в свою очередь лишает практического смысла признание самостоятельного характера специального объекта – наименования места происхождения. Можно предположить, что классификация рассматриваемых нами средств индивидуализации на географические указания и наименования мест происхождения в конечном счете приведет *de jure* либо *de facto* к отказу от предоставления охраны последним[1].

Для понимания правовой природы рассматриваемых объектов представляется необходимым исследовать порядок возникновения прав на них. Следует отметить, что законодательство всех стран – участниц ЕАЭС использует регистрационную систему, что не исключает наличия некоторого несходства технико-юридического характера.

Правовая охрана наименования места происхождения товара в Беларуси (ст. 2 Закона о географических указаниях), Казахстане (п. 1 ст. 25 Закона о товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров), Кыргызстане (ст. 28 Закона о товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров) и России (п. 1 ст. 1518 ГК) возникает на основании его регистрации в патентном ведомстве.

Принятию решения о регистрации предшествует экспертиза заявки, которая в соответствии с законодательством Беларуси, Кыргызстана и России включает два этапа: 1) предварительную экспертизу и 2) экспертизу заявленного обозначения. В свою очередь законодательство Казахстана предусматривает проведение только одной экспертизы.

Право Казахстана, Кыргызстана и России различает сроки охраны наименования происхождения товара и действия свидетельства о праве на наименование места происхождения товара. Если само наименование охраняется бессрочно, то свидетельство действует в течение 10 лет с возможностью продления на тот же срок неограниченное количество раз. Белорусский Закон «О географических указаниях», в отличие от права ранее рассмотренных государств, не содержит предписаний о бессрочном характере охраны наименования места происхождения товара, ограничиваясь установлением срока действия свидетельства.

Национальные законы всех рассматриваемых стран предусматривают, что в качестве заявителей могут выступать юридические и фи-

[1] Примеры этого уже имеются в законодательстве постсоветских стран. Право Азербайджана в качестве охраняемых объектов рассматривает только географические указания.

зические лица или группа лиц. В случае осуществления регистрации совместно право использования наименования места происхождения товара принадлежит каждому из этих лиц. Более того, право пользования наименованием места происхождения товара, зарегистрированным в установленном порядке, может быть предоставлено иным лицам, находящимся в том же географическом объекте и производящим товары с теми же свойствами. Предоставление права на пользование уже зарегистрированным наименованием места происхождения товара осуществляется патентным органом на основании заявки заинтересованного лица.

Законодательство рассматриваемых государств не устанавливает специальных режимов предоставления охраны отдельным видам наименований мест происхождения товаров (например, алкогольной продукции). Но, как указывалось выше, особенностью белорусского права является отнесение к числу географических указаний не только наименований мест происхождения, но и указаний мест происхождения товаров. Подобные объекты, как следует из п. 3 ст. 2 Закона о географических указаниях, не подлежат государственной регистрации, а их охрана осуществляется на основании использования.

Большие отличия от рассмотренного выше порядка регистрации существуют в законодательстве Армении. В соответствии со ст. 12 Закона Армении «О географических указаниях» право на охрану географических указаний, наименований мест происхождения товара и традиционных продуктов возникает с момента их регистрации. По общему правилу заявку на регистрацию вправе подать только группа, осуществляющая производственную деятельность. Но из п. 1 ст. 11 указанного Закона следует, что для приобретения права в отношении охраняемого географического указания товар должен соответствовать техническим спецификациям продукции, утвержденным компетентным органом. При этом любое лицо, производящее, перерабатывающее или изготавливающее товар в соответствующей географической зоне согласно положениям технических спецификаций для охраняемого географического указания или охраняемого наименования места происхождения, может подать в уполномоченный государственный орган заявку на предоставление права пользования им. То есть законодательство Армении связывает право использования географических указаний не с получением специального свидетельства, а с прохождением процедуры сертификации товара. В этих условиях выглядит логичным установленное ст. 13 Закона разделение сроков действия охраны географических указаний и возможности их использования.

Если охрана географического указания, наименования места происхождения и гарантированного традиционного продукта действует бессрочно, то право пользования охраняемым объектом ограничено 10-летним сроком с возможностью продления его каждый раз не более чем на 10 лет.

Несмотря на повсеместное использование в государствах – членах ЕАЭС регистрационной системы, тем не менее представляется, что она не полностью отвечает правовой природе наименования места происхождения товара. В литературе эта система характеризуется как «не имеющая давней истории и больших традиций»[1]. А зарубежные авторы вообще отмечают, что право на наименование места происхождения товара «устанавливается либо путем судебного производства, либо путем административного производства»[2].

Такое единство законодательства рассматриваемой группы государств в решении вопроса о возникновении прав на наименования мест происхождения товара может быть объяснено попыткой взять за образец хорошо разработанные механизмы регистрации товарных знаков. Но, на наш взгляд, в отношении предоставления охраны географическим указаниям справедливым является высказывание В.А. Дозорцева о том, что «стремление использовать для новых объектов уже апробированные средства охраны и институты естественно. Но не всегда с их помощью можно обеспечить эффективную охрану, адекватную сути нового объекта»[3]. Так, например, в силу существующих различий между товарными знаками и географическими указаниями использование подобного опыта не всегда является удачным.

В доктрине высказывается справедливая точка зрения, согласно которой регистрация является необходимым условием возникновения прав на результаты интеллектуальной деятельности, для которых приоритетное значение имеет не внешняя форма их выражения, а существо, содержание. В этом случае «создание аналогичного результата такого рода другим лицом, независимо от первого автора, здесь не просто возможно, но и неизбежно, если в этом есть практическая потребность... Те результаты, для которых приоритетное значение имеет содержание, могут охраняться только при их специальном оформлении, проведении

[1] Право интеллектуальной собственности: Учебник / И.А. Близнец, Э.П. Гаврилов, О.В. Добрынин и др.; Под ред. И.А. Близнеца. М.: Проспект, 2016. С. 551.

[2] *Матели П.* Новое французское законодательство по товарным знакам. Кн. 1. Душанбе: НПИЦентр, 1998. С. 144.

[3] *Дозорцев В.А.* Новая эра в охране исключительных прав // Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации: Сб. статей. М.: Статут, 2003. С. 16.

экспертизы, специальной регистрации. Эту систему предоставления охраны можно назвать «регистрационной»»[1]. При этом В.А. Дозорцев акцентирует внимание на том, что товарные знаки, в частности, «тоже могут быть повторно созданы независимо от их появления у первопользователя. Поэтому права на них возникают, как правило, тоже по регистрационной системе»[2]. Очевидно, что результатом подобной регистрации является возникновение субъективных прав исключительного характера. Например, еще А.Я. Канторович, характеризуя значение товарного знака (марки), указывал, что «потребитель связывает с маркой представление о качестве товара, и таким образом марка служит средством индивидуализации товара в ряду других конкурирующих предприятий... Ясно поэтому, что предприниматель имеет интерес в исключительном пользовании фирмой или маркой... и в преследовании всякого посягательства на эти права со стороны конкурентов»[3].

Но особенностью наименования места происхождения товара является то, что заинтересованное в использовании данного объекта лицо не создает его своими действиями, а лишь идентифицирует им производимую продукцию. Поскольку название географического объекта не является продуктом деятельности правообладателя, то его невозможно монополизировать. Из этого следует, что регистрация в отношении наименования места происхождения товара не выполняет традиционно возлагаемых на нее функций. Показательным, на наш взгляд, является тот факт, что в законодательстве ни одного из государств – участников ЕАЭС не содержится положений о приоритете подачи заявки на использование наименования места происхождения товара.

В данной ситуации естественным является отсутствие единства подходов национального права по поводу юридической природы субъективных прав на данные объекты. Определение таких прав как исключительных содержится в национальных законах лишь трех входящих в ЕАЭС государств (в п. 8 ст. 1 Закона Беларуси «О географических указаниях», ст. 1 Закона Казахстана «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товара», ст. 1517 ГК РФ). Но даже если мы согласимся рассматривать данные права как исключительные, трудно отрицать наличие у них определенной специ-

[1] *Дозорцев В.А.* Новая эра в охране исключительных прав // Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации: Сб. статей. С. 13.

[2] Там же. С. 14.

[3] *Канторович А.Я.* Основные идеи гражданского права. Харьков: Юрид. изд. НКЮ УССР, 1928. С. 195.

фики. На это обращают внимание как отечественные, так и зарубежные ученые: «регистрация наименования места происхождения товара не препятствует предоставлению аналогичного исключительного права любому лицу, которое в границах того же географического объекта производит товар, обладающий теми же особыми свойствами»[1], «юридическая монополия на использование наименования места происхождения отсутствует в силу того, что право пользования одним и тем же наименованием может быть предоставлено любому юридическому или физическому лицу, которое в границах того же географического объекта производит товар, обладающий теми же качествами»[2], «это исключительное право имеет коллективный характер: оно принадлежит всем лицам, продукция которых отвечает условиям предоставления права на наименование места происхождения товара, а именно: происхождению и качеству товара»[3]. Подобный характер прав сам по себе не требует регистрации, имеющей целью возникновение монополии на использование определенного объекта.

Но в отношении наименований мест происхождения товара неприменим и другой традиционный для объектов интеллектуальной собственности способ возникновения прав – предоставление охраны в силу факта создания. Такой способ применим к объектам, для которых «приоритетное значение имеет форма... Раз они уникальны, для них не требуется никакой экспертизы, регистрации»[4]. Очевидным является, что географические указания невозможно отнести и к таким объектам. Следовательно, противоречие юридической природы наименований мест происхождения товара как регистрационной, так и «созидательской» системам возникновения прав требует использования механизма, который учитывал бы специфику данного института (что, например, сделано в отношении коммерческой тайны и фирменного наименования).

Регистрационная система возникновения прав на географические указания представляется не полностью отвечающей сущности данного правового института еще по одной причине. В отличие от иных средств индивидуализации охрана такого объекта отвечает не только частным интересам конкретного лица, но и интересам общества в целом. Обществу может быть безразлична судьба товарного знака, возникновение

[1] *Андреев Ю.Н.* Судебная защита исключительных прав: цивилистические аспекты. М.: Норма: ИНФРА-М, 2011. С. 252.

[2] *Городов О.А.* Право промышленной собственности. М.: Статут, 2011. С. 567–568.

[3] *Мателли П.* Указ. соч. С. 145.

[4] *Дозорцев В.А.* Указ. соч. С. 13.

либо прекращение прав на который затрагивает лишь коммерческую сферу его правообладателя. Наименование места происхождения товара, индивидуализируя товары, обладающие редкими, а зачастую и уникальными, свойствами, «выполняет социальную, культурную роли»[1] и является «весьма ценным нематериальным объектом (национальным богатством)»[2]. А российскими исследователями отмечается, что охрана подобных объектов в Российской Федерации должна обеспечивать цели «поддержания национальных интересов России, сохранения самобытности и повышения ее независимости на международной арене»[3]. Это приводит к тому, что общество само по себе может быть заинтересовано в охране указанных объектов. Существование публичных интересов в данной сфере можно проиллюстрировать, например, положениями Закона Армении «О географических указаниях», установившего, что «охраняемые названия не могут становиться названиями общего использования (дженериками)» (п. 2 ст. 14).

Таким образом, право на географические указания воплощает в себе разнородные интересы, противоположные по своей направленности: производителя товара – получать конкурентное преимущество от использования такого объекта, общества – в сохранении производства уникального продукта. При этом регистрационная система связывает возникновение правовой охраны исключительно с активными действиями частных лиц. Регистрация наименования места происхождения товара конкретным лицом позволяет ему получить конкурентное преимущество только по отношению к производителям, осуществляющим деятельность за границами данного географического объекта, но никак не по отношению к местным хозяйствующим субъектам. Более того, не существует каких-либо различий между характером прав лица, получившего свидетельство на использование наименования места происхождения товара, и лица, получившего впоследствии разрешение на использование зарегистрированного объекта. Можно согласиться с тем, что «в первоначальном порядке приобретается как исключительное право использования прошедшего государственную регистрацию наименования

[1] *Салтыков М.А.* Указ. соч. С. 3.

[2] Право интеллектуальной собственности: Учебник / И.А. Близнец, Э.П. Гаврилов, О.В. Добрынин и др.; Под ред. И.А. Близнеца. С. 552.

[3] *Широкова О.Ю.* Указания происхождения товара, географические указания и наименования места происхождения товара // Правовая защита интеллектуальной собственности: проблемы теории и практики: Сб. материалов IV Междунар. юрид. форума (IP Форума). М.: Изд. центр Ун-та имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 2016. С. 237.

места происхождения товара (НМПТ), так и исключительное право на ранее зарегистрированное НМПТ»[1].

С точки зрения конкретного производителя подача заявки на регистрацию наименования места происхождения товара не только не дает ему монопольных прав на использование данного объекта, но и усиливает позиции его непосредственных конкурентов, производящих товар с аналогичными свойствами на данной территории. В такой ситуации заинтересованному лицу будет более выгодно получить охрану обозначения не в качестве географического указания, а как иного средства индивидуализации (например, товарного знака). Закон Республики Беларусь «О товарных знаках и знаках обслуживания»[2] (п. 3 ст. 5) устанавливает, что не могут быть зарегистрированы в качестве товарных знаков лишь «обозначения, тождественные или сходные до степени смешения с наименованием места происхождения товара, охраняемым в Республике Беларусь, а также с обозначением, заявленным на регистрацию в качестве такового и обладающим более ранним приоритетом». Таким образом, если обозначение географического объекта не зарегистрировано как наименование места происхождения товара либо заявка на его регистрацию в таком качестве еще не подана, то у заинтересованного лица отсутствуют какие-либо препятствия для получения его охраны в качестве товарного знака, которая в свою очередь предоставит ему исключительные права в отношении любых третьих лиц. Следовательно, при использовании регистрационной системы предоставления охраны наименованиям мест происхождения товаров существование общественных интересов в сохранении социальной и культурной роли данных объектов не может быть полностью учтено.

Регистрационную систему возникновения прав на наименования мест происхождения товаров следует проанализировать и с точки зрения возможного присоединения государств – участников ЕАЭС к универсальной системе регистрации географических указаний. Например, в литературе отмечается существование определенного интереса к развитию Лиссабонской системы у Российской Федерации[3]. Упомянутое выше Лиссабонское соглашение (ч. 1 ст. 5) исходит из того, что международная

---

[1] *Зенин И.А.* Исключительное интеллектуальное право как предмет гражданского оборота // Проблемы российского права интеллектуальной собственности (избранные труды). М.: Статут, 2015. С. 40–41.

[2] О товарных знаках и знаках обслуживания: Закон Республики Беларусь, 05.02.1993 № 2181-XII [Электронный ресурс]. URL: http://etalonline.by/?type=text&regnum=v19302181#load_text_none_1_1 (дата обращения: 10.03.2018).

[3] См. подробнее: *Шахназарова Э.А.* Указ. соч. С. 174.

регистрация может быть осуществлена только по «просьбе органов стран Специального союза от имени любых физических или юридических лиц». Женевский акт (ст. 6) в виде общего правила также закрепляет возможность обращения за регистрацией только компетентного органа государства. Физические и юридические лица могут выступать в качестве заявителей только в том случае, когда это допускается национальным законодательством. Иными словами, международно-правовая система охраны наименований мест происхождения товара рассчитана в первую очередь на обращение за ее предоставлением со стороны органов публичной власти государства. Однако подобный порядок скорее предполагает и предоставление защиты на национальном уровне по инициативе государственных органов.

В связи со сказанным выше необходимо вспомнить о том, что «наиболее яркой, давно сложившейся системой, а также системой со многими традициями является так называемая декретная система. В рамках такой системы охрана возникает на основании издаваемых компетентным органом или лицом декретов»[1]. Внедрение подобной системы в национальное законодательство государств – членов ЕАЭС могло бы состоять в наличии у органов государственного управления права предоставлять охрану географическим указаниям путем издания административных актов и введения механизма сертификации для субъектов хозяйствования, заинтересованных в использовании подобных обозначений для индивидуализации выпускаемой ими продукции. Такая система позволила бы, на наш взгляд, снять теоретическое противоречие между сущностью географического указания как объекта интеллектуальной собственности и регистрационной системой предоставления охраны, обеспечить баланс частных и общественных интересов в охране наименований мест происхождения товаров и облегчить возможность присоединения государств – членов ЕАЭС к универсальной системе охраны данных объектов интеллектуальной собственности.

**Пристатейный библиографический список:**

1. *Агарков М.М.* Основы банкового права: Курс лекций. Учение о ценных бумагах: Науч. исслед. М.: БЕК, 1994.

2. *Андреев Ю.Н.* Судебная защита исключительных прав: цивилистические аспекты. М.: Норма: ИНФРА-М, 2011.

[1] Право интеллектуальной собственности: Учебник / И.А. Близнец, Э.П. Гаврилов, О.В. Добрынин и др.; Под ред. И.А. Близнеца. С. 532.

3. *Богустов А.А.* Отличительные черты модельного законодательства для государств – участников СНГ о праве интеллектуальной собственности // Вестник БарГУ. Серия: Исторические науки и археология. Экономические науки. Юридические науки. Вып. 4. 2016. С. 103–107.

4. *Горленко С.А.* Проблемы регулирования охраны наименований мест происхождения товаров: Автореф. дис. ... к.ю.н. М., 1994.

5. *Городов О.А.* Право промышленной собственности: Учебник. М.: Статут, 2011.

6. Гражданское и торговое право зарубежных государств. В 2 т. / Авт. кол.: Г.Н. Буднева, Е.А. Васильев, А.В. Грибанов и др; Отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. Т. 1. М.: Междунар. отнош., 2004.

7. *Григорьев А.Н.* Географические указания: проблемы правовой охраны на национальном и международном уровнях: Автореф. дис. ... к.ю.н. М., 1995.

8. *Дмитриченко Г.М.* Правовий режим географічного зазначення в Україні як об'єкта промислової власності: Автореф. дис. ... к.ю.н. Київ, 2014.

9. *Дозорцев В.А.* Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации: Сборник статей / Исслед. центр частного права. М.: Статут, 2003.

10. *Зенин И.А.* Проблемы российского права интеллектуальной собственности (избранные труды). М.: Статут, 2015.

11. *Еременко В.И.* Особенности правовой охраны наименования мест происхождения товаров в Российской Федерации // Биржа интеллектуальной собственности. 2012. Т. XI. № 2. С. 9–19.

12. Интеллектуальная собственность: Основные материалы / РАН. Сибирское отделение; Гос. науч.-техн. библиотека; Пер. с англ. под общ. ред. Л.Б. Гальперина. Ч. 1. Гл. 1–7. Новосибирск: ВО «Наука», 1993.

13. *Канторович Я.А.* Основные идеи гражданского права. Харьков: Юрид. изд-во НКЮ УССР, 1928.

14. *Мателли П.* Новое французское законодательство по товарным знакам. Кн. 1. Душанбе: НПИЦентр, 1998.

15. *Нгуен Ван Чанг.* Географические указания как объекты правовой охраны во Вьетнаме и в России: Автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2003.

16. Право интеллектуальной собственности: Учебник / И.А. Близнец, Э.П. Гаврилов, О.В. Добрынин и др.; Под ред. И.А. Близнеца. М.: Проспект, 2016.

17. *Салтыков М.А.* Правовая охрана наименования места происхождения товара как одного из объектов интеллектуальных прав: Автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2012.

18. *Тахиров Г.И.* Совершенствование правовой охраны географических указаний в Республике Таджикистан: Автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2004.

19. Философский энциклопедический словарь / Редкол.: С.С. Аверинцев, Э.А. Араб-Оглы, Л.Ф. Ильичев и др. М.: Сов. энциклопедия, 1989.

20. *Шахназарова Э.А.* Особенности международно-правовой охраны наименований мест происхождения товаров и географических указаний в свете принятия Женевского акта Лиссабонского соглашения 20 мая 2015 г. // Журнал российского права. 2016. № 11. С. 171–180.

21. *Широкова О.Ю.* Указания происхождения товара, географические указания и наименования места происхождения товара // Правовая защита интеллектуальной собственности: проблемы теории и практики: Сб. материалов IV Междунар. юрид. форума (*IP*-Форума). М.: Изд. центр Ун-та им. О.Е. Кутафина (МГЮА), 2016. С. 235–237.

**Е.Ю. Мартьянова**

# ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ И *3D*-ПЕЧАТЬ: *3D*-МОДЕЛЬ КАК ОБЪЕКТ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫХ ПРАВ

Аннотация. *Развитие технологий привело к появлению нового объекта интеллектуальных прав – цифровой трехмерной модели, предназначенной для печати объемных объектов на 3D-принтере, правовой статус которой не определен действующим российским законодательством. Отсутствие регулирования данной сферы ставит под угрозу обеспечение защиты интеллектуальных прав обладателя трехмерной модели.*

Ключевые слова: *интеллектуальная собственность, 3D-печать, CAD-файл, 3D-модель.*

## Введение

Интеллектуальная собственность подвержена постоянным эволюционным процессам, характеризуется появлением разнородных способов ее выражения и передачи. Пройдя путь от печатного станка до информационно-телекоммуникационных сетей и *3D*-печати, объекты интеллектуальных прав преобразились не только по форме, но и по содержанию. Каждый вид интеллектуальных прав в той или иной мере был затронут появлением аддитивных технологий.

Создание правовой основы регулирования отношений в сфере *3D*-печати является необходимым условием обеспечения экономических интересов правообладателей. Согласно статистике, во всем мире продажи и услуги, связанные с трехмерной печатью, в 2012 г. составили 2,2 млрд долл. США, а к 2019 г. продажи возрастут примерно до 6,5 млрд долл. США[1]. В научной литературе отмечается, что

[1] Your Future will be Manufactured on a 3D Printer. URL: http://www.bloomberg.com/news/2013-05- 12/your-future-will-be-manufactured-on-a-3d-printer.html (дата обращения: 10.12.2017).

внедрение в жизнь *3D*-печати может не только затронуть отдельные моменты производства товаров, но изменить вектор развития производственных отношений, привести к децентрализации производства в целом[1]. Цена на *3D*-принтеры, предназначенные для домашнего использования, упала с 30 тыс. до 1000 долл. США[2], что влечет возможность для *3D*-принтера стать рядовым предметом домашнего обихода наряду с компьютером.

В Окинавской хартии глобального информационного общества от 22.07.2000, принятой странами – участницами «Большой восьмерки», красной нитью следует мысль о том, что интернет-пространство предоставляет безграничные возможности для информационного обмена, торговли, коммуникации и т.д., а также отмечается важность защиты интеллектуальной собственности в информационной среде[3]. При этом распространение трехмерных моделей в сети Интернет несет угрозу интеллектуальным правам: у правообладателя объективно отсутствует возможность контроля за каждым пользователем и *3D*-принтером, что приводит к высокому проценту латентности совершенных нарушений, а также к появлению убытков у правообладателя.

Область *3D*-печати служит почвой развития частноправовых отношений, регламентация которых является обязательным условием реализации и защиты прав участников гражданского оборота.

### Правовая природа *CAD*-файла и *3D*-модели

Технология создания трехмерных объектов путем послойного выращивания физического объекта, а также само устройство печати, именуемое стереолитографом, были разработаны Ч. Халлом в 1980-е годы. В 90-е годы XX в. появился первый редактор *3D*-графики – *3ds MAX*,

---

[1] *Bechtold S.* 3D printing and the intellectual property system // Economic Research Working Paper. 2015. N 28. URL: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_econstat_wp_28.pdf (дата обращения: 10.01.2018).

[2] *Manyika J.*, *Chui M.*, *Bughin J.*, *Dobbs R.*, *Bisson P.*, *Marrs A.* Disruptive Technologies: Advances that will Transform Life, Business, and the Global Economy. URL: https://www.google.ru/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwiG3rzxxtPYAhWCQpoKHYU4C4AQFggvMAE&url=https%3A%2F%2Fwww.mckinsey.com%2F~%2Fmedia%2FMcKinsey%2FBusiness%2520Functions%2FMcKinsey%2520Digital%2FOur%2520Insights%2FDisruptive%2520technologies%2FMGI_Disruptive_technologies_Full_report_May2013.ashx&usg=AOvVaw1kEAUJhf037R0EUHUf_hVs (дата обращения: 12.01.2018).

[3] Окинавская хартия глобального информационного общества (2000) [Электронный ресурс]. URL: http://sbiblio.com/biblio/archive/monahov_svoboda/04.aspx (дата обращения: 21.09.2016).

на основе которого в последующем стало возможным развитие трехмерных технологий и появление методов создания объемных виртуальных и реальных форм.

На сегодняшний день существует множество технологий для производства объемных моделей, в том числе ламинирование, селективное лазерное спекание и пр. Появление и распространение *3D*-печати именуется третьей индустриальной революцией[1].

Сфера применения *3D*-печати крайне обширна: аддитивные технологии используются для производства промышленных деталей, создания элементов одежды, декораций, медицинских имплантатов. В 2016 г. компания *Apis Cor* с помощью *3D*-печати создала одноэтажный дом[2]. В Корее приступили к использованию в медицине напечатанных на *3D*-принтере кровеносных сосудов. Компания *Adidas* выпустила партию кроссовок, созданных аддитивным способом. Дизайнером Данит Пелег была представлена коллекция одежды, изготовленная на *3D*-принтере[3]. Также существует проект, целью которого является создание мяса с помощью аддитивных технологий[4].

*3D*-печать имеет ряд преимуществ по сравнению с традиционными индустриальными технологиями производства: сравнительно невысокие издержки на воспроизведение объекта, высокая скорость и точность воспроизведения оригинала, возможность производства объекта непосредственно потребителем[5]. Данное предположение кажется вполне реалистичным, учитывая, что срок действия многих патентов, связанных с аддитивными технологиями, подходит к концу[6].

В целях регулирования возникших общественных отношений, связанных с появлением и использованием аддитивных технологий, в ряде государств были созданы соответствующие комиссии/комитеты, целью

---

[1] The Third Industrial Revolution. URL: http://www.economist.com/node/21553017 (дата обращения: 10.12.2017).

[2] Наукоемкие технологии: трехмерный принтер из Ярославля печатает дом в Дании. URL: https://www.vedomosti.ru/technology/articles/2017/09/14/733708-3d-printer-pechataet-dom (дата обращения: 10.12.2017).

[3] *Рубенян Л.А.*, *Елизаров А.А.* 3D-моделирование в дизайне костюма. Визуализация творческого процесса // Графический дизайн: история и тенденции современного развития: Материалы Международной научно-практической конференции. 2016. С. 221–227.

[4] Каталог: технологии 3d-печати, расходные материалы для 3d-принтеров. URL: http://3dtoday.ru/3d-printers/http:// 3dtoday. ru/3d-printers (дата обращения: 10.12.2017).

[5] *Крученецкий В.З.*, *Кулажанов Т.К.*, *Кизатова М.Ж.*, *Крученецкий В.В.* К использованию трехмерной печати пищевых продуктов, одежды // Вестник Алматинск. технологич. ун-та. 2016. № 3. С. 18–25.

[6] *Malaty E.* 3D Printing and IP Law // WIPO magazine. February 2017. URL: http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/01/article_0006.html (дата обращения: 12.01.2018).

которых являлась проработка стандартов, касающихся использования *3D*-печати. Например, в 2009 г. в США был сформирован Комитет по аддитивному производству (*ASTM*)[1], Европейской комиссией был принят ряд директив, отмечено, что *3D*-печать является приоритетной областью развития, имеющей значительный экономический потенциал[2]. В законодательстве России фактически отсутствуют положения, регулирующие создание, оборот и правовой режим объектов, возникающих в результате применения аддитивных технологий.

В аддитивном производстве имеется ряд объектов, в отношении которых возможно возникновение интеллектуальных прав: устройство *3D*-печати; *CAD*-файл, содержащий *3D*-модель; компьютерные программы, позволяющие исполнять *CAD*-файл; материалы для печати; печатаемый объект.

В связи с отсутствием в большинстве правовых систем специальных норм, посвященных регулированию отношений по созданию, воспроизведению и распространению объектов, полученных аддитивным способом, в научной литературе нередко ставится вопрос об определении правового режима *CAD*-файла (*Computer Aided Design*), который представляет собой цифровой файл, содержащий виртуальную трехмерную модель, на основе которого и печатается реальный объект, а также правового статуса самой *3D*-модели[3].

Ряд исследователей полагают, что *CAD*-файл по правовой природе сходен с компьютерной программой, соответственно, все нормы, регулирующие отношения по поводу компьютерной программы, могут быть применены к *CAD*-файлу и данного объема правовой регламентации будет достаточно для защиты правообладателей и удовлетворения интересов[4]. Подход обосновывается тем, что указанные объекты создаются и существуют в электронной форме.

Критикуя указанную позицию, ученые отмечают невозможность отнесения *CAD*-файла к компьютерной программе исходя из определения программы, данной в Типовых положениях о защите ком-

---

[1] Committee F42 on Additive Manufacturing Technologies. URL: https://www.astm.org/COMMITTEE/F42.htm (дата обращения: 12.01.2018).

[2] A Stronger European Industry for Growth and Economic Recovery. URL: http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2012/EN/1-2012-582-EN-F1-1.Pdf (дата обращения: 10.12.2017).

[3] *Elam V.* CAD Files and European Design Law // JIPITEC. 2016. N 7 (2). URL: https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-7-2-2016/4439 (дата обращения: 10.12.2017).

[4] *Bradshaw S.*, *Bowyer A.*, *Haufe P.* The Intellectual Property Implications of Low-Cost 3D Printing // Script Ed. 2010. N 7 (1). P. 5–31. URL: http://opus.bath.ac.uk/18661/ (дата обращения: 10.12.2017).

пьютерных программ Всемирной организации по интеллектуальной собственности, в ст. 1261 ГК РФ. В соответствии с данными положениями компьютерная программа представляет собой набор данных и команд (инструкций), которые подлежат обработке компьютером для достижения определенной цели. Но *CAD*-файл, как, например, файл с мультимедиа, лишь исполняется программой, установленной на компьютере, и не отдает самостоятельно каких-либо команд. Компьютерной программой является программа, открывающая *CAD*-файл, но не сам *CAD*-файл. Кроме того, отмечается, что создание компьютерной программы заключается в написании кода, в то время как авторы цифровых моделей создают изображение объекта с определенным набором характеристик в электронной форме[1].

В зарубежной литературе отмечается, что охрана *CAD*-файла как компьютерной программы и, соответственно, литературного произведения будет абсурдной, если цифровой *3D*-моделью будет пищевой продукт, например, мясо[2].

В отечественной литературе также можно встретить доводы в пользу недопустимости охраны *CAD*-файлов в качестве компьютерной программы. Так, А. Гурко полагает, что признание *CAD*-файлов программами для ЭВМ «не соответствует необходимости правовой охраны графических творческих решений»[3], так как охрана компьютерной программы связана с ее исходным кодом, а при внесении незначительного изменения данного кода, например, при изменении формата, возможность охраны будет утрачена.

Вместе с тем следует признать, что в рамках российской правовой действительности охрана *CAD*-файла в качестве компьютерной программы (программы для ЭВМ) более выгодна правообладателям, чем отнесение *CAD*-файла к иным объектам авторского права («другим произведениям»), с точки зрения свободного использования: в ст. 1273 ГК РФ содержится более широкий перечень случаев свободного использования, чем в ст. 1280 ГК РФ. Изготовление на *3D*-принтере трехмерных объектов для личных нужд может существенно снизить

[1] *Dolinsky K.* CAD's Cradle: Untangling Copyrightability, Derivative Works, and Fair Use in 3D Printing // Wash. & Lee L. Rev. 591 (2014). URL: https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol71/iss1/14 (дата обращения: 10.12.2017).

[2] *Simon M.* When Copyright Can Kill: How 3D Printers Are Breaking the Barriers Between Intellectual Property and the Physical World // Pace. Intell. Prop. Sports and Entertainment Law Forum. 2013. N 1. P. 59–97. URL: http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1019&context=pipself (дата обращения: 13.12.2017).

[3] *Гурко А.* Соотношение 3D-моделей и программ для ЭВМ // ИС. Авторское право и смежные права. 2016. № 6. С. 33–42.

прибыль владельцев традиционных производств, так как в личных целях могут употребляться как предметы домашней утвари, так и запасные части для машин, стоматологические импланты и пр.

Следующий подход заключается в дифференциации правового режима применительно к отдельным элементам *CAD*-файла – цифровому коду, *3D*-модели, чертежу[1]. Этот подход предполагает предоставление охраны, защиты составляющим *CAD*-файла исходя из особенностей каждой из его частей. Так, для цифрового кода авторами мыслится применять нормы, регулирующие отношения, связанные с созданием компьютерной программы; для *3D*-модели – режим промышленного образца или объекта авторского права и т.д.

Данный подход представляется небесспорным в виду следующего: *CAD*-файл не является простой суммой своих элементов, соответственно, вычленение из данного объекта его разнорежимных частей будет затруднено ввиду взаимообусловленности его составляющих. Например, могут возникнуть сложности при определении части, в отношении которой допущено нарушение прав, с целью установления, не истек ли срок действия исключительных прав, правовых последствий нарушения прав и пр.

Кроме того, в результате установления разного статуса составляющих одного объекта неизбежно возникнет вопрос о том, каким критериям охраноспособности (патентоспособности) должен соответствовать *CAD*-файл, ведь для объектов авторского и патентного права они различны.

Также необходимо отметить, что восприятие трехмерной модели как составной части *CAD*-файла не в полной мере соответствует действительности: *CAD*-файл и *3D*-модель скорее соотносятся как форма и содержание, чем как часть и целое. Точно так же, как фотография может существовать в формате *doc*, *pdf*, *jpg* и т.д.[2]

Серьезную поддержку имеет другая позиция, согласно которой *3D*-модель рассматривается в качестве объекта авторского права[3] и от-

---

[1] *Mendis D.*, *Secchi D.* A Legal and Empirical Study of 3D Printing Online Platforms and an Analysis of User Behaviour // Intellectual Property Office. 2015. N 41. P. 9. URL: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/549045/Study-I.pdf (дата обращения: 13.12.2017).

[2] При этом в отечественной литературе *CAD*-файл и *3D*-модель зачастую воспринимаются как синонимичные категории (см., например: Основные тенденции развития права интеллектуальной собственности в современном мире, в том числе новые объекты интеллектуальных прав и глобальная защита. М., 2017. С. 61).

[3] *Dasari H.* Assessing Copyright Protection and Infringement Issues involved with 3D Printing and Scanning // Alpha Quarterly Journal. 2013. Vol. 41. N 2. P. 293.

носится к категории «других произведений» (как это установлено, например, ст. 1259 ГК РФ).

Американские исследователи, выступающие сторонниками позиции рассмотрения *3D*-модели в качестве объекта авторского права, ссылаются на § 101, 102 Закона США «Об авторском праве» 1976 г. Данные положения позволяют включить в перечень объектов авторского права трехмерные модели, в связи с чем учеными также полагается возможным применение к отношениям, возникающим по поводу создания и использования *3D*-модели, Закона США «О защите авторских прав в цифровую эпоху» (1998), который устанавливает защиту для всех объектов авторского права, существующих в цифровом пространстве[1].

Английские ученые отмечают, что признание *3D*-модели объектом авторского права возможно только в том случае, если трехмерная модель подпадает под определение «художественного труда»[2]. Из достоинств изложенного подхода называют длительный срок действия исключительного авторского права, отсутствие специальных процедур по регистрации прав.

В литературе был предложен и подход, предусматривающий отнесение *3D*-модели к категории промышленного образца (дизайнерское решение), включение ее в перечень объектов патентного права.

С точки зрения представителей английской правовой доктрины, режим *CAD*-файла будет регулироваться в рамках патентного права, если *3D*-модель будет отображать запатентованный объект[3].

Российский автор А. Гурко предлагает ввести в часть четвертую ГК РФ новую главу, в которой регулировалось бы обращение цифровых моделей, предназначенных для создания продукта, в котором воплощены изобретение, полезная модель, промышленный образец[4]. При этом автор справедливо отмечает, что главная угроза интеллектуальным правам на *3D*-модели – бесконтрольное распространение в сети Интернет не будет нейтрализована при применении действующих норм об объектах патентных прав, так как размещение цифровой трехмерной модели в Сети не будет являться использованием в смысле

[1] *Gupta D.*, *Tarlock M.*, *Braun F.*, *Martel L.* 3D Printing, Copyright Challenges, and the DMCA // The Intellectual Property Law Section of the State Bar of California. 2013. N 3. P. 3.

[2] *Wessing T.* Challenging CAD file sharing. URL: https://www.taylorwessing.com/download/article_cad_file_sharing.html#.WluVPDdy7s0 (дата обращения: 06.12.2017).

[3] Ibidem.

[4] *Гурко А.* 3D-печать и право интеллектуальной собственности: взгляд в будущее // ИС. Авторское право и смежные права. 2016. № 5. С. 29–42.

ст. 1358 ГК РФ, соответственно, не будет квалифицировано как нарушение патентных прав[1].

В связи со сказанным следует отметить, что в зарубежной литературе нередко встречаются предложения объединить несколько правовых режимов для регулирования отношений, возникающих в связи созданием и использованием *3D*-моделей[2].

Решение обозначенных вопросов имеет важное не только теоретическое, но и практическое значение ввиду того, что разные объекты интеллектуальных прав имеют различные временные периоды защиты, свои особенности регистрации прав, несовпадающие критерии охраноспособности и проч. Несмотря на кажущееся удобство и простоту решения проблемы путем распространения действия норм о каком-либо виде объектов интеллектуальных прав на трехмерные модели, такой способ решения проблемы не является универсальным и не способен в полной мере урегулировать общественные отношения по созданию и использованию цифровых *3D*-моделей.

### Угрозы интеллектуальным правам, возникающие в связи с созданием и использованием *3D*-модели

Получение цифровой *3D*-модели возможно несколькими способами или их комбинациями[3]:

– самостоятельное создание файла с *3D*-моделью в специальной программе;

– внесение изменений в существующий файл;

– сканирование реального объекта.

В соответствии со ст. 1259 ГК РФ авторским правом охраняются произведения, создание которых отвечает критерию творчества (творческий характер презюмируется) и которые выражены в объективной форме. Следовательно (в рамках подхода, относящего 3D-модели к объектам авторского права), самостоятельно созданная трехмерная модель будет признаваться объектом авторского права ввиду презумп-

[1] *Гурко А.* 3D-печать и право интеллектуальной собственности: взгляд в будущее // ИС. Авторское право и смежные права. 2016. № 5.

[2] *Jia L.* To Print or not to Print: Innovation And IP Issues In 3D Printing 19/07/2017 BY INTELLECTUAL PROPERTY WATCH. URL: https://www.ip-watch.org/2017/07/19/print-not-print-innovation-ip-issues-3d-printing/ (дата обращения: 10.12.2017).

[3] *Mendis D., Secchi D.* A Legal and Empirical Study of 3D Printing Online Platforms and an Analysis of User Behaviour // Intellectual Property Office. 2015. № 41. P. 7. URL: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/549045/Study-I.pdf (дата обращения: 13.12.2017).

ции творческого характера ее создания и ее выражения в объективной форме. Сложности в распространении на *3D*-модель норм авторского права могут возникнуть в том случае, если создание этой модели очевидно не имело творческой составляющей: например, создание *3D*-модели обычной спички или пуговицы.

В американском праве подобные вещи именуются *useful articles* и невозможность их правовой охраны и защиты с позиций авторского права закреплена в ст. 113 Кодекса США, § 101 Закона об авторском праве США (1976).

Под *useful articles* понимаются объекты, имеющие утилитарное назначение[1], функциональность данных объектов не связана с их внешним видом. При этом защита может быть предоставлена тем частям объектов, которые имеют творческий характер и отделимы от утилитарной составляющей[2]. На практике реализация этого подхода вызывает ряд трудностей ввиду фактической невозможности выделения таких элементов у некоторых объектов. Кроме того, применение доктрины *useful articles* в конкретном случае способно исключить возможность применения концепции «в поте лица», которая традиционно считается ключом к определению возможности защиты прав лица, создавшего произведение, при очевидности несоответствия объекта критерию оригинальности[3].

В случае получения пользователем каким-либо образом уже существующей охраноспособной *3D*-модели необходимо учитывать, что внесение в нее изменений, а также иное использование, не согласованное с правообладателем, будет являться нарушением интеллектуальных прав. В то же время при наличии согласия правообладателя исходной *3D*-модели возможно создание производного объекта интеллектуальных прав.

---

[1] *Gary S. Raskin* Copyright Protection for Useful Articles: Can the Design of an Object be Conceptually Separated from the Object's Function? 1993. N 1. P. 171–211. URL: http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1650&context=lawreview (дата обращения: 13.12.2017).

[2] *Mottley D.G.* Intellectual Property Issues in the Network Cloud: Virtual Models and Digital Three-Dimensional Printers // Journal of Business & Technology Law. 2014. N 2. P. 151–168. URL: http://www.iaba.org/site/DOCTRINA_JURIDICA/6-Darrell-MottleyENG.pdf (дата обращения: 13.12.2017).

[3] *Flinn P.J.* Handbook of Intellectual Property Claims and Remedies. 2015. URL: https://books.google.ru/books?id=qLrafnllh84C&pg=SA2-PA31&lpg=SA2-PA31&dq=doctrine+useful+articles+Sweat+of+the+brow&source=bl&ots=qFNhefiLIW&sig=EE0mW4P6HYyOkukfKk8vNEKdv8w&hl=ru&sa=X&ved=0ahUKEwiemP7CpNjYAhXBhqYKHVB7D1sQ6AEIfzAJ#v=onepage&q=doctrine%20useful%20articles%20Sweat%20of%20the%20brow&f=false (дата обращения: 13.12.2017).

*3D*-сканирование реального объекта представляет собой технологическую процедуру создания *CAD*-файла, содержащего трехмерную модель выбранного объекта. Сам сканируемый объект при этом может быть как охраняемым на момент сканирования, так и неохраняемым. При этом если сканируемый объект является материальным воплощением произведения (объекта авторского права), то при *3D*-сканировании и последующем изменении исходной модели будет иметь место нарушение авторских прав. Иными словами, от правового режима сканируемого объекта и целей сканирования зависит, будет ли допущенное воспроизведение и копирование в отношении него являться нарушением интеллектуальных прав.

При этом у лица, осуществившего сканирование и направившего созданный *CAD*-файл на печать, по мнению ряда исследователей, возникают авторские права в отношении напечатанного объекта, так как им предпринимались интеллектуальные усилия по печати объекта. В данном случае будет иметь значение то, насколько точно воспроизведен сканируемый объект, имела ли место возможность выбора позиций для сканирования, различался ли итоговый результат при сканировании одного и того же объекта разными лицами, является ли сканер автоматическим или же требует значительного вклада в процесс сканирования со стороны человека[1].

В юридической литературе и правоприменительной практике не раз высказывалось мнение о том, что процессы фотографирования и создания *3D*-модели схожи и к ним возможно применять единое регулирование в большинстве правовых аспектов[2].

Так, американские суды выработали позицию, согласно которой фотографии сами по себе не защищены авторским правом, но могут получить данную защиту при соблюдении критериев охраноспособности для объектов авторских прав (оригинальности и объективного выражения), при этом, по мнению судей, аналогичные выводы справедливы и для цифровых моделей[3].

Применительно к фотографическим произведениям в российской судебной практике отмечается, что «процесс создания любой фотографии или видеозаписи является творческой деятельностью, поскольку представляет собой фиксацию с помощью технических средств

[1] *Dasari H*. Assessing Copyright Protection and Infringement Issues involved with 3D Printing and Scanning // Alpha Quarterly Journal. 2013. Vol. 41. N 2. P. 297.

[2] Ibid. P. 300.

[3] *Meshwerks Inc. v. Toyota Motor Sales U.S.A*. URL: https://www.courtlistener.com/opinion/170844/meshwerks-inc-v-toyota-motor-sales-usa-inc/ (дата обращения: 06.12.2017).

различных отражений постоянно изменяющейся действительности»[1]. При решении вопроса о правомерности использования (сканирования) *2D*-изображений, в том числе изображений персонажей, в целях создания трехмерных моделей, например, кукол персонажей, без получения согласия правообладателя в российской судебной практике выработана следующая позиция: изготовление игрушек в виде объемных пластиковых фигур (кукол) с подражанием изображений персонажам имеет явные признаки контрафактности[2].

Представляется возможным предположить, что создание объемной контрафактной продукции на основе двухмерных охраняемых объектов промышленным или рукотворным способом не будет иметь отличий от создания контрафакта на *3D*-принтере в контексте выяснения вопроса о нарушении исключительных прав и привлечения нарушителей к ответственности.

### Особенности ответственности информационных посредников при размещении *3D*-модели в виртуальном пространстве

Распространение *3D*-печати создает почву для нарушения интеллектуальных прав, поскольку невозможен полный контроль за действиями владельцев *3D*-принтеров. Да и вступление в дорогостоящие судебные тяжбы с многочисленными нарушителями, основанные на попытках отслеживания печатаемых объектов на каждом принтере и мониторинге интернет-пространства, не способно полностью исправить ситуацию.

В качестве мер по снижению опасности нелегального использования *3D*-модели в зарубежной литературе предлагается передавать *CAD*-файл непосредственно на *3D*-принтер, минуя интернет-

[1] Постановление Суда по интеллектуальным правам от 21.03.2014 № С01-506/2013 по делу № А56-27251/2013.

[2] Данный вывод содержится в решении по иску ООО «Студия анимационного кино «Мельница»» к ИП Стрельниковой Е.И., поданному в связи с реализацией ответчиком игрушек, изготовленных в виде персонажей мультика «Лунтик», изображения которых зарегистрированы в качестве товарных знаков (см. постановление Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 28.06.2016 № 19АП-2094/2016 по делу № А08-8111/2015). Указанная позиция также отражена по делу, в рамках которого было установлено, что ответчик нарушил исключительные права на товарный знак и авторские права на произведение изобразительного искусства путем реализации игрушек в виде объемных пластиковых фигур (кукол) героев анимационного сериала «Барбоскины», допущенной без согласия правообладателя (см. постановление Суда по интеллектуальным правам от 03.10.2017 № С01-663/2017).

ресурсы[1]; устанавливать высокую стоимость расходных материалов, используемых при трехмерной печати, с целью компенсации убытков от несогласованного воспроизведения и копирования[2]; применять различные технологические средства защиты в виде нанесения микрокодов на печатаемые объекты; вести учет всех используемых *3D*-принтеров и пр. Приведенные меры имеют превентивный, охранительный характер.

Здесь же надо отметить, что защита интеллектуальных прав на *3D*-модели требует установления не только надлежащего ответчика, но и места его нахождения – с целью предъявления соответствующего требования. Но в случае несанкционированного размещения *3D*-модели в сети Интернет возникают затруднения с установлением конкретного нарушителя.

В связи с этим в некоторых правопорядках существует возможность привлечения к ответственности интернет-посредника.

В ст. 1253.1 ГК РФ закреплено легальное определение информационного посредника, определены пределы и объем ответственности данного субъекта. При этом какие-либо специальные нормы в отношении регулирования размещения *CAD*-файлов, как и в законодательстве большинства стран, не предусмотрены.

Российской правоприменительной практикой выработан подход, согласно которому для определения отсутствия или наличия оснований для привлечения владельцев сайтов и провайдеров за размещение контента, нарушающего интеллектуальные права, необходимо выяснить, инициируют ли данные субъекты передачу данного материала, выбирают ли адресата, которому направляется контент, воздействуют ли на содержание и целостность передаваемых объектов[3]. Кроме того, разъяснено, что установлению также подлежат следующие обстоятельства:

– получили ли указанные субъекты прибыль от размещения контента;

---

[1] *Mendis D.*, *Secchi D.* A Legal and Empirical Study of 3D Printing Online Platforms and an Analysis of User Behaviour // Intellectual Property Office. 2015. N 41. P. 280. URL: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/549045/Study-I.pdf (дата обращения: 13.12.2017).

[2] *Mckenna B.* Razor-and-Blade Model: What is it? What Companies Have One? URL: https://www.fool.com/investing/2017/01/13/razor-and-blade-model-what-is-it-what-companies-ha.aspx (дата обращения: 13.12.2017).

[3] Постановление ВАС РФ от 23.12.2008 № 10962/08. Данная позиция согласуется с выводами ВАС РФ (Определение от 28.09.2012 № ВАС-10781/12 по делу № А40-42674/11-67-370) и иных судов (постановление ФАС Московского округа от 23.04.2012 по делу № А40-42674/11-67-370).

– установлены ли ограничения объема размещаемой информации и ее доступности для неопределенного круга лиц;

– зафиксированы ли в пользовательском соглашении обязанности пользователя по соблюдению законодательства при размещении контента, а также безусловные права провайдера удалить незаконно размещенный контент;

– имеются ли технологические условия, способствующие нарушению исключительных прав, и программы, которые позволяют выявить и удалить запрещенный контент[1].

Закон США «Об ограничении ответственности за нарушение авторских прав в Сети» (1998) (разд. II *DMCA*, *Online Copyright Infringement Liability Limitation Act*) исключает ответственность провайдера за правонарушения, совершенные его клиентами, но в § 202 *DMCA* указывается, что в случае получения провайдером финансовой выгоды от нарушения интеллектуальных прав провайдер лишается иммунитета от ответственности. Кроме того, *Safe harbor provision* (положение о «безопасной гавани») *DMCA* предоставляет провайдерам защиту в случае, если нелегально полученный контент загружается и публикуется клиентом, но провайдер не обрабатывает материал и не хранит на сервере его копию. Благодаря положению о «безопасной гавани» все сайты, базирующиеся на контентах, созданных самими пользователями, функционируют без риска привлечения их провайдера к ответственности.

Ввиду высокой значимости указанных законоположений для регулирования объектов, существующих в цифровом пространстве, в зарубежных работах отмечается, что в целях наиболее полного и детального регулирования отношений, связанных с трехмерной печатью, необходимо внести изменения в *DMCA* и принять отдельные положения относительно *CAD*-файлов[2].

Проблему нарушения интеллектуальных прав, совершенного с использованием аддитивных технологий, затруднительно решить как техническими, так и правовыми средствами, так как имеет место постоянное соревнование правообладателей и правонарушителей: чем совершеннее становятся защитные программы, тем изощреннее становятся способы их обхода.

---

[1] Постановление Президиума ВАС РФ от 01.11.2011 № 6672/11. Использование перечисленных критериев позволило привлечь к ответственности правообладателей портала «Рамблер» (см. постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 01.02.2010 по делу № А40-89751/09-51-773).

[2] *Salvatore D.* Replicant: 3D Printing and the Need for a Digital Millennium Patent Act. Law School Student Scholarship, 2014. P. 8.

В связи с этим для минимизации рисков правообладателей представляется возможным предложить следующее: правообладатель создает трехмерную модель объекта, на который у него имеются интеллектуальные права; правообладатель получает вознаграждение за размещение объекта интеллектуальных прав в сети Интернет от провайдеров (по соглашению сторон вознаграждение может быть как единовременным, так и систематическим), но не от пользователей Интернета, при этом во избежание косвенного возложения расходов провайдера на пользователей уполномоченный орган утверждает предельную стоимость услуг по подключению и использованию интернет-сети; в случае нарушения интеллектуальных прав в результате несанкционированного размещения *CAD*-файла в Сети или иного использования к ответственности привлекается провайдер, который имеет право регресса к конкретному лицу, незаконно разместившему контент, в случае его установления.

## Заключение

В результате проведения настоящего исследования установлено, что в России, как и во многих других правопорядках, отсутствует детальное правовое регулирование правоотношений по поводу трехмерных моделей. В ходе исследования выявлено, что исследуемый объект имеет ряд особенностей по сравнению с традиционными объектами интеллектуальных прав, игнорирование которых может привести к получению неудовлетворительного правового результата.

В связи с вышеизложенным актуальным представляется предложение о закреплении *3D*-модели в качестве самостоятельного объекта интеллектуальных прав, для регулирования которого потребуется проработка правоположений, включающих в себя возможность квалификации действий по хранению и распространению *3D*-модели в сети Интернет в качестве воспроизведения, как это возможно для объектов авторского права в соответствии с согласованными заявлениями к ст. 1 (4) Договора ВОИС по авторскому праву[1].

Кроме того, необходимо закрепление системы регистрации прав на цифровые трехмерные модели в целях достижения прозрачности данного рынка, установление более узкого перечня случаев свободного использования, нежели для объектов авторского права. Также явля-

[1] Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам (вместе с согласованными заявлениями в отношении Договора) (подписан 20.12.1996) // СПС «КонсультантПлюс».

ется актуальным предоставление возможности для правообладателей *3D*-моделей подавать процессуальные заявления о принятии предварительных обеспечительных мер аналогично механизму, установленному ст. 144.1 ГПК РФ.

Ввиду того, что отношения, связанные с созданием и использованием *3D*-моделей, находятся в стадии становления, неизбежным видится появление новых проблем как теоретической, так и практической направленности. В связи с указанным предмет настоящей работы нуждается в дальнейшем изучении, а предложенные идеи – в обсуждении и доработке.

**Пристатейный библиографический список:**

1. *Гурко А.* Соотношение 3D-моделей и программ для ЭВМ // ИС. Авторское право и смежные права. 2016. № 6. С. 33–42.

2. *Крученецкий В.З.*, *Кулажанов Т.К.*, *Кизатова М.Ж.*, *Крученецкий В.В.* К использованию трехмерной печати пищевых продуктов, одежды // Вестник Алматинск. технологич. ун-та. 2016. № 3. С. 18–25.

3. Основные тенденции развития права интеллектуальной собственности в современном мире, в том числе новые объекты интеллектуальных прав и глобальная защита. М., 2017.

4. *Рубенян Л.А.*, *Елизаров А.А.* 3D-моделирование в дизайне костюма. Визуализация творческого процесса // Графический дизайн: история и тенденции современного развития: Материалы Международной научно-практической конференции. 2016. С. 221–227.

5. *Сырых В.М.* История и методология юридической науки. М., 2012.

6. *Bechtold S.* 3D Printing and the Intellectual Property System // Economic Research Working Paper. 2015. N 28. URL: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_econstat_wp_28.pdf (дата обращения: 10.01.2018).

7. *Bradshaw S.*, *Bowyer A.*, *Haufe P.* The Intellectual Property Implications of Low-Cost 3D Printing // Script Ed. 2010. N 7 (1). P. 5–31. URL: http://opus.bath.ac.uk/18661/ (дата обращения: 10.12.2017).

8. *Dasari H.* Assessing Copyright Protection and Infringement Issues involved with 3D Printing and Scanning // Alpha Quarterly Journal. 2013. Vol. 41. N 2. P. 293.

9. *Dolinsky K.* CAD's Cradle: Untangling Copyrightability, Derivative Works, and Fair Use in 3D Printing // Wash. & Lee L. Rev. 591 (2014). URL: https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol71/iss1/14 (дата обращения: 10.12.2017).

10. *Elam V.* CAD Files and European Design Law // JIPITEC. 2016. N 7 (2). URL: https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-7-2-2016/4439 (дата обращения: 10.12.2017).

11. *Flinn P.J.* Handbook of Intellectual Property Claims and Remedies. 2015. URL: https://books.google.ru/books?id=qLrafnllh84C&pg=SA2-PA31&lpg=SA2-PA31&dq=doctrine+useful+articles+Sweat+of+the+brow&source=bl&ots=qFNhefiLIW&sig=EE0mW4P6HYyOkukfKk8vNEKdv8w&hl=ru&sa=X&ved=0ahUKEwiemP7CpNjYAhXBhqYKHVB7D1sQ6AEIfzAJ#v=onepage&q=doctrine%20useful%20articles%20Sweat%20of%20the%20brow&f=false (дата обращения: 13.12.2017).

12. *Gary S.* Raskin Copyright Protection for Useful Articles: Can the Design of an Object be Conceptually Separated from the Object's Function? 1993. N 1. P. 171–211. URL: http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1650&context=lawreview (дата обращения: 13.12.2017).

13. *Gupta D.*, *Tarlock M.*, *Braun F.*, *Martel L.* 3D Printing, Copyright Challenges, and the DMCA // The Intellectual Property Law Section of the State Bar of California. 2013. N 3. P. 3.

14. *Jia L.* To Print or not to Print: Innovation and IP Issues in 3D Printing 19/07/2017 BY INTELLECTUAL PROPERTY WATCH. URL: https://www.ip-watch.org/2017/07/19/print-not-print-innovation-ip-issues-3d-printing/ (дата обращения: 10.12.2017).

15. *Malaty E.* 3D Printing and IP Law // WIPO magazine. February 2017. URL: http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/01/article_0006.html (дата обращения: 12.01.2018).

16. *Manyika J.*, *Chui M.*, *Bughin J.*, *Dobbs R.*, *Bisson P.*, *Marrs A.* Disruptive Technologies: Advances that will Transform Life, Business, and the Global Economy. URL: https://www.google.ru/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwiG3rzxxtPYAhWCQpoKHYU4C4AQFggvMAE&url=https%3A%2F%2Fwww.mckinsey.com%2F~%2Fmedia%2FMcKinsey%2FBusiness%2520Functions%2FMcKinsey%2520Digital%2FOur%2520Insights%2FDisruptive%2520technologies%2FMGI_Disruptive_technologies_Full_report_May2013.ashx&usg=AOvVaw1kEAUJhf037R0EUHUf_hVs (дата обращения: 12.01.2018).

17. *Mckenna B.* Razor-and-Blade Model: What Is It? What Companies Have One? URL: https://www.fool.com/investing/2017/01/13/razor-and-blade-model-what-is-it-what-companies-ha.aspx (дата обращения: 13.12.2017).

18. *Mendis D.*, *Secchi D.* A Legal and Empirical Study of 3D Printing Online Platforms and an Analysis of User Behaviour // Intellectual Property Office. 2015. N 41. P. 9. URL: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/549045/Study-I.pdf (дата обращения: 13.12.2017).

19. *Meshwerks Inc. v. Toyota Motor Sales U.S.A.* URL: https://www.courtlistener.com/opinion/170844/meshwerks-inc-v-toyota-motor-sales-usa-inc/ (дата обращения: 06.12.2017).

20. *Mottley D.G.* Intellectual Property Issues in the Network Cloud: Virtual Models and Digital Three-Dimensional Printers // Journal of Business & Technology Law. 2014. N 2. P. 151–168. URL: http://www.iaba.org/site/DOCTRINA_JURIDICA/6-Darrell-MottleyENG.pdf (дата обращения: 13.12.2017).

21. *Salvatore D.* Replicant: 3D Printing and the Need for a Digital Millennium Patent Act. Law School Student Scholarship? 2014.

22. *Simon M.* When Copyright Can Kill: How 3D Printers are Breaking the Barriers Between Intellectual Property and the Physical World // Pace. Intell. Prop. Sports and Entertainment Law Forum. 2013. N 1. P. 59–97. URL: http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1019&context=pipself (дата обращения: 13.12.2017).

23. *Wessing T.* Challenging CAD File Sharing. URL: https://www.taylorwessing.com/download/article_cad_file_sharing.html#.WluVPDdy7s0 (дата обращения: 06.12.2017).

24. Наукоемкие технологии: трехмерный принтер из Ярославля печатает дом в Дании. URL: https://www.vedomosti.ru/technology/articles/2017/09/14/733708-3d-printer-pechataet-dom (дата обращения: 10.12.2017).

25. Каталог: технологии 3d-печати, расходные материалы для 3d-принтеров. URL: http://3dtoday.ru/3d-printers/http:// 3dtoday.ru/3d-printers (дата обращения: 10.12.2017).

26. A Stronger European Industry for Growth and Economic Recovery. URL: http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2012/EN/1-2012-582-EN-F1-1.Pdf (дата обращения: 10.12.2017).

27. Committee F42 on Additive Manufacturing Technologies. URL: https://www.astm.org/COMMITTEE/F42.htm (дата обращения: 12.01.2018).

28. The third industrial revolution. URL: http://www.economist.com/node/21553017 (дата обращения: 10.12.2017).

29. Your Future will be Manufactured on a 3-D Printer. URL: http://www.bloomberg.com/news/2013-05-12/your-future-will-be-manufactured-on-a-3d-printer.html (дата обращения: 10.12.2017).

**А.Е. Туркина**

# ТРЕХМЕРНЫЕ ЦИФРОВЫЕ ОБЪЕКТЫ В СФЕРЕ *E-COMMERCE*: ПОНЯТИЕ И ПЕРСПЕКТИВЫ РЕГУЛИРОВАНИЯ

Аннотация. *Развитие электронной торговли в значительной степени способствовало расширению перечня объектов, права на которые могут стать предметом рыночных транзакций. Ярким примером этого может стать технология трехмерной печати, появившаяся в конце XX в.*[1]*, которая позволяет посредством послойного моделирования получить в результате материальный объект на основании компьютерного чертежа при помощи специального оборудования – 3D-принтера.*

*Трехмерное моделирование и печать сегодня необычайно востребованы. Новая технология – шаг вперед к оптимизации процесса производства и обмена ресурсами. Но это также и вызов существующему законодательному регулированию. В правовой сфере данная технология ставит преимущественно два главных вопроса: что такое компьютерная модель (это актуально для определения ее правового режима и выбора соответствующей модели защиты) и как следует рассматривать сам процесс печати?*

Ключевые слова: *трехмерная печать, компьютерное моделирование, трехмерная компьютерная модель, использование, критерий творчества, свободная лицензия, блокчейн, интеллектуальная собственность.*

Здесь не то, что в океане. Здесь все чужое, все поделено, все разгорожено, все охраняется. Одни только вольные птицы ничьи, летают, кричат вдоль дороги. Но их

[1] *Gibson I. Et Al.* Additive Manufacturing Technologies: Rapid Prototyping to Direct Digital Manufacturing. P. 34 (2009).

не поймать. Да можно ли еще ловить этих птиц? Быть может, и они кому-нибудь принадлежат. Здесь легко умереть от голода и жажды среди водоемов, садов и стад.

*А. Беляев. Человек-амфибия*

Развитие электронной торговли в значительной степени способствовало расширению перечня объектов, права на которые могут стать предметом рыночных транзакций. Ярким примером этого может стать технология трехмерной печати, появившаяся в конце XX в.[1], которая позволяет посредством послойного моделирования получить в результате материальный объект на основании компьютерного чертежа при помощи специального оборудования – *3D*-принтера. Трехмерные чертежи и ранее использовались инженерами при проектировании и моделировании[2], однако только после распространения и развития в достаточной степени технологии трехмерной печати можно всерьез говорить об объекте, востребованном не только узкоспециализированными профессионалами, но и обычными пользователями Сети, которые теперь получили возможность, скачав в Сети электронную модель, загрузить ее в память *3D*-принтера и спустя некоторое время получить тот же объект, но уже в материальной форме. Ввиду сказанного полагаем, что подобная технология и объекты, на которых она основана, нуждаются в адекватном правовом регулировании с тем, чтобы установить необходимые гарантии для участников оборота и соблюсти баланс интересов пользователей и правообладателей.

Трехмерное моделирование и печать сегодня необычайно востребованны. Самыми распространенными, безусловно, являются принтеры, использующие порошковый пластик. С помощью таких принтеров пользователи *DIY*[3]-сообщества (*do it yourself*) изготавливают различные модели, основанные на персонажах компьютерных игр, книг и фильмов. Такая же технология используется некоторыми модельерами для создания необычных моделей одежды[4]. Однако технология имеет

[1] *Gibson I. et al*. Additive Manufacturing Technologies: Rapid Prototyping To Direct Digital Manufacturing. P. 34 (2009).

[2] *Phiri M*. Information Technology in Construction Design. London, 1999. P. 52.

[3] Современная городская *DIY*-культура // Афиша» № 382 [Электронный ресурс]. URL: http://mag.afisha.ru/stories/diy/kak-vyzhit-v-samodelnom-dome-na-ulicah-moskvy/ (дата обращения: 18.03.2018).

[4] *Ревадзе Д.* Бесшовная одежда, напечатанная на 3D-принтере, уже в продаже [Электронный ресурс]. URL: https://hightech.fm/2016/04/15/printed-jacket (дата обращения: 18.03.2018).

куда больший потенциал – печать может осуществляться с использованием различных материалов, включая металл, керамику, пищевые продукты, цемент, дерево и даже человеческие клетки. В связи с этим *3D*-принтеры используются также в сфере обороны, строительства и медицины, в сфере искусства (в частности, для сохранения и восстановления музейных ценностей).

В правовой сфере данная технология ставит преимущественно два главных вопроса: что такое компьютерная модель (это актуально для определения ее правового режима и выбора соответствующей модели защиты) и как следует рассматривать сам процесс печати? Далее предлагается подробнее остановиться на каждом из указанных вопросов.

### Трехмерная компьютерная модель (*CAD*-файл)

Для печати объекта требуется создать его компьютерную модель. Многочисленные системы автоматизированного проектирования (САПР) (англ. *CAD program*) используются для создания и модификации трехмерных объектов с использованием компьютера. Готовый файл может быть ценен сам по себе, выступая в роли своеобразного чертежа в цифровой форме. Он также может быть переведен в формат, который поддерживается *3D*-принтером, и распечатан (сам процесс печати происходит автоматизированно). Сегодня в Сети существует значительное количество готовых *CAD*-файлов, размещенных пользователями на условиях свободной лицензии[1].

Некоторые компании уже сейчас стали при оформлении патентных заявок учитывать возможности *3D*-печати. Например, в заявке *Nike* № 2014/0020191A1[2] содержится следующее: «способ прямой трехмерной печати на изделии одежды, включающий: проектирование трехмерного рисунка... печать трехмерного материала непосредственно на изделии...»

### Процесс *3D*-печати

*CAD*-файл может как содержать в себе произведение, т.е. объект авторского права, так и рассматриваться в качестве чертежа объекта патентного права.

[1] См., например: Thingiverse – Digital Designs for Physical Objects. URL: http://www.thingiverse.com.

[2] U.S. Patent App. N 20140020191A1 (filed July 19, 2012).

В первом случае, в сфере авторско-правовой охраны, процесс печати будет являться не более чем переводом произведения в иную форму существования – из цифровой в материальную. Такой перевод является способом использования по смыслу ст. 1270 ГК РФ, в связи с чем необходимо получить согласие правообладателя на печать файла. Вместе с тем если сам файл был создан путем сканирования, а не в процессе творческого моделирования, то возникает вопрос: будет ли здесь существовать объект, подпадающий под охрану авторского права? Полагаем, что нет.

В США в деле *Meshwerks, Inc. v. Toyota Motor Sales U.S.A.*[1] суд указал, что к двухмерным или трехмерным копиям применяется та же логика, что и к фотографиям: чем точнее фотография передает объект общественного достояния, тем меньше вероятность, что она сама охраняется авторским правом. В деле *Durham Industries, Inc. v. Tomy Corp*. суд пришел к выводу, что заводные игрушки в виде персонажей студии У. Диснея не являются самостоятельно охраняемыми объектами авторского права, отвергая утверждение о том, что требование оригинальности может быть удовлетворено одним лишь воспроизведением произведения искусства в различной среде или демонстрацией каких-то «физических» параметров, а не «художественных» приложенных усилий... Таким образом, простое воспроизведение персонажей Диснея в пластике, даже несмотря на то, что это связано с определенной степенью производственного мастерства, по мнению суда, не отвечает требованию оригинальности[2]. Полагаем, что с данным выводом можно согласиться, принимая во внимание и положения российского законодательства (с учетом того, что требование к оригинальности произведения законом не предъявляется[3]).

В связи с этим если объект в цифровой форме был создан путем автоматизированного сканирования, то нарушения прав создателя файла не происходит. Но как быть с объектом, который послужил основой электронного чертежа? В данном случае в результате сканирования и последующей печати нарушенными оказались именно его права (при условии, что отсканированный объект относится к объектам, охраняемым авторским правом). В связи с этим при размещении,

[1] *Meshwerks, Inc. v. Toyota Motor Sales U.S.A.*, 528 F.3d 1258, 1270 (10th Cir. 2008).

[2] *Durham Industries, Inc. v. Tomy Corp.*, 630 F.2d 905 (2d Cir. 1980).

[3] Постановление Пленума ВС РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26.03.2009 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации».

приобретении и печати трехмерных объектов, размещенных в Сети, необходимо принимать данный аспект во внимание.

В США существует подробно разработанная доктрина привлечения к ответственности за нарушение исключительных прав: выделяются прямые (*direct infringement*[1]) и косвенные (*indirect*[2]) нарушения, последние из которых также подразделяются на отдельные виды. В России подобного разделения ответственности за нарушение исключительных прав на сегодняшний день не существует, в связи с чем у пользователей сети Интернет, размещающих отсканированные объекты и распространяющих *CAD*-файлы, существуют определенные риски, связанные с указанной неопределенностью.

Очевидны также и риски правообладателей: контроль за распространением отсканированных файлов в сети Интернет, привлечение нарушителей к гражданско-правовой ответственности сопряжены со значительными издержками, пойти на которые готовы далеко не все правообладатели. Ситуация тем более ухудшается от того, что правообладателям не будет, по общему правилу, доступен такой способ защиты, как требование о принятии мер по ограничению доступа к информационным ресурсам, распространяющим такие объекты или информацию (ст. 15.2 Закона об информации), поскольку возможность применения данного способа защиты не распространяется на фотографические произведения и произведения, полученные способами, аналогичными фотографии. Получается, что если *CAD*-файл был получен в результате сканирования реального материального объекта, то в отношении него нельзя направить указанное требование. А как быть в случае, если файл был создан вручную и при этом он полностью повторяет существующий реальный материальный объект? Исходя из буквального толкования закона, в отношении него требование может быть направлено. При этом сам файл может считаться созданным творческим трудом, т.е. имеющим самостоятельную охрану[3]. Полагаем, что отмеченное различие, связанное со способами создания *CAD*-файла, неоправданно:

[1] 35 U.S.C. § 271 (A).

[2] 35 U.S.C. § 271 (B).

[3] Отметим, что в США вывод был бы противоположным: поскольку *CAD*-файл не отвечает признаку оригинальности и ничего не добавляет к существующему объекту, он не получает самостоятельной охраны. Сам факт того, что создание некоего объекта сопряжено со значительными вложенными в его создание усилиями, не означает, что тем самым ему полагается охрана. Доктрина «в поте лица» для авторского права была отвергнута Верховным судом США в деле, посвященном предоставлению охраны телефонному справочнику (см. *Feist Publica ons, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, 499 U.S. 340 (1991)).

обладатель права в отношении исходного объекта, который впоследствии был отсканирован или преобразован в цифровую форму вручную, должен иметь в любом случае возможность требовать удаления из сети Интернет такого файла, поскольку само создание такого файла является нарушением (в отсутствие согласия правообладателя) по смыслу ст. 1270 ГК РФ. К данному выводу приходят российские исследователи, выступающие за борьбу с распространителями «контрафактных» цифровых моделей на уровне распространителя такой информации, в том числе потому, что физические лица в данном случае не могут быть привлечены к ответственности, поскольку использование объекта авторского права в личных целях относится к случаю свободного использования[1].

Тем не менее даже без внесения изменений в законодательство правообладатели и иные пользователи могут способствовать обеспечению защиты и правомерного оборота исключительных прав. Использование технологии блокчейна может обеспечить надежность сохранения информации о правообладателях объектов и обо всех транзакциях, связанных с ними[2].

Как было отмечено ранее, *CAD*-файл может содержать чертеж объекта, отвечающего критериям патентоспособности: изобретения, полезной модели и промышленного образца.

Как в России, так и в США при подаче заявки на регистрацию объекта необходимо включить описание объекта, которому изыскивается охрана, с такой степенью подробности, чтобы специалист обычной квалификации в данной области техники мог использовать данное изобретение[3]. Полагаем, что *CAD*-файл мог бы быть использован для обеспечения более полноценного раскрытия информации о патентуемом объекте. Отметим также, что на сегодняшний день подобной практики ни в одной стране мира нет. В частности, в США существует некоторое количество организаций, которые предлагают свои услуги по созданию технических чертежей для получения патента на основе *CAD*-файла[4], однако сам файл к материалам заявки не прикладывается (хотя такая идея имеет и своих сторонников[5]).

---

[1] Основные тенденции развития права интеллектуальной собственности в современном мире, в том числе новые объекты интеллектуальных прав и глобальная защита [Электронный ресурс]. URL: http://www.rvc.ru/upload/iblock/85d/Trends_in_Intellectual_Property.pdf (дата обращения: 10.12.2017).

[2] См., например: https://ipchain.ru/possibilities/ (дата обращения: 18.03.2018).

[3] *Bos. Sci. Corp. v. Johnson & Johnson*, 647 F.3d 1353, 1366 (Fed. Cir. 2011); *Ariad Pharm., Inc. v. Eli Lilly & Co.*, 598 F.3d 1336, 1351 (Fed. Cir. 2010).

[4] См., например: https://www.cadpatent.com/learn-more/ (дата обращения: 18.03.2018).

[5] См., например: https://www.cadpatent.com/learn-more/ (дата обращения: 18.03.2018).

Указанная практика имеет один существенный для правообладателей недостаток: использование вместо традиционного чертежа *CAD*-файла делает воссоздание изобретения всеми лицами не то что более простым, но даже не требующим знаний в указанной области: возможно просто загрузить файл в память принтера и получить на выходе запатентованный объект в материальной форме. Как здесь защитить интересы правообладателей?

В США в связи с этим предлагается охранять сам *CAD*-файл[1]. Однако исследователи здесь сразу же сталкиваются со сложностью: создание и распространение *CAD*-файла не могут рассматриваться как нарушение до тех пор, пока объект не приобрел материальную форму. С этого момента сразу же включаются механизмы патентной защиты (в частности, изготовление, введение в оборот запатентованного объекта возможны исключительно с согласия правообладателя). Но как быть с чертежами? Одним из вариантов является требование *Beauregard*, в соответствии с которым заявитель вправе требовать охраны компьютерной программы[2], неразрывно связанной с устройством, однако такое требование необходимо оценивать на соответствие критериям патентоспособности[3].

Другие исследователи в США утверждают, что копирование идеи, содержащейся в реальном материальном объекте, и создание *CAD*-файла не может являться изготовлением изобретения[4], потому что чертеж не позволяет использовать изобретение по назначению.

В Ирландии исследователи предлагают применить доктрину «слияния» патентов, т.е. исходить из того, что идея и ее воплощение сливаются в одном объекте, в результате чего охрана распространяется на идею, воплощенную в определенной форме[5]. Если на интернет-сайте в общем доступе без разрешения патентообладателя размещается *CAD*-файл, содержащий запатентованный объект, то владелец сайта будет отвечать за прямое нарушение.

Во Франции, по мнению исследователей, патентообладатели должны иметь возможность требовать возмещения от лица в случае продажи

---

[1] *Holbrook T.R. & Osborn L.S.* Digital Patent Infringement in an Era of 3D Printing // 48 U.C. DAVIS L. REV. 1319, 1365, 1367 (2015).

[2] In re Beauregard, 53 F.3d 1583, 1584 (Fed. Cir. 1995).

[3] *Daniel Harris Brean*. Asserting Patents to Combat Infringement Via 3D Printing: It's No 'Use', 23 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J., 771, 806 (Apr. 17, 2013).

[4] *Tabrez Y.E.* 3D Printing: Digital Infringement & Digital Regulation. 14 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 37, 54. 2016–2017

[5] *Twomey P.A.* New Dimension to Intellectual Property Infringement: An Evaluation Of The Intellectual Property Issues Associated with 3d Printing // 17 Trinity CL Rev. 14.

или предложения для продажи им компьютерных трехмерных моделей на том основании, что они составляют «существенный элемент изобретения, охватываемый патентом»[1].

Оптимальным представляется следующее решение. Возможность приложения к заявке на регистрацию объекта патентного права трехмерной модели позволит использовать такой чертеж при толковании формулы изобретения или полезной модели. Само по себе его распространение или воссоздание пользователями на основе материального объекта не может являться нарушением.

В российской судебной практике ранее уже поднимался несколько схожий вопрос. Суду предстояло оценить, является ли использованием патента включение его в техническую документацию по смыслу ст. 1358 ГК РФ.

Поскольку в указанной статье Кодекса содержится открытый список способов использования, это дает потенциальную возможность его расширения применительно к обстоятельствам конкретного спора, в том числе для отнесения рассматриваемого действия к непоименованным случаям использования исключительного права на патент. Тем не менее, как многократно подчеркивалось в доктрине, под использованием изобретений, полезных моделей или промышленных образцов следует понимать «только их воплощение (а не описание) в реальных предметах, реально осуществляемых процессах»[2], что «исключает возможность считать использованием включение описания запатентованного изобретения, полезной модели или промышленного образца в какую-либо техническую документацию, научную, художественную или иную литературу»[3].

Один из судебных составов ВАС РФ пришел к выводу, что изобретение, использованное в проектной документации, не может использоваться по назначению, в связи с чем его включение в документацию не может рассматриваться как нарушение исключительных прав[4]. Президиум ВАС РФ пришел к противоположному выводу: «разработка проектной документации, в которой использован каждый признак произведения, может быть квалифицирована как использование

---

[1] *Malaty E.*, *Rostama G.* L'impression 3D et le droit de la propriété intellectuelle. Février 2017. URL: http://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2017/01/article_0006.html.

[2] *Корчагин А.Д.*, *Богданов Н.В.*, *Казакова В.К.*, *Полищук Е.П.* Комментарий к Патентному закону Российской Федерации. М., 2004.

[3] *Джермакян В.Ю.* Комментарий к главе 72 «Патентное право» Гражданского кодекса РФ (4-е электронное изд., перераб. и доп.) // СПС «КонсультантПлюс».

[4] Определение от 20.01.2012 № ВАС-15339/11.

произведения»[1]. Потенциально такая позиция может быть использована для обоснования желаемого для правообладателей признания создания и распространения *CAD*-файла, содержащего запатентованный объект, нарушением прав патентообладателя.

Тем не менее полагаем, что в такой ситуации более обоснованным видится подход к включению изобретения в техническую документацию как к приготовлению к использованию (подп. 2 п. 1 ст. 1252 ГК РФ), что дает право требовать от лица пресечения действий, создающих угрозу нарушения исключительных прав патентообладателя.

Аналогичное решение видится справедливым и в случае с трехмерной печатью. Изготовление на основе реально существующего объекта *CAD*-файла можно расценивать как приготовление к нарушению.

Вместе с тем, чтобы баланс интересов был соблюден, видится оправданным при регистрации объекта предоставить возможность заявителю приложить к материалам заявки также и трехмерное изображение патентуемого объекта. Это упростит доказывание противоправных действий, направленных против правообладателя, а также обеспечит большую открытость информации о характере и сути патентуемых объектов, создаст благоприятные условия для развития науки и техники.

Тем не менее данный вопрос с очевидностью относится к вопросам политики права. Если принять решение бороться с распространением именно трехмерных моделей в сети Интернет, то тогда требуется рассматривать распространение такой модели как способ использования запатентованного объекта. Сама по себе формулировка ст. 1358 ГК РФ не содержит закрытого перечня способов использования, так что потенциально такое решение становится возможным. На нем настаивают некоторые российские исследователи[2].

Можно рассматривать цифровую модель как одну из форм существования изобретения (для этого возможно расширить содержание термина «продукт» в ст. 1358 ГК РФ). В этом случае применению будет подлежать уже действующее регулирование, которое позволяет, в частности, ответить на вопрос, будет ли признаваться нарушением

[1] Определением Президиума ВАС РФ от 11.09.2012 № 15339/11 исправлена опечатка: данный абзац изложен в следующей редакции: вместо слов «признак произведения», «использование произведения» следует читать «признак изобретения», «использование изобретения». Также см. постановление Девятнадцатого апелляционного арбитражного суда от 12.04.2013 по делу № А48-48/2012; решение Арбитражного суда Орловской области от 16.11.2012; постановление СИП от 23.09.2013 по делу № А48-48/2012.

[2] *Гурко А.* 3D-печать и право интеллектуальной собственности: взгляд в будущее // ИС. Авторское право и смежные права. 2016. № 5. С. 29–42.

использование не конкретной цифровой модели, а другого *CAD*-файла, полученного путем самостоятельного компьютерного моделирования, но с использованием всех независимых пунктов формулы изобретения[1], а также будут ли применяться закрепленные в законе случаи свободного использования.

Наконец, последнее решение сводится к тому, чтобы не признавать цифровую модель равнозначной объекту патентного права, не вводить своеобразную «презумпцию материальности». Тогда совершенные с ней действия, предшествующие этапу печати материального объекта, не будут являться нарушением. Полагаем, что из всех вариантов данный видится в наибольшей степени справедливым, принимая во внимание цель патентного права – предоставить защиту решению в обмен на полное раскрытие информации о нем. Эта своеобразная монополия в отношении создаваемого объекта была сознательно помещена законодателем в столь ограниченные рамки; существующий баланс интересов должен быть соблюден и в отношении новых объектов и технологий.

## Заключение

Все большее количество предметов самого разного назначения сегодня может быть получено путем *3D*-печати; это означает, что поиск подходов к регулированию трехмерной печати вскоре может стать насущным вопросом.

Многие исследователи видят будущее трехмерной печати как основанное на свободных (открытых) лицензиях[2].

Иной вариант для правообладателей, не связанный с внесением изменений в действующее законодательство, сводится к созданию системы, которая позволит просто и доступно для пользователей *3D*-принтеров правомерно скачивать *CAD*-файлы (по аналогии с *iTunes*[3] или *Amazon Digital Music Store*[4]), или же к использованию преимуществ быстро развивающейся сегодня технологии блокчейна.

---

[1] Основные тенденции развития права интеллектуальной собственности в современном мире, в том числе новые объекты интеллектуальных прав и глобальная защита [Электронный ресурс]. URL: http://www.rvc.ru/upload/iblock/85d/Trends_in_Intellectual_Property.pdf (дата обращения: 10.12.2017).

[2] *Rideout B.* Printing the Impossible Triangle: The Copyright Implications of Three-Dimensional Printing. 5 J. Bus. Entrepreneurship & L. 161, 176. 2011–2012.

[3] Licensed Application End User License Agreement, Apple. URL: https://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/appstore/dev/stdeula/.

[4] Amazon Music Terms of Use, Amazon. URL: https://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?nodeid=200154280.

Также отметим, что трехмерная печать затрагивает не только и не столько вопросы, связанные с регулированием интеллектуальной собственности. Возникают также вопросы и в сфере защиты прав потребителей (в частности, кто будет выступать ответственным в случае, если напечатанный объект окажется ненадлежащего качества и не будет пригоден для использования по назначению (производитель *3D*-принтера, создатель *CAD*-файла или лицо, осуществившее печать (при условии, что указанные лица не совпадают)). Изменения могут потребоваться также и в сфере публичного права в части контроля за оборотом оружия и наркотических средств (*3D*-принтер может потенциально использоваться для их создания).

Новая технология – шаг вперед к оптимизации процесса производства и обмена ресурсами. Но это также и вызов существующему законодательному регулированию, варианты ответов на который предложены нами.

**Пристатейный библиографический список:**

1. *Гурко А.* 3D-печать и право интеллектуальной собственности: взгляд в будущее // ИС. Авторское право и смежные права. 2016. № 5. С. 29–42.

2. *Джермакян В.Ю.* Комментарий к главе 72 «Патентное право» Гражданского кодекса РФ. 4-е электронное изд., перераб. и доп. (СПС «КонсультантПлюс»).

3. *Корчагин А.Д.*, *Богданов Н.В.*, *Казакова В.К.*, *Полищук Е.П.* Комментарий к Патентному закону Российской Федерации. М., 2004.

4. Основные тенденции развития права интеллектуальной собственности в современном мире, в том числе новые объекты интеллектуальных прав и глобальная защита [Электронный ресурс]. URL: http://www.rvc.ru/upload/iblock/85d/Trends_in_Intellectual_Property.pdf (дата обращения: 10.12.2017).

5. *Ревадзе Д.* Бесшовная одежда, напечатанная на 3D-принтере, уже в продаже [Электронный ресурс]. URL: https://hightech.fm/2016/04/15/printed-jacket (дата обращения: 18.03.2018).

6. Современная городская DIY-культура // Журнал «Афиша» № 382 // [Электронный ресурс]. URL: http://mag.afisha.ru/stories/diy/kak-vyzhit-v-samodelnom-dome-na-ulicah-moskvy/ (дата обращения: 18.03.2018).

7. *Brean D.H.* Asserting Patents to Combat Infringement Via 3D Printing: It's No 'Use', 23 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J., 771, 806 (Apr. 17, 2013).

8. *Gibson I. et al.* Additive Manufacturing Technologies: Rapid Prototyping To Direct Digital Manufacturing. P. 34 (2009).

9. *Holbrook T.R. & Osborn L.S.* Digital Patent Infringement in an Era of 3D Printing // 48 U.C. DAVIS L. REV. 1319, 1365, 1367 (2015).

10. *Malaty E.*, *Rostama G.* L'impression 3D et le droit de la propriété intellectuelle. Février 2017. URL: http://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2017/01/article_0006.html.

11. *Phiri M.* Information Technology in Construction Design. London, 1999.

12. *Rideout B.* Printing the Impossible Triangle: The Copyright Implications of Three-Dimensional Printing. 5 J. Bus. Entrepreneurship & L. 161, 176. 2011–2012.

13. *Tabrez Y.E.* 3D Printing: Digital Infringement & Digital Regulation. 14 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 37, 54. 2016–2017.

14. *Twomey P.A.* New Dimension to Intellectual Property Infringement: An Evaluation of the Intellectual Property Issues Associated with 3d Printing // 17 Trinity College Law Review 14.

15. *Bos. Sci. Corp. v. Johnson & Johnson*, 647 F.3d 1353, 1366 (Fed. Cir. 2011).

16. *Ariad Pharm., Inc. v. Eli Lilly & Co.*, 598 F.3d 1336, 1351 (Fed. Cir. 2010).

17. *Meshwerks, Inc. v. Toyota Motor Sales U.S.A.*, 528 F.3d 1258, 1270 (10th Cir. 2008)

18. In re Beauregard, 53 F.3d 1583, 1584 (Fed. Cir. 1995).

19. *Feist Publica ons, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, 499 U.S. 340 (1991).

20. *Durham Industries, Inc. v. Tomy Corp.*, 630 F.2d 905 (2d Cir. 1980).

**Д.А. Доротенко, Е.П. Иванова**

# BLACK FRI-0-DAY[1]

Аннотация: *в рамках данной статьи исследуется вопрос о том, являются ли уязвимости программного обеспечения интернет-сервисов (так называемые 0-day уязвимости) объектами электронной коммерции и какими специфическими деталями они обладают в качестве таких объектов.*

Ключевые слова: *e-commerce, 0-day, программные уязвимости, интеллектуальная собственность, секрет производства, распоряжение правами, лицензионный договор, продажа информации.*

В XXI в. значимость развития информационно-коммуникационных технологий очень высока и ее сложно переоценить. Уже ни для кого не секрет, что в настоящее время информация (будь то большие данные, иная структурированная информация или сведения, составляющие охраняемую законом тайну) имеет особую ценность, и именно информацию (данные) постоянно называют нефтью XXI века – достаточно вспомнить речи видных государственных и политических деятелей нашего времени[2].

Поскольку обладание соответствующей информацией практически всегда позволяло извлекать существенную экономическую выгоду, двигать вперед технический и научный прогресс, улучшать уровень жизни потребителей, в определенный момент информация стала таким же объектом

---

[1] Высказанные в настоящей статье суждения являются личным мнением авторов и могут не совпадать с официальной позицией ООО «Яндекс» и АО «Первый канал. Всемирная сеть».

[2] См.: Пан Ги Мун: информация – это «нефть» XXI века / Информационный центр ООН в Москве (http://www.unic.ru/event/2015-05-21/v-oon/pan-gi-mun-informatsiya-eto-neft-xxi-veka; дата обращения: 09.04.2018); Греф призвал «не повторять ошибок прошлого». РБК (https://www.rbc.ru/economics/21/05/2016/574058cd9a79470d425ea5a1; дата обращения: 09.04.2018).

экономических отношений сторон, как и некоторые схожие объекты (пусть и наделенные своей спецификой, впоследствии потребовавшей, например, разработки авторского и патентного права, регулирования персональных данных и т.п.). Именно поэтому можно говорить о существовании проработанного (в разных странах с разной степенью) механизма правовой охраны таких объектов, как запатентованные изобретения, секреты производства (ноу-хау), информация, составляющая государственную и иную охраняемую законом тайну (в том числе коммерческую).

Обладание информацией, которая изначально известна одному лицу или очень узкому кругу лиц, зачастую приносит большую экономическую выгоду для ее обладателя (обладателей) и определенные риски (правовые, экономические, репутационные) для других лиц.

Самый простой пример – пароль от электронной почты. Если лицо получает доступ к электронной переписке предпринимателя вследствие обладания паролем от его электронной почты, то в результате таких действий могут наступить, в частности, такие последствия: этому лицу может стать известно содержание почтовой переписки, из которой он может извлечь значимую для себя или третьих лиц информацию, в то время как предпринимателю может быть нанесен ущерб ввиду несанкционированного доступа к содержанию его почты вследствие извлечения из нее информации, которая может быть использована против этого предпринимателя либо в ущерб ему или иным лицам.

Приведенный абстрактный пример с электронной почтой позволяет обратить внимание и на то, что завладение посторонним лицом таким паролем – тоже следствие каких-либо действий (бездействия). Порой это происходит, когда лицо, в итоге получившее доступ к паролю, использовало соответствующую информацию, представляющую собой программную уязвимость того интернет-сервиса электронной почты, которым пользовался пострадавший предприниматель. Что собой представляет такая программная уязвимость? Может ли она становиться объектом правовых, экономических отношений сторон? Какая существует связь между сведениями такого характера и сферой электронной коммерции (*e-commerce*)? В рамках настоящей статьи мы постараемся ответить на эти и сопутствующие вопросы и определить сопряженные и актуальные проблемы.

### Что такое *0-day*-уязвимости

В приведенном примере шла речь о программных уязвимостях. К ним относятся и так называемые уязвимости нулевого дня (*0-day*-

уязвимости). При определении значений терминов предлагаем пойти от большего к меньшему.

Под уязвимостью применительно к информационным системам понимается свойство информационной системы, обусловливающее возможность реализации угроз безопасности обрабатываемой в ней информации (ГОСТ Р 50922)[1].

Программная уязвимость, как и эксплойт, может быть определена как программа компьютерная, фрагмент программного кода или последовательность команд, использующие уязвимости в программном обеспечении и применяемые для проведения атаки на компьютерную систему, целью которой может быть как захват контроля над системой (повышение привилегий), так и нарушение ее функционирования (*DoS*-атака)[2].

В свою очередь под уязвимостью нулевого дня (*0-day*-уязвимостью) следует понимать тип неизвестного или непредвиденного недостатка программного обеспечения или дыры безопасности в информационной системе, которая может быть использована хакерами[3]. При этом само понятие нулевого дня (*0-day*) может относиться как к самой уязвимости такого типа, так и к эксплойту нулевого дня, атаке, которая задействует уязвимости нулевого дня и направлена на уязвимые (информационные) системы[4].

Таким образом, в рамках настоящей статьи под уязвимостью нулевого дня (*0-day*-уязвимостью) предлагаем понимать сведения технического характера и иную соответствующую информацию о программном обеспечении, интернет-сервисе или информационной системе, использование которых может сделать такие цифровые продукты и ресурсы уязвимыми, при условии, что такие сведения обладают параметрами, которые будут рассмотрены ниже.

Во-первых, важным и неотъемлемым параметром уязвимостей именно такого типа является узкий круг субъектов: это может быть либо один человек (тот, кто выявил недостатки или недокументированные неочевидные функциональные возможности исследуемого цифрового продукта, назовем его исследователем), либо группа лиц (например, группа исследователей; заказчик информации и исполнитель, обнаруживший такую информацию для заказчика; отдельные лица, независимо друг от друга пришедшие к одним и тем же результатам относительно

[1] *Батоврин В.* Системная и программная инженерия: Словарь-справочник (https://books.google.ru; дата обращения: 09.04.2018).

[2] https://glossary.ib-bank.ru/solution/1333

[3] https://www.techopedia.com/definition/29737/zero-day-vulnerability

[4] https://searchsecurity.techtarget.com/definition/zero-day-vulnerability

уязвимостей цифрового продукта). Если такой круг становится более широким, то такую уязвимость уже нельзя расценивать как *0-day*-уязвимость – она становится программной уязвимостью (т.е. известной широкому кругу лиц или даже доступной для всеобщего сведения).

Вторым важным параметром такой уязвимости является (в большей степени практическая) возможность с помощью такой уязвимости получить доступ (в том числе несанкционированный) к такого рода сведениям или данным, доступ к которым нельзя получить по тем или иным причинам, в том числе по причине ограничений, обусловленных функциональными возможностями соответствующего программного обеспечения или иного цифрового продукта. Такими сведениями, например, могут быть идентификационные данные учетных записей пользователей и данные для аутентификации пользователей (например, как в вышеописанном примере, пользовательские пароли), информация, составляющая коммерческую тайну (например, статистические данные о продажах на сайте определенного интернет-магазина).

Определив, что представляют собой программные уязвимости, уязвимости нулевого дня, следует перейти к рассмотрению вопроса о том, может ли программная уязвимость (на примере уязвимости нулевого дня) быть результатом интеллектуальной деятельности (и, как следствие, подлежать правовой охране). Исходя из определения правового статуса таких объектов, мы сможем более точно определить их статус применительно к сфере электронной коммерции.

### *0-day*-уязвимость как результат интеллектуальной деятельности

На наш взгляд, программная уязвимость определенно является результатом интеллектуальной деятельности, а сведения, представляющие собой в совокупности информацию, которую можно признать *0-day*-уязвимостью, наиболее близки по своей сути к секрету производства (ноу-хау).

Полагаем, что секрет производства (ноу-хау) занимает особое место среди объектов экономических отношений сторон, напрямую связанных с информацией как таковой. Его понятие в качестве результата интеллектуальной деятельности сформулировано в ст. 1465 ГК РФ следующим образом: «Секретом производства (ноу-хау) признаются сведения любого характера (производственные, технические, экономические, организационные и другие) о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере и о способах осуществления профессиональной деятельности, имеющие действительную или

потенциальную коммерческую ценность вследствие неизвестности их третьим лицам, если к таким сведениям у третьих лиц нет свободного доступа на законном основании и обладатель таких сведений принимает разумные меры для соблюдения их конфиденциальности, в том числе путем введения режима коммерческой тайны».

В качестве сведений, составляющих секрет производства, в частности, В. Никитин выделяет такие, как техническая и технологическая документация; результаты опытов и испытаний; методики; материалы исследования применяемых технологий и технологических процессов[1]. Этот перечень не является исчерпывающим, т.е. в него могут входить и иные сведения, но в рамках настоящей статьи значимостью обладают именно перечисленные.

Важным и неотъемлемым элементом сведений, представляющих собой секрет производства, является принятие соответствующих *мер для сохранения их конфиденциальности (в том числе в режиме коммерческой тайны)*. Этот вывод вытекает из содержания п. 57 постановления Пленума ВС РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26.03.2009 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации», который изложен следующим образом: «Секретом производства (ноу-хау) признаются сведения любого характера (производственные, технические, экономические, организационные и другие) о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере и о способах осуществления профессиональной деятельности, имеющие действительную или потенциальную коммерческую ценность вследствие неизвестности их третьим лицам, если к таким сведениям у третьих лиц нет свободного доступа на законном основании и обладатель таких сведений принимает разумные меры для соблюдения их конфиденциальности, в том числе путем введения режима коммерческой тайны».

На наш взгляд, зачастую процесс выявления, обнаружения таких уязвимостей, определение их связи с исследуемыми цифровыми продуктами соответствуют критерию творческой деятельности, что впоследствии находит воплощение в фиксации результата таких исследований на материальном или цифровом носителе. Это позволяет говорить, что по итогам таких действий, направленных на объект исследования, у субъекта исследования появляется результат интел-

[1] *Никитин В.В.* Исключительное право на секрет производства (ноу-хау): вопросы учета и налогообложения // Пищевая промышленность: бухгалтерский учет и налогообложение. 2013. № 11.

лектуальной деятельности (содержащий в себе необходимую информацию, позволяющую ее идентифицировать как *0-day*-уязвимость).

Наличие такого параметра *0-day*-уязвимости, как ограниченность круга субъектов, обладающих информацией об этой уязвимости, косвенно подтверждает принятие мер для сохранения их конфиденциальности. Очевидные меры такого характера позволяют более уверенно утверждать, что *0-day*-уязвимости являются результатами интеллектуальной деятельности – секретом производства.

### Распоряжение правами на *0-day* уязвимости

Секрет производства (ноу-хау) признается законодательством самостоятельным результатом интеллектуальной деятельности, ввиду чего правообладателю этого секрета принадлежит исключительное право его использования и распоряжения любым не противоречащим закону способом, в том числе при изготовлении изделий и реализации экономических и организационных решений (п. 1 ст. 1466 ГК РФ).

Если лицо добросовестно и независимо от других обладателей секрета производства стало обладателем сведений, составляющих содержание этого ноу-хау, то такое лицо приобретает самостоятельное исключительное право на этот секрет производства (п. 2 ст. 1466 ГК РФ). Данная норма позволяет сделать вывод о том, что у ноу-хау может быть несколько независимых правообладателей, если каждый из них правомерно и отдельно от других смог в силу опыта, знаний либо исследований достигнуть того информационного результата, который представляет собой соответствующий секрет производства.

При этом законодательно определено, что правовая охрана секрета производства действует до тех пор, пока сохраняется конфиденциальность сведений, составляющих его содержание (ст. 1467 ГК РФ). Как только конфиденциальность сведений утрачивается, исключительное право на этот секрет производства прекращается у всех правообладателей. В то же время, если правообладатель такого ноу-хау пожелает прекратить его правовую охрану путем правомерного раскрытия конфиденциальной информации, составляющей секрет производства, он не обязывается законом уведомлять иных правообладателей о своем решении и наступающих вследствие этого правовых последствиях, а тем более согласовывать с ними такие свои действия[1].

[1] *Доротенко Д.А.* Правовой статус секрета производства (ноу-хау) (https://www.garant.ru/ia/opinion/author/dorotenko/1186956/; дата обращения: 18.04.2018).

Таким образом, правообладатель секрета производства вправе:

1) осуществить отчуждение исключительного права на этот секрет производства и тем самым прекратить использовать этот объект (ст. 1467 ГК РФ). Здесь надо иметь в виду положения п. 2 ст. 1467 ГК РФ, согласно которым при отчуждении исключительного права на секрет производства лицо, распорядившееся своим правом, обязано сохранять конфиденциальность секрета производства до прекращения действия исключительного права на него. Эта обязанность связана с тем, чтобы обезопасить приобретателя секрета производства от ситуации, когда прежний правообладатель ноу-хау после получения вознаграждения «обнуляет» коммерческую ценность переданного секрета вследствие разглашения его содержания, лишая тем самым выгоды нового правообладателя;

2) предоставить право использования ноу-хау на условиях соответствующей лицензии (ст. 1468 ГК РФ). Применительно к лицензионному договору следует иметь в виду, что в российской судебной практике встречались примеры, когда при отсутствии режима коммерческой тайны лицензионный договор на секрет производства признавался незаключенным[1]. Поэтому для того, чтобы обладатель информации (полученной по лицензионному договору) мог считать соответствующую информацию своим секретом производства, он должен принять необходимые меры, чтобы в отношении нее действовал режим коммерческой тайны в соответствии с положениями Федерального закона от 29.07.2004 № 98-ФЗ «О коммерческой тайне»;

3) предоставить содержание секрета производства в общий доступ (раскрыть информацию), тем самым прекратив правовую охрану ноу-хау.

В отношении последнего из перечисленных способов распоряжения правами на секрет производства применительно к *0-day*-уязвимости хотелось бы отметить следующее. Не должно казаться странным распоряжение исключительным правом на *0-day*-уязвимость путем раскрытия такой информации. Наиболее частыми сценариями такого вида распоряжения правом будут следующие: 1) когда такая информация становится известной правообладателю цифрового продукта, в котором была выявлена уязвимость (даже если он, например, получил ее вследствие приобретения у лица, выявившего такую информацию первоначально и ставшего ее правообладателем), и он выпустил обще-

[1] См., например, постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 18.08.2017 по делу № А40-137995/2016.

доступное программное обновление (патч) своего цифрового продукта для устранения такой уязвимости с возможностью ознакомиться с содержанием такого обновления (например, когда такой патч предоставляется в виде решения с открытым исходным кодом (исходным текстом в понимании ст. 1261 ГК РФ)) программы; 2) когда исследователь, выявивший такую информацию и ставший ее обладателем, в силу определенных причин раскрыл ее в общий доступ[1] (оценка этичности таких действий в рамках настоящей статьи даваться не будет).

### *0-day* как объект *e-commerce*

В настоящее время существует ряд интернет-сервисов, в рамках которых пользователи (по словам представителей таких сервисов) могут легально осуществлять продажу информации, представляющей собой *0-day*-уязвимости. Среди них можно упомянуть, в частности: *zerodium.com* (юридическое лицо, владеющее сервисом, зарегистрировано в г. Вашингтоне, округ Колумбия, США[2]), *zerodayinitiative.com* (проект японской компании *Trend Micro* по предоставлению информации о найденных уязвимостях непосредственно вендорам программных продуктов[3]), *zeronomi.com* (сервис со штаб-квартирой в г. Милане, Италия[4]), российский проект *expocod.com*, специализирующийся на реализации сведений об уязвимостях в операционных системах и программном обеспечении (в частности, *Adobe Flash*, *Windows*, *Tor*, *iOS*).

В определенных случаях такие сервисы следует расценивать как своего рода аналоги магазинов цифровых приложений наподобие *App store*, *Google Play*, в которых пользователь может получить нужные ему мобильные приложения или контент (например, фильмы, музыку, книги). Перечисленные интернет-сервисы рассчитаны на других клиентов: заинтересованное лицо может приобрести контент и программные решения специфического характера, представляющие собой информацию о тех или иных *0-day* уязвимостях для конкретных операционных и информационных систем, программного обеспече-

[1] *Mimoso Michael*. Роутеры Netgear содержат критическую уязвимость (https://threatpost.ru/netgear-routers-remain-exposed-to-critical-flaw/19648/; дата обращения: 18.04.2018).

[2] По данным http://infosecindex.com/companies/zerodium/ (дата обращения: 18.04.2018), https://www.crunchbase.com/organization/zerodium#section-overview (дата обращения: 18.04.2018.

[3] https://www.zerodayinitiative.com/about/; дата обращения: 18.04.2018.

[4] https://www.zeronomi.com/contact.html; дата обращения: 18.04.2018.

ния. Поэтому есть основания полагать, что такие интернет-сервисы представляют собой разновидности интернет-магазинов с присущей им спецификой, разница между ними состоит лишь в различии как содержания предлагаемых объектов, так и по кругу лиц, так как доступ к приобретению *0-day* уязвимостей может быть существенно ограничен владельцем сервиса.

Более того, сами правообладатели цифровых продуктов поощряют исследование их продуктов (в пределах, определяемых самими правообладателями) и готовы выплачивать вознаграждение лицам, обнаружившим в них программные уязвимости (в большей степени речь идет о *0-day*-уязвимости). В качестве примеров открытых предложений об этом можно привести, в частности, конкурс Яндекса «Охота за ошибками»[1], конкурс ООО «Газинформсервис» «Поиск уязвимостей в техническом решении по защищенному удаленному доступу к автоматизированной системе заказа пропусков»[2], программу поиска уязвимостей *QIWI*[3], *Bug bounty program* компании *Uber*[4].

С учетом сказанного можно полагать, что рынок в отношении *0-day*-уязвимостей уже сформировался. Так, по словам генерального директора компании *ALT Linux* Алексея Смирнова, деятельность компаний по таким сделкам не противоречит закону: «Многие вендоры, например, тоже покупают информацию об уязвимостях и не только в своем софте. Например, антивирусные компании покупают ее, чтобы обновлять свои антивирусные базы. В бизнесе по покупке-продаже эксплойтов просто большие риски – есть вероятность недобросовестного использования информации»[5].

В нашем понимании существенное значение имеют порядок и детали проведения исследования соответствующего цифрового продукта на предмет поиска программных уязвимостей и выявления в нем *0-day*-уязвимостей. Если исследователь цифровых продуктов сумел легально получить информацию, собрать сведения и данные, составляющие в своей совокупности *0-day*-уязвимость, то он вправе ею распоряжаться любым правомерным способом, в том числе путем реализации такой информации непосредственно правообладателю исследованного цифрового продукта или третьему лицу (в том числе и специализиро-

[1] Конкурс «Охота за ошибками» (https://yandex.ru/bugbounty/; дата обращения: 18.04.2018).

[2] http://2012.zeronights.ru/includes/sequence.pdf

[3] https://hackerone.com/qiwi

[4] https://hackerone.com/uber

[5] https://www.kommersant.ru/doc/3001495

ванным интернет-сервисам, которые приобретают такую информацию на возмездной основе). В отношении второго варианта (реализация третьему лицу) будет иметь значение и то, в каком виде передаются информация и сопутствующие материалы – не происходит ли нарушение чьих-либо авторских прав, режима охраны персональных данных или информации, составляющей государственную или иную охраняемую законом тайну.

## Заключение

Изложенное позволяет сделать вывод о том, что в настоящий момент узкоспециализированная информация о технической стороне программного обеспечения (в том числе мобильных приложений), уязвимостях интернет-сервисов уже является объектом экономических правоотношений сторон, а также обладает необходимыми признаками, позволяющими классифицировать ее как объект, охраняемый правом. Во многих случаях остается открытым вопрос, насколько правомерно такая информация была получена первоначально (сотрудником организации – правообладателя соответствующего программного обеспечения, независимым исследователем информационных систем или иным лицом), и проработка такого вопроса должна проводиться по каждому соответствующему случаю. Но в случае, когда такая информация ее обладателем была получена правомерно и он вправе распоряжаться такой информацией, то когда ее обладатель реализует свое право на распоряжение ею, она становится полноценным объектом в экономических отношениях в сфере электронной коммерции ее обладателя с третьими лицами. Наличие на текущий момент в ряде стран интернет-ресурсов, позволяющих легально совершать сделки по распоряжению такой информацией (как минимум в тех, в соответствии с законодательством которых функционируют такие интернет-ресурсы), является дополнительным подтверждением того, что вышеуказанная информация уже стала частью сферы *e-commerce*.

**Пристатейный библиографический список:**

1. *Батоврин В.* Системная и программная инженерия: Словарь-справочник (https://books.google.ru; дата обращения: 09.04.2018).

2. *Доротенко Д.*, *Романенков А.* Ответы юриста: как избежать ответственности за поиск уязвимостей (https://xakep.ru/2017/01/12/lawyer-answers-hacker-responsibility-howto/; дата обращения: 10.04.2018).

3. *Доротенко Д.А.* Секрет производства (ноу-хау): правовой статус (информационно-правовой портал ГАРАНТ.РУ, https://www.garant.ru/ia/opinion/author/dorotenko/1186956/; дата обращения: 09.04.2018).

4. Имеющий бреши да услышит (https://www.kommersant.ru/doc/3001495; дата обращения: 12.04.2018).

5. *Никитин В.В.* Исключительное право на секрет производства (ноу-хау): вопросы учета и налогообложения // Пищевая промышленность: бухгалтерский учет и налогообложение. 2013. № 11.

6. Эксплойт: Словарь терминов информационной безопасности (https://glossary.ib-bank.ru/solution/1333; дата обращения: 15.04.2018).

7. Zero Day Vulnerability (https://www.techopedia.com/definition/29737/zero-day-vulnerability, дата последнего посещения:12.04.2018).

8. Zero-day (computer) (https://searchsecurity.techtarget.com/definition/zero-day-vulnerability; дата обращения: 15.04.2018).

9. Защита от атаки Meltdown в OpenBSD. Стабильное обновление микрокода Intel. Иски против AMD (https://www.opennet.ru/opennews/art.shtml?num=48120; дата обращения 24.04.2018).

10. Michael Mimoso, Роутеры Netgear содержат критическую уязвимость (https://threatpost.ru/netgear-routers-remain-exposed-to-critical-flaw/19648/; дата обращения: 18.04.2018).

11. Zerodium (http://infosecindex.com/companies/zerodium/; дата обращения: 18.04.2018), (https://www.crunchbase.com/organization/zerodium#section-overview; дата обращения: 18.04.2018).

12. THE ZDI MISSION (https://www.zerodayinitiative.com/about/; дата обращения: 18.04.2018).

13. Zeronomicon. Contact us (https://www.zeronomi.com/contact.html; дата обращения: 18.04.2018).

14. Coders' Rights Project Vulnerability Reporting FAQ (https://www.eff.org/issues/coders/vulnerability-reporting-faq; дата обращения: 15.04.2018).

**А.В. Сысоева**

# ЗАЩИТА НОУ-ХАУ В КИТАЕ

Аннотация. *Набирающий с каждым днем все большую мощь экономики Китай, становясь неким хабом торговых связей, предлагает его участникам не совсем выгодные для них условия. Оказываемое при этом давление международного сообщества (Всемирной торговой организации, отдельных стран, в особенности США), безусловно, меняет ситуацию. Однако перед бизнесом стоит неизбежная задача разработки продуманной стратегии защиты своих прав на китайском рынке. В особенности это касается наукоемких технологий: компании, которые намереваются разместить на рынке Китая высокотехнологичное производство, в подавляющем большинстве случаев сталкиваются с нарушением прав на секрет производства, коммерческую тайну. О том, какие меры необходимо предпринять, чтобы в максимально возможной степени защитить свои права на коммерческую тайну и законные интересы, пойдет речь в данной статье.*

Ключевые слова: *интеллектуальная собственность, ноу-хау, секреты производства, Китай, зарубежное законодательство, международное право, торговое право, ВТО, ТРИПС.*

Настоящую статью следует начать с того, что Китай и интеллектуальная собственность – достаточно противоречивые сущности. Привычное для западного подхода понятие «интеллектуальная собственность» в Китае стало формироваться фактически только в последние десятилетия. В отличие от Запада, где институциализирование интеллектуальной собственности произошло во второй половине XIX в. и было вызвано необходимостью признания имущественных прав на результаты творческого труда, в Китае в отношении интеллектуальной собственности существовал прямо противоположный подход,

который объясняется особенностями цивилизационных парадигм, действовавших в китайском обществе на протяжении столетий.

В то время как в привычном для западного человека сознании есть понятие ценности авторской составляющей результата творческого труда, в китайской цивилизации сформировался принципиально иной подход: главным достоинством в искусстве Китая всегда было повторение работ старых мастеров[1], т.е. копирование чужих произведений было неотъемлемой частью творческого процесса.

Культурный концептуальный подход начал формироваться в период XI–III вв. до н.э. (так называемый период Чжоу). Именно в этот период закладывается фундамент традиционной китайской эстетической мысли и теории искусства, которые имеют в своей основе понятие «пинь» («категория» или «тип»), пришедшее из конфуцианской практики определения характера человека исходя из так называемой «риторически законченной формулы», т.е. отнесения личности к тому или иному типу (например, разделение по уровню развития: сильный тип личности, средний тип личности, слабый тип личности).

С применением понятия «пинь» стала формироваться классификация создателей результатов творческой деятельности по трем типам. Так, низший тип художников включал в себя «умелых» («нэн»), которые могли лишь хорошо передавать внешний вид предметов; средний тип характеризовал художников, которые не просто передавали внешний вид, но выражали «утонченность» («мяо») вещей, символическую глубину образов и их сущность; и наконец, высший тип – это лучшие среди живописцев, или мастера, создающие работы, несущие понятие всеединства мировой «духовности» («шэнь»).

Спустя некоторое время понятие «пинь» начинает формировать различные «типы» произведений, постепенно образуя классификацию типовых форм вещей. Выбор лучших образцов живописных представлений о различных природных объектах (горах, водопадах, деревьях, небе и т.п.) типизирует их изображения и формирует наборы того или иного класса (типа), т.е. новое произведение фактически состоит из копий того или иного типа формы вещей. Таким образом, начинает применяться подход, фактически полностью состоящий из копирования чужих произведений, который становится нормой китайской цивилизации тех давних времен, органично перешедший в наши дни.

[1] *Власов В.Г.* Большой энциклопедический словарь изобразительного искусства. В 8 т. СПб.: ЛИТА, 2000.

В литературе в связи с этим отмечается: «Великие мастера живописи и каллиграфии неустанно копировали произведения древних и современных им авторов, так как посредством копирования они достигали глубокого творческого контакта с другой художественной индивидуальностью... В копиях китайские критики ценили не столько точность в передаче формы, сколько верное воспроизведение духа (шэнь), энергетики (ци), эмоционального строя (цзин) оригинала»[1], «в трактатах по каллиграфии упоминается о 300–500 копиях с одного памятника, которые выполнял мастер, прежде чем добивался необходимого ему сходства. Для корифеев каллиграфии и живописи копирование было не просто профессиональной разминкой, но особой формой творчества, точнее, «сотворчества» с автором подлинника»[2].

Важно заметить, что подобная ситуация складывалась и применительно к сфере изобретений: оригинальные китайские изобретения – бумага, печатный станок, порох и компас датировались временем прошлого тысячелетия, в связи с чем в периодике отмечается, что «в Китае самобытное развитие техники остановилось в XVI веке, за этим последовали только заимствования европейских технологий»[3].

В связи со сказанным не должно удивлять то, что предлагаемое Западом понимание интеллектуальной собственности изначально воспринималось в Китае с отторжением и искренним непониманием. Более того, в какой-то момент копирование чужих технологических решений было возведено в Китае практически в ранг государственной политики – инновационные решения копировались и воспроизводились без разрешения правообладателей с невероятным постоянством.

Сейчас, став активнейшим участником международных торговых сделок, Китай придерживается необходимой в глобализированном мире линии по формированию привычной и работающей системы охраны и защиты прав интеллектуальной собственности. При этом в некоторых областях инновационной продукции страна достигла действительно заметного успеха, что порождает потребность обеспечивать защиту китайских компаний от копирования их разработок.

---

[1] *Белозерова В.Г.* Роль копий и копирования в художественной традиции Китая // Экспертиза и атрибуция произведений изо/искусства: Материалы II научной конференции. М., 1997 (http://www.artscity.ru/statiy/aboutcopy/kopiichina/).

[2] *Белозерова В.Г.* Линь // Духовная культура Китая: Энциклопедия. В 5 т. / Гл. ред. М.Л. Титаренко; Ин-т Дальнего Востока. М.: Вост. лит., 2006. Т. 6 (дополнительный): Искусство / Ред. М.Л. Титаренко и др. 2010. С. 611.

[3] http://www.colta.ru/articles/society/16061?page=447

Тем не менее, по данным ежегодного специального доклада Торгового представительства США (*United States Trade Representative*) о нарушениях прав на объекты интеллектуальной собственности в мире в 2017 г. (*2017 Special 301 Report*), являющегося, пожалуй, самым показательным и объективным аналитическим документом о состоянии правового регулирования защиты и охраны интеллектуальной собственности в мире, Китай отнесен к наиболее злостным нарушителям прав интеллектуальной собственности на планете. Причем в рамках настоящей статьи значимым является то, что, согласно рейтингу *2017 Special 301 Report*, самые большие проблемы возникают в связи защитой интересов правообладателей применительно к секретам производства (ноу-хау).

Иностранные компании, работающие на китайском рынке, нередко сталкиваются со случаями нарушений своих прав на секреты производства. При этом защита этих прав затруднена отсутствием в китайском законодательстве специальных норм, прямо устанавливающих регулирование ряда аспектов ноу-хау, а главное – сложностями в сборе доказательств и некоторыми особенностями судебного производства, что требует от коммерсантов принятия целого пакета превентивных мер, направленных на реализацию своих законных интересов.

При выборе стратегии охраны и защиты интеллектуальной собственности все большее число компаний склоняется к охране технологий и информации, которая обладает коммерческой ценностью, посредством установления режима секрета производства (ноу-хау).

Подобный выбор обусловлен рядом причин и прежде всего это срок охраны – охрана секрета производства может продолжаться столько, сколько пожелает правообладатель соответствующего ноу-хау (в то время как срок действия патента ограничен 20 годами). В общем виде ноу-хау представляет собой информацию самого широкого спектра использования, содержание которой раскрывает различные методы, способы, технологические процессы и т.д., включая те, которые не подпадают под патентно-правовую охрану. Поэтому установление правовой охраны секрета производства не требует определения его соответствия специальным критериям наподобие патентоспособности (чтобы то или иное техническое решение было запатентовано, оно должно соответствовать нескольким требованиям – новизны, оригинальности и практической применимости). Кроме того, введение режима секрета производства допускает охрану любой информации, а не только связанной с применением технологий. Еще одним важным аргументом в пользу выбора правового режима секрета производства

является отсутствие необходимости прохождения регистрационных процедур, при которых необходимо раскрыть суть решения или информации, составляющих содержание ноу-хау.

В Китае термин «ноу-хау» является составляющей секрета производства, причем под режим «секрет производства» могут попасть весьма разнообразные сведения: клиентская база, информация о производителях (партнерах, поставщиках), ценовая политика, маркетинговые исследования, технологические процессы и др. Однако специального закона по регулированию секрета производства в китайском законодательстве в настоящее время нет (и на этот факт обращает особое внимание США).

Основными актами, регламентирующими секрет производства, являются следующие:

– Закон КНР «О борьбе с недобросовестной конкуренцией» (*Law of September 2, 1993, of the People's Republic of China Against Unfair Competition (promulgated by People's Republic of China Presidential Order N 10)*);

– Уголовный закон КНР (*Criminal Law of the People's Republic of China*);

– Закон КНР «О заключении договоров» (*Contract Law of the People's Republic of China (adopted by the National People's Congress on March 15, 1999, and promulgated by the Presidential Order N 15)*)[1].

Примечательно также то, что в 2017 г. произошли важные изменения в правовом регулировании коммерческой тайны: были внесены поправки в закон, устанавливающий основы гражданского регулирования, признающие, что коммерческая тайна может являться предметом гражданско-правовой защиты.

В соответствии с определением, содержащимся в ст. 10 Закона КНР «О борьбе с недобросовестной конкуренцией», под **коммерческим секретом** понимается техническая и хозяйственная информация, неизвестная широким кругам публики, которая может принести экономическую выгоду ее владельцам и которая представляет практическую ценность для других, в связи с чем владельцы этой информации принимают определенные меры для сохранения ее в секрете. Иными словами, чтобы информация была признана секретом производства, она должна быть недоступна широкой публике, не находиться

[1] Немаловажным в рамках исследуемого вопроса является и Закон КНР «О внешней торговле» (принят на 7-м заседании ПК ВСНП восьмого созыва 12.051994, с последующими изменениями от 06.04.2004). Предметом регулирования данного Закона являются отношения, связанные с внешней торговлей и защитой различных аспектов интеллектуальных прав, касающихся торговой деятельности (ст. 2).

в свободном доступе, а также иметь фактическую или потенциальную коммерческую ценность, способную принести правообладателю конкурентные преимущества.

Далее, важным представляется обратить внимание на то, что Китай является членом ВТО, а значит, должен исполнять обязательства, принятые им в рамках Соглашения ТРИПС. Это, в частности, ст. 39 Соглашения, в соответствии с которой физическим и юридическим лицам предоставляется возможность препятствовать тому, чтобы информация, правомерно находящаяся под их контролем, без их согласия была раскрыта, получена или использована другими лицами способом, противоречащим честной коммерческой практике, при условии, что такая информация:

– является секретной в том смысле, что она в целом или в определенной конфигурации и подборе ее компонентов не является общеизвестной и легкодоступной лицам в тех кругах, которые обычно имеют дело с подобной информацией;

– ввиду своей секретности имеет коммерческую ценность;

– является объектом надлежащих в данных обстоятельствах шагов, направленных на сохранение ее секретности со стороны лица, правомерно контролирующего эту информацию[1].

Вследствие сказанного при недостаточности норм законодательства Китая для целей обоснования того, что та или иная информация является конфиденциальной, заинтересованные лица вправе опираться на нормы Соглашения ТРИПС.

В соответствии со ст. 10 упоминавшегося Закона КНР «О борьбе с недобросовестной конкуренцией» нарушением коммерческих секретов считается одно из следующих действий: получение коммерческих секретов, принадлежащих другим, с помощью кражи, вознаграждения, вымогательства и других недобросовестных методов; либо обнародование, использование или позволение пользоваться другим коммерческими секретами, полученными вышеуказанными методами; либо обнародование, использование или позволение пользоваться другим коммерческими секретами, принадлежащими другим владельцам,

[1] В Соглашении ТРИПС закреплено, что под «способом, противоречащим честной коммерческой практике» следует понимать как минимум такую практику, как расторжение договора, подрыв доверия или содействие подрыву доверия, приобретение закрытой информации третьими лицами, которым было известно или не было известно в результате грубой небрежности, что приобретение этой информации подразумевает такую практику.

в нарушение соглашения или требования владельцев секретов в отношении сохранения секретов в тайне.

При рассмотрении дела о нарушении прав на секрет производства суд должен установить, были ли приняты правообладателем надлежащие меры по обеспечению конфиденциальности. То есть для того, чтобы действия, нарушающие режим секрета производства, были признаны неправомерными, правообладателю ноу-хау необходимо доказать, что им предпринимались действия, нацеленные на защиту информации. Особо хотелось бы отметить, что в суде придется раскрыть само содержание секрета производства, указать материальный носитель, на котором хранится этот секрет, а также предоставить данные о коммерческой стоимости данного ноу-хау.

С учетом вышесказанного представляется целесообразным дать несколько практических рекомендаций для целей обеспечения прав и законных интересов правообладателя секрета производства при осуществлении коммерческой деятельности в Китае.

**Соглашение о конфиденциальности.** В нем должны быть определены предмет охраны, а также размер убытков и порядок их возмещения в случае, если режим конфиденциальности будет нарушен стороной договорных отношений. Это соглашение должно быть заключено, несмотря на то что в соответствии с нормами китайского Закона «О заключении договоров» стороны соглашения не вправе разглашать или ненадлежащим образом использовать секрет производства, полученный в ходе переговоров (обязательство по обеспечению конфиденциальности той или иной информации существует вне зависимости от факта подписания договора и прямо предусмотрено законодательством), – заключение такого соглашения повышает шансы отстоять свои права в суде.

При ведении переговоров следует зафиксировать двустороннюю обязанность соблюдения конфиденциальности (соглашение о неразглашении): участники переговоров (стороны и привлекаемые к переговорному процессу третьи лица, например, эксперты) не должны раскрывать и использовать ненадлежащим образом секрет производства, ставший им известным в ходе переговоров, независимо от результата переговоров (т.е. вне зависимости от того, был договор в конечном счете заключен или нет). В случае несоблюдения этой обязанности с участника переговоров можно будет взыскать компенсацию убытков.

Особые условия подобных соглашений – согласование применимого права, в соответствии с которым будет рассматриваться спор между сторонами, а также определение размера компенсационных выплат.

**Система корпоративных правил.** Подобные акты определяют порядок осуществления действий в отношении секрета производства и конфиденциальной информации внутри компании: критерии отнесения той или иной информации либо сведений к разряду конфиденциальных; схему доступа работников и третьих лиц к документации, содержащей информацию ограниченного распространения; формат работы, распространения, уничтожения подобных документов; условия обращения с документами, содержащими ноу-хау, действующих сотрудников, а также бывших сотрудников компании; обозначение, характеризующее, что тот или иной документ имеет ограниченный режим распространения.

Для более полного обеспечения сохранения конфиденциальности целесообразно включать соответствующее письменное предупреждение в электронные письма и документы (особенно на стадии проведения переговоров). Одним из вариантов может быть следующее краткое сообщение: «Данное электронное сообщение и все вложения являются строго конфиденциальными и предназначены исключительно адресату (получателю). Если Вы случайно получили это сообщение, то, пожалуйста, уничтожьте его, не читая, не сохраняя и не передавая другим лицам. Сообщите отправителю о происшедшем»[1].

**Трудовые договоры.** В трудовом договоре каждого сотрудника компании, вплоть до обслуживающего персонала и сотрудников аутсорсинговых компаний, необходимо прописать соответствующие правила, касающиеся конфиденциальной информации.

**Внутренние мероприятия в компании.** Периодическое напоминание работникам о действующей политике конфиденциальности и информационной безопасности никогда не станет лишней мерой в реализации политики защиты секрета производства. Как минимум следует напоминать, что правонарушениями, ответственность за которые установлена ст. 10 Закона «О борьбе с недобросовестной конкуренцией», являются завладение коммерческой тайной путем кражи, запугивания или любых иных недобросовестных средств; раскрытие, использование или предоставление другому лицу возможности использовать коммерческую тайну, полученную одним из способов, упомянутых выше; нарушение соответствующих договоренностей о режиме коммерческой тайны и ее раскрытии.

[1] Английский вариант: «This e-mail message and all attachments to it are strictly confidential. They are intended exclusively for the person indicated as a receiver. If you have received this message by chance, please, delete it without reading, saving or sending to the third parties. Please, notify the proper receiver of what has happened».

В завершение следует заметить, что дела о нарушении режима конфиденциальности в большинстве случаев (правда, это зависит от цены иска) рассматриваются в административном порядке: заявления подаются в местное отделение Администрации по промышленности и торговле (*AIC*)[1]. Для некоторых случаев предусмотрено предъявление иска в суд для рассмотрения в порядке гражданского судопроизводства. В особых случаях заявитель может обратиться в местную прокуратуру с целью возбуждения уголовного дела.

При этом не только допустимой, но и необходимой мерой будет подача в суд ходатайства о применении обеспечительных мер в виде запрета на совершение определенных действий с документами, содержащими коммерческую тайну, секрет производства, если они в нарушение договоренностей попали к лицу, не имеющему права на их использование. Показательное в этом смысле дело *Eli Lilly and Company (China) R&D Co., Ltd v. Huang Mengwei*.

> Хуан Мэнвэй (ответчик) был принят на работу в *Eli Lilly and Company (China) R&D Co., Ltd* (истец). Между работодателем и работником было заключено соглашение о конфиденциальности. Позднее было установлено, что ответчик скачал с сервера работодателя 48 документов (из них 21 документ, по мнению истца, содержал коммерческую тайну) и сохранил у себя. Вследствие возникшей ситуации истец и ответчик заключили соглашение, по которому ответчик признавал факт получения доступа к 33 конфиденциальным документам и согласился на проведение проверки сотрудниками истца в указанном истцом месте и удаление документов. Однако после подписания этого соглашения ответчик отказался его исполнять. Истец в свою очередь направил ответчику уведомление о расторжении трудовых отношений, а затем обратился в суд с иском о нарушении научно-технической тайны. Одновременно истец ходатайствовал перед судом об издании предписания о запрете разглашения, использования или передачи другим лицам для использования 21 документа, содержащего коммерческую тайну истца (им были представлены суду наименования и содержание документов, содержащих коммерческую тайну, другие доказательства, а также необходимое обеспечение). Суд представленные доказательства признал достаточными для подтверждения опасности разглашения, использования или передачи ответчиком документов, содержащих коммерческую тайну, и вынес предписание ответчику о запрете разглашения, использования или передачи другим лицам данных документов.

Данные меры, по мнению Верховного народного суда КНР, в виде запрета на совершение определенных действий в делах о защите ин-

[1] http://www.saic.gov.cn/english/ContactUs/

теллектуальной собственности позволяют повысить эффективность правовой защиты правообладателей, народный суд прямо указал на необходимость вынесения определения о применении обеспечительных мер при подаче ходатайства о наличии риска причинения ущерба правам и интересам стороны.

Несмотря на действительно значительные перемены в судебной защите прав на секреты производства, истцам – иностранным компаниям все еще достаточно сложно доказывать, что секрет производства был раскрыт незаконно. При этом сам порядок раскрытия конфиденциальной информации судами и другими государственными органами Китая также требует значительной доработки, о чем дана соответствующая рекомендация в *2017 Special 301 Report* и отмечается в *Report to Congress on China's WTO Compliance*[1].

**Пристатейный библиографический список:**

1. Eli Lilly and Company (China) R&D Co., Ltd v. Huang Mengwei.

2. 2017 Special 301 Report, Office of the United States Trade Representative.

3. 2016 Report to Congress On China's WTO Compliance, United States Trade Representative January 2017.

4. *Власов В.Г.* Большой энциклопедический словарь изобразительного искусства. В 8 т. СПб.: ЛИТА, 2000.

5. *Белозерова В.Г.* Роль копий и копирования в художественной традиции Китая // Экспертиза и атрибуция произведений изо/искусства: Материалы II научной конференции. М., 1997.

6. *Белозерова В.Г.* Линь // Духовная культура Китая: Энциклопедия. В 5 т. / Гл. ред. М.Л. Титаренко; Ин-т Дальнего Востока. М.: Вост. лит., 2006. Т. 6 (дополнительный): Искусство / Ред. М.Л. Титаренко и др. 2010.

[1] https://ustr.gov/sites/default/files/2016-China-Report-to-Congress.pdf

**О.Н. Горохова**

# «ИГРОВОЕ ИМУЩЕСТВО» КАК РАЗНОВИДНОСТЬ «ВИРТУАЛЬНОГО ИМУЩЕСТВА»

Аннотация. *Гражданский оборот ввиду динамичного развития технологий включает в себя новые объекты, ранее неизвестные законодателю. Настоящая статья посвящена рассмотрению и анализу правовой природы разного рода виртуальных объектов в многопользовательских онлайн-играх, которые обладают коммерческой ценностью в торговом обороте.*

Ключевые слова: *виртуальное имущество, онлайн-игры, Интернет, MMORPG.*

Существующая сегодня технологическая реальность все чаще «преподносит» новые объекты гражданских прав, ранее неизвестные законодателю. Так, широкое распространение сети Интернет и развитие компьютерных программ привело к созданию такого многогранного объекта, как «виртуальное имущество», которое, несмотря на свою «виртуальность», обладает вполне реальной экономической ценностью, что обусловливает целесообразность его охраны с помощью права.

В рамках настоящей статьи будет рассматриваться одна из разновидностей «виртуального имущества» – «*игровое имущество*», которое приобретается в рамках многопользовательской ролевой онлайн-игры (*MMORPG*)[1] за реальную валюту.

Совершенствование техники создания виртуального пространства, значительное разнообразие игр увеличивают количество пользователей[2], а следовательно, и количество совершаемых сделок с виртуаль-

[1] *MMORPG* – это компьютерная игра, в которой жанр ролевых игр совмещается с жанром массовых онлайн-игр.

[2] Например, число зарегистрированных в онлайн-игре *World of Tanks* составляет, по разным оценкам, от 40 до 50 млн человек.

ными объектами, повышается их цена (например, комплект рун[1] в игре «Аллоды онлайн» стоит порядка 1,3 млн руб.). Более того, появляются и новые рынки: *Entropia Universe*, являясь научно-фантастическим виртуальным миром, обладает реальной моделью экономики.

Безусловно, неизбежны и правонарушения в рассматриваемой среде – от кражи «игрового имущества» до нелегальной конвертации полученных виртуальных денег в реальную валюту. Как следствие, уже не только появились судебные иски, но год от года увеличивается их число. Примечательно, что подобные иски о защите «игрового имущества» предъявлялись и в России, однако на момент написания статьи ни один из них не был удовлетворен, причем суды иногда ссылались на ст. 1062 ГК РФ, приравнивая онлайн-игры к азартным, что в корне неверно, поскольку противоречит существу этих отношений.

Вследствие сказанного можно утверждать, что если ввести в правовое поле понятие «виртуальное имущество» в качестве одного из объектов гражданских прав и распространить на него механизм защиты, признать его оборотоспособность, то киберпреступники будут вне сферы закона. Кроме того, отсутствие должного регулирования, по сути, мешает осуществлению конституционного права на защиту прав и свобод человека и гражданина.

Изложенное подтверждает актуальность и значимость темы «виртуального имущества» и его разновидности – «игрового имущества» в правотворческом и правоприменительном аспектах. Однако, несмотря на наличие в этой сфере ряда трудов зарубежных юристов – *R. Bartle* (Р. Бартл), *J. Kwong* (Дж. Квонг), *G. Lastowka* (Г. Ластовка), а также некоторых работ юристов отечественных, их количество, бесспорно, явно недостаточно для выработки однозначных решений по возникающим на практике вопросам, тем более что комплексные исследования, посвященные анализу правовой природы объектов «виртуальной собственности», не проводились.

1. В современном мире значительная часть общества вовлечена в виртуальные миры, количество сделок с виртуальными, в том числе игровыми, объектами, равно как и их ценность, повышается с каждым днем. Однако судебная практика и правовое регулирование отстают от данной тенденции, что порождает серьезные проблемы. Чтобы грамотно разрешить их, необходимо определить правовую природу «игрового имущества».

[1] Руны – это знак Покровителя, с помощью которого можно значительно увеличить урон, наносимый вашим персонажем, и защиту.

Тщательный анализ научной литературы позволил выявить наиболее полное определение «игрового имущества» – под ним понимаются «объекты, воспринимаемые пользователями многопользовательских ролевых онлайн-игр (а равно и иных родственных проектов, в том числе неигровых или не только игровых) как относящиеся к особому виртуальному миру игры или виртуальному пространству неигрового сервиса»[1].

Для начала попробуем отнести «игровое имущество» к какому-либо виду имущества, перечень которых установлен ст. 128 ГК РФ.

Первый подход предлагает рассматривать объекты игрового пространства как *вещи*: это обусловлено тем, что игровые объекты разграничиваются на движимые (например, мечи, шкафы[2]) и недвижимые (острова); безусловно, существуют и виртуальные услуги, и игровые деньги; кроме того, приобретают такие объекты так же, как и вещи, – путем купли-продажи, дарения, находки и т.д.

Но обращение к доктрине отечественного гражданского права позволяет сделать вывод о том, что такой подход в корне неверен. Во-первых, согласно отечественной теории гражданского права, вещь – это материальный объект, она осязаема и имеет границы в объективном мире. В свою очередь игровые объекты (как и вообще «виртуальное имущество») существуют, имеют смысл и могут быть использованы только в определенном виртуальном мире – конкретной онлайн-игре. Во-вторых, объектом вещных прав являются только индивидуально-определенные вещи[3], а игровые объекты не только не материальны, но и не отличаются индивидуальными характеристиками, вследствие чего нормы о праве собственности к ним применяться не могут. В-третьих, вещные права предполагают непосредственное господство над вещью[4], что невозможно в отношении «игрового имущества»: «владеет» таким объектом не человек, а его персонаж[5] – аватар[6]. И более того, игрок не владеет даже своим

---

[1] *Архипов В.В.*, *Килинкарова Е.В.*, *Мелащенко Н.В.* Проблемы правового регулирования оборота товаров в сети Интернет: от дистанционной торговли до виртуальной // Закон. 2014. № 6. С. 137.

[2] https://meduza.io/shapito/2018/04/10/razrabotchiki-sperli-nochyu-shkaf-samyy-dusherazdirayuschiy-otzyv-ob-igre-kingdom-come-deliverance (дата обращения: 23.03.2018)

[3] Российское гражданское право: Учебник. В 2 т. / Отв. ред. Е.А. Суханов. Т. 1. М.: Статут, 2018. С. 495.

[4] Там же. С. 494.

[5] *Bartle R.A.* Pitfalls of Virtual Property. The Themis Group, 2004. P. 4 (http://www.themis-group.com/uploads/Pitfalls%20of%20Virtual%20Property.pdf; дата обращения: 23.03.2018).

[6] Аватар – это персонаж, посредством которого игрок (пользователь) действует в виртуальном мире. Термин взят из философии индуизма, в которой он символизирует воплощение бога в материальном мире.

персонажем, поскольку учетная запись – это часть «набора», которым владеет разработчик[1], хотя все социальное взаимодействие персонажа контролирует сам пользователь[2], «распоряжаясь» игровыми объектами.

Второй подход предполагает отнесение «игрового имущества» к объектам интеллектуальной собственности. Такой подход основан на том, что виртуальный мир – это совокупность кодов, которая характеризуется наличием автоматизированных правил, динамичностью и стабильностью[3]. Исходя из этого, в частности, американский юрист Джастин Квонг делает заключение: игровые объекты – это строки компьютерного кода, используемого в программе на основании лицензионного соглашения, принадлежащие правообладателю – создателю игры, который не только создал игру (а вместе с ней и все игровые объекты), но и платит за серверы. Для российского права эта позиция может основываться на ст. 1225 ГК РФ, в которой в качестве результатов интеллектуальной деятельности упомянуты программы для ЭВМ, выражаемые в объектном коде (ст. 1261 ГК РФ).

С учетом этого подхода игровые компании, чтобы избежать финансовых потерь, часто закрепляют в правовых документах положение о том, что у игроков нет имущественных прав (прав собственности) на виртуальные объекты. Безусловно, сам игрок обычно ничего не создает[4] (не пишет код), а лишь использует уже созданные «предметы» виртуального мира, поэтому признавать его правообладателем интеллектуальной собственности нет оснований. Но игроки нередко приобретают «игровое имущество» за вполне реальные деньги, поэтому отрицать за ними имущественные права в корне неверно.

Третий подход предусматривает рассмотрение объектов «игрового имущества» в качестве особых объектов, признаки которых слишком специфичны, чтобы отнести их к какому-либо традиционному виду имущества[5].

---

[1] *Bartle R.A.* Pitfalls of Virtual Property. P. 4.

[2] *Дюранске Б.Т.*, *Кейн Ш.Ф.* Виртуальные миры, реальные проблемы // Правоведение. 2013. № 2. С. 117 (https:// pravovedenie.spbu.ru; дата обращения: 23.03.2018).

[3] *Bartle R.A.* Designing Virtual Worlds. New Riders Publishing, 2003 (http://www.twirpx.com/file/1426570/; дата обращения: 23.03.2018).

[4] Однако есть и исключения. Так, некоторые виртуальные миры предусматривают создание самими игроками объектов: например, *Linden Lab* – разработчик *Second Life* гарантирует «резидентам» защиту интеллектуальных прав в отношении созданной ими интеллектуальной собственности (см.: *Дюранске Б.Т.*, *Кейн Ш.Ф.* Виртуальные миры, реальные проблемы. С. 123).

[5] *Савельев А.И.* Правовая природа виртуальных объектов, приобретаемых за реальные деньги в многопользовательских играх // Вестник гражданского права. 2014. № 1. С. 148.

Между тем, обратившись к ст. 128 ГК РФ, можно увидеть, что она содержит открытый перечень объектов гражданского права, причем не давая определения этим объектам. Но из ее содержания четко следует, что таким объектом является «благо, которое служит удовлетворению потребностей», т.е. «игровое имущество» вполне может являться объектом гражданских прав. Хотя в литературе высказываются сомнения в правильности такого отнесения с юридической точки зрения[1].

Подводя некоторый итог сказанному, надо специально отметить, что «игровое имущество» – это новый вид объектов гражданских прав, главным признаком которого является ограничение границами виртуального мира возможности использования онлайн-игры. Но для более полного определения присущих ему характерных черт необходимо обратиться к зарубежному законодательству и доктрине.

2. С точки зрения американской доктрины «игровое имущество» находится где-то между объектами интеллектуальных прав и обычными объектами права собственности, поскольку они не создаются пользователями и могут быть использованы лишь в онлайн-игре. Однако сторонники такой позиции предлагают распространить на «виртуальное имущество» нормы *common law* (общего права) о праве собственности. Более того, с 2006 г. ведутся дискуссии на тему о введении налога на подобные объекты и виртуальные деньги[2].

В подтверждение своей правоты приверженцы обозначенной позиции приводят аргументы, основанные не только на удобстве предлагаемого подхода, но и на теории Джона Локка (*Lokean labor-desert theory*), в центре которой тезис: «В начале весь мир был Америкой». Бесконечность виртуальных миров полностью отвечает этой фразе. Кроме того, в основу этой теории положено то, что индивид имеет все основания на право собственности, если он вложил усилия, труд в создание либо приобретение объекта[3], а на развитие аватара и прохождение заданий,

---

[1] *Лисаченко А.В.* Право виртуальных миров: новые объекты гражданских прав // Российский юридический журнал. 2014. № 2 (http://www.center-bereg.ru/b86.html; дата обращения: 23.03.2018).

[2] Virtual Economies Need Clarification, not More Taxes // Joint Economic Committee. October 17. 2006 (http://www.jweinsteinlaw.com/pdfs/pr109-98.pdf, дата обращения: 23.03.2018). На данный момент все серьезнее вероятность введения такого налогообложения, причем механизм, возможно, будет аналогичен классическому механизму взимания налогов (https://www.irs.gov/Businesses/Small-Businesses-&-Self-Employed/Tax-Consequences-of-Virtual-World-Transactions; дата обращения: 23.03.2018).

[3] *Lastowka G.*, *Hunter* D. The Laws of Virtual Worlds // California Law Review. 2004. Vol. 92. Iss. 1. P. 46 (http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1345&context=californialawreview; дата обращения: 23.03.2018).

уровней игры пользователь зачастую тратит большое количество времени и сил, сопоставимое с реальной работой.

Более того, Р. Бартл приводит пять аргументов в пользу права собственности на «виртуальное имущество», каждый из которых начинается со слов «я владею, потому что...»[1]. Приводимые аргументы следующие: покупка (только в случае добросовестности покупателя и разрешения со стороны разработчиков, прямо прописанного в пользовательском соглашении); кража (приобретательная давность); самостоятельное создание[2]; затрата времени и сил; принуждение со стороны создателя игры (при условии нехватки времени у игрока и желания повысить свой уровень без усилий он может купить за реальные деньги «прогресс» в игре).

Но, несмотря на, казалось бы, благоприятные условия для введения понятия «виртуальное имущество» в сферу правового регулирования, это до сих пор не происходит. Главными причинами видятся активное противостояние этому разработчиков многопользовательских онлайн-игр, которым невыгодна всесторонняя защита «прав собственности» игроков, и консервативность судей. Правообладателей это ограничивает в совершении многих действий, поскольку они влекут реальные последствия, – например, создание в игре новых объектов может привести к обесцениванию других, что повлечет «разорение» группы аватаров и обязанность администратора компенсировать возникшие убытки; кроме того, в случае закрытия игры и отключения серверов разработчики должны будут нести имущественную ответственность.

Обозначенная проблема нашла отражение и в научной литературе. *G. Lastowka* считает, что до тех пор, пока лицензионные соглашения будут составляться владельцами онлайн-игр, все права будут принадлежать им, потому что в этом документе они могут прописать любой режим для игровых объектов. Он предсказывает увеличение проблем и усложнение подобных отношений по мере возрастания количест-

[1] *Bartle R.A.* Pitfalls of Virtual Property. P. 5.

[2] Р. Бартл приводит в подтверждение спорности этой позиции ситуацию с пазлом: если владелец пазла позволит приятелю собрать пазл, то созданное приятелем из его пазла не станет собственностью приятеля. А также он упоминает абсурдный пример с компанией *Microsoft*: при подобной логике компания владеет всеми текстами, которые созданы в *Microsoft World*. С учетом этого автор говорит о том, что критерием должна быть цель создания предмета – для развлечения либо работы. На наш взгляд, этот аргумент уже не актуален ввиду развития технологий: например, Патентное ведомство США в 2007 г. зарегистрировало товарный знак дизайнера Алиссы Ла Роше с изображением ее аватара *Aimee Weber* (*Дюранске Б.Т.*, *Кейн Ш.Ф.* Виртуальные миры, реальные проблемы. С. 131).

ва пользователей и, соответственно, виртуальных объектов. А по результатам подробного анализа трех теорий собственности *G. Lastowka* приходит к выводу, что права собственности на виртуальные объекты скорее должны, чем не должны, быть урегулированы[1].

Таким образом, в американской доктрине степень научной разработанности проблематики в разы выше, хотя «игровое имущество» и не стало еще объектом правового регулирования. При этом не только ученые, но и судьи проникаются спецификой «виртуального имущества». Так, в одном из самых известных дел – *Bragg v. Linden Research, Inc.* суд использовал данный термин, не проводя аналогию с обычным движимым или недвижимым имуществом[2].

Но надо признать, что, например, и в Японии (как в России и США) «виртуальное имущество» пока не получило законодательного признания при значительном многообразии существующих виртуальных миров.

В то же время есть страны, в которых на нормативно-правовом уровне признано «виртуальное имущество».

Так, Министерство юстиции Тайваня[3] издало постановление от 23.11.2011, согласно которому объекты «виртуального имущества» признаются имуществом в правовом смысле и с ними могут быть совершены все виды сделок, а кража таких объектов уголовно наказуема. Можно сказать, что законодатель воспринял самую простую позицию, признав виртуальные объекты вещами в классическом их смысле. На данный момент в стране эффективно рассматриваются сотни дел о мошенничестве и краже «виртуального имущества».

В Южной Корее мнения разделились. С одной стороны, суды придерживаются аналогичной точки зрения об отнесении виртуальных объектов к вещам: только за один год через суды прошло около 22 тыс. заявлений, касающихся такого имущества. С другой стороны, время от времени запрещается торговля «виртуальным имуществом», что, по всей видимости, нацелено на уменьшение количества исков[4].

Еще одним государством, перспективным в плане правового регулирования виртуальных объектов, стал Китай, который разрабатывает «виртуальное право» с целью обеспечить гарантированную конку-

---

[1] *Lastowka G.*, *Hunter D.* The Laws of Virtual Worlds. P. 49.

[2] *Архипов В.В.*, *Килинкарова Е.В.*, *Мелащенко Н.В.* Проблемы правового регулирования оборота товаров в сети Интернет: от дистанционной торговли до виртуальной собственности. С. 138.

[3] http://www.moj.gov.tw/mp095.html (дата обращения: 23.03.2018).

[4] *Лисаченко А.В.* Право виртуальных миров: новые объекты гражданских прав.

ренцию в сфере купли-продажи «виртуального имущества». Суды не только рассматривают, но и удовлетворяют требования истцов. Так, Второй кассационный суд г. Бейджинга по делу *Li Hongchen v. Beijing Arctic Ice Technology Development Co*. обязал правообладателя восстановить доступ к учетной записи пользователя, которая была украдена третьим лицом.

Таким образом, существует множество позиций в отношении правовой природы «виртуального имущества». Но одно можно утверждать: признаки виртуальных объектов не совпадают с признаками классических вещей и объектов интеллектуальной собственности, что, безусловно, должен учитывать законодатель, определяя кон-струкции правового регулирования и способы защиты виртуальных объектов.

3. Обратившись к практике Российской Федерации, можно увидеть значительное число препятствий для адекватной защиты прав пользователей на «игровое имущество».

Так, наглядным примером служит дело, рассмотренное в мировом суде: игрок обратился с несколькими исками, в которых требовал от компании ООО «Иннова Системс» возместить ущерб за блокировку его аккаунта, невозможность использования «арендованного» виртуального предмета «руны опыта» в течение трех суток и сокращения срока платной подписки на сервис в игре «*Lineage 2*». Суд отказал в удовлетворении иска, сославшись на невозможность судебной защиты игрового процесса даже в случае настоящего нарушения правил игры пользователем, согласно п. 1 ст. 1062 ГК РФ[1].

Согласно другому судебному решению пользователь *MMORPG* «*Lineage 2*» и «*Rising Force On-line*» приобрел виртуальные объекты на общую сумму 235 508,26 руб., причем, по заявлению истца, сделал это под влиянием обмана. Ответчик – ООО «Иннова Системс» возражал, уверяя, что платные сервисы не обязательны для участия в игре. Отказывая в иске, суд, так же как и в предыдущем случае, сослался на ст. 1062 ГК РФ, устанавливающую запрет на судебную защиту игр и пари[2].

Подобных исков с каждым годом становится все больше, а суды по-прежнему поверхностно рассматривают подобные дела, считая «игровую зону» не подпадающей под действие закона и неправиль-

[1] Решение мирового суда судебного участка № 352 Басманного района г. Москвы от 01.02.2011 № 2-01/11 (приводится по: *Савельев А.И.* Правовая природа виртуальных объектов, приобретаемых за реальные деньги в многопользовательских играх. С. 132).

[2] Решение Лефортовского районного суда г. Москвы от 25 ноября 2011 г. по делу № 2-3379/2011 (приводится по: *Савельев А.И.* Правовая природа виртуальных объектов, приобретаемых за реальные деньги в многопользовательских играх. С. 133).

но определяя сущность онлайн-игры. Даже президиум Мосгорсуда в постановлении по делу И.А. Путилова также делает отсылку к статье об азартных играх и пари[1].

Сопоставление сути понятия игры, содержащегося в ст. 1062 ГК РФ, и онлайн-игры в аспекте корректности проведения аналогии между ними позволяет сделать следующие выводы.

Прежде всего надо заметить, что в ГК РФ отсутствует дефиниция игры, но она закреплена в Федеральном законе от 29.12.2006 № 244-ФЗ «О государственном регулировании деятельности по организации и проведению азартных игр и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации»: азартная игра – это основанное на риске соглашение о выигрыше, заключенное двумя или несколькими участниками такого соглашения между собой либо с организатором азартной игры по правилам, установленным организатором азартной игры.

Анализируя это понятие, надо обратить внимание на то, что, во-первых, в *MMORPG* не предусматривается соглашение о выигрыше – для пользователя важен сам процесс. Во-вторых, онлайн-игра бесконечна, ее невозможно выиграть или проиграть – в рамках виртуального пространства аватар может лишь одержать победу в конкретном сражении либо успешно пройти какое-либо задание, но выиграть саму игру нельзя. В-третьих, в *MMORPG* нет призового фонда, создание аккаунта бесплатно. Более того, А.Г. Федотов, анализируя сущность азартной игры, утверждает, что ее обязательным элементом и условием является заблуждение – при заключении сделки одна сторона неизбежно заблуждается в части ее условий. Напротив, в онлайн-игре пользователи дают себе отчет в своих действиях, контролируют их.

Изложенное позволяет сделать вывод о том, онлайн-игра не является азартной игрой.

Однако будет некорректным утверждать, что в российской судебной практике абсолютно отсутствуют положительные примеры разрешения дел по поводу «игрового имущества».

Так, Б. Семенюта приводит дело, в котором суд удовлетворил требование истца, причем в определении прямо прописан вывод о том, что к данным отношениям нельзя применять ст. 1062 ГК РФ[2].

---

[1] Постановление президиума Московского городского суда от 24.05.2013 по делу № 44г-45.

[2] *Семенюта Б.* Онлайн-игры: правовая природа отношений // ИС. Авторское право и смежные права. 2014. № 8. С. 38–45.

Истец обратился с требованием к ООО «Мэйл.Ру Геймз» в связи с тем, что оно заблокировало его учетную запись и пользователь не смог воспользоваться услугой, которую оплатил за свой счет. Суд удовлетворил иск, обосновав свой вывод ст. 13 Закона о защите прав потребителей, предусматривающей, что за нарушение прав потребителей изготовитель (исполнитель, продавец, уполномоченная организация или уполномоченный индивидуальный предприниматель, импортер) несет ответственность, предусмотренную законом или договором: «Истец, как потребитель, заказал для личных целей, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, у ответчика, как у исполнителя, осуществляющего предпринимательскую деятельность, платную услугу... однако не смог воспользоваться данной услугой ввиду блокировки ответчиком учетной записи, т.е. ввиду отказа ответчика от исполнения обязательств по оказанию платной услуги»[1]. Более того, в настоящем деле суд признал онлайн-игру программой для ЭВМ (интерактивного типа) и указал, что ввиду отсутствия условия о выигрыше она не является азартной игрой.

Но, несмотря на верное определение судом *MMORPG* и удовлетворение в данном случае требований пользователя, проблема в целом не решена, поскольку в схожих делах суды удовлетворяют иск в том случае, если нарушение состоит в неоказании оплаченной игроком услуги. Споры же между игроками по-прежнему квалифицируются по ст. 1062 ГК РФ и не находят своего разрешения.

4. Проблема неверного определения сущности отношений далеко не единственная. Например, трудно выявить правонарушителя при краже «игрового имущества», поскольку есть риск удаления его учетной записи. Или он может оказаться недееспособным, поскольку при регистрации пользователем может быть указан неверный возраст.

Для целей выбора правильного направления целесообразно обратиться к зарубежному опыту в рассматриваемой сфере, чтобы выявить оптимальные методы и подходы к решению проблем, возникающих уже в российской действительности.

Например, широко распространенным является *The Magic Circle Test*[2] – тест «волшебного круга», предложенный Б.Т. Дюранске[3]. Его смысл состоит в следующем: мир игры заключен в некий «магичес-

[1] Определение Ленинского районного суда г. Кемерово от 26.04.2013 по делу № 11-59/2013 (http://www.5451212.ru/sovety-advokatov-i-resheniya-sudov/resheniya-sudov/ooo-meyl-ru-geymz-proigral-delo-v-sude-grazhdaninu-po-onlayn-igre-i-s-organizatsii-vzyskali-dengi-po/; дата обращения: 23.03.2018).

[2] Термин взят из *Homo Ludens* («Человек играющий», 1938 г.) Й. Хейзинги.

[3] *Дюранске Б.Т.*, *Кейн Ш.Ф.* Виртуальные миры, реальные проблемы. С. 125.

кий круг», действия в котором зависимы от реального мира только тогда, когда человек предвидит или должен предвидеть последствия для реальности. Так, если игрой предусмотрена возможность кражи (например, как в игре «*Ultima-online*») и повышения навыка воровства для соответствующих персонажей, то это остается в границах «круга» (онлайн-игры). В случае взлома аккаунта или использования запрещенных способов кражи право реального мира полностью распространяется на пользователей виртуального мира[1]. Данный метод был разработан преимущественно для американских судов, но он вполне применим и в других правовых системах. Однако «магический круг» не будет работать в «открытых» виртуальных мирах, отношения в которых изначально не игровые (например, в игре «*Second life*»).

Интерес представляет и судебная практика, складывающаяся в США. Так, в Окружной суд Восточного округа Пенсильвании был предъявлен иск в связи с нарушением условий сделки с «игровым имуществом» (дело *Marc Bragg v. Linden Research, Inc.*). Правда, это дело закончилось мировым соглашением[2], как, впрочем, и многие другие подобные дела (вариант: решение в пользу одной из сторон в связи с неявкой другой).

Примечательно, что в отношении сделок в виртуальном пространстве сформировались два подхода: согласно первому сделки реальные и виртуальные абсолютно похожи (и, следовательно, покупая предметы или виртуальные деньги на интернет-сайтах, пользователь приобретает право собственности на них); согласно второму приобретение «виртуального имущества» на онлайн-аукционе приводит к возникновению двух разных договоров: в реальном мире – купли-продажи, а в виртуальном – фактически дарения, потому что один аватар просто передаст другому «виртуальное имущество»[3].

Проблемы в виртуальном мире затрагивают разные сферы в реальности, поэтому сложно подобрать универсальный подход к их решению. Так, Б.Т. Дюранске в своей статье[4] разбирает различные ситуации, связанные с конкретным видом правоотношений.

Так, он пишет о том, что могут быть нарушены интеллектуальные права дизайнеров виртуальных миров. Согласно разд. 512 Акта

---

[1] *Савельев А.И.* Правовая природа виртуальных объектов, приобретаемых за реальные деньги в многопользовательских играх. С. 138.

[2] Case N 06-4925 (E.D. Pa. 2007) (http://cyberlaw.stanford.edu/files/blogs/Bragg%20v.%20Lindern%20research.doc; дата обращения: 23.03.2018).

[3] *Bartle R.A.* Pitfalls of Virtual Property. P. 4.

[4] *Дюранске Б.Т.*, *Кейн Ш.Ф.* Виртуальные миры, реальные проблемы. С. 117.

об авторском праве в цифровую эпоху (*Digital Millenium Copyright Act*; *DMCA*)[1] права дизайнеров онлайн-игр защищаются тем же образом, как и права провайдеров интернет-услуг (хостинг-провайдеров). При этом механизмы уведомления о правонарушении разные – например, *Linden Lab* четко прописывает процедуру письменных уведомлений о нарушении, которые проходят семь этапов; порядок ответа на них тоже регламентирован, существует шесть этапов извещения истца.

Далее Б.Т. Дюранске отмечает, что права на товарные знаки также находятся под угрозой, поскольку в США нет специального закона, защищающего их. Поэтому так часты иски, которые порождают массу вопросов, на которые нет четких ответов. Вследствие этого обычно подобные дела завершаются мировыми соглашениями. Например, в суд Восточного округа г. Нью-Йорка был подан иск разработчиками игры «*Second Life*», в котором заявлялось о нарушении их прав на товарный знак в связи с тем, что аватар *Rase Kenzo*, воспользовавшись недоработкой онлайн-игры, создал большое количество объектов, идентичных тем, которые продавались в *Second Life*, и стал продавать их[2].

В то же время в других странах весьма активно занимаются проблемой защиты прав на «виртуальное имущество».

В Китае, помимо удовлетворения исков пользователей[3], предпринимаются меры по борьбе с «золотыми фермерами» – игроками, которые, совершая простые действия значительное количество раз, добывают за реальное денежное вознаграждение виртуальное «золото». Распространены своеобразные «объединения»: специально нанятые «фермером» люди играют по 12–18 часов в сутки[4], чтобы затем их работодатель продавал виртуальное «золото» на интернет-сайтах (к примеру, на *Ebay.com*), получая реальную валюту. С одной стороны, это наносит ущерб игровой экономике, а с другой – позволяет нелегально зарабатывать деньги, не платя налоги, поэтому в Китае разработаны положения, дающие основания для преследования «фермеров» правоохранительными органами.

В Корее правительство издало закон, запретивший обмен виртуальной валюты на реальную, – ответственность за его нарушение на 2010 г. составляла штраф в размере 50 тыс. долл. и тюремное заключение

[1] Положение о «безопасной гавани».

[2] Дело *Eros LLC v. Thomas Simon* также закончилось мировым соглашением (*Eros LLC v. Thomas Simon*, Case N 07 CV 4447 (E.D.N.Y. 2007)) (приводится по: *Дюранске Б.Т.*, *Кейн Ш.Ф.* Виртуальные миры, реальные проблемы. С. 117).

[3] В 2003 г. игроку вернули взломанный аккаунт и виртуальные деньги.

[4] http://dic.academic.ru; дата обращения: 23.03.2018).

до пяти лет. При этом, как указывалось выше, периодически запрещается торговля виртуальными объектами.

В Австралии предусмотрено, что «виртуальное имущество» подлежит реальному налогообложению, что направлено на пресечение неправомерного заработка.

Подводя итог, можно с уверенностью сказать, что зарубежная практика более прогрессивна в плане установления механизмов защиты «игрового имущества» и всех вытекающих из ее обладания прав. На основе глубокого анализа правовой природы «виртуального имущества» и его разновидности – «игрового имущества», а также с учетом опыта зарубежных стран возможно закрепление основ правового регулирования этой сферы в отечественном праве.

На сегодняшний день целесообразно:

1) внести в ГК РФ дефиницию онлайн-игры, четко отграничив ее от азартной игры. Хотя возможность такого нововведения, конечно, маловероятна, исходя из Определения КС РФ[1], в котором установлено, что понятие «игра» формально определено в п. 1 ст. 1062 ГК РФ и *de facto* включает в себя все виды игр;

2) включить прямое упоминание «виртуального имущества» в ст. 128 ГК РФ, это, бесспорно, сняло бы многие проблемы. На данный момент компании снимают с себя ответственность, закрепляя соответствующие положения в лицензионных соглашениях[2]. Так, в п. 7.6 лицензионного соглашения *Perfect World*[3], п. 7.4 лицензионного соглашения «Рун Магии»[4], п. 8.3 лицензионного соглашения *World of Tanks*[5] правообладатель не несет ответственность за действия других пользователей любого характера. Это исключает возможность предъявления требований к правообладателю (разработчику) в случае нарушений, допускаемых в игре третьими лицами;

3) установить механизм защиты «виртуального», в том числе «игрового», имущества, закрепив его в отдельной главе ГК РФ или самостоятельном законе. Стоит с осторожностью подходить к решению этого вопроса, поскольку право должно лишь ограждать пользователей

[1] Определение КС РФ от 26.05.2011 № 684-О-О.

[2] *Проничева Е.Ю.*, *Азизова Е.А.* Виртуальный мир: вызов современному налогообложению // Закон. 2014. № 9. С. 99.

[3] Лицензионное соглашение для *MMORPG Perfect World* (https://pw.mail.ru/docs/terms_conditions.html; дата обращения: 23.03.2018).

[4] Лицензионное соглашение для *MMORPG* Руны Магии (http://rmonline.ru/page/40/; дата обращения: 23.03.2018).

[5] Пользовательское соглашение для *MMORPG World of tanks* (http://worldoftanks.ru/ru/content/docs/user_agreement/; дата обращения: 23.03.2018).

от неправомерных действий других аватаров, которые совершаются под прикрытием игры, а не регулировать сами правила и игровой процесс.

Заканчивая ряд предложений, можно привести высказывание М.А. Федотова: «Законодатель должен корректно включить киберпространство в сферу текущего правового регулирования, не противопоставляя реальный и виртуальный миры, а понимая, что эти миры существуют совместно, и то, что происходит в одном, может иметь серьезные последствия в другом» [1].

**Пристатейный библиографический список:**

1. *Архипов В.В.* Виртуальное право: основные проблемы нового направления юридических исследований // Правоведение. 2013. № 2. С. 93–114.

2. *Архипов В.В.* Виртуальная собственность: системные правовые проблемы в контексте развития индустрии компьютерных игр // Закон. 2014. № 9. С. 69–90.

3. *Архипов В.В.*, *Килинкарова Е.В.*, *Мелащенко Н.В.* Проблемы правового регулирования оборота товаров в сети Интернет: от дистанционной торговли до виртуальной собственности // Закон. 2014. № 6. С. 120–143.

4. *Дюранске Б.Т.*, *Кейн Ш.Ф.* Виртуальные миры, реальные проблемы // Правоведение. 2013. № 2. С. 115–134 (https://docviewer.yandex.ru).

5. *Лисаченко А.В.* Право виртуальных миров: новые объекты гражданских прав // Российский юридический журнал. 2014. № 2 (http://www.center-bereg.ru/b86.html).

6. *Проничева Е.Ю.*, *Азизова Е.А.* Виртуальный мир: вызов современному налогообложению // Закон. 2014. № 9. С. 96–101.

7. Российское гражданское право: Учебник. В 2 т. / Отв. ред. Е.А. Суханов. Т. 1: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права. М.: Статут, 2018.

8. *Савельев А.И.* Правовая природа виртуальных объектов, приобретаемых за реальные деньги в многопользовательских играх // Вестник гражданского права. 2014. № 1. С. 127–150.

[1] *Федотов М.А.* Проблемы доктрины информационного права // Труды по интеллектуальной собственности. Т. X. № 1. М., 2012. С. 42.

9. *Семенюта Б.* Онлайн-игры: правовая природа отношений // ИС. Авторское право и смежные права. 2014. № 8. С. 38–45.

10. *Федотов М.А.* Проблемы доктрины информационного права // Труды по интеллектуальной собственности. Т. X. № 1. М., 2012. С. 4–44.

11. *Bartle R.A.* Designing Virtual Worlds. New Riders Publishing, 2003 (http://www.twirpx.com/file/1426570/).

12. *Bartle R.A.* Hearts, Clubs, Diamonds, Spades: Players Who Suit MUDs // Journal of MUD research. 1996. Vol. 1. Iss. 1–19 p. (http://mud.co.uk/richard/hcds.htm).

13. *Bartle R.A.* Pitfalls of Virtual Property. The Themis Group, 2004 (http://www.themis-group.com/uploads/Pitfalls%20of%20Virtual%20Property.pdf).

14. *Castronova E.* Virtual Worlds: A First-Hand Account of Market and Society on the Cyberian Frontier (Social Science Research Network (https://cyber.law.harvard.edu/studygroup/castronova.pdf).

15. *Lastowka G.*, *Hunter D.* The Laws of Virtual Worlds // California Law Review. 2004 (http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1345&context=californialawreview).

16. Virtual Economies Need Clarification, Not More Taxes // Joint Economic Committee. 2006. October 17 (http://www.jweinsteinlaw.com/pdfs/pr109-98.pdf).

**Л.И. Сафаргалеев**

# ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ РОБОТОТЕХНИКИ

(*статья победителя конкурса IP&IT LAW – 2018*)

Аннотация. *Статья посвящена правовым вопросам развития робототехники. В работе анализируются иностранное законодательство о роботах, перспективы правового регулирования в России. Сформулировано понятие робота для целей закона. Большое место в статье занимает рассмотрение проблемы правового статуса умных машин и ответственности за вред, причиненный роботом.*

Ключевые слова: *робот, робототехника, искусственный интеллект, резолюция Европарламента от 16.02.2017 2015/2103(INL), правосубъектность, правовой статус, гражданско-правовая ответственность.*

## Введение

Правовое регулирование робототехники на сегодняшнем этапе развития правовой науки является одной из важнейших проблем, решения которых будут определять вектор движения права в динамично меняющемся мире. Если проанализировать массив новостной информации, касающейся разработки и внедрения роботов, можно уверенно утверждать, что рано или поздно то, что мы читали только в фантастических произведениях литературы и видели в кинематографе, станет частью нашей обычной жизни.

Пока нельзя говорить о повсеместном распространении роботов (особенно в развивающихся странах), но многие ученые полагают, что в 2020-е годы можно ожидать резкий скачок в развитии сферы робототехники и искусственного интеллекта. Например, Алек Росс, анализируя объемы инвестирования в эту область (так, за 2011–2014 гг. объемы венчурного инвестирования выросли более чем в два раза:

со 160 млн долл. в 2011 г. до 341 млн долл. в 2014 г. и продолжают интенсивно расти), а также в развитие информационных технологий и материаловедения, делает вывод: в 2020-х годах то, что мы читали в научной фантастике, станет распространенной практикой[1].

А если появятся соответствующие общественные отношения, то закономерным последствием этого станет создание основного социального регулятора современного общества – правовых норм. Как справедливо указывал С.С. Алексеев, каждое исторически конкретное общество объективно требует строго определенной меры социального регулирования, иначе неизбежны отрицательные последствия – неорганизованность социальной системы либо, наоборот, излишняя регламентация[2].

Наглядным примером является право, регулирующее отношения в сети Интернет: если еще 20–25 лет назад такие нормы только начали формироваться, то сегодня, полагаем, это один из перспективных и наиболее быстро развивающихся блоков в системе права. Регулирование и правовая охрана исключительных прав, защита персональных данных в сети Интернет, договорные аспекты электронной коммерции, проблема больших данных – эти и многие другие вопросы будут активно обсуждаться в юриспруденции в ближайшем будущем.

Аналогия с правом, касающимся Интернета, здесь приведена не случайно. Так, профессор Йельской школы права Джек М. Балкин, анализируя развитие права Интернета (*cyberlaw*) в 1990-х годах, отмечает, что Интернет прошел уже достаточно долгий путь развития. Та ситуация, которая была в 1990-х, и обстановка, сложившаяся сегодня, сильно различаются, на что повлияли в том числе публичные интересы (например, в вопросах отслеживания и идентификации пользователей). Ученый считает, что самым важным уроком регулирования Интернета для робототехники является необходимость уделять внимание отношениям, с одной стороны, между развитием технологий и, с другой стороны, между их социальным использованием и властными ограничениями в этой сфере[3].

Несмотря на то, что Россию нельзя отнести к авангарду «роботизированных» стран[4], закрывать глаза на данную область и перспективы,

---

[1] *Росс Алек*. Индустрии будущего. М: АСТ, 2017. С. 45.

[2] *Алексеев С.С.* Теория права. М.: БЕК, 1995. С. 31.

[3] *Balkin Jack M*. The Path of Robotics Law. URL: https://ssrn.com/abstract=2586570. P. 49 (дата обращения: 22.12.2017).

[4] Порядка 70% производства роботов в мире приходится на пять стран – Японию, США, Китай, Южную Корею, Германию, которые также являются и основными потре-

которые она предлагает, на наш взгляд, недопустимо. Неправильным будет также утверждать, что наша страна безнадежно отстала от других стран и широкое применение роботов здесь будет возможно только в далеком будущем. Например, популярный в России сервис «Яндекс.Такси» уже испытывает беспилотные автомобили, которые могут самостоятельно передвигаться по заданному маршруту, определять и объезжать препятствия, в том числе другие автомобили и людей, с перспективой использования их в качестве беспилотных такси[1].

Проблема законодательного определения робототехники затрагивает отчасти и сферу электронной коммерции. Так, современной тенденцией среди крупных игроков *e-commerce* является замена людей машинами в логистических операциях. К примеру, интернет-сервис *Amazon*, начавший в 2011 г. использовать порядка 1300 роботов в логистических центрах, использовал по состоянию на сентябрь 2017 г. уже около 100 тыс.[2] умных машин на складах.

Основным является вопрос, каково будет правовое регулирование отношений, связанных с использованием умных машин. В литературе это связывается с потребностью защиты потребителей и общества в целом от устройств, которые могут причинить вред частным и публичным интересам, а также необходимостью содействия техническому прогрессу и создания возможностей для бизнеса[3]. Иными словами, участники рынка, в том числе планирующие инвестировать в сферу робототехники, должны понимать принятые государством правила игры и оценивать свои риски.

Из этого вытекает целый ряд вопросов, первым из которых будет: что понимать под роботом с позиции юриспруденции? На данный момент робот продолжает оставаться вещью, объектом права, но возможности искусственного интеллекта наделяют его способностями, сравнимыми с человеческими. Это влечет возникновение дилеммы: следует ли распространить на роботов правовой режим имущества либо нужен совершенно иной механизм регулирования? А вопрос, который

бителями такой продукции (см.: *Росс Алек*. Индустрии будущего. М.: АСТ, 2017. С. 35).

[1] Иду по приборам: Яндекс.Такси испытало беспилотный автомобиль. URL: https://yandex.ru/blog/company/idu-po-priboram-yandeks-taksi-ispytalo-bespilotnyy-avtomobil (дата обращения: 30.12.2017).

[2] As Amazon Pushes Forward With Robots, Workers Find New Roles. URL: https://www.nytimes.com/2017/09/10/technology/amazon-robots-workers.html?&moduleDetail=section-news5&action=click&contentCollection=Technology&region=Footer&module=MoreInSection&version=WhatsNext&contentID=WhatsNext&pgtype=article (дата обращения 30.12.2017).

[3] *Holder C.* Robotics and Law: Key Legal and Regulatory Implications of the Robotics Age // Computer Law & Security Review. 2016. Vol. 32. P. 385.

актуален уже сегодня, – это определение лица, которое будет отвечать за причинение вреда умной машиной (производитель, программист, собственник (иной владелец) и т.д.).

## Сравнительно-правовой аспект

Прежде чем приступить к рассмотрению проблематики вопроса, вынесенного в заголовок статьи, целесообразно рассмотреть зарубежный опыт регулирования сферы робототехники.

Первопроходцем в этой области стала Южная Корея. Еще в декабре 2008 г. в этой стране был принят Закон о содействии развитию и распространению умных роботов (*Intelligent Robot Development and Distribution Promotion Act*)[1]. Проанализировав положения этого акта, можно сделать вывод, что он направлен в первую очередь на поощрение разработки и производства умных машин путем снижения административного и финансового бремени для инвесторов. Значительную часть Закона занимают статьи, регулирующие создание и функционирование так называемых «роботлендов» – территорий, оснащенных инфраструктурой для использования роботов и оборудованием, необходимым для их развития и распространения.

Несмотря на то, что указанный акт оказал большое влияние на индустрию робототехники Южной Кореи (по некоторым оценкам, он позволил поднять производство роботов к 2016 г. на 80% и принес стране 4 млрд долл.[2]), он не содержит каких-либо норм, регламентирующих участие роботов в социальных процессах, их взаимодействие с людьми.

Подобным образом (посредством создания правовых основ финансирования исследований в области робототехники, проведения административных реформ, формирования мер государственной поддержки разработчиков и производителей роботов и т.д.) регулируется индустрия умных машин во многих странах. Так, правительство Японии в 2015 г. приняло пятилетнюю стратегию развития робототехники в стране «Новая стратегия роботов. Японская стратегия роботов: обзор, стратегия, план действий»[3].

---

[1] Intelligent Robot Development and Distribution Promotion Act. Amended by Act N 9161. 2008. Dec. 19 // Korean Laws to the World. URL: http://elaw.klri.re.kr/eng_mobile/viewer.do?hseq=17399&type=part&key=18 (дата обращения: 09.01.2018).

[2] *Незнамов А.* Новые законы робототехники: как в Европе регулируют права роботов // Популярная механика. 2017. № 8. С. 27.

[3] *Незнамов А.В.*, *Наумов В.Б.* Вопросы развития законодательства о робототехнике в России и в мире // Юридические исследования. 2017. № 8. С. 18.

Зачастую развитие робототехники не регламентируется в отдельных нормативных актах государств, а включается в документы наряду с иными перспективными областями исследований. По такому пути, к примеру, пошел Китай, где положения о развитии индустрии умных машин включены в программу «*Made in China 2025*», а также в План развития робототехнической отрасли (*Robotics Industry Development Plan* (2016–2020))[1].

Что касается комплексного регулирования сферы умных машин, включая определение их особого статуса, принципов программирования и ответственности роботов, то, пожалуй, единственным таким документом, имеющим правовой характер, сегодня является резолюция Европарламента от 16.02.2017 2015/2103(INL) «Нормы гражданского права о робототехнике» (*Civil Law Rules on Robotics*; далее – Резолюция о робототехнике)[2].

Несмотря на то, что Резолюция о робототехнике – это еще не закон и она содержит только рекомендации для Европейской комиссии, полагаем, что «Нормы гражданского права о робототехнике» имеют колоссальное значение, поднимая планку с теоретических рассуждений о статусе роботов в литературе на уровень обсуждения таких инициатив в правотворческих органах. Документ содержит предложения по созданию агентства по робототехнике и искусственному интеллекту в рамках ЕС, определению правового статуса роботов и системы их регистрации, созданию норм для производителей роботов с правилами изготовления, внедрения и этической оценки андроидов. Резолюция также ставит вопрос о признании в будущем за машинами статуса «электронных лиц» (*electronic persons*).

Передовой областью законодательства различных государств, связанной с индустрией робототехники и искусственного интеллекта, является дорожное движение. Большое количество компаний сегодня занимается разработкой автомобилей с возможностью управления без участия человека, включая *General Motors*, *Volkswagen*, *Audi*, *BMW*, *Volvo*, *Google* и др. На международном уровне в этой сфере Сообществом автомобильных инженеров (англ. *Society of Automotive Engineers*, *SAE*) была разработана Классификация автоматизации автомоби-

[1] *Незнамов А.В.*, *Наумов В.Б.* Вопросы развития законодательства о робототехнике в России и в мире // Юридические исследования. 2017. № 8. С. 19.

[2] Draft Report with Recommendations to the Commission on Civil Law on Robotics (2015/2013(INL)). URL: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-582.443+01+DOC+PDF+V0//EN (дата обращения: 27.12.2017).

лей. Классификация предусматривает разделение машин на шесть уровней – от 0-го уровня без автоматизации (постоянный контроль водителя-человека над машиной, могут присутствовать уведомления информационных систем) до 5-го уровня с полной автоматизацией (постоянный контроль автоматизированной системы управления на всем протяжении пути)[1].

На внутригосударственном уровне в этом плане лидируют США: законодательное регулирование участия беспилотных автомобилей в дорожном движении уже есть в ряде штатов, например, в Неваде, Флориде, Калифорнии, Вирджинии[2]. Указанные штаты принятием нормативных актов в первую очередь решают вопросы тестирования беспилотных автомобилей в условиях реальной дорожной обстановки, в то же время не допуская обычное применение таких машин.

Первым штатом, принявшим закон, регулирующий роботизированные автомобили, стала в июне 2011 г. Невада. Закон (*Assembly Bill* N 511) предписал Департаменту транспортных средств Невады урегулировать конкретные вопросы: тестирование безопасности «автономных транспортных средств» (англ. *autonomous vehicle*), которые могут использовать искусственный интеллект, и их присутствие на дорогах[3]. Для реализации этих задач были внесены соответствующие изменения в Административный кодекс Невады: производители, разработчики программного обеспечения и другие лица, заинтересованные в тестировании своих автомобилей в Неваде, должны подать заявление в Департамент транспортных средств на получение лицензии. Заявитель также должен представить доказательства того, что одна или несколько машин прошли в совокупности не менее 10 тыс. миль, а также подробное описание технологии управления, план обеспечения безопасности движения, а также наличие обученных испытателей (подробный перечень документов указан в Административном кодексе)[4]. По опыту штата Невада пошли и другие штаты: лица, планирующие испытания беспилотных

[1] См.: Levels of Driving Automation are Defined in New SAE International Standard J3016. URL: http://www.sae.org/misc/pdfs/automated_driving.pdf (дата обращения: 27.12.2017).

[2] *Ramsey John*. Self-driving Cars to be tested on Virginia Highways. Richmond Times-Dispatch. 1 June 2015. URL: http://www.richmond.com/news/self-driving-cars-to-be-tested-on-virginia-highways/article_b1168b67-3b2b-5274-8914-8a3304f2e417.html (дата обращения: 23.12.2017).

[3] *Richards Neil M. and Smart William D.* How Should the Law Think About Robots? (May 10, 2013). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2263363 (дата обращения: 03.01.2018).

[4] См.: Nevada Administrative Code. Chapter 482A – Autonomous Vehicles. URL: https://www.leg.state.nv.us/NAC/NAC-482A.html (дата обращения: 03.01.2018).

автомобилей, должны для этого обратиться в соответствующий контролирующий орган штата за получением разрешения[1].

В Германии в 2017 г. на федеральном уровне был принят закон, который позволяет эксплуатацию беспилотных автомобилей. Главное условие, предусмотренное этим актом, состоит в том, что за рулем автомобиля должен всегда находиться человек, готовый в любой момент принять управление на себя. Помимо этого, информационная система автомобиля должна фиксировать ход поездки и сохранять эти данные в течение трех лет для определения того, кто был виновником аварии – водитель или робот (аналогия с черными ящиками самолетов). Если ДТП произошло по вине водителя, то ответственность понесет он. Если авария произошла из-за технической ошибки в автомобиле, ответственность понесет автопроизводитель[2].

Таким образом, указанные документы создают правовую основу для тестирования умных машин в реальных условиях со взаимодействием с обычными водителями. В дальнейшем опыт такой регламентации отношений позволит перейти от испытаний роботов к их рассмотрению в качестве полноценных участников дорожного движения.

Вернемся к России. В нашей стране какое-либо законодательство о робототехнике практически отсутствует. Косвенно к этой сфере относятся сравнительно недавно внесенные изменения в Воздушный кодекс РФ, направленные на регулирование беспилотных летательных аппаратов[3]. В то же время спорным является вопрос, относить ли дистанционно управляемые машины к роботам. Наибольшее значение в связи с этим приобретают программные документы, касающиеся отрасли информационных технологий в целом, – Стратегия развития информационного общества в Российской Федерации на 2017–2030 годы (утв. Указом Президента РФ от 09.05.2017 № 203)[4] и программа «Циф-

[1] См., например, сайт Департамента транспортных средств штата Нью-Йорк. URL: https://dmv.ny.gov/dmv/apply-autonomous-vehicle-technology-demonstration-testing-permit (дата обращения: 05.01.2018).

[2] Восьмой закон о внесении изменений в Закон о дорожном движении от 16.06.2017 (перевод Исследовательского центра проблем регулирования робототехники и искусственного интеллекта). URL: http://robopravo.ru/matierialy_dlia_skachivaniia (дата обращения: 05.01.2018).

[3] См.: Федеральный закон от 30.12.2015 № 462-ФЗ «О внесении изменений в Воздушный кодекс Российской Федерации в части использования беспилотных воздушных судов» (СПС «КонсультантПлюс»).

[4] Так, в подп. «ж» п. 36 Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017–2030 годы указано, что одним из основных направлений разви-

ровая экономика Российской Федерации» (утв. Распоряжением Правительства РФ от 28.07.2017 № 1632-р).

Основополагающим, на наш взгляд, документом, определяющим основы политики Российской Федерации в отношении умных машин, является программа «Цифровая экономика Российской Федерации»[1]. Указанный акт направлен на создание условий для развития цифровой экономики в России, включающей в том числе робототехнику и искусственный интеллект. Так, согласно п. 1.8.1 Программы ко II кварталу 2019 г. запланировано представление проектов правовых актов, включающих в том числе регулирование вопросов, связанных с использованием робототехники, искусственного интеллекта. На Официальном портале проектов нормативных правовых актов размещен план мероприятий раздела «Нормативное регулирование» программы «Цифровая экономика Российской Федерации». В соответствии с ним к августу 2018 г. планируется провести исследование в области развития законодательства о робототехнике и киберфизических системах, в том числе определить понятие киберфизических систем, порядок их ввода в эксплуатацию и гражданский оборот, определить ответственность. Отметим, что в двух приведенных выше документах используется понятие «киберфизическая система», которое ранее в законодательстве не встречалось.

Таким образом, можно констатировать, что государство в последние годы не оставляет без внимания область робототехники. В то же время названные выше акты носят программный характер и не вносят каких-либо конструктивных предложений в отношении существа правовых норм, касающихся роботов.

Именно эти аспекты затрагивает первая концепция закона о робототехнике в России – проект федерального закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации в части совершенствования правового регулирования отношений в области робототехники»[2]. Проект предлагает ввести новую категорию лиц – роботов-агентов, которые, по сути, представляют собой «электронное

тия российских информационных технологий являются робототехника и биотехнологии (см.: Указ Президента РФ от 09.05.2017 № 203 «О Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017–2030 годы» (СПС «КонсультантПлюс»)).

[1] Распоряжение Правительства РФ от 28.07.2017 № 1632-р «Об утверждении программы «Цифровая экономика Российской Федерации»» (СПС «КонсультантПлюс»).

[2] См. текст законопроекта «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации в части совершенствования правового регулирования отношений в области робототехники». URL: http://robopravo.ru/proiekty_aktov (дата обращения: 27.12.2017).

юридическое лицо», а потому могут иметь обособленное имущество и отвечать им по своим обязательствам, могут от своего имени приобретать и осуществлять гражданские права и нести гражданские обязанности. Проектом предусматривается, что в случаях, установленных законом, робот-агент может выступать в качестве участника гражданского процесса. Кроме того, предлагается ввести добровольную регистрацию моделей роботов в едином государственном реестре роботов-агентов. Как утверждают авторы проекта, целью его создания было инициирование экспертной дискуссии по вопросу о том, как могут регулироваться отношения с участием роботов уже сейчас, чтобы заранее подготовиться к широкому распространению перспективных технологий в повседневной жизни[1].

## Понятие робота с точки зрения права

Прежде чем определить подходы к законодательному регулированию робототехники, необходимо определиться, что понимать под термином «робот» с точки зрения права.

Отметим, что раскрываемое понятие можно условно назвать легально определенным в нормативных актах Российской Федерации. Так, ГОСТ Р ИСО 8373-2014 устанавливает следующее: «Робот (*robot*): приводной механизм, программируемый по двум и более осям, имеющий некоторую степень автономности, движущийся внутри своей рабочей среды и выполняющий задачи по предназначению» (под осью стандарт понимает «направление, используемое для задания движения робота в линейном или вращательном режиме»)[2].

Вместе с тем вряд ли данное определение пригодится при решении вопроса о правосубъектности машины. То же самое заключение относится к большинству дефиниций, с которыми можно столкнуться в литературе, посвященной робототехнике, – как правило, они посвящены тем признакам роботов, которые имеют существенное значение для производственных или эксплуатационных процессов и которые отличают их от других машин.

Например, Е.И. Юревич под роботом понимает универсальный автомат для осуществления механических действий, подобных тем,

[1] *Архипов В.В.*, *Наумов В.Б.* Искусственный интеллект и автономные устройства в контексте права: о разработке первого в России закона о робототехнике // Труды СПИИРАН. 2017. Вып. 55. С. 50.

[2] ГОСТ Р ИСО 8373-2014 «Роботы и робототехнические устройства. Термины и определения». Пункт 2.6. М., 2015.

которые производит человек, выполняющий физическую работу[1]. Похожее определение указано в онлайн-словаре *Oxforddictionaries.com*: «Робот – машина, похожая на человека и способная воспроизводить определенные человеческие движения и функции[2]».

К.Д. Никитин отмечает, что робот возник в своей концепции как устройство, способное заменить человека в самых разных видах деятельности[3]. В широком понимании ученый трактует робота как техническую систему, способную замещать человека или помогать ему в выполнении каких-либо задач[4].

Указанные выше определения являются слишком широкими, неконкретными и не подходят для законодательного закрепления. Более того, они охватывают и промышленных роботов, которые, как правило, работают по заранее заданной программе, не могут перемещаться в пространстве, не покидают пределы производственных комплексов, не взаимодействуют с человеком и предполагают их рассмотрение с точки зрения права исключительно как имущества.

Позиции об отсутствии потребности в правовом регулировании промышленных роботов придерживаются американские ученые Нил М. Ричардс и Уильям Д. Смарт: в совместной работе они определяют робота для целей правового регулирования как сконструированную систему, которая имеет как физическое, так и умственное воплощение, но не является живой в биологическом смысле. В это понятие они не включают промышленных роботов, у которых, по их мнению, отсутствует умственная часть системы[5].

В дополнение к изложенному выше хочется добавить следующее. В литературе по робототехнике в состав роботов включают две основные системы – исполнительную (или двигательную) систему и инфор-

---

[1] *Юревич Е.И.* Основы робототехники. СПб.: БХВ-Петербург, 2005. С. 3.

[2] URL: https://en.oxforddictionaries.com/definition/robot (дата обращения: 08.01.2018).

[3] *Никитин К.Д.* Глава 2: Общие сведения о роботах // *Василенко Н.В.*, *Никитин К.Д.*, *Пономарев В.П.*, *Смолин А.Ю.* Основы робототехники. Томск: МГП «РАСКО», 1993. С. 44–45.

[4] В связи с этим наибольшее распространение роботы получили в отраслях промышленности, где необходима автоматизация производства либо труд человека небезопасен (яркий пример – производство автомобилей). По данным аналитического ресурса *www.statisticbrain.com* на сентябрь 2016 г. промышленные роботы занимали первое место относительно других категорий (бытовые, медицинские, боевые и т.д.): их количество составляло порядка 1 млн 340 тыс. единиц (URL: https://www.statisticbrain.com/industrial-robot-statistics/ (дата обращения: 08.01.2018)).

[5] *Richards Neil M. and Smart William D.* How Should the Law Think About Robots? (May 10, 2013). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2263363 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2263363 (дата обращения: 05.01.2018).

мационно-управляющую систему с сенсорной подсистемой[1]. При этом выделяют следующие виды роботов в зависимости от устройства управляющей системы[2]:

1) программные – их управление ведется по заранее составленной и неизменной в процессе деятельности робота программе;

2) адаптивные – их управление осуществляется в зависимости от информации о текущем состоянии окружающей системы и самого робота, получаемой от сенсорных устройств робота, машина может частично самостоятельно приспосабливаться к изменяющейся среде;

3) интеллектуальные – действия робота определяются и выполняются на основе технологий искусственного интеллекта.

Исходя из сказанного, можно заключить, что большинство промышленных роботов относятся к категории программных роботов, вследствие чего правильным будет исключить из специального законодательства о робототехнике вообще всех программных роботов. Это обусловлено тем, что будущие действия такой машины определены заранее, и вопрос ответственности, предопределяющий особенности статуса андроида, может быть решен на основе правил доказывания обстоятельств генерального деликта.

В изложенной классификации можно упомянуть и о роботах, управление которыми ведется человеком дистанционно (это, например, большинство беспилотных летательных аппаратов). Машины, управляемые человеком дистанционно, также необходимо вынести за рамки специального регулирования, поскольку все действия робота обусловлены указаниями человека.

Эта градация может быть закреплена путем формулирования общего определения робота, относящегося ко всем машинам, и выделения из этой группы категории роботов с адаптивными и интеллектуальными управляющими системами. Например, в упомянутой Резолюции о робототехнике употребляется понятие не «робот», а «умный робот» (англ. *smart robot*).

Для формирования понятия робота необходимо установить его существенные признаки. И, например, К.Д. Никитин в качестве таковых выделяет[3]:

1) автономность (способность самостоятельного выполнения действий на основе программных целеуказаний и изменяющихся условий окружающей среды);

---

[1] *Юревич Е.И.* Основы робототехники. С. 3.

[2] *Юревич Е.И.* Основы робототехники. С. 87.

[3] *Никитин К.Д.* Глава 2: Общие сведения о роботах. С. 46.

2) универсальность (способность выполнения самых разных действий);

3) автоматичность (способность выполнять сложные операции без участия человека);

4) антропоморфизм (в широком смысле – способность выполнять действия, подобные человеческим);

5) адаптивность (способность к самообучению и самостоятельному изменению модели поведения под влиянием изменения внешних условий).

Схожий перечень признаков содержится в п. 1 Резолюции о робототехнике.

Исходя из указанных признаков и добавив, что сущностным признаком робота является то, что он представляет собой машину, механическое устройство, осуществляющее работу с преобразованием энергии, материалов или информации[1], а также осуществляет взаимодействие с окружающим миром при помощи сенсоров и датчиков, можно сформулировать понятие робота: робот – это автономная автоматическая машина, предназначенная для выполнения физических и умственных действий, подобных человеческим, наделенная способностью к адаптации в процессе активного взаимодействия с окружающей средой посредством двигательных механизмов, системы сенсоров и датчиков.

## Правовой статус и ответственность роботов

Ключевой вопрос – определение статуса робота.

Как было указано, робот – это вещь, объект прав. Даже с учетом сегодняшнего развития науки вряд ли можно сказать, что в ближайшее время машина сможет самостоятельно прийти к суждению Р. Декарта «*cogito, ergo sum*».

Придание машине статуса субъекта права – вопрос в большей степени футурологии. Даже Резолюция о робототехнике, наиболее «продвинутая» с точки зрения комплексного подхода к робототехнике, говорит о наделении роботов правовым статусом только в перспективе. При этом отмечается, что лишь наиболее совершенные роботы могут создаваться как «электронные лица» и нести ответственность за при-

[1] См. понятие «машина» // Толковый словарь С.И. Ожегова. URL: http://www.вокабула.рф/словари/толковый-словарь-ожегова/машина (дата обращения: 29.12.2017).

чиненный ущерб в тех случаях, когда они самостоятельно принимают решения и взаимодействуют с третьими лицами.

Следует также упомянуть и сопутствующие этические проблемы, поскольку участником нравственных отношений может быть не только человек, но и другие существа, способные осознанно выбирать линию поведения[1]. Соответственно, субъектом моральных отношений могут выступать и роботы, если они отвечают этому требованию.

При вовлечении умных машин в повседневную жизнь отношение человека к ним может кардинально измениться. Недавнее исследование показало, что люди относятся к андроидам больше как к людям, нежели как к машинам. В эксперименте, где робот действовал, чтобы лишить человека вознаграждения в игровом автомате, 65% испытуемых приписали ответственность андроиду[2], а не тому лицу, которое программировало робота.

Но признает ли человек машину лицом, равным себе с точки зрения права? Как писал И.А. Покровский, признание личности носительницей субъективных прав является первым признаком юридической самостоятельности, признание ее обладательницей правоспособности и дееспособности способствует тому, что она стоит теперь перед лицом общества и государства как некоторая самостоятельная сила, как некоторая юридическая самоценность[3].

На сегодняшний день в литературе сложились различные подходы в отношении правового статуса робота.

Первый из них – приравнивание робота к животному[4]. Однако какой-либо конструктивной идеи, на наш взгляд, такой подход не содержит, поскольку, например, действующее отечественное законодательство относит животных к имуществу. Так, согласно ст. 137 ГК РФ к животным применяются общие правила об имуществе постольку, поскольку законом или иными правовыми актами не установлено иное, а ст. 245 УК РФ предусматривает уголовную ответственность за жестокое обращение с животными. Таким образом, предложен-

---

[1] *Ладыгина И.В.* Социально-этические проблемы робототехники // Вестник ВятГУ. 2017. № 7. С. 167.

[2] *Kahn Peter H.* Do People Hold a Humanoid Robot Morally Accountable for the Harm It Causes? URL: https://www.researchgate.net/publication/241623860_Do_people_hold_a_humanoid_robot_morally_accountable_for_the_harm_it_causes (дата обращения: 08.01.2018).

[3] *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 2001. С. 120.

[4] См., например: *Kelley Richard and Schaerer Enrique and Gomez Micaela and Nicolescu Monica.* Liability in Robotics: An International Perspective on Robots as Animals (January 01. 2010). 24 Advanced Robotics 13 (2010). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2271471 (дата обращения: 10.01.2018).

ный подход не привносит ничего нового в существующую ситуацию и не позволяет решить вопрос об ответственности за причинение роботом вреда.

Второй подход – распространение на роботов положений о юридических лицах. Так, В.В. Архипов и В.Б. Наумов считают, что к роботам возможно применение по аналогии отдельных норм о юридических лицах либо по такому принципу может идти правотворчество, поскольку в обоих случаях речь идет о создании искусственной конструкции[1]. По мнению авторов, возможно создание реестра роботов по аналогии с Единым государственным реестром юридических лиц (ЕГРЮЛ). Этот подход положен в основу упомянутого выше отечественного проекта закона о робототехнике в России, в соответствии с которым робот-агент имеет обособленное имущество и отвечает по обязательствам, может от своего имени приобретать и осуществлять гражданские права и нести гражданские обязанности и которым предусмотрена регистрация моделей роботов-агентов.

Данный подход также не лишен недостатков.

Приравнивание статуса робота к статусу (юридического) лица означает наделение первого статусом полноценного субъекта права. В связи с этим представляется абсолютно справедливым замечание А.А. Иванова: «...признание роботов-агентов субъектами права предполагает, что они обладают сознанием и волей, достаточными для участия в гражданском обороте. Из такого предположения исходит ГК применительно к любому субъекту гражданского права – и гражданину, и юридическому лицу, и государственному (муниципальному) образованию[2]». Вряд ли на сегодня это соответствует действительности применительно к роботам.

Обратившись к истории становления юридических лиц, можно вспомнить, что эти субъекты права возникли вследствие потребностей гражданского оборота, необходимости обособления имущества для решения определенных задач (решения социальных вопросов, участия в предпринимательских отношениях и т.д.). Как писал Г.Ф. Шершеневич, благодаря юридическому лицу обособляются интересы, общие многим физическим лицам, а также и юридические средства достижения их; созданием такого лица (юридического) не только спа-

[1] *Архипов В.В.*, *Наумов В.Б.* О некоторых вопросах теоретических оснований развития законодательства о робототехнике: аспекты воли и правосубъектности // Закон. 2017. № 5. С. 167.

[2] *Иванов А.А.* Мечтают ли андроиды об электроовцах? URL: https://zakon.ru/blog/2017/2/15/mechtayut_li_androidy_ob_elektroovcah (дата обращения: 10.01.2018).

сается стройность юридических понятий, но и облегчается достижение той жизненной потребности, для которой имущества обособляются[1]. К формированию юридической конструкции юридического лица право шло тысячелетиями, для этого долгое время формировались необходимые предпосылки в обществе.

С учетом сказанного представляется не только преждевременным, но и вообще нецелесообразным вводить регулирование роботов по образцу юридических лиц, что объясняется отсутствием соответствующих развитых общественных отношений.

Вместе с тем на ближайшую перспективу допустимым видится следующий вариант.

Возвратившись к истокам частного права – к римскому праву в части, определяющей правовое положение рабов, следует обратить внимание на основной принцип, определявший статус рабов на всем протяжении существования римского права, – *servi res sunt* (рабы – вещи). Но раб был объектом прав, наделенным волей и способным служить интересам господина путем проявления этой воли, и уже в древнейшее время за рабами была признана способность вступать в имущественные сделки, создавая при этом права для господина. Так, Гай во II в. говорил в обоснование этого правила: «*Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest*» («Наше положение может становиться лучше при помощи рабов, но не может становиться хуже»). В дальнейшем договоры, заключенные рабом в ходе исполнения хозяйственных заданий господина, стали порождать не только права для хозяина, но и обязанности, правовым основанием которых стало введение преторских исков к господину – *actiones adiecticiae qualitatis*[2]. Таким образом, объект права, *instrumentum vocale*, участвовал в отношениях с лицами и приобретал права и обязанности для своего собственника.

Как видим, изложенная ситуация очень похожа на ситуацию участия робота в гражданских отношениях. То есть правом уже создана модель регулирования гражданско-правовых отношений, годная для использования в отношениях с умными машинами. Использование этой модели не требует «создания» нового субъекта права для включения его в правоотношения – взаимодействие между лицами в юридическом смысле будет осуществляться без участия робота,

---

[1] *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. М.: СПАРК, 1995. С. 90.

[2] См.: *Флейшиц Е.А.* Глава 9: Физические лица // *Краснокутский В.А.*, *Новицкий И.Б.*, *Перетерский И.С. и др.* Римское частное право. М.: Юристъ, 2000. С. 62.

но права и обязанности лиц будут возникать в связи с фактическими действиями машины.

Показательным в данном контексте является рассмотренное в США в 1989 г. дело *Columbus-America Discovery Group, Inc. v. The Unidentified, Wrecked, and Abandoned Vessel, S.S. Central America*. Спор был связан с обнаружением компанией *Columbus-America Discovery Group* затонувшего парохода «Центральная Америка», на борту которого находилось больше 9 тонн золота, добытого во время Калифорнийской золотой лихорадки. Компания при обнаружении и поднятии его на поверхность использовала подводные беспилотные аппараты. Перед судом встал вопрос, добилась ли компания для целей законодательства о спасении утонувших судов контроля и владения обломками. Юрисдикционный орган постановил, что использование роботов в такой ситуации может считаться контролем и владением с точки зрения права, поскольку роботы могли изменять окружающую среду по указанию людей[1]. По сути, позиция суда сводится к тому, что машина в данном случае является полноправным представителем людей и может своими действиями приобретать для них права и обязанности.

Такая концепция может быть воплощена в праве путем закрепления в законодательстве возможности заключения сделок граждан и юридических лиц посредством робота (допустимо употребление удачного, на наш взгляд, термина «робот-агент»). Кроме того, не исключено внесение изменений и дополнений в положения ГК РФ о представительстве в виде предоставления права выступать в правоотношениях через роботов-представителей.

Пример подобной регламентации (вендинговая торговля) уже есть в российском гражданском праве. Так, ст. 498 ГК РФ устанавливает возможность заключения договора купли-продажи с использованием автоматов. Хотя автомат не является представителем продавца, но сделка совершается путем взаимодействия покупателя именно с ним. Договор в такой вариации купли-продажи заключается путем совершения покупателем конклюдентных действий, необходимых для получения товара. Как мы видим, правовые нормы в этом примере практически не касаются самого автомата (который, кстати говоря, может отвечать признакам определения робота, сформулированного выше) и выдвигают требования к действиям физических и юридичес-

[1] *Calo Ryan*. Robots in American Law (February 24, 2016). University of Washington School of Law Research Paper N 2016-04. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2737598. P. 18 (дата обращения: 12.01.2018).

ких лиц, действующих в таком правоотношении своей волей и в своем интересе.

Таким образом, на первом этапе правового регулирования роботов нет необходимости в установлении для них правосубъектности (пусть даже специальной). Машина может фактически выступать в отношениях с гражданами и организациями, но права и обязанности будут приобретаться не машиной, а собственником или иным владельцем, т.е. будет реализована возможность участия в правоотношениях посредством неправосубъектного агента.

Что же касается важнейшего вопроса об ответственности за действия робота, то отметим следующее. В предложенной модели регулирования ответственность однозначно будет нести человек, а не сама машина.

В литературе существует мнение о необходимости применения к роботам положений ГК РФ об источниках повышенной опасности[1]. На наш взгляд, с этим можно согласиться, поскольку в силу своего предназначения (а именно замены человека в определенных областях деятельности механизмами более сильными и долговечными) умные машины будут создавать для окружающих лиц опасность причинения вреда, особенно на первом этапе внедрения роботов в социум, когда технологии еще не отработаны и только начинают широко использоваться.

Роботы отвечают признакам источника повышенной опасности. В частности, О.А. Красавчиков понимал под такими источниками предметы материального мира, которые при наличии соответствующих условий (факторов места и времени) в силу своих качественных особенностей и количественных состояний (параметров, массы, запасов энергии и т.д.) объективно создают повышенную опасность для окружающих[2].

Наличие у робота физических возможностей, значительно превосходящих способности человека, предопределяет потенциальную угрозу для последнего любого действия машины. Но при этом андроиды могут значительно отличаться друг от друга размером, мощностью двигательной системы и другими влияющими на опасность машины характеристиками. Данный вопрос в силу сложившейся в Российской

[1] См., например: *Архипов В.В.*, *Наумов В.Б.* О некоторых вопросах теоретических оснований развития законодательства о робототехнике: аспекты воли и правосубъектности. С. 168.

[2] *Красавчиков О.А.* Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. М.: Юрид. лит., 1966. С. 33.

Федерации практики может разрешаться судом индивидуально в каждом конкретном деле: суд, принимая во внимание особые свойства предметов, веществ или иных объектов, используемых в процессе деятельности, вправе признать источником повышенной опасности также иную деятельность, не указанную в перечне п. 1 ст. 1079 ГК РФ (абз. 3 п. 18 постановления Пленума ВС РФ от 26.01.2010 № 1 «О применении судами гражданского законодательства, регулирующего отношения по обязательствам вследствие причинения вреда жизни или здоровью гражданина»).

Основная проблема, которая возникает в связи с причинением вреда роботом, состоит в определении субъекта ответственности. Кто это будет – производитель, программист, собственник (иной владелец)?

Российское гражданское право, определяющее ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности, исходит из того, что субъектом ответственности является его владелец. Но применительно к роботам целесообразно решать этот вопрос с учетом предложений Резолюции о робототехнике: в ее п. 27 предлагается установить за вред, причиненный роботом, объективную ответственность (*strict liability*), для наступления которой необходимо доказать только факт причинения вреда и причинно-следственную связь между действиями машины и вредом, нанесенным потерпевшему лицу. Важно заметить, что в Резолюции не рекомендуется законодателю ограничивать размер возмещаемого вреда.

Кроме того, в п. 28 Резолюции о робототехнике указано, что ответственность лица должна быть соотносима с уровнем автономности машины и с тем, каким инструкциям она следовала: чем выше способность робота обучаться или чем выше уровень автономности и чем дольше робот обучался, тем большую ответственность должен нести человек, который его программировал. Вдобавок при определении лица, ответственного за вред, очень важно не перепутать навыки, которые робот развил исключительно в процессе самообучения, и навыки, которым его обучили.

Подобный подход, на наш взгляд, позволяет разграничить ответственность лиц на основе основополагающего принципа деликтного права – принципа вины причинителя вреда. Поскольку в адаптивных системах и системах искусственного интеллекта действиями механизма управляет компьютерная программа, то лицом, ответственным за манипуляции робота, будет прежде всего программист, разработавший программное обеспечение для андроида (если программирование машины невозможно четко отделить от производства, то таким субъектом

будет производитель робота). Однако если умная машина находится во владении иного лица (например, любого покупателя) и выполняет его команды, то, бесспорно, вина за причинение вреда будет лежать на владельце.

Большое значение в таком случае приобретает информация о состоянии робота на момент причинения вреда, поскольку возникнет необходимость в установлении причины, по которой механизм повел себя так, что это привело к причинению вреда третьему лицу. Например, в Законе Германии о внесении изменений в Закон о дорожном движении предусмотрена обязанность лица, эксплуатирующего автомобиль с автоматизированной функцией вождения, сохранять в памяти информационной системы машины данные о ходе поездки в течение трех лет для определения того, кто был виновником аварии – водитель или робот. По такому же принципу возможно регулирование сохранения информации о действиях робота для всех автономных устройств.

## Заключение

В настоящей статье были рассмотрены проблемы правового регулирования робототехники. По итогам анализа поставленных во введении вопросов можно сделать следующие выводы.

В сравнительно-правовом аспекте регулирования робототехники следует отметить, что Россия на данный момент не имеет специального законодательства, посвященного умным машинам, в отличие от некоторых других государств и пока что ограничивается программными документами. Однако в ближайшее время должны появиться нормативные акты, посвященные робототехнике. Отмечено большое значение для указанной сферы положений Резолюции о робототехнике.

В статье сформулировано определение понятия робота, под которым понимается автономная автоматическая машина, предназначенная для выполнения физических и умственных действий, подобных человеческим, наделенная способностью к адаптации в процессе активного взаимодействия с окружающей средой посредством двигательных механизмов, системы сенсоров и датчиков. Также предлагается не устанавливать специального регулирования для роботов с программной управляющей системой и роботов, полностью управляемых человеком.

Если говорить о правосубъектности роботов, то подход к рассмотрению машин в качестве субъектов права (например, частичное распространение на машины правового режима юридических лиц) признан

преждевременным. Однако предложена концепция, согласно которой робот, продолжая оставаться объектом права, может активно участвовать в правоотношениях и представлять своего собственника. Данный подход основывается на правовом положении рабов в римском праве.

Роботов в силу их специфики предлагается рассматривать как источники повышенной опасности, лицом, ответственным за вред, причиненный роботом, будет не только владелец, но и в некоторых случаях производитель или программист. Определение ответственного субъекта должно базироваться на показателях автономности робота и степени участия лица в обучении такого автономного робота.

**Пристатейный библиографический список:**

1. *Алексеев С.С.* Теория права. М.: БЕК, 1995.

2. *Архипов В.В.* Искусственный интеллект и автономные устройства в контексте права: о разработке первого в России закона о робототехнике // Труды СПИИРАН. 2017. Вып. 55. С. 46–62.

3. *Архипов В.В.*, *Наумов В.Б.* О некоторых вопросах теоретических оснований развития законодательства о робототехнике: аспекты воли и правосубъектности // Закон. 2017. № 5. С. 157–170.

4. *Василенко Н.В.* Основы робототехники. Томск: МГП «РАСКО», 1993.

5. *Красавчиков О.А.* Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. М.: Юрид. лит., 1966.

6. *Ладыгина И.В.* Социально-этические проблемы робототехники // Вестник ВятГУ. 2017. № 7. С. 167–169.

7. *Незнамов А.В.* Новые законы робототехники: как в Европе регулируют права роботов // Популярная механика. 2017. № 8. С. 26–29.

8. *Незнамов А.В.* Вопросы развития законодательства о робототехнике в России и в мире // Юридические исследования. 2017. № 8. С. 14–25.

9. *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 2001.

10. Римское частное право: Учебник / В.А. Краснокутский и др.; Под ред. проф. И.Б. Новицкого и проф. И.С. Перетерского. М.: Юриспруденция, 2000.

11. *Росс Алек*. Индустрии будущего / Пер. с англ. П. Миронова. М.: АСТ, 2017.

12. *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.). М.: Спарк, 1995.

13. *Юревич Е.И.* Основы робототехники. СПб.: БХВ-Петербург, 2005.

14. *Иванов А.А.* Мечтают ли андроиды об электроовцах? [Электронный ресурс]: Информационно-правовой портал «Закон.ру». Режим доступа: https://zakon.ru/blog/2017/2/15/mechtayut_li_androidy_ob_elektroovcah. – Загл. с экрана.

15. Иду по приборам: Яндекс.Такси испытало беспилотный автомобиль [Электронный ресурс]: Блог Яндекса. Режим доступа: https://yandex.ru/blog/company/idu-po-priboram-yandeks-taksi-ispytalo-bespilotnyy-avtomobil. – Загл. с экрана.

16. Восьмой закон о внесении изменений в Закон о дорожном движении от 16.06.2017 (перевод Исследовательского центра проблем регулирования робототехники и искусственного интеллекта) [Электронный ресурс]: Исследовательский центр проблем регулирования робототехники и искусственного интеллекта. Режим доступа: http://robopravo.ru/matierialy_dlia_skachivaniia. – Загл. с экрана.

17. Текст законопроекта «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации в части совершенствования правового регулирования отношений в области робототехники» [Электронный ресурс]: Исследовательский центр проблем регулирования робототехники и искусственного интеллекта. Режим доступа: http://robopravo.ru/proiekty_aktov. – Загл. с экрана;

18. Толковый словарь С.И. Ожегова – машина [Электронный ресурс]: Вокабула. Энциклопедии, словари, справочники – онлайн. Режим доступа: http://www.вокабула.рф/словари/толковый-словарь-ожегова/машина. – Загл. с экрана.

19. *Holder C.* Robotics and Law: Key Legal and Regulatory Implications of the Robotics Age (Part I of II) / C. Holder [etc.] // Computer Law & Security Review. 2016. Vol. 32. P. 383–402.

20. Apply for an Autonomous Vehicle Technology Demonstration Testing Permit [Electronic resource]: Official website of New York State Departament of Motor Vehicles. Режим доступа: https://dmv.ny.gov/dmv/apply-autonomous-vehicle-technology-demonstration-testing-permit. – Загл. с экрана.

21. *Balkin Jack M.* The Path of Robotics Law [Electronic resource] // California Law Review. Vol. 6. P. 45–60. Режим доступа: https://ssrn.com/abstract=2586570. – Загл. с экрана.

22. *Calo Ryan.* Robots in American Law / Ryan Calo [Electronic resource]: Internet-site of Social Science Research Network. Режим доступа: https://ssrn.com/abstract=2737598. – Загл. с экрана.

23. Draft Report with recommendations to the Commission on Civil Law on Robotics (2015/2013(INL)) [Electronic resource]: Official website of European Parliament. Режим доступа: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-582.443+01+DOC+PDF+V0//EN. – Загл. с экрана.

24. Intelligent Robot Development and Distribution Promotion Act. Amended by Act N 9161, Dec. 19, 2008 [Electronic resource]: Korean Laws to the World. Режим доступа: http://elaw.klri.re.kr/eng_mobile/viewer.do?hseq=17399&type=part&key=18. – Загл. с экрана.

25. *Kahn Peter H.* Do People Hold a Humanoid Robot Morally Accountable for the Harm It Causes? [Electronic resource]: Proceedings of the 7th ACM/IEEE International Conference on Human-Robot Interaction, 2012. Режим доступа: https://www.researchgate.net/publication/241623860_Do_people_hold_a_humanoid_robot_morally_accountable_for_the_harm_it_causes. – Загл. с экрана.

26. *Kelley Richard*. Liability in Robotics: An International Perspective on Robots as Animals [etc.] [Electronic resource]: Internet-site of Social Science Research Network. Режим доступа: https://ssrn.com/abstract=2271471. – Загл. с экрана.

27. Levels of driving automation are defined in new SAE international standard J3016 [Electronic resource]: Official website of Society of Automotive Engineers. Режим доступа: http://www.sae.org/misc/pdfs/automated_driving.pdf. – Загл. с экрана.

28. Nevada Administrative Code. Chapter 482A – Autonomous Vehicles [Electronic resource]: Official website of Nevada Legislature. Режим доступа: https://www.leg.state.nv.us/NAC/NAC-482A.html. – Загл. с экрана.

29. *Ramsey J.* Self-driving Cars to be Tested on Virginia Highways [Electronic resource]: Official website of Richmond Times-Dispatch. Режим доступа: http://www.richmond.com/news/self-driving-cars-to-be-tested-on-virginia-highways/article_b1168b67-3b2b-5274-8914-8a3304f2e417.html. – Загл. с экрана.

30. *Richards Neil M. and Smart William D.* How Should the Law Think About Robots? [Electronic resource]: Internet-site of Social Science Research Network. Режим доступа: https://ssrn.com/abstract=2263363. – Загл. с экрана.

**А.А. Семенова**

# Я, РОБОТ – Я, АВТОР: ПОПЫТКА ЮРИДИЧЕСКОГО ОСМЫСЛЕНИЯ ВОЗМОЖНОСТИ ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ АВТОРСКИХ ПРАВ РОБОТАМ (СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ В КОНТЕКСТЕ ФИЛОСОФИИ И ФАНТАСТИКИ)

(*статья победителя конкурса IP&IT LAW – 2018*)

Аннотация. *Статья посвящена вопросу о возможности признания роботов авторами произведений. Сформулировано определение понятий «произведение» и «творческая мысль», предпринята попытка соотнести соответствующие категории с деятельностью робота. Рассмотрены несколько видов взаимодействия человека и машины в ходе осуществления творческой деятельности, этим видам взаимодействия дана соответствующая правовая квалификация.*

Ключевые слова: *авторское право, произведение, робот, искусственный интеллект.*

## Введение – постановка проблемы

Решение большинства вопросов посредством Интернета стало уже обычным делом – нет ничего удивительного в бесчисленных интернет-заказах и договорах, заключаемых при помощи современных технологий. В эпоху *e-commerce* принципиально меняются процедура и форма совершения сделки, но не сама ее суть: цель заключения сделки – например, приобретение приглянувшейся вещи – остается неизменной вне зависимости от того, приобретается эта вещь непосредственно в магазине или через Интернет.

Сегодня все большую популярность приобретает идея робота-курьера[1] – на фоне горячо обсуждаемых беспилотных такси и автобусов

[1] *Coxworth B.* Italian delivery drone takes to the streets. New Altas. com, 27.12.2017 (https://newatlas.com/yape-ground-delivery-drone/52751/).

робот-курьер выглядит вполне реалистично. Отсюда следует логичный вывод: вовлечение искусственного интеллекта в *e-commerce* реально и вполне воплотимо.

Но мы попробуем представить робота не в роли посредника или помощника человека, а как ключевое действующее лицо – как создателя объектов интеллектуальной собственности, материальное воплощение которых также может быть предметом купли-продажи. И основным здесь является следующий вопрос: может ли вообще робот стать автором уникального творческого произведения?

Во все времена картины великих мастеров пользовались большой популярностью: они радовали глаз, их покупали коллекционеры, любители живописи, ими украшали интерьеры. И нет ни малейшего сомнения в том, что, например, картины Рембрандта, твори он в наш век, пользовались бы не меньшим спросом. Если бы Рембрандт прожил не 63 года, а много больше, то кто знает, сколько невероятных шедевров подарил бы он своим поклонникам!

Однако есть одно обстоятельство, которое может примирить поклонников великого художника с действительностью: сегодня можно возродить манеру письма маэстро, его стиль – это вполне под силу компьютерной программе *The Next Rembrandt*, представленной в 2016 г. группой исследователей из нидерландских музеев[1]. В описании программы сообщалось, что компьютер тщательно анализирует работы Рембрандта, примечая особенности его живописи, и на основании полученных данных создает собственные работы – в подражание шедеврам великого голландца. Как после такого не удивляться чудесам технического прогресса?!

Но важно другое: получается, и роботы могут творить, ведь одна из граней творчества – это самовыражение! Нечто, сотворенное человеком, выходит из-под его полного контроля и начинает самостоятельно претворять в жизнь какие-то идеи, точно не обозначенные в программе.

Насколько возможен такой поворот событий? Можно ли (а точнее, насколько готовы мы) представить себе робота, стоящего с кисточкой за мольбертом, а затем продающего свою работу на аукционе? И получится ли у нас принять то, что нечто механическое (пусть даже самая умная машина) может претендовать на звание носителя авторских прав? Ведь признание автором подобного субъекта (субъекта ли?) вынуждает игнорировать прежде всего этические противоречия, возникающие в связи с признанием за роботом такого статуса.

[1] http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/05/article_0003.html

Исходя из постулата «*jus est arts boni et aequi*» (*лат.* «право есть искусство доброго и равного»), в настоящей работе предпринимается попытка исследовать **возможность принадлежности авторских прав роботам**, а также проанализировать **правовой режим произведений, созданных роботами**.

Актуальность обозначенных вопросов подтверждается тем, что все чаще звучат предложения о разработке для отношений с участием «разумных машин» специального регулирования. И поскольку роботы постепенно проникают и в такую, казалось бы, присущую только человеческой натуре сферу, как творчество, рано или поздно эта проблема станет одной из наиболее острых. Подтверждение этому – нарастающий объем научных работ[1] по данной проблеме, а также заявления различных государств о необходимости законодательного регулирования вопроса об «авторских правах» роботов.

Автор настоящей статьи предлагает рассмотреть саму возможность предоставления роботам интеллектуальных прав через призму истории, философии и права – это обусловлено тем, что закон находится в прямой связи с первыми двумя упомянутыми областями, создающими основы для зарождения нормы и ее функционирования. Обращение к иностранному правовому опыту позволит проанализировать различные варианты решения проблемы, предлагаемые зарубежной наукой и практикой.

## 1. Природа авторства

Важно отметить, что впервые о проблеме заговорили еще в 1994 г., когда американский ученый Стивен Талер начал исследовать возможность компьютера создавать что-то новое. Его программа, названная «*Creativity Machine*», симулирует мыслительный процесс человека и позволяет создавать новую информацию путем не просто смешивания данных, но их оценки и анализа[2]. На некоторые изобретения, полученные в результате использования этой программы (в частности, на программу, позволяющую отслеживать сообщения террористов),

[1] Данная проблема начинает все чаще обсуждаться в научных кругах. Среди наиболее интересных работ хочется отметить следующие: *Abbott Ryan*. I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law. Boston College Law Review, 57 B.C.L. Rev. 1079 (2016); *Perry Mark and Margoni Thomas*. From Music Tracks to Google Maps: Who Owns Computer-generated Works? (2010). Law Publications. Paper 27 (http://ir.lib.uwo.ca/lawpub/27); *Guadamuz Andres*. Artificial Intelligence and Copyright (http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/05/article_0003.html) (октябрь 2017).

[2] *Abbott Ryan*. I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law. Boston College Law Review. P. 1085

выданы патенты. Но, разумеется, в патентном свидетельстве (как, например, опубликованном под № US5845271A) в качестве создателя изобретения (изобретателя) указан человек.

Является ли в данном случае автором робот? Какими чертами должен обладать робот и как он должен действовать, чтобы быть признанным именно в качестве автора творческого продукта?

*1.1. Понимание произведения как воплощения идеи автора*

Для начала необходимо сформулировать само понятие произведения и на основании этого идти от создаваемого к создателю. Каким характеристикам должен соответствовать результат творческой деятельности робота?

Понятие произведения имеет свои особенности в разных правовых системах, но в целом обладает некоторыми схожими чертами, позволяющими подвести их под некий «общий знаменатель». Например, в США к объектам авторского права предъявляется требование о наличии критериев необычности и оригинальности, что позволяет относить такие объекты к *original works of authorship* (17 U.S. Code § 102). Кодекс интеллектуальной собственности Франции (*Code de la propriété intellectuelle*) в ст. L112-2 содержит лишь список объектов, однако в доктрине выделены три черты, три этапа развития критерия оригинальности: отражение личности автора, его интеллектуальный вклад и свобода в воплощении идеи[1]. Статья 1259 ГК РФ указывает следующие признаки произведения: наличие творческого начала (результат интеллектуальной деятельности) и объективная форма произведения (правда, об оригинальности произведения в отечественном законе прямо не упоминается).

Таким образом, можно признать, что самым общим «знаменателем» будет творческий характер произведения, тем или иным способом отраженный в законодательстве большинства стран. Ввиду специфики рассматриваемой материи предлагается выделить два аспекта этого понятия, дав характеристику мышления как биологическо-философской категории и творческой мысли с точки зрения юридической.

*1.2. Сущность мышления*

Не углубляясь в технические детали, представляется важным обратить внимание на тот факт, что «разумная машина» обладает возмож-

[1] *Marino Laure.* Droit de la propriété intellectuelle (http://avocats-publishing.com/Le-critere-de-l-originalite-ou-les).

ностью создавать информацию, осознавать ее, делать умозаключения на ее основе, т.е. мыслить в привычном нам понимании. Таким образом, стирается та грань, когда мыслительный процесс трактовался как коренное отличие человека от технических устройств. При этом возникает и другой вопрос: насколько вовлечен человек в мыслительный процесс, отвечая дежурное «хорошо» на стандартное «как дела?»?

Обратившись к известному тесту Тьюринга, позволяющему определить, машина перед тобой или человек, особо значимым следует признать ту его часть, которая состоит в том, чтобы постоянно задавать собеседнику вопросы, тем самым пытаясь распознать наличие у него способности мыслить. Но эту проверку искусственный интеллект вполне способен пройти: С. Лем писал о некоем «вселенском граммофоне»[1] – монстре технического прогресса, в память которого записаны все возможные ответы на все возможные вопросы, ведь количество всех возможных комбинаций из слов так или иначе не бесконечно и, соответственно, есть предельное количество вопросов/ответов, которые можно составить. То есть машине нужно всего лишь случайным образом выбрать один ответ (правда, из пугающего количества возможных).

Выход по Лему – в отслеживании данных, озвученных собеседником. Один и тот же вопрос можно задать разными словами: машина, не имея возможности понять смысл слов, механически выберет из памяти ответ на него, и вероятность его совпадения с озвученной ранее информацией практически равна нулю. Утверждение «*Cogito ergo sum*» (*лат.* «Мыслю, следовательно, существую») предлагает концепцию осмысливания себя в этом мире и самого мира вокруг. Отсюда, из внешнего мира, черпаем мы данные; пропуская их через себя, осмысливая, человек получает продукт творчества. Человек анализирует вопрос не с целью выудить из бездонной памяти идеально подходящий ответ, а с целью осмыслить вопрос и предоставить информацию.

### *1.3. Понятие творческой мысли*

Созидающая мысль видится, наверно, вершиной мыслительного процесса человека: бестелесная и призрачная идея – это начало всех начал. Законодатель, ввиду непостижимости природы творческой мысли (идеи), предпочитает держаться от нее на почтительном расстоянии, не предоставляя ей правовой охраны в качестве самостоятельного произведения (п. 5 ст. 1259 ГК РФ). Да и само произведение охраняется не с момента появления идеи (творческой мысли), а с момента

[1] *Лем С.* Сумма технологии (http://lib.ru/LEM/summa/summgl4m.htm).

облачения произведения в объективную форму (п. 3 ст. 1259 ГК РФ). А *animus injuriandi* (*лат.* «готовность совершить правонарушение») наказывается при его реальном воплощении в противозаконном деянии – и хорошо, что мы далеки от общества, описанного Оруэллом, с его мыслепреступлением и тотальным контролем идей!

У человека выбор формы воплощения творческой мысли – процесс сознательный и очень ответственный. Степень осознанности выбора и компоновки элементов произведения позволяет провести границу между неохраняемыми объектами типа телефонных справочников (см., например, ключевое для понимания концепции авторства решение по делу *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*[1], в котором Верховный суд США запретил охрану авторским правом произведений с минимальным уровнем творческого характера) и составными произведениями.

Абстрактные картины Джексона Поллока – результат осознания и воплощения художественной идеи, а не хаотичного, бессистемного смешения красок. Можно ли признать, что компьютерная программа воплощает собственную творческую мысль при наложении мазков на холст?

Отвечая на этот вопрос, нельзя не вспомнить известный парадокс: из тысячи мартышек, сидящих за печатными машинками, хоть одна из них когда-нибудь напечатает «Войну и мир». Если компьютер будет выдавать бесконечно много комбинаций слов, формируя нескончаемое количество текстов, однажды он напишет копию великого произведения, но в целом результат будет похож на бесконечную Вавилонскую библиотеку Борхеса, полную прекрасно-бессмысленных работ. Механическая подборка символов – неудачная претензия на текст: логика, сюжет, повествование – все снова замыкается на творческой мысли (идее) как на некоем стержне всей конструкции *work of authorship*.

И здесь нельзя не вспомнить громкое дело о фотографии, сделанной макакой: любопытный зверек исследовал незнакомый предмет и, нажав на кнопку, сделал несколько селфи-фотографий. Но в среде юристов долго и со всей серьезностью обсуждался вопрос, кто обладает авторскими правами на созданные фотографии – обезьяна или владелец фотокамеры[2].

---

[1] *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991).

[2] Интересно, что одним из вариантов в этом деле был переход произведения в общественное достояние, поскольку оно было получено с минимальным участием человека (см.: *Orlowski Andrew*. Cracking Copyright Law: How a Simian Selfie Stunt Could Make a

Природа мыслительных процессов у обезьян, бесспорно, иная, нежели у машины, – биологическая, врожденная, а не созданная искусственно. Но при современных технологиях можно ли отрицать возможность воссоздания «умными машинами» мыслительных процессов, полностью идентичных биологическим? Более того, уже сегодня можно пытаться осмыслить, насколько «зависим» робот от человека, отвечая на следующие вопросы: предвидит ли человек, что сделает машина? предвидит ли машина (и может ли предвидеть) желаемый результат?

Ответы на поставленные вопросы следующие.

*Первый вариант* – **историческо-эволюционный**. Человек использует «умную машину» как наилучший инструмент для реализации творческой идеи и полностью представляет себе результат, к которому стремится. При таком раскладе видится возможным отнести робота к исполнителям, средствам, инструментам – сам автор (человек) знает, что он хочет получить, и выбирает соответствующее «средство» исполнения замысла. «Творческое» участие «умной машины» здесь сведено к минимуму, в роли творца (создателя произведения) выступает человек.

Подобная ситуация отражена, например, в Законе об авторском праве Великобритании: § 9 (3) устанавливает, что при создании произведения на компьютере автором считается тот, кто предпринимал необходимые действия для достижения своего результата («*In the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken*»)[1]. Схожие положения содержит и законодательство Новой Зеландии[2].

*Второй вариант* – **высокотехнологический**. Человек создает программу, которая сама способна что-то создавать. Здесь результат предвидим лишь в определенной степени, поскольку окончательный результат зависит от случайного выбора/анализа данных «разумной машиной».

Под эту категорию, вероятно, подпадает приведенный в начале статьи пример с подражанием живописи Рембрандта: люди, создавшие упомянутую программу, хотели научить ее анализировать полотна мастера и при ее помощи создавать похожие. Да и принцип работы уже упомянутых машин Стивена Талера строился на влиянии шумов

Monkey out of Wikipedia, 24 August 2014 (https://www.theregister.co.uk/2014/08/24/wikipedia_monkey_selfie_backfire/)).

[1] Copyright, Designs and Patents Act 1988 (https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents).

[2] Copyright Act 1994, § 5 (2 a) (http://www.legislation.govt.nz/act/public/1994/0143/latest/DLM345899.html).

на нейронные сети, которые в результате их воздействия создавали новые данные[1].

*Третий вариант* – **фантастический**. Человек создает нечто совершенно автономное (робота? программу? искусственный интеллект?), способное творить без планов и заданий человека, не под его руководством. Сегодня такой вариант действительно представляется фантастическим: это, например, Голем XIV[2], читающий ученым лекции о бесперспективности эволюции, это *HAL 9000* из «Космической одиссеи»[3], разрабатывающий планы по захвату космической станции и мурлыкающий детские песни, – можно привести сотни примеров из произведений в жанре фантастики. И именно здесь возникает не менее важный вопрос: насколько исполнитель, «свободный» от влияния человека, осознает, что он делает, насколько представляет себе результат?

Сказанное с опорой на концепцию, сформулированную во французской доктрине, согласно которой произведение искусства – это «оригинальное творение гения», отражающее его уникальную личность и индивидуальность[4], позволяет обозначить критерий авторства произведения, созданного при непосредственном участии «умной машины»: предопределяющая роль здесь за тем, кто принимает на себя осознание желаемого результата. Именно автор транслирует определенную мысль, которую хочет донести до общества, посредством определенной объективной формы произведения и именно автор предвидит ее ожидаемый вариант.

## 2. Характеристика произведения, созданного «умной машиной»

Схожая с авторской классификация представлена в работе «*Introduction to Information Technology Law*»[5], в рамках которой выделены:

1) работы, созданные *с помощью* компьютера: документ, набранный в текстовом редакторе, план дома, созданный при помощи программы

[1] *Болотов К.* Программа Creativity Machine выдумывает, изобретает и совершает открытия. 20.01.2004 (http://www.membrana.ru/particle/1713).

[2] Речь идет о вымышленном суперкомпьютере, персонаже романа С. Лема, в котором робот делится своими идеями о прошлом и будущем человечества.

[3] Искусственный интеллект, фигурирующий в романе А. Кларка «2001: Космическая одиссея» и одноименном фильме С. Кубрика.

[4] См.: *Кашанин А.В.* О применимости юридической конструкции уровня творческого характера произведения в авторском праве (https://publications.hse.ru/mirror/pubs/share/folder/b2sf08kdyu/direct/73959902).

[5] *David I. Bainbridge*. Introduction to Information Technology Law Pearson Education. 2008. P. 91.

для черчения. Авторское право возникает с момента создания данного произведения еще на компьютере (нет необходимости, например, распечатывать набранный текст) – оно уже имеет объективную форму;

2) работы, созданные *самим* компьютером: сюда относятся сгенерированные компьютером прогнозы погоды или, например, музыкальные композиции, созданные компьютером на основе определенных алгоритмов или правил. Но возникает резонный вопрос: здесь автор – это человек, который является создателем соответствующей компьютерной программы, человек, который осуществляет все подготовительные этапы для использования этой программы, или тот, кто владеет оборудованием и программным обеспечением[1];

3) промежуточные работы (*intermediate works*): в эту категорию, по всей видимости, перетекают спорные моменты из предыдущей группы. *Intermediate works* – это результат работы лица, написавшего программу, и лица, использовавшего ее на компьютере (а такой вариант тоже не надо сбрасывать со счетов – применить программу может не обязательно ее разработчик). В том случае, если затраты творческих сил будут требоваться от обоих лиц, они, по концепции цитируемой работы, будут считаться соавторами.

Примечательным является то, что по общему правилу не признаются авторами произведений лица, которые не внесли творческого вклада в создание самого произведения, а только оказали автору содействие – техническое, консультационное, организационное или материальное (см., например, ст. 1228 ГК РФ). С учетом этого целесообразно было бы признать авторство на работу «умной машины» за лицом, создавшим программу. Однако этому могут быть заявлены вполне резонные возражения: например, *Microsoft* является правообладателем текстового редактора *Word*, но не правообладателем текстов, написанных в этом редакторе.

В случае использования человеком робота в качестве орудия (средства производства) все предельно ясно: авторские права возникают у создавшего произведение человека. Это подтверждает и упомянутое законодательство Англии и Новой Зеландии.

Больший интерес представляют два других варианта: во-первых, произведение, созданное компьютером на основе алгоритма или программы, и, во-вторых, произведение, полностью созданное «умной машиной».

---

[1] Ibid. P. 92. В качестве иллюстрации одного из подходов приведено дело *Nova Productions Ltd v. Mazooma Games Ltd* (2006), в котором автором элементов игры суд признал разработчика программного кода, а не игрока, так как последний не приложил достаточно творческих умений и усилий для их создания.

Казалось бы, ситуацию с созданием произведения на основе написанного кода можно отнести к первой категории (человек – автор, а робот – всего лишь инструмент), однако этот вывод не является окончательным, поскольку контраргументами ему являются следующие:

– во-первых, упоминаемая **некоторая неопределенность результата**. Человек в общем виде представляет себе, что хочет в итоге получить (например, картину, похожую на полотно Рембрандта), поэтому он пишет соответствующую программу и запускает ее. Но он не может в точности представить себе результат: проанализировав картины великого художника, программа сопоставит все данные и создаст свое произведение. Можно, конечно, говорить и о том, что в некоторых случаях так ведет себя и человек – кардинально меняет свои творческие замыслы. Так, известная картина Николая Ге «Что есть истина?» была написана поверх его другого полотна – пропавшего «Милосердия». Но это не совсем та же ситуация: человек, изменяя произведение в процессе его создания, делает это осознанно;

– во-вторых, **отсутствие полного контроля со стороны человека**, невозможность полностью подчинить себе процесс создания такого произведения. Речь идет уже не столько о результате, сколько о «свободе» выбора данных, которые лягут в основу создаваемой работы (яркий пример – случайный выбор компьютером критериев и данных);

– в-третьих, **риск отсутствия достаточной степени оригинальности для признания охраны**. Так решен вопрос с базами данных в Директиве 96/9/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС «О правовой охране баз данных и авторских правах и правах *sui generis* на них», а также со справочниками и расписаниями[1]. В уже упоминавшейся работе, опубликованной на сайте *WIPO*, разбирался вопрос, рассматривать ли подобные произведения как изначально находящиеся в общественном достоянии (в отличие от созданных человеком), что будет наверняка отрицательно встречено компаниями, которые являются разработчиками подобных программ;

– в-четвертых, **разграничение творческого вклада создателя программы и пользователя**, когда код программы пишет один человек, а работает с этой программой совершенно другой. Можно ли в данном случае говорить о производном произведении? Компьютерная программа защищается авторским правом (ст. 1261 ГК РФ), и если программу с открытым кодом изменяет другой, то возникает то самое производное

[1] Например, *Ladbroke (Football) Ltd v. William Hill (Football) Ltd* (1964) – дело о расписании футбольных матчей.

произведение[1]. Но в том случае, если нет изменения самой компьютерной программы, но изменяется только ее использование, в результате которого возникает новое произведение, можно ли говорить о том, что права на это произведение принадлежат только создателю программы или только пользователю?

### 3. Определение автора

В случае признания возможности рассматривать робота в качестве автора возникают проблемы распространения на робота законодательных дефиниций (основанных на естественно-правовой теории, предполагающей разумную социальную природу человека причиной и обоснованием существования права[2]). Ведь, как известно, ГК РФ определяет автора следующим образом: «гражданин, творческим трудом которого создан результат интеллектуальной деятельности» (ст. 1228). Упоминается в качестве автора также и работник (ст. 1295), когда речь заходит о служебных произведениях. Обратившись к соответствующему законодательству (ст. 5 ФЗ «О гражданстве Российской Федерации» и ст. 20 Трудового кодекса РФ), можно обнаружить, что в обоих случаях речь идет о физическом лице. Конечно, в современной истории уже есть случай предоставления гражданства роботу – Саудовская Аравия предоставила гражданство своей страны роботу Софии[3], но это единственное исключение из общего правила.

Иностранное право также тяготеет к более традиционной, устоявшейся, привычной для понимания точки зрения: автор (равно как гражданин и работник) – всегда человек.

Так, Бюро авторского права США (*United States Copyright Office*) признает автором только человеческое существо[4].

Знаменитое решение по делу *Feist Publications v. Rural Telephone Service Company, Inc.*, 499 U.S. 340 (1991) содержит вывод о том, что плоды творческого труда должны быть основаны на творческом потенциале сознания.

Созвучным является и австралийское дело *Acohs Pty Ltd v. Ucorp Pty Ltd*, в котором созданное компьютером произведение признано

---

[1] *Жарова А.К.* Правовая характеристика использования программ с открытым кодом (https://publications.hse.ru/mirror/pubs/share/folder/eypzkpg4bu/direct/74149851).

[2] *Нерсесянц В.С.* История политических и правовых учений. М., 2004.

[3] Решение Саудовской Аравии дать гражданство роботу Софии вызвало критику // РИА Новости. 01.11.2017 (https://ria.ru/world/20171101/1508025358.html).

[4] *Guadamuz Andres.* Artificial Intelligence and Copyright.

не подпадающим под охрану авторского права ввиду того, что создал его не человек.

Еще одно известное дело – *C-5/08 Infopaq International A/S v. Danske Dagbaldes Forening*, в котором Суд ЕС определил требование оригинальности произведения как отражение личности автора, что является прямой отсылкой к дискуссии о сознательности автора-робота и его способности понимать окружающий мир и мыслить себя в этом мире.

Таким образом, круг замыкается: вновь и вновь мы возвращаемся к вопросам о творческой мысли и творческом сознании, творческом процессе, возможности машины (с технической стороны) осуществлять эти операции и нашей возможности (мировоззренческой позиции) данный факт принять. Готова ли техника к тому, чтобы повторить сложнейший процесс зарождения идеи и осуществления ее воплощения в объективной форме? Готовы ли мы осознать и принять факт возможности машины сделать это?

## Заключение

На современном этапе достаточно сложно подводить итоги применительно к обозначенной теме: представляется, что, увы, вопросов здесь куда больше, чем ответов. Взять хотя бы проблему понимания идеи, творческой мысли: если определить их достаточно сложно применительно к человеку, то что говорить об искусственном интеллекте?

1. Краеугольным камнем на данном этапе является характеристика **всех процессов, предшествующих воплощению произведения в объективной форме** (т.е. моменту начала его охраны авторским правом). Не решив этот вопрос, нельзя определить, насколько существующие правовые конструкции применимы к машинам и применимы ли вообще. Быть может, ввиду искусственного происхождения исполнителя потребуется совершенно по-иному оценивать его «творческие размышления». Но тем не менее этот вопрос так или иначе придется затронуть – формирование идеи и представление автора о ее воплощении в определенной форме, доступной для восприятия третьим лицом, служит обоснованием наличия у него авторских прав. Без описания подобного процесса у роботов вряд ли можно говорить о зарождении того самого замысла, который послужит основой охраняемого произведения.

2. **Случайность выбора данных и критериев при создании роботом произведения представляется сомнительным аргументом** в пользу наделения «умной машины» правами на созданную работу. Точно так же, как и под-

борка данных, не обладающая творческим характером (справочники), – подобное «созидание» сложно назвать творческим процессом.

3. Весьма дискуссионными кажутся **последствия, которые может повлечь за собой признание авторами роботов**. Помимо серьезных пробелов и противоречий, которые сразу же заявят о себе в национальном законодательстве (не только в сфере гражданского права), подобное явление, вероятно, потребует согласования интересов и на международном уровне: что делать, если одна страна признает такую возможность, а другая – нет?

И, несомненно, самая серьезная проблема заключена в нашей готовности осознать, осмыслить и принять перспективу признания машины автором, а также того уровня технического прогресса, когда подобное становится возможным.

**Пристатейный библиографический список:**

1. *Guadamuz Andres*. Artificial Intelligence and Copyright // WIPO Magazine. October 2017.

2. *David I.* Bainbridge. Introduction to Information Technology Law Pearson. Education, 2008.

3. *Marino Laure*. Droit de la propriété intellectuelle.

4. *Abbott Ryan*. I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law // Boston College Law Review, 57 B.C.L. Rev. 1079 (2016).

5. *Perry Mark and Margoni Thomas*. From Music Tracks to Google Maps: Who Owns Computer-generated Works? (2010). Law Publications.

6. *Orlowski Andrew*. Cracking Copyright Law: How a Simian Selfie Stunt Could Make a Monkey out of Wikipedia. 24 August 2014. The Register.co.uk.

7. *Болотов К*. Программа Creativity Machine выдумывает, изобретает и совершает открытия. 20.01.2004 (http://www.membrana.ru/particle/1713).

8. *Жарова А.К*. Правовая характеристика использования программ с открытым кодом // Юрисконсульт в строительстве. 2010. № 6.

9. *Кашанин А.В*. О применимости юридической конструкции уровня творческого характера произведения в авторском праве (https://publications.hse.ru/mirror/pubs/share/folder/b2sf08kdyu/direct/73959902).

10. *Лем С*. Сумма технологии. М., 2018.

11. *Нерсесянц В.С*. История политических и правовых учений. М., 2004.

## КОРОТКО ОБ АВТОРАХ

**БОГУСТОВ Андрей Алексеевич**

Родился 20 апреля 1973 г. в Латвии.

В 1996 г. окончил юридический факультет Гродненского государственного университета им. Янки Купалы (г. Гродно, Республика Беларусь). В 2012 г. в Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ защитил кандидатскую диссертацию на тему «Ценные бумаги как объекты прав в гражданском праве стран – участников СНГ (сравнительно-правовой анализ)».

В настоящее время – доцент кафедры международного права Гродненского государственного университета им. Янки Купалы.

Сфера научных интересов: сравнительное правоведение в сфере частного права стран СНГ и Восточной Европы, право ценных бумаг, право интеллектуальной собственности.

Автор более 170 научных публикаций, в том числе трех монографий, четырех учебных пособий и более 30 статей в ведущих научных журналах России, Беларуси и Украины.

*E-mail:bogustow@mail.ru.*

**ГОРОХОВА Ольга Николаевна**

Родилась 13 августа 1998 г. в г. Воронеже.

В 2015 г. поступила на юридический факультет МГУ имени М.В. Ломоносова. В настоящее время – студентка 3-го курса (профиль: гражданско-правовой), стажер в юридической фирме «Зарцын, Янковский и партнеры». Сфера профессиональных интересов: право интеллектуальной собственности, конкурентное право, гражданское право. Победитель ряда конференций в секциях по вопросам права интеллектуальной собственности («Ломоносов», «IP-Форум МГЮА», «Эволюция права», «Кутафинские чтения»).

*E-mail: goro-nata@mail.ru.*

**ДОРОТЕНКО Денис Александрович**

Родился 24 мая 1990 г. в г. Павловске Воронежской области.

Окончил Саратовскую государственную юридическую академию.

В настоящее время – юрисконсульт ООО «Яндекс».

Победитель X Всероссийского профессионального конкурса «Правовая Россия» в номинации «Право интеллектуальной собственности».

*E-mail: dorotenko@zakon.ru.*

**ЕВСЕЕВ Евсей Федорович**

Родился 15 февраля 1985 г. в г. Рыбинске Ярославской области.

В 2006 г. окончил Рыбинский филиал Современной гуманитарной академии, а затем в этом же вузе аспирантуру (2010) и магистратуру (2012), защитив магистерскую диссертацию на тему «Правовой институт доверенности в российском гражданском праве».

В 2007–2009 гг. работал в должности юрисконсульта в издательстве компьютерного программного обеспечения. С 2010 г. и по настоящее время занимается частной юридической практикой по гражданским и административным делам. В 2014 г. учредил ООО «Юрфирма «Лексимус», директором которого является.

Автор более 30 научных публикаций, среди которых «Правовой режим поступлений» (Закон. 2009. № 5), «Индивидуальные и родовые вещи» (Адвокат. 2011. № 9), «К вопросу о форме доверенности» (Гражданин и право. 2011. № 12), «Предметы обычной домашней обстановки и обихода, на которые не обращается взыскание» (Вестник гражданского процесса. 2012. № 4), «Понятие и правовая природа доверенности» (Гражданин и право. 2013. № 8), «Некоторые вопросы взыскания компенсации за фактическую потерю времени в гражданском процессе» (Адвокат. 2013. № 12).

**ИВАНОВА Екатерина Пенчева**

Родилась 8 апреля 1986 г. в г. Москве.

С отличием окончила Московскую государственную юридическую академию им. О.Е. Кутафина (МГЮА).

В настоящее время – руководитель Юридического департамента *IT*-компании «Э-КОМ». Более девяти лет проработала в медиаиндустрии – руководила юридической поддержкой международных проектов по лицензированию контента ГТК «Телеканал «Россия» (ВГТРК), работала в АО «Первый канал. Всемирная сеть».

Специалист в сфере интеллектуальной собственности, медиа, *IT*, член Дискуссионного клуба юристов в сфере *IT* (*ITLDC*), автор публикаций на тему защиты интеллектуальной собственности и борьбы с пиратством.

*E-mail: eip86@yandex.ru*.

**КУЗНЕЦОВА Любовь Викторовна**

Родилась 27 декабря 1976 г. в г. Самаре.

С отличием окончила юридический факультет Самарского государственного университета. В 2003 г. защитила в Казанском государственном университете диссертацию на соискание ученой степени кандидата юридических наук.

В настоящее время – руководитель по направлению в ПАО «ГМК «Норильский никель».

Специалист в области корпоративного и договорного права. Основной круг научных интересов: вопросы осуществления и защиты гражданских прав, корпоративное, обязательственное право.

Автор книг и статей по гражданскому праву.

*E-mail:kuznecovalv@yandex.ru.*

**КУЛЕЗИН Марк Алексеевич**

Родился 31 июля 1993 г. в г. Калининграде.

В 2015 г. с отличием окончил Юридический институт Балтийского федерального университета им. И. Канта. С 2015 г. является аспирантом кафедры гражданского права и процесса Юридического института БФУ им. И. Канта, подготавливаемая диссертация на степень кандидата юридических наук посвящена информационному посреднику. В настоящее время – адвокат.

Сфера профессиональных интересов: банкротство, авторское право, обязательственное право.

Автор ряда работ в профессиональных юридических изданиях, участник международных и региональных научно-практических конференций, победитель и призер международных и национальных игровых судебных процессов.

*E-mail: m.kulezin@gmail.com.*

**МАРТЬЯНОВА Елизавета Юрьевна**

Родилась 8 октября 1993 г. в г. Перми.

В 2017 г. получила степень магистра права в Пермском государственном национальном исследовательском университете.

В настоящее время является ассистентом кафедры гражданского права ПГНИУ, проходит обучение в аспирантуре под научным руководством д.ю.н., профессора А.Г. Матвеева.

*E-mail: lizaveta.fomina@mail.ru.*

**МОТОВИЛОВА Дарья Аркадьевна**

Родилась 9 августа 1984 г. в г. Перми.

В 2007 г. окончила философский факультет Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова (специализация – социальная философия).

В 2014 г. с отличием окончила юридический факультет Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова (специализация – гражданское право).

В настоящее время – магистрант программы «Право интеллектуальной собственности» Университета Турина (Master of Laws (LL.M.) in Intellectual Property, University of Turin).

Сфера научных интересов: интеллектуальная собственность, электронная коммерция, гражданско-правовое регулирование отношений в сети Интернет.

*E-mail: da.motovilova@gmail.com.*

**НЮНЯЕВ Вадим Олегович**

Родился 17 ноября 1976 г. в г. Санкт-Петербурге.

Кандидат юридических наук.

Консультант ПАО «Газпром нефть» по вопросам интеллектуальной собственности.

В 2002 г. окончил магистратуру Санкт-Петербургского государственного университета.

В 2007 г. защитил диссертацию на соискание ученой степени кандидата юридических наук на тему «Правовое регулирование рекламной деятельности».

В 2011–2014 гг. преподавал в Санкт-Петербургском государственном экономическом университете на кафедре хозяйственного права.

Сфера научных интересов: проблемные вопросы гражданского права, правовое регулирование рекламы, право интеллектуальной собственности.

Автор ряда публикаций по гражданскому праву.

*E-mail: Vadim.nyunyaev@gmail.com.*

**ОСТАНИНА Елена Александровна**

Родилась 15 сентября 1977 г. в г. Челябинске.

В 1999 г. окончила Южно-Уральский государственный университет. В 2007 г. защитила кандидатскую диссертацию на тему «Сделки с отлагательным и отменительным условием как основание приобретения вещного права».

В настоящее время – доцент Челябинского государственного университета.

Автор ряда публикаций, среди которых «Сделки как основание приобретения вещного права» (Правоведение. 2007. № 1), «Зависимость правовых последствий сделки от отлагательного и отменительного условий» (М.: Юстицинформ, 2010).

**ПАЩЕНКО Илья Юрьевич**

Родился 12 января 1994 г. в ст. Новопокровской Краснодарского края.

В 2015 г. окончил с отличием бакалавриат юридического факультета Кубанского государственного университета, а в 2017 г. – с отличием магистратуру юридического факультета Кубанского государственного университета. С 2017 г. аспирант на кафедре гражданского права юридического факультета Кубанского государственного университета.

С 2015 г. – главный редактор журнала «Мобильные новости», в 2016 г. – преподаватель правовых дисциплин на базе СПО в Кубанском государственном университете, с 2017 г. – консультант аппарата отдела общественных связей избирательной комиссии Краснодарского края.

Автор более 50 публикаций.

Руководитель проекта «Развитие общественных наук российскими студентами».

Сфера научных интересов: объекты гражданских прав, интеллектуальная собственность, информационные технологии.

*E-mail: ilpa@mail.ru*.

**ПЕЧЕНЫЙ Олег Петрович**

Родился 31 мая 1976 г. в Днепропетровской области.

В 1998 г. окончил с отличием Национальную юридическую академию Украины им. Ярослава Мудрого (г. Харьков).

Доцент, кандидат юридических наук.

С 2000 г. и по настоящее время преподает на кафедре гражданского права Национального юридического университета им. Ярослава Мудрого (г. Харьков).

Член Научно-консультативного совета при Верховном Суде Украины.

Сфера научных интересов: наследственное право, общее учение об обязательствах, вопросы ответственности в гражданском праве, проблемы общей теории гражданского права, правовые проблемы электронной коммерции и интернет-права.

Автор более 100 публикаций, среди которых практический комментарий к Гражданскому кодексу (2012), коллективные монографии из серии «Харьковская цивилистическая школа» («Защита субъективных гражданских прав и интересов» (2015), «Грани наследственного права» (2016), «О договоре» (2017) и пр.), ряда научных статей, включая публикации в сборниках серии «Анализ современного права».

*E-mail: rdash@km.ru*.

**РОЖКОВА Марина Александровна**

Родилась 23 июля 1969 г. в г. Москве.

Доктор юридических наук.

Эксперт Российской академии наук, член Экспертного совета Комитета Государственной Думы по информационной политике, информационным технологиям и связи, эксперт Российского фонда фундаментальных исследований, арбитр Российского арбитражного центра при Российском институте современного арбитража, президент *IP CLUB*, основатель, руководитель авторского коллектива и ответственный редактор сборников серии «Анализ современного права».

Автор около 300 опубликованных работ, в том числе книг: «Цивилистическая концепция интеллектуальной собственности в российском праве» (в соавторстве), «Международные договоры в сфере интеллектуальной собственности (актуальный обзор многосторонних соглашений)» (в соавторстве), «Интеллектуальная собственность: основные аспекты охраны и защиты», «Защита интеллектуальных прав: законодательные ошибки при определении статуса и компетенции специализированных органов, разрешающих дела в сфере промышленной собственности», «Защита деловой репутации в случаях ее диффамации или неправомерного использования (в сфере коммерческих отношений)» (в соавторстве), «Актуальные проблемы унификации гражданского процессуального и арбитражного процессуального законодательства» (в соавторстве), «Интеллектуальная собственность: некоторые аспекты правового регулирования» (в соавторстве), «Юридические факты гражданского и процессуального права: соглашения о защите прав и процессуальные соглашения», «Договорное право: соглашения о подсудности, международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашения» (в соавторстве), «Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора», «Мировая сделка: использование в коммерческом обороте» и т.д.

*E-mail: rozhkova-ma@mail.ru.*
*Web-сайт: rozhkova.com.*

**РУЙЕ Николя**

Родился 23 мая 1975 г. в г. Санкт-Морице (Швейцария).

Получил юридическое образование в Лозаннском университете, окончив его в 1997 г. Писал докторскую диссертацию при Базельском университете и в 2001 г. получил степень доктора юридических наук.

С 1997 г. работал судебным секретарем окружного суда Лозанны и ассистентом в Центре корпоративного права и интеллектуальной собственности. Проходил первую адвокатскую практику в юридической компании «Гросс и партнеры» (2000–2003) и присоединился в 2003 г. в качестве партнера к юридической компании «*MCE Avocats – Rechtsanwälte – Attorneys-at-law*» (Лозанна, Локарно, Фрейбург и Цюрих). В 2018 г. создал отделение группы *SwissLegal pour* для франкоговорящей части Швейцарии.

Автор книг «Швейцарское обязательственное право и Принципы европейского контрактного права» (2007), «Банковское дело в Швейцарии» (2010, 2011 и 2013), «Швейцарское акционерное общество (коммерческое право, бухгалтерское право, ответственность, реструктуризация, налоговое и биржевое право)» (2008 и 2017), «Комментарий наследственного права Швейцарии», «Международное предпринимательское право» (2015), а также ряда статей в сборниках научно-практических статей и ведущих юридических журналах.

С 2004 г. является профессором предпринимательского права в Школе бизнеса г. Лозанны и часто преподает в России, например, в качестве профессора Финансового университета при Правительстве РФ. Кроме того, с 2006 по 2010 г. преподавал международное торговое право в Российской академии народного хозяйства. С 2005 по 2013 г. преподавал в Университетском институте Курта Боша.

С 2011 г. является национальным докладчиком по швейцарскому праву в рамках членства в Ассоциации друзей французской правовой культуры (в 2011 г. – на тему ответственности юристов (г. Хошимин), в 2012 г. – на тему приобретения власти в компаниях (г. Сантьяго-де-Чили), в 2014 г. – на тему «нематериальное и контракт» (г. Барселона), в 2015 г. – на тему «Третьи лица и контракт» (г. Панама), в 2016 г. – на тему «Глобализация и инвестиции» (г. Берлин) и в 2017 г. – на тему «Концепты, интересы и ценности в позитивном правоприменении (частное право)» (г. Турин)).

С 2013 г. является членом Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам и в этом контексте опубликовал несколько работ, в частности, на тему обеспечительных мер в интеллектуальной собственности и координации между недобросовестной конкуренцией и правами интеллектуальной собственности. С 2015 г. является членом редакционного комитета журнала «Ученые труды» Академии адвокатуры и нотариата, а с 2016 г. – журнала «*Kutafin University Law Review*».

*E-mail: rouiller@swisslegal.ch*.

**САФАРГАЛЕЕВ Линар Ильдарович**

Родился 21 июля 1996 г. в с. Альменево Курганской области.

Студент 4-го курса Института юстиции Уральского государственного юридического университета.

Помощник юриста, юридическая компания «Аликин и Кобяков» (http://www.civilist.net/).

*E-mail: linar.safargaleev@yandex.ru*.

**СВЕНТИЦКАЯ Анна Вячеславовна**

Родилась 1 марта 1985 г. в г. Благовещенске Амурской области.

В 2006 г. окончила Амурский государственный университет (юридический факультет).

В 2010 г. получила ученую степень кандидата юридических наук по специальности «12.00.14 Административное право, финансовое право, информационное право»; степень присуждена решением диссертационного совета Южно-Уральского государственного университета (г. Челябинск). Тема диссертации: «Правовое регулирование персональных данных в Российской Федерации».

До 2015 г. занимала должность доцента кафедры гражданского права юридического факультета Амурского государственного университета.

В настоящее время занимает должность юрисконсульта в аудиторской компании «Бейкер Тилли Бел» (г. Минск, Республика Беларусь).

Автор более 40 научных статей (в том числе в журналах, рекомендованных ВАК РФ), двух пособий и одной монографии.

*E-mail: anna.v.kucherenko@gmail.com.*

**СЕМЕНОВА Анастасия Александровна**

Родилась 25 мая 1996 г. в г. Москве.

Окончила международно-правовой факультет МГИМО МИД России. В настоящее время – студент магистерской программы «Международное частное и гражданское право», стажер в юридической фирме «Центр интеллектуальной собственности «Сколково»».

Участник и победитель многочисленных студенческих конкурсов по праву. Автор ряда статей по вопросам права интеллектуальной собственности, опубликованных в журналах и сборниках («Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права», «Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность», «Журнал Суда по интеллектуальным правам»), сборниках и на сайте: *zakon.ru*. Соавтор статей научно-творческого студенческого объединения «Абстрактный Колобок».

Сфера научных интересов: авторское право, интеллектуальная собственность, сравнительное правоведение, история права.

*E-mail: anastasiiya.semenova@gmail.com.*

**СЫСОЕВА Анна Викторовна**

Родилась 24 января 1987 г. в г. Москве.

Окончила факультет права по международно-правовой специализации Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», стипендиат Оксфордского российского фонда; проходила обучение в *Carleton University* (г. Оттава, Канада) по курсу торговых переговоров.

В настоящее время – советник Департамента торговой политики Евразийской экономической комиссии. С 2013 г. является главой группы по интеллектуальной собственности переговорной делегации Евразийского экономического союза в треках по заключению соглашений о свободной торговле, а также соглашения о торгово-экономическом сотрудничестве с КНР.

Автор ряда публикаций.

Сфера профессиональных интересов: правовая охрана интеллектуальной собственности, инвестиции в искусство, *private banking*.

*E-mail: sysoevaanna@yahoo.com.*

**ТИМОШЕНКО Ольга Викторовна**

Родилась 17 мая 1997 в г. Перми.

С 2015 г. учится на юридическом факультете МГУ имени М.В. Ломоносова (в настоящее время – студентка 4-го курса).

Сфера научных интересов: международное частное право, аспекты договорного права в интернет-пространстве, юрисдикция в сети Интернет.

*E-mail: timoshencko.olya@yandex.ru*.

**ТЕМУРЗИЕВ Руслан Бесланович**

Родился 10 ноября 1996 г. в г. Выборге.

В настоящее время – студент юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (г. Санкт-Петебрург).

*E-mail: bulik7@mail.ru*.

**ТУРКИНА Анастасия Евгеньевна**

Родилась 9 декабря 1994 г. в г. Москве.

В 2012 г. окончила факультет права НИУ ВШЭ (бакалавр юриспруденции). С 2012 г. – слушатель Российской школы частного права.

В настоящее время – юрисконсульт Правового управления НИУ ВШЭ.

Сфера научных интересов: интеллектуальная собственность, персональные данные.

*E-mail: asuhareva17@gmail.com*.

**ХОХЛОВ Евгений Сергеевич**

Родился в 1984 г. в г. Коврове Владимирской области.

В 2006 г. окончил юридический факультет МГУ имени М.В. Ломоносова. В 2006–2009 гг. проходил обучение в аспирантуре Института государства и права Российской академии наук.

С 2006 по 2012 г. являлся юристом московских офисов ряда международных юридических фирм (*Linklaters*, *Clifford Chance*, *DLA Piper*). С 2012 г. является партнером юридической фирмы «*Antitrust Advisory*», которая специализируется в сфере конкурентного права.

С 2013 г. – преподаватель кафедры конкурентного права Московской государственной юридической академии им. О.Е. Кутафина (МГЮА).

Имеет большое количество публикаций в сфере конкурентного права как в российских, так и в зарубежных изданиях. В 2015–2016 гг. выступил одним из редакторов Научно-практического комментария к Закону о защите конкуренции (отв. ред. И.Ю. Артемьев).

Является членом Ассоциации антимонопольных экспертов и Экспертного совета ФАС России по развитию конкуренции в области информационных технологий. В 2008 и 2011 гг. был награжден почет-

ными грамотами ФАС России за большой личный вклад в проведение государственной политики в области развития конкуренции и плодотворное сотрудничество с антимонопольными органами.

В 2015 г. был награжден медалью ордена «За заслуги перед Отечеством» II степени за вклад в развитие антимонопольного регулирования в России.

**ХУСАИНОВ Рамзан Исламович**

Родился 4 марта 1989 г. в г. Воркуте.

В 2011 г. с отличием окончил юридический факультет Академии управления «ТИСБИ», г. Казань.

В 2009–2013 гг. работал в ЗАО «Авторское агентство «Артпатент».

С 2013 г. работает в ООО «Юридическая фирма Городисский и Партнеры».

Патентный поверенный Российской Федерации.

*E-mail: KhusainovR@gorodissky.ru*.

**ЩЕРБАКОВА Елена Викторовна**

Родилась 1 июля 1997 г. в г. Москве.

В настоящее время является студенткой 1-го курса магистерской программы «Право информационных технологий и интеллектуальной собственности» факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

В 2018 г. в составе команды университета прошла в международный раунд соревнований по медиаправу «*Price Media Law Moot Court Competition*», организованных Оксфордским университетом (Великобритания).

Сфера профессиональных интересов: право интеллектуальной собственности, права человека, информационное право, европейское право.

*E-mail: el.v.scherbakova@gmail.com*.

## TABLE OF CONTAINS

***Elena Ostanina***

**IS THERE A CONSUMER IN THE P2P LENDING?**

Abstract. *«Peer to peer» financing is a rapidly developing set of social relations, but there is no special legislation on this matter. The content of the contract is largely determined by the operator of the on-line platform, however, the judicial practice still applies to these contracts general rules about the loan.*

Keywords: *P2P lending, consumer, loan agreement, platform economy.*

***Lubov Kuzhetsova***

**THE ISSUES OF CIVIL LIABILITY OF E-COMMERCE AGGREGATORS**

Abstract. *The article focuses on some particular issues of civil liability of e-commerce aggregators, its limits, grounds and practical aspects of its application. Through the prism of such responsibility the author analyzes aggregators' legal status, as well as the nature of interrelations with other participants of commercial relationships under the Russian law.*

Keywords: *aggregators, Internet, civil liability.*

***Evgeny Khokhlov***

**SPECIFICS OF ANTITRUST REGULATION OF THE E-COMMERCE SECTOR IN THE EU COMPETITION LAW**

Abstract. *This article analyses topical issues in the antitrust enforcement in the sphere of e-commerce in the competition law of the European Union, which is generally used as a model for the development and improvement of the Russian antimonopoly legislation. The article describes the conclusions of the European Commission's e-commerce sectoral investigation that ended in 2017, as well as the latest enforcement practice in respect of selective distribution, price monitoring, territorial restrictions and the use of data.*

Keywords: *competition law, digital markets, vertical agreements, selective distribution.*

***Daria Motovilova***

**CONSUMER REVIEWS AND ENDORSEMENTS AS FACTORS OF ELECTRONIC COMMERCE: LEGAL ISSUES**

Abstract. *The article reviews current regulation of consumer reviews on the Internet in developed countries and in the Russian Federation. Online reviews play an important role in e-commerce being a valuable source of information both for consumers and businesses. The article considers the development of international standards for online reviews issued by the Organisation for Economic Co-operation*

*and Development from the Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce (1999) to the Recommendation of the Council on Consumer Protection in E-commerce (2016). Three Online Reviews and Endorsements Guidances for review administrators, traders and marketers, and digital influencers correspondingly approved by the International Consumer Protection and Enforcement Network (ICPEN) are covered in detail. It is shown by the example of the USA that the absence of regulation could lead to the abuse of the freedom of contract and to the emergence of clauses infringing consumer rights. In order to tackle the situation the U.S. Congress passed Consumer Review Fairness Act in 2016. The provisions of this act are considered in the article. The steady growth of e-commerce in the Russian Federation raises the question of the need for legal regulation of this sphere. Current situation and prospective development of legal regulation of consumer reviews and endorsements in Russia are analyzed.*

Keywords: *e-commerce, Internet, consumers, digital economy, marketing, advertising, regulation.*

***Nicolas Rouiller***

**INFLUENCE OF DATA PROTECTION NORMS ON ONLINE ADVERTISEMENT**

Abstract. *This article deals with data protection regulation in the EU and in the USA in context of the online website advertisement. While the EU legislation obliges the web operators to inform and ask their users for a consent before processing their personal data for advertisement purposes, the US law system requires to keep the users informed and to give them an ability to refuse this. EU regulation is obviously more protective of the private sphere. In a middle-term perspective, it remains to be seen if such level of protection can be kept in the legislation, despite the extremely strong interests, much beyond those of advertisement, to exploit data collected en masse from the behaviour of internet users (notably for scientific purposes linked with artificial intelligence based on «big data»).*

Keywords: *behavioural advertisement, cookies, data protection, informed consent, privacy, targeted advertisement, web operators, online advertisement, big data, artificial intelligence.*

***Elena Shcherbakova***

**USE OF GEOLOCATION DATA IN E-COMMERCE**

Abstract. *In the paper the possibility of legal regulation of geolocation data is analyzed according to already existing Russian legal institutes. The author examines the practice of the United States of America Federal Trade Commission and on that ground offers the potential ways of improvement of Russian legislation in the sphere in question.*

Keywords: *personal data, geolocation, consumer rights protection, unfair competition, right to privacy.*

*Ilya Paschenko*
**BIG DATA: ISSUES OF LAWFUL USE IN THE E-COMMERCE**
Abstract. *In article big data as the new phenomenon of legal reality are investigated. The author analyzes legal essence of big data. The conclusion is drawn on need of contour regulation for the current legislation for effective development of digital economy.*
Keywords: *big data, information, information technologies, electronic commerce, objects of the civil rights, legal regulation.*

*Anna Sventitskaya*
**THE CREATION AND OPERATION OF ONLINE STORES IN THE RUSSIAN FEDERATION AND THE REPUBLIC OF BELARUS: A COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS**
Abstract. *This article attempts to conduct a comparative legal study of creation and operation of online stores in the Republic of Belarus and the Russian Federation. The author considers the peculiarities of the national regulation of certain stages in the development of Internet business and the implementation of retail trade via online stores.*
Keywords: *Internet commerce, Internet shop, Internet business, Internet site, distance trade, trade on samples, retail purchase, e-commerce, personal data, domain name, digital economy.*

*Evsey Evseev*
**CONSUMER'S REFUSAL FROM THE EXECUTION OF THE RETAIL PURCHASE AND SALE CONTRACT OF TECNICALLY COMPLEX GOODS WITHOUT A SIGNIFICAT DISADAVNATGE, CALCULATIONS WITH THE CONSUMER**
Abstract. *The article deals with the issues arising in the event of the consumer's refusal from the contract of retail sale, the subject of which is a technically complex product, on the grounds not related to the discovery in it of a significant defect.*
Keywords: *buyer, consumer, contract of retail purchase and sale, technically complex product, contract refusal (execution contract), calculations with the consumer.*

*Oleg Pecheniy*
**THE PROBLEMS OF INVALIDITY OF TRANSACTIONS AND OTHER ACTS IN THE FIELD OF ELECTRONIC COMMERCE**
Abstract. *In the article the features of invalidity of transactions and other actions in the field of electronic commerce are analyzed. The specifics of the invalidity of such transactions are highlighted, taking into account the principle of non-discrimination of electronic forms. The court practice is analyzed in cases in which evidence is used in electronic form, electronic bidding is disputed. In the article the peculiarities of*

*the identity of the participants in transactions in the field of electronic commerce are investigated.*

Keywords*: e-commerce, Internet law, testament, invalidity, transactions*.

***Marina Rozhkova***

**AUTOMATIZATION OF ODR**

Abstract. *The article focuses on the essence and legal nature of online dispute resolution. It is not entirely clear for Russian lawyers what should be regarded as online dispute resolution. Author draws this conclusion from the analysis of the Russian and foreign legislation, academic works.*

Keywords: *online dispute resolution, blockchain arbitration, online dispute resolution platforms.*

***Olga Timoshenko***

**DETERMINATION OF JURISDICTION ON COMMERCIAL INTERNET DISPUTES IN THE UNITED STATES AND EUROPEAN UNION COUNTRIES**

Abstract. *The article is devoted to the study of the questions related to the determining jurisdiction to adjudicate on commercial Internet cases. The author compares the approaches to determining jurisdiction applied in the USA and in the countries of European Union. Being base on materials of foreign and international normative legal acts and practice, author analyzes the modern state of the legal adjusting of this institute.*

Keywords: *jurisdiction to adudicate, commercial Internet cases, «sliding scale» test, targeting test, factor of location, place of contract execution, website.*

***Ramzan Khusainov***

**ADJUDICATIVE JURISDICTION IN CROSS-BORDER TRADEMARK INFRINGEMENT DISPUTES OVER THE INTERNET. EXPERIENCE OF THE USA**

Abstract. *The article deals with the approaches applied in the US to the establishment of adjudicative jurisdiction in cross-border trademark infringement disputes over the Internet. Certain conclusions are drawn about the factors that are decisive for the adoption of corresponding disputes by US courts. The results of the study are suggested to be taken into account by Russian companies oriented to foreign markets and conducting online activities using various trademarks.*

Keywords: *trademarks; Internet, adjudicative jurisdiction, cross-border disputes, USA jurisdiction.*

***Vadim Niuniaev***

**CURRENT PROBLEMS OF TRADEMARKS PROTECTION IN INTERNET**

Abstract. *The article is about the actual problems of trademark protection in digital media. It analyzes the specific of Russian legal practice. Undefined status*

*of domain names registrar, the defects of whois service are under critic. The article also highlights the issues of necessaire data for ISP to take down the content. The regulation of trademarks use without the imitation or confusion purposes, i.e. in portfolio, is also .*

Keywords: *domain name disputes, Domain Name Dispute Resolution procedures, registrar status, internet service provider, trademarks.*

***Mark Kulezin***

**INTERNET SERVICE PROVIDER'S RESPONSIBILITY – TIMEOUS, NECESSARY AND SUFFICIENT ACTIONS UPON RIGHTHOLDERS REQUEST**

Abstract. *Present article has been dedicated to the analysis of the most vital element for e-commerce – e-marketing through the prism of the most active subject of such relationships – Internet service provider. Author underlines existing problems concerning ISP's notification and actions of the latter upon rightholder's request and also provides possible ways for improvement of existing legislation.*

Keywords: *e-commerce, e-marketing, advertising, Internet service provider, ISP, informational intermediary, copyright, piracy, provider, preventive moderation, information.*

***Ruslan Temurizev***

**DOES RUSSIAN IP LAW NEED PATENT PROTECTION FOR SOFTWARE?**

Abstract. *The article asks whether Russian IP law at its current stage of development needs patent protection for software. The evolution of legal concepts surrounding software and forms of its protection in the US and EU countries is traced. A brief analysis of the current protection system provided by the Civil Code is conducted, along with arguments in favor of detailing the relevant provisions.*

Keywords: *EU patent law, computer-implemented invention.*

***Andrey Bogustov***

**GEOGRAPHICAL INDICATIONS AS OBJECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY IN THE LEGISLATION OF THE STATES MEMBERS OF THE EURASIAN ECONOMIC UNION**

Abstract. *The article analyzes the specificity of the legal regulations of relations arising from geographical indications in the legislation of the EEC member states. It investigates the system and characteristics of the protected objects in the national legislation and critically analyzes the mechanism of granting the protection of the legal rights to the specified objects.*

Keywords: *geographical indication, intellectual property, appellation of origin of goods, means of individualization.*

***Elizaveta Martyanova***

**INTELLECTUAL PROPERTY AND 3D PRINTING: 3D MODEL AS AN OBJECT OF INTELLECTUAL RIGHTS**

Abstract. *Development of technologies resulted in appearance of a new object of intellectual rights – 3D model, designed to print objects on a 3D printer, whose legal status is not defined by current Russian legislation. The lack of regulation of this sphere jeopardizes the protection of the intellectual rights of the owner of the three-dimensional model.*

Keywords: *intellectual property, 3D printing, CAD file, 3D model.*

***Anastasia Turkina***

**3-DIMENSIONAL OBJECTS IN THE E-COMMERCE: DEFINITIONS AND PERSPECTIVES IN THE AREA OF REGULATION**

Abstract. *The development of e-commerce has greatly enhanced the list of objects that may be subject to market transactions. A striking example of this is three – dimensional printing that appeared in the late 20th century, which allows by means of layer-by-layer modeling to obtain a material object based on a computer model with the help of 3D printer.*

*Three-dimensional modeling and printing are extremely popular today. The new technology is a step forward to the optimization of the production and exchange of resources. However, it is also a challenge to the existing legislation. In the legal sphere this technology raises mainly two questions: what is a computer model (which is important for determining its legal regime and choosing the appropriate model of protection) and how 3D-printing itself should be considered.*

Keywords: *three-dimensional printing, computer modeling, three dimensional computer model, use, creative effort, free license, blockchain, intellectual property.*

***Denis Dorotenko, Ekaterina Ivanova***

**BLACK FRI-0-DAY**

Abstract. *The purpose of this article is to analyze software, Internet services vulnerabilities (as known as 0-day vulnerabilities) as the objects of E-commerce and determine their specific characteristics.*

Keywords: *e-commerce, 0-day, software vulnerabilities, intellectual property, trade secret, order of rights, license agreement, information trading.*

***Anna SYSOEVA***

**HOW TO PROTECT KNOW-HOW IN CHINA**

Abstract. *Gaining each day more and more power of the economy, China, becoming a hub of trade relations, offers its participants in certain areas not quite favorable legal conditions for them. The pressure exerted by the international community (the World Trade Organization, individual countries, especially the*

*United States of America) is certainly changing the situation. However, inevitably business faces the task of developing a well-thought-out legal strategy to protect its rights in the Chinese market. In particular, this applies to high-tech technologies: companies that intend to place high-tech production on the Chinese market, in the vast majority of cases, face a gross violation of the rights to the secret of production, trade secret. What measures need to be taken to protect their rights in maximum and legitimate interests in trade secrets, will be discussed in this article.*

Keywords: *intellectual property, know-how, China, international law, international law, trade law, WTO, TRIPS.*

***Olga Gorokhova***

**LEGAL NATURE OF «VIRTUAL PROPERTY» AS AN OBJECT OF CIVIL RIGHTS**

Abstract. *Civil commerce, due to the dynamic development of technologies includes new objects previously unknown to the legislator. The present work is devoted to the consideration and analysis of the legal nature of various kinds of virtual objects in multi-user online games that have commercial value in the trade circulation.*

Keywords: *virtual property, online-games, Internet, MMORPG.*

***Linar Safargaleev***

**THE ISSUES OF ROBOTICS LEGAL REGULATION**

Abstract. *The article is devoted to the legal issues of robotics development. The paper analyzes the foreign legislation on robots, the prospects of legal regulation in Russia. The author formulate the definition of a robot for the purposes of the law. A large part of the article is a review of the problem of the legal status of intelligent machines and the responsibility for the damage caused by robot.*

Keywords: *robot, robotics, artificial intellect, European Parliament Resolution of 16.02.2017 (2015/2103(INL)), legal personality, legal status, civil liability.*

***Anastasia Semenova***

**I, ROBOT – I, AUTHOR: AN ESSAY CONCERNING THE POSSIBILITY FOR THE ROBOTS TO BE GRANTED THE RIGHT OF AUTHORSHIP (A COMPARATIVE LEGAL STUDY TROUGH PHILOSOPHY AND FICTION)**

Abstract. *The article discusses the question of the possibility to grant the right of authorship to the robot. It gives definitions to such terms as «work of authorship» and «creativity» and proposes to compare them with robots' activity. The author describes different ways for a human being and a robot to interact while creating and provides legal qualification for each variant.*

Keywords: *right of authorship, copyrightable work, robot, artificial intelligence (AI).*

## СОДЕРЖАНИЕ

**Предисловие**.....3

**Указатель сокращений**.....4

**Останина Е.А.**
Есть ли потребитель в системе *P2P*-финансирования?
(Челябинск, Россия) .....5

**Кузнецова Л.В.**
Вопросы гражданско-правовой ответственности
агрегаторов электронной коммерции (Москва, Россия) .....39

**Хохлов Е.С.**
Особенности антимонопольного регулирования
в сфере *e-commerce* в конкурентном праве
Европейского союза (Москва, Россия).....66

**Мотовилова Д.А.**
Отзывы и рекомендации потребителей
как факторы электронной коммерции:
проблемы правового регулирования
(Турин, Италия) .....83

**Руйе Н.**
Влияние норм о защите данных на онлайн-рекламу:
сравнение европейского и американского подходов
и перспективы (Швейцария, Лозанна) .....104

**Щербакова Е.В.**
Использование геолокационных данных в сфере
электронной коммерции (Москва, Россия).....114

**Пащенко И.Ю.**
Большие данные: вопросы правомерного использования
в сфере *e-commerce* (*работа, заслужившая специальное поощрение
в рамках конкурса IP&IT LAW – 2018*) (Краснодар, Россия).....131

**Свентицкая А.В.**
Создание и функционирование интернет-магазинов
в Российской Федерации и Республике Беларусь:
сравнительно-правовой анализ (Минск, Беларусь) .....142

**Евсеев Е.Ф.**
Отказ потребителя от исполнения договора розничной купли-продажи технически сложного товара при отсутствии в нем существенного недостатка, расчеты с потребителем (Рыбинск, Россия) ..... 161

**Печеный О.П.**
Проблемы недействительности сделок и других актов в сфере электронной коммерции (Харьков, Украина) ..... 194

**Рожкова М.А.**
Об автоматизации онлайн-арбитража и онлайн-урегулирования коммерческих и потребительских споров (Москва, Россия) ..... 205

**Тимошенко О.В.**
Определение юрисдикции коммерческих интернет-споров (подходы, сложившиеся в США и странах Европейского Союза) (Москва, Россия) ..... 235

**Хусаинов Р.И.**
Судебная юрисдикция в трансграничных спорах о нарушении прав на товарные знаки в Интернете. Опыт США (Казань, Россия) ..... 248

**Нюняев В.О.**
Актуальные проблемы защиты прав на товарные знаки в сети Интернет (Москва, Россия) ..... 256

**Кулезин М.А.**
Особенности ответственности информационного посредника – своевременные, необходимые и достаточные меры после уведомления правообладателя (Калининград, Россия) ..... 271

**Темурзиев Р.Б.**
Нужна ли российскому праву интеллектуальной собственности патентно-правовая охрана компьютерных программ? (*работа, заслужившая специальное поощрение в рамках конкурса IP&IT LAW – 2018*) (Санкт-Петербург, Россия) ..... 289

**Богустов А.А.**
Географические указания как объекты интеллектуальной собственности в законодательстве государств – членов ЕАЭС (Гродно, Беларусь) ..... 306

**Мартьянова Е.Ю.**
Интеллектуальная собственность и *3D*-печать:
*3D*-модель как объект интеллектуальных прав
(Пермь, Россия) ..... 328

**Туркина А.Е.**
Трехмерные цифровые объекты в сфере *e-commerce*:
понятие и перспективы регулирования (Москва, Россия) ..... 345

**Доротенко Д.А., Иванова Е.П.**
Black Fri-0-day (Москва, Россия) ..... 357

**Сысоева А.В.**
Защита ноу-хау в Китае (Москва, Россия) ..... 368

**Горохова О.Н.**
«Игровое имущество» как разновидность
«виртуального имущества» (Москва, Россия) ..... 378

**Сафаргалеев Л.И.**
Проблемы правового регулирования робототехники
(*статья победителя конкурса IP&IT LAW – 2018*)
(Екатеринбург, Россия) ..... 393

**Семенова А.А**.
Я, робот – я, автор: попытка юридического осмысления
возможности предоставления авторских прав роботам
(сравнительно-правовой анализ в контексте философии
и фантастики) (*статья победителя конкурса IP&IT LAW – 2018*)
(Москва, Россия) ..... 415

**Коротко об авторах** ..... 428

**Table of contains** ..... 438

*Научное издание*

# E-COMMERCE И ВЗАИМОСВЯЗАННЫЕ ОБЛАСТИ (ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ)

Сборник статей

Подписано в печать.... Формат 60x90 1/16. Бумага офсетная...
Гарнитура... Печать... Печ. л.... Усл. печ. л. ... Тираж 500 экз.
Заказ №