

КОРПОРАТИВНЫЙ ЮРИСТ

www.clj.ru

№11 • НОЯБРЬ • 2012

ISSN 1816-103X



**Продолжается
подписка на 2013 год**



Андрей Городисский, АБ «Андрей Городисский и партнеры»

Свободны ли
в России свободные
лицензии?

12

Распоряжение
авторскими
и смежными правами:
новеллы Гражданского
кодекса

17

Применение
клиентских программ
лояльности

51

Антикоррупционное
законодательство США
и Великобритании

58

38

Тема номера:

Интеллектуальная собственность



Продолжается подписка на 2013 год

Читайте на страницах журнала:

- Что необходимо сделать, чтобы избежать гражданско-правовых, налоговых, трудовых рисков?
- Как выиграть дело в суде? Секреты подготовки к процессу и его ведения.
- Как добиться успехов в крупной компании?
- Работодатель vs работник: решения по кадровым вопросам.
- Каковы последние тенденции судебной практики по экономическим спорам?



В РЕДАКЦИИ – быстро, выгодно и надежно!

☎ Оплатите счет редакции, вложенный в журнал

Сэкономьте время, передав счет на оплату в бухгалтерию.

☎ Подпишитесь, позвонив по телефону:
8 (495) 937-90-82

Индивидуальный подход – обсудите все нюансы подписки со своим персональным менеджером.

@ Сделайте заказ на сайте www.proflit.ru

Самостоятельно оформите подписку на любое издание.

ПРЕИМУЩЕСТВА ПОДПИСКИ В РЕДАКЦИИ

- Выгодная стоимость подписки, без наценки за доставку.
- Доставка изданий с комплектом необходимых документов.

НА ПОЧТЕ ПО КАТАЛОГАМ:



- «Роспечать» – 20156, 32180
- «Почта России» – 99157, 12253
- «Пресса России» – 88320, 88359



Wolters Kluwer

Этой осенью ЖУРНАЛ «Корпоративный юрист» ОТМЕЧАЕТ очередную ГОДОВЩИНУ

Прошло СЕМЬ ЛЕТ с тех пор, как увидел свет его первый номер.

За эти годы изданию удалось занять лидирующую позицию, завоевать авторитет и популярность у читательской аудитории. Такие выводы позволяют сделать многочисленные отклики, которые мы получаем от читателей, коллег и партнеров журнала. Все это – лучшая оценка нашего труда и подтверждение профессионализма сотрудников редакции.

Мы сделали большой шаг в сторону формирования высокопрофессионального сообщества российских корпоративных юристов и их интеграции в мировую юридическую среду. Яркий пример этой работы – организуемый журналом «Корпоративный юрист» ежегодный международный конкурс «Лучшие юридические департаменты», ЦЕРЕМОНИЯ НАГРАЖДЕНИЯ победителей которого СОСТОИТСЯ 30 НОЯБРЯ 2012 Г. НА ЭКСКЛЮЗИВНОЙ ПЛОЩАДКЕ московского ICON HALL.

В наших ПЛАНАХ много интересных проектов – НОВЫЕ рубрики, темы и авторы, а также конференции на самые АКТУАЛЬНЫЕ ТЕМЫ и неформальные встречи.

Год подходит к концу, а правовых головоломок не становится меньше, на смену старым приходят новые. Будем решать их вместе. Спасибо, что остаетесь нашими подписчиками!

Этот номер журнала мы посвятили обсуждению ряда проблем, связанных с интеллектуальной собственностью, с которыми корпоративным юристам приходится сталкиваться все чаще. Решение некоторых из них предусматривается законопроектом о внесении изменений в Гражданский кодекс РФ.

Николай Федосеев,
руководитель журнала «Корпоративный юрист»

P.S. Изучите нас на Facebook



корпоративный юрист



Взаимодействие с государством

Незаконное образование юрлица –
уголовная ответственность
и налоговые последствия

Виктория Плеханова

9

Свободны ли в России свободные лицензии?

Елена Барышникова

12

Распоряжение авторскими
и смежными правами:
новеллы Гражданского кодекса

Павел Садовский, Маргарита Слесивцева

17

Разрешение конфликтов

Оспаривание «неравноценных» сделок:
проблемы доказывания

Евгений Бранецкий

22

Признание права отсутствующим

Сергей Патракеев, Татьяна Ларина

28

Защита интеллектуальных прав
в сети Интернет

Елена Домбровская

32

Интервью номера

Андрей Городисский:

«Правовое государство нельзя построить
без развитого национального рынка
юридических услуг»

38

ИНТЕРВЬЮ НОМЕРА

Классический стандарт

Интервью с управляющим партнером
Адвокатского бюро
«Андрей Городисский и партнеры»
Андреем Михайловичем Городисским



Юбилей – 20 лет с момента образования – празднует Адвокатское бюро «Андрей Городисский и партнеры» в этом году. В чем секрет успеха? Какие перспективы развития юридического бизнеса в России видит именно тот, кто начал его делать на рубеже двух эпох? Как развить у клиента привычку всегда и во всем полагаться на своего консультанта? На эти и другие вопросы редакции ответил гость рубрики «Интервью номера» управляющий партнер Бюро Андрей Михайлович Городисский.

38

Управление компанией

Нарушение исключительных прав на производство и секрет производства

Александра Васюхнова, Ирина Гончаренко

46

Применение клиентских программ лояльности

Елена Трусова, Яна Пылаева

51

Приобретение прав на программу ЭВМ. Специфика основных договоров

Галина Скорик (Авдеюк)

57

Зарубежный опыт

Антикоррупционное законодательство США и Великобритании

Patrick J. O'Malley

58

Новости 4–8

ISSN 1816-109X



Читайте в **ДЕКАБРЬСКОМ** номере журнала:

- Главные правовые итоги года и новеллы 2013
- Прецедентные выводы ВАС РФ, изменившие практику
- Проблемы совершенствования гражданского законодательства

ИЗДАТЕЛЬ – ЗАО «МЦФЭР»

Генеральный директор

Максим Межанский

ИЗДАТЕЛЬСКИЙ ДОМ МЦФЭР

Директор

Валентин Гирихи

Главный редактор

Екатерина Богданова

ОБЪЕДИНЕННАЯ РЕДАКЦИЯ

«ПРАВО»

Руководитель

Николай Федосеев

nfedos@mcfr.ru

Главный редактор

Алексей Каширин, akashirin@mcfr.ru

Ответственный редактор

Ксения Богданова, kbogdanova@mcfr.ru

Редактор

Инна Левит

Выпускающий редактор

Алёна Авраменко

Верстка

Галина Радимова

Фото на обложке

Любовь Воробьева

Адрес редакции: 127287, г. Москва,

ул. 2-я Хутурская, д. 38А, стр. 17

Тел.: 8 (495) 937-90-80

www.clj.ru, www.proflit.ru

Для писем: 129164, г. Москва, а/я 9

E-mail: pravo@mcfr.ru

Отдел продвижения

Руководитель группы маркетинга

Татьяна Щербак, tsherbakova@mcfr.ru

Бренд-менеджер

Алексей Душков, adushkov@mcfr.ru

Размещение рекламы

Руководитель

Наталья Синицина, nsinitsina@mcfr.ru

Ведущий менеджер

Елена Романенко, eromanenko@mcfr.ru

ПОДПИСНЫЕ ИНДЕКСЫ:

«Роспечать» – 20156

«Почта России» – 88320

«Пресса России» – 99157

ПО ВОПРОСАМ ПОДПИСКИ В РЕДАКЦИИ ОБРАЩАЙТЕСЬ

Отдел по работе с клиентами

Тел.: 8 (495) 937-90-82, 933-63-17;

факс: 8 (495) 933-52-62;

e-mail: pressa@mcfr.ru

ПРЕТЕНЗИИ ПО ДОСТАВКЕ НАПРАВЛЯЙТЕ

по факсу: 8 (495) 933-52-62

Редакция не несет

ответственности за содержание

рекламных материалов

Мнение редакции может

не совпадать с мнением авторов

Перепечатка материалов

допускается только с письменного

согласия редакции

Свидетельство о регистрации

СМИ ПИ № ФС77-43278 от 24.12.2010

Выдано Федеральной службой

по надзору в сфере связи,

информационных технологий

и массовых коммуникаций

Цена свободная

Подписано в печать 25.10.2012.

Формат 60 × 90/8.

Тираж 5100 экз. Печать офсетная.

Бумага мелованная.

Усл. печ. л. 8,0. Изд. № 3857. Заказ № 1753

ЗАО «МЦФЭР»

Юридический адрес:

129090, г. Москва, ул. Щепкина, д. 25/20

Отпечатано в ООО «Тволимедиа»

109518, г. Москва, 1-й Грайвороновский

пр-д, д. 20, стр. 35

© ЗАО «МЦФЭР», 2012



**НОВЫЙ
НОМЕР**
уже в App Store

БИЗНЕС И ГОСУДАРСТВО: принципы сотрудничества



3–4 октября в международном мультимедийном пресс-центре РИА «Новости» в Москве состоялся Форум корпоративных юристов «100 шагов вперед: бизнес и государство». Это масштабное мероприятие, не имеющее аналогов, организовано журналом «Корпоративный юрист» и РАМИ «РИА Новости».

Форум стал первой площадкой для открытого диалога между юристами компаний, консультантами и представителями органов государственной власти с целью решения актуальных проблем, препятствующих развитию бизнеса в России.

Открывая мероприятие, модератор, вице-президент Федеральной палаты адвокатов РФ **Юрий Пилипенко** выразил надежду, что участникам Форума удастся развеять его пессимистический настрой относительно сотрудничества государства и бизнеса. «Надеюсь, участники в своих докладах расскажут, что у нас все-таки все хорошо в стране», – сказал он.

Выступая в рамках открытого пленарного заседания «Перспективы развития бизнеса в России: последние законодательные изменения», заведующий кафедрой гражданского права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова **Евгений Суханов** также высказался по вопросу о сосуществовании бизнеса и государства.

«В нашем государстве продолжают игры, и даже есть место интригам, – заявил он. – Игры касаются проекта изменения Гражданского кодекса. Нам казалось, что уже в декабре 2011 – начале января 2012 г. мы все согласовали, но после этого проект пролежал без движения еще два месяца. Но, конечно, в итоге его приняли. После чего в него было внесено более двух тысяч поправок».

На сегодняшний день, по словам Евгения Суханова, проект изменений в ГК РФ полностью готов и отработан, поправок ко второму чтению больше не ожидается.



«Пока утверждался проект Гражданского кодекса, государство проталкивало отдельные другие законопроекты. Чем кончатся эти игры, предугадать нельзя», – добавил он.

В свою очередь, генеральный директор международной консалтинговой компании ASTERA в альянсе с BNP Paribas Real Estate **Алексей Филимонов** отметил, что количество активных игроков на рынке недвижимости в последние годы сократилось в разы. «Сейчас никто не вкладывает в рынок недвижимости, потому что его перспективы не известны со стороны не только экономических факторов, но и правовых, – сказал он. – Все, что хочет среда профессионалов сегодня, – это предсказуемость правил». Он также добавил, что на данный момент основная масса специалистов озабочена не самим фактом изменения правил игры, а тем, что они меняются уже в который раз.

По мнению председателя совета директоров ОАО «Атомэнергпром» **Екатерины Ляховой**, сегодня сама жизнь диктует необходимость ориентироваться на коммерциализацию. «Но тут важно не переборщить, – отметила она. – Необходимо делать структуру и управление более прозрачными. Это и есть серьезное поле деятельности для юристов, где они наиболее востребованы госкомпаниями. На данный момент юристы становятся активными участниками процесса принятия бизнес-решений. И это большой шаг вперед».

Руководитель департамента правового сопровождения проектной и международной деятельности ОАО «ИНТЕР РАО ЕЭС» **Марат Давлетбаев** уверен, что перспективы развития бизнеса зависят от состояния права в стране. Однако российское право, с его точки зрения, сегодня характеризуется большой неопределенностью.

Второй день Форума был не менее насыщен событиями. Так, в рамках специализированных рабочих групп участники обсудили ключевые проблемы развития банковского сектора России, а также роль и участие в этом процессе юристов компаний, в т. ч. оптимизацию правовой среды и инновации в регулировании банковской деятельности.



LAWYERS OPEN:

состязание игроков правового рынка

В Москве завершился первый открытый турнир по гольфу среди представителей юридического сообщества Lawyers Open 2012. Мероприятие было организовано Московским клубом адвокатов при информационной поддержке журнала «Корпоративный юрист».

Состязаясь, участники получили шанс подтвердить свой статус сильного игрока не только в зале суда или во время переговоров, но и на новой для себя площадке – гольф-поле. Турнир привлек внимание профессионалов юридического рынка не только из столичного региона, но и из Санкт-Петербурга, Екатеринбурга и других городов.

Благодаря растущей популярности игры в гольф в России турнир посетили игроки всех уровней – как опытные, так и начинающие. Были даже те, для кого выход к лункам и вовсе стал дебютным.

Каждый участник мероприятия получил возможность доказать свое превосходство как на гольф-поле, так и после игры: для тех, кто предпочитает сразиться в словесных баталиях, организаторы подготовили насыщенную программу. Состоялось заседание Московского клуба адвокатов, а также деловая игра.

В рамках открытой дискуссии участники мероприятия обсудили адвокатскую монополию. А для того, чтобы разговор удался, пригласили первого вице-президента ФПА Юрия Пилипенко.

Также для гостей Lawyers Open 2012 была организована бесплатная гольф-клиника, во время которой инструкторы Московского городского гольф-клуба знакомили всех желающих с правилами и техникой игры.

Призерами Lawyers Open 2012 стали:

- I место – управляющий партнер адвокатского бюро «Леонтьев и партнеры» Вячеслав Леонтьев, управляющий партнер юридической фирмы «Романов и партнеры» Сергей Романов;
- II место – управляющий партнер адвокатского бюро «Коблев и партнеры» Руслан Коблев, советник юридического бюро «Сезар Консалтинг» Александр Агцаев, партнер адвокатского бюро «ЭДАС» Игорь Акимов;
- III место – партнеры адвокатского бюро «Коблев и партнеры» Руслан Закалюжный и Кирилл Бельский.



Кульминацией действия стало чествование победителей. Награды вручал гольф-профессионал Московского городского гольф-клуба Алексей Матросов.

Кто станет лучшим?

«Лучшие юридические департаменты» – это возможность продемонстрировать опыт, успехи и достижения юридического подразделения и поднять престиж компании!

Организаторы – журнал «Корпоративный юрист» и международный концерн Wolters Kluwer.

При поддержке – Ассоциации юристов России, Norton Caine, KPMG, Объединения Корпоративных Юристов.

Торжественная церемония и награждение победителей Международного Конкурса «Лучшие юридические департаменты – 2012» состоится уже совсем скоро – 30 ноября 2012 г. на эксклюзивной площадке московского Icon Hall, куда будут приглашены все номинанты, представители российских и международных юридических фирм, руководители правовых департаментов крупнейших национальных и зарубежных компаний, представители высших органов государственной власти.

В программе Церемонии не только награждение победителей в 22 номинациях, но и джазовый концерт, гала-ужин, интересные гости. Участников ждет множество сюрпризов, а камерная атмосфера совершенно нового концертно-зрелищного зала будет прекрасно сочетаться с необычной развлекательная программой.

Не забудьте забронировать места для вашей команды на Церемонии. По вопросам участия обращайтесь, пожалуйста, к Ксении Богдановой: kBogdanova@mcfr.ru.

Вход на мероприятие только по приглашениям.



НОВЫЙ
НОМЕР
ОДНИМ
КЛИКОМ

«ДЕСАНТ» иностраных процессуалистов

В сентябре 2012 г. в России впервые прошла Ежегодная конференция Международной ассоциации процессуального права (Annual Conference of International Association of Procedural Law). Национальными соорганизаторами мероприятия выступили КС РФ, ВС РФ, ВАС РФ, а также Ассоциация юристов России и МГУ им. М.В. Ломоносова, где и родилась идея привезти конференцию в Москву.

Конференция уникальна тем, что проводится в нашей стране в первый раз и при этом не имеет аналогов ни в истории России и государств СНГ, ни даже в истории СССР.

В рамках мероприятия процессуалисты – как ученые, так и практики из 47 стран мира, представляющие все известные правовые системы, обсудили актуальные проблемы гражданского процесса.

Знаковость и уникальность конференции заключается еще и в том, что, по сути, произошло признание значимости российского процессуального сообщества со стороны зарубежных коллег, что свидетельствует о важности роли России в развитии «общего» процессуального права и готовности к совместной работе.

Никогда раньше в России «не высаживался» столь массовый «десант» иностранных процессуалистов. Кроме того, мероприятие послужило отличной площадкой для пропаганды отечественной юриспруденции, национального юридического сообщества и России в целом как правового государства, а также идей верховенства права в нашей стране.

Торжественное открытие конференции состоялось 18 сентября. В этот день выступили почетные гости мероприятия: президент Международной ассоциации процессуального права (International

Association of Procedural Law, IAPL) Лоик Кадье (Loic Cadiet), почетный президент IAPL Марсель Стом (Marcel Storme), Председатель ВАС РФ Антон Иванов, заместитель Председателя ВС РФ Василий Нечаев, председатель Ассоциации юристов России Вениамин Яковлев, декан юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова Александр Голиченков и др. В завершение состоялся приветственный фуршет по случаю открытия конференции.

Председатель Арбитражного суда города Москвы Сергей Чуча продемонстрировал иностранным гостям, членам президиума и правления IAPL систему электронного правосудия.

«Старожилы» IAPL отметили, что московская конференция стала лучшим событием за всю историю Ассоциации.



НЕЗАКОННОЕ ОБРАЗОВАНИЕ юрлица – уголовная ответственность и налоговые последствия



Виктория Плеханова

адвокат адвокатского бюро
«НСН Альянс»

ФЕДЕРАЛЬНЫМ ЗАКОНОМ ОТ 07.12.2011 № 419-ФЗ УК РФ БЫЛ ДОПОЛНЕН СТАТЬЯМИ 173.1 «НЕЗАКОННОЕ ОБРАЗОВАНИЕ (СОЗДАНИЕ, РЕОРГАНИЗАЦИЯ) ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА» И 173.2 «НЕЗАКОННОЕ ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ДОКУМЕНТОВ ДЛЯ ОБРАЗОВАНИЯ (СОЗДАНИЯ, РЕОРГАНИЗАЦИИ) ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА». ОДНАКО ИХ ФОРМУЛИРОВКИ ВЫЗВАЛИ МНОЖЕСТВО НАРЕКАНИЙ СО СТОРОНЫ ЮРИДИЧЕСКОГО СООБЩЕСТВА КАК С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ ТЕХНИКИ, ТАК И ЦЕЛЕСООБРАЗНОСТИ.

Преступность деяний в контексте ст. 173.1 УК РФ

Уголовно наказуемым является создание или реорганизация юридического лица через подставных лиц (учредителей, участников или органов управления юридического лица) путем введения их в заблуждение (ст. 173.1 УК РФ).

Моментом совершения указанного преступления в силу п. 2 ст. 51, п. 4 ст. 57 ГК РФ является внесение в ЕГРЮЛ соответствующей записи.

Статья 173.1 УК РФ не препятствует замене реального учредителя юридического лица на подставное лицо. Изменение состава учредителей в силу п. 1 ст. 57 ГК РФ не является формой реорганизации юридического лица, поэтому формально не подпадает под определение деяния, указанного в ст. 173.1 УК РФ.

В названной статье впервые употребляется термин «введение в заблуждение», легальное определение которого в УК РФ отсутствует. Вопрос «введения в заблуждение» при совершении юри-

дически значимых действий является предметом изучения и толкования науки гражданского права.

Заблуждением, имеющим юридическое значение, с точки зрения ГК РФ является неправильное представление субъекта гражданских правоотношений об элементах соответствующего правоотношения и (или) основаниях его возникновения (см., например, п. 1 ст. 178, ст. 948, п. 6 ст. 1252, п. 2 ст. 1419 ГК РФ). При этом из соотношения требований ст. 178 и 179 ГК РФ следует вывод о том, что заблуждение – это состояние, возникающее у заблуждающегося субъекта без умышленного влияния третьих лиц. Если же заблуждение является следствием умышленных действий (т. е. если имело место «введение в заблуждение»), то в таком случае речь идет уже не о заблуждении, а об обмане. Соответственно, правовые последствия «заблуждения» и «введения в заблуждение» будут разными.

Буквальный смысл нормы ст. 173.1 УК РФ позволяет говорить о том, что в ней также идет речь об обмане физического лица, в результате кото-

рого последнее оказалось в составе учредителей юридического лица при его создании или реорганизации.

Следовательно, если согласие гражданина стать учредителем юридического лица является результатом его собственного заблуждения относительно совершаемых действий и (или) их последствий, а не умышленных действий третьих лиц, то состав преступления, предусмотренного ст. 173.1 УК РФ, отсутствует.

И наконец, норма ст. 173.1 УК РФ не охватывает случаи, когда гражданина вынудили стать учредителем (участником, членом органов управления) юридического лица путем совершения насилия или угрозы.

Применение и правовые последствия

Статья 173.1 УК РФ не затрагивает случай, когда юридическое лицо создано с использованием подставного лица, замененного впоследствии реальным участником. Нет ясности и в ситуации, когда юридическое лицо имеет в своем составе подставных лиц, но при этом осуществляет реальную хозяйственную деятельность (например, директор является реальным лицом).

По нашему мнению, в подобных обстоятельствах надлежит руководствоваться п. 2 ст. 61 ГК РФ и Информационным письмом Президиума ВАС РФ от 13.08.2004 № 84 (далее – Информационное письмо № 84).

Замена подставного лица реальным участником является устранением нарушения, имевшего место при создании юридического лица. В силу п. 2 ст. 61 ГК РФ, п. 4 Информационного письма № 84 в данном случае ликвидация юридического лица в судебном порядке невозможна.

1. Если юридическое лицо не осуществляет реальную хозяйственную деятельность, то:
 - в отношении него арбитражным судом может быть возбуждено дело о банкротстве отсутствующего должника (при наличии оснований, указанных в п. 1 ст. 227 или ст. 230 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»);

- оно может быть признано недействующим лицом по решению регистрирующего органа (при наличии оснований, предусмотренных п. 1 ст. 21.1 Федерального закона от 08.08.2001 № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей») и исключено из ЕГРЮЛ в случае, если нет оснований для возбуждения в отношении такого юридического лица дела о банкротстве отсутствующего должника.

2. Если юридическое лицо имеет в своем составе подставных лиц, но при этом осуществляет реальную хозяйственную деятельность, то вопрос о возможности его ликвидации на основании п. 2 ст. 61 ГК РФ должен решаться судом с учетом положений п. 3 Информационного письма № 84. При этом у юридического лица есть право устранить допущенные нарушения, заменив подставных лиц реальными участниками до вынесения судом первой инстанции решения о ликвидации такого юридического лица.

Незаконное использование документов

Статья 173.2 УК РФ предусматривает уголовную ответственность за два вида преступлений:

- предоставление документа, удостоверяющего личность, или доверенности для создания или реорганизации юридического лица с преступной целью;
- приобретение документа, удостоверяющего личность, или использование персональных данных, полученных незаконным путем, для создания или реорганизации юридического лица с преступной целью.

Преступными целями, исходя из дефиниции норм ч. 1 и 2 ст. 173.2 УК РФ, является направленность действий на совершение одного и более преступления, связанного с финансовыми операциями, сделками с денежными средствами или иным имуществом при помощи созданного (реорганизованного) юридического лица.

Буквальное толкование словосочетания «в целях совершения преступления» с учетом положе-

Позиция суда

Суды считают, что факт учреждения юридического лица по «утерянному паспорту» является признаком получения необоснованной налоговой выгоды с точки зрения Постановления Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды» (постановления ФАС Восточно-Сибирского округа от 19.09.2008 № А19-4065/08-20-Ф02-4569/08 по делу № А19-4065/08-20, от 11.11.2008 № А19-4274/08-43-Ф02-5524/08 по делу № А19-4274/08-43, от 23.04.2009 № А19-9451/08-24-Ф02-1293/09 по делу № А19-9451/08-24, ФАС Западно-Сибирского округа от 18.02.2009 № Ф04-879/2009(562-А45-14) по делу № А45-1039/2008, ФАС Поволжского округа от 07.07.2011 по делу № А55-37642/2009).

Однако в вопросе о том, следует ли также считать регистрацию контрагентов налогоплательщика по «утерянным паспортам» признаком получения последним необоснованной налоговой выгоды, единого мнения среди судов нет.

В некоторых судебных актах содержится вывод о том, что факт учреждения юридического лица – контрагента по «утерянному паспорту» является признаком получения налогоплательщиком необоснованной налоговой выгоды (постановления ФАС Поволжского округа от 13.03.2007 по делу № А57-4168/06, от 25.09.2008 по делу № А65-19948/2007, от 07.11.2008 по делу № А57-9752/06, ФАС Северо-Западного округа от 17.10.2008 по делу № А05-10233/2007).

В то же время имеется значительное количество судебных актов, из которых следует, что указанный факт сам по себе не может опровергать презумпцию добросовестности налогоплательщика (постановления ФАС Западно-Сибирского округа от 05.03.2008 № Ф04-1429/2008(1541-А46-25) по делу № А46-2644/2007, ФАС Северо-Западного округа от 05.09.2008 по делу № А05-10145/2007, ФАС Восточно-Сибирского округа от 25.11.2008 № А33-808/08-Ф02-5792/08 по делу № А33-808/08, ФАС Поволжского округа от 17.02.2009 по делу № А55-8304/2008, от 14.07.2009 по делу № А57-8375/2008, от 28.07.2009 по делу № А57-8829/2008, от 18.10.2011 по делу № А57-14974/2010, от 24.11.2009 по делу № А12-5781/2009, ФАС Уральского округа от 25.03.2011 № Ф09-763/11-СЗ по делу № А47-1064/2010, ФАС Центрального округа от 18.10.2011 по делу № А54-64/2011).

ний ст. 14, 29, 30, 43 УК РФ позволяет прийти к заключению о том, что до вступления в силу приговора суда, которым лицо признано виновным в совершении при помощи созданного (реорганизованного) юридического лица преступления, связанного с финансовыми операциями, сделками с денежными средствами или иным имуществом, основания для применения ст. 173.2 УК РФ отсутствуют.

Конструкция ст. 173.2 УК РФ позволяет сделать вывод о том, что содержащиеся к ней составы преступлений являются материальными, в отличие от преступления, предусмотренного ст. 173.1 УК РФ. Следовательно, перечисленные в ст. 173.2 УК РФ деяния являются преступными только в случае наступления негативных последствий (в форме совершенного преступления определенного вида) и наличия причинной связи между этими последствиями и совершенными деяниями. При этом умысел субъекта уголовной ответственности в силу ст. 173.2 УК РФ должен быть прямым и одновременно охватывать как намерение создать (реорганизовать) юридическое лицо, так и преступную цель таких действий.

Вызывает вопросы также формулировка ч. 2 ст. 173.2 УК РФ об использовании персональных данных. Следуя буквальному смыслу указанной нормы, преступным является использование персональных данных, «полученных незаконным путем». В случае добровольного предоставления таких данных их обладателем лицо, их получившее и использовавшее в целях, указанных в ч. 2 ст. 173.2 УК РФ, не может быть привлечено к уголовной ответственности по данной статье.

Такой подход законодателя кажется весьма странным. Цель включения в УК РФ рассматриваемой нормы – защита правопорядка в сфере создания и деятельности юридических лиц. Персональные данные и носители такой информации (удостоверяющие личность документы, доверенности) используются в качестве средства совершения преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 173.2 УК РФ. При этом способ завладения третьим лицом этими средствами, на наш взгляд, не должен иметь правового значения в случае, если указанным общественным интересам причинен ущерб.

СВОБОДНЫ ЛИ в России СВОБОДНЫЕ ЛИЦЕНЗИИ?



Елена Барышникова
юрист компании CMS, Russia

ПРАКТИКА ИСПОЛЬЗОВАНИЯ СВОБОДНЫХ ЛИЦЕНЗИЙ РАСПРОСТРАНЕНА ВО МНОГИХ СТРАНАХ МИРА, НО, К СОЖАЛЕНИЮ, НЕ ПОЛУЧИЛА ПОЛНОЦЕННОГО РАЗВИТИЯ В РОССИИ. ЭТО ОБЪЯСНЯЕТСЯ ОТСУТСТВИЕМ НАДЛЕЖАЩЕГО ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ И ОПЫТА ТОЛКОВАНИЯ УСЛОВИЙ СВОБОДНЫХ ЛИЦЕНЗИЙ. МНЕНИЯ ПО ВОПРОСУ О ТОМ, ПРИМЕНИМЫ ЛИ В НАСТОЯЩЕЕ ВРЕМЯ В РОССИИ СВОБОДНЫЕ ЛИЦЕНЗИИ, РАСХОДЯТСЯ. ОСНОВНАЯ ЗАДАЧА ОТЕЧЕСТВЕННОГО ЗАКОНОДАТЕЛЯ – СНАБДИТЬ ПРАВООБЛАДАТЕЛЕЙ УНИВЕРСАЛЬНЫМ МЕХАНИЗМОМ, ПОЗВОЛЯЮЩИМ РАСПОРЯДИТЬСЯ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫМ ПРАВОМ НА ПРОИЗВЕДЕНИЕ В ОТНОШЕНИИ НЕОГРАНИЧЕННОГО КРУГА ЛИЦ, А ТАКЖЕ ОБЕСПЕЧИТЬ ЗАКОННОСТЬ ЕГО ДАЛЬНЕЙШЕГО РАСПРОСТРАНЕНИЯ И ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ЗАРАНЕЕ НЕОПРЕДЕЛЕННЫМ КРУГОМ ЛИЦ.

Действующее регулирование

Как справедливо подчеркивается в Справке Минкомсвязи России, подготовленной на имя президента РФ, «свободные лицензии в Российской Федерации не являются незаконными и широко применяются» (Справка к Докладу Минкомсвязи России от 01.08.2011 «Об исполнении пункта 1 перечня поручений Президента Российской Федерации от 31 мая 2011 г. № Пр-11547»).

В отношении программ для ЭВМ (которые в России охраняются нормами авторского права и приравняются к произведениям литературы) свободная лицензия предполагает право:

- на запуск программы в любых целях;
- изучение и адаптацию программы;
- распространение программы безвозмездно или за плату;
- развитие и усовершенствование программы.

Именно предоставление пользователю практически неограниченных возможностей как по некоммерческому, так и по коммерческому распространению программы для ЭВМ, в т. ч. в измененном виде в составе нового произведения, отражает суть свободной лицензии. Соответствующее программное обеспечение в данном случае принято условно называть свободным программным обеспечением.

При этом следует различать понятия «свободное программное обеспечение» и «открытое программное обеспечение»¹ (или «программное обеспечение с открытым кодом»), поскольку использование последнего не всегда предполагает свободный характер лицензии и на его использование могут быть наложены существенные ограничения.

¹ Зенин И.А., Мешкова К.М. Свободная лицензия в сети Интернет // Информационное право. 2011. № 4.

- СВОБОДНАЯ ЛИЦЕНЗИЯ – особая форма лицензионного договора в отношении объекта интеллектуальной собственности, в соответствии с которым неограниченному кругу лицензиатов предоставляется право свободно использовать, копировать и распространять указанный объект, а также изменять его и распространять измененный объект в коммерческих и некоммерческих целях.

ГК РФ содержит несколько проблемных с точки зрения применения к свободным лицензиям положений.

В частности, установлены достаточно жесткие требования к форме лицензионного договора и его условиям. В таком договоре (ст. 1235 ГК РФ) должны быть указаны объекты интеллектуальной собственности и объем предоставляемых в отношении них прав. Права использования результата интеллектуальной деятельности (далее – РИД), прямо не указанные в лицензионном договоре, не считаются предоставленными. Кроме того, в договоре необходимо обозначить срок предоставления прав использования (по умолчанию – пять лет) и территорию, на которой допускается осуществление лицензионных прав (по умолчанию – территория Российской Федерации), а также размер вознаграждения за использование прав или порядок его определения (либо четко указать на безвозмездность договора).

Правообладатели поставлены в достаточно жесткие рамки по определению условий лицензии, текст которой должен учитывать все указанные особенности и случаи использования РИД.

Это не совсем практично в случае свободной лицензии, когда автор (правообладатель) стремится, прежде всего, ввести произведение (например, программу для ЭВМ) в дальнейший оборот минимально формализованным путем.

Кроме того, зачастую свободные лицензии предоставляются безвозмездно, что делает их использование коммерческими организациями в России затруднительным с правовой точки зрения в силу запрета на дарение в отношениях между коммерческими организациями (п. 4 ст. 575 ГК РФ).

Вопрос соблюдения требования о письменной форме лицензионного договора также остается не совсем ясным в отношении лицензионных договоров, заключаемых в электронной форме. В силу закона

форма считается соблюденной при осуществлении лицом, получившим оферту, конклюдентных действий (ст. 434, 438 ГК РФ), направленных на принятие условий договора. Представляется, что ознакомление с условиями лицензионного договора и их принятие (такая опция, как правило, предоставляется путем нажатия («клика») на кнопку «Я согласен» в специальном окне) формально является таким конклюдентным действием в смысле российского закона.

Проблема идентификации связана с тем, что в любых цифровых отношениях бывает крайне сложно распознать стороны соглашения в силу распространенности анонимных отношений в сети Интернет.

Разрешение этой проблемы видится в более активном использовании электронной подписи участниками коммерческого оборота, а также в усовершенствовании электронных (технических) средств идентификации пользователей.

Право на неприкосновенность произведений и право на отзыв (ст. 1266, 1269 ГК РФ), закрепленные за авторами, хотя и служат защите их прав, но одновременно создают сложности для использования свободных лицензий, т. к. при существующей системе необходимо получать согласие автора на любое изменение его произведения, и формально организовать цепочку получения и передачи такого согласия, а равно и произведения от одного лицензиата к другому (последующему) невозможно.

Что изменят поправки в ГК РФ?

В российском законодательстве существуют нормы, предусматривающие предоставление открытых лицензий на ряд РИД – изобретения, полезные модели, промышленные образцы или селекционные достижения (ст. 1368, 1429 ГК РФ). Однако в данном случае под открытой лицензией подразумевается несколько иной договор, нежели общепринятое понимание свободной лицензии в мировой практике.

В указанном случае правообладатель может подать в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности (Роспа-

Применение свободных лицензий: международный опыт

1. Лицензии GNU

Некоммерческая организация «Фонд свободного программного обеспечения» (Free Software Foundation) разработала основные принципы, которым должны отвечать свободные программы, а также типовые лицензии, в настоящее время используемые для распространения большей части свободного программного обеспечения. Это было сделано для продвижения операционной системы GNU, созданной в 1984 г.

Одной из самых свободных лицензий GNU является лицензия GNU General Public License (GNU GPL). Чтобы считаться свободной, программа должна предусматривать четыре так называемых свободы, а именно свободу:

- запускать программу в любых целях;
- изучать то, как работает программа, и ее адаптировать;
- распространять копии программы;
- улучшать программу и делать эти улучшения общедоступными.

Лицензии GNU могут изменяться правообладателями в зависимости от их потребностей и пожеланий, и список таких лицензий постоянно увеличивается.

2. Публичная лицензия Евросоюза

9 января 2007 г. по инициативе Еврокомиссии была принята European Union Public License, EUPL. Ее цель – продвижение свободного использования программного обеспечения на уровне Евросоюза. Особо подчеркивается, что документ не ставит своей целью замену или конкуренцию с уже используемыми лицензиями для свободного программного обеспечения.

В самой лицензии используются формулировки общего характера, что позволяет применять ее не только для распространения программного обеспечения, но и для производных произведений.

3. Лицензии Creative Commons

Организация «Творческие Сообщества» образована в 2001 г. В 2002 г. ею был обнародован первый набор бесплатных лицензий, которые в дальнейшем дорабатывались и изменялись. Особенность лицензий Creative Commons состоит в их применимости ко всем произведениям авторского права, благодаря чему они получили весьма широкое распространение. Например, на базе именно такой лицензии действует интернет-энциклопедия «Википедия».

Виды свободных лицензий Creative Commons:

- Attribution (CC BY) – лицензия «с указанием авторства», которая позволяет распространять и использовать произведение (в т. ч. в коммерческих целях) при условии указания автора.
- Attribution-ShareAlike (CC BY-SA) – лицензия «с указанием авторства и с сохранением условий», которая позволяет перерабатывать произведение и распространять измененное произведение на базовых (аналогичных) условиях.

Несвободными лицензиями Creative Commons являются, например, Attribution-Non-Commercial (CC BY-NC), Attribution-Non-Commercial-ShareAlike (CC BY-NC-SA), Attribution-Non-Commercial-NoDerivs (CC BY-NC-ND).

Для увеличения объемов использования лицензий Creative Commons во многих странах (во Франции, Германии, США) была произведена адаптация типовых лицензий для их приведения в соответствие с национальным законодательством.

Иностранный опыт может быть крайне полезен для регулирования свободных лицензий в России.

тент) заявление о возможности предоставления любому лицу права использования изобретения, полезной модели, промышленного образца или селекционного достижения (по истечении двух лет такое заявление можно отозвать). Размер пошлины за поддержание права на объект интеллектуальной собственности при этом уменьшается вдвое.

Условия предлагаемого договора сообщаются в Роспатент, который публикует их на своем сайте. В дальнейшем правообладатель обязан заключить договор с любым лицом, которое к нему обратится.

Законопроект содержит ряд норм, направленных на прямое закрепление «свободных» лицензий в России (при этом законодатель оперирует термином «открытая лицензия», используемый далее термин «ограниченная открытая лицензия» не используется в Законопроекте и введен автором условно).

1 Ограниченная открытая лицензия. Согласно Законопроекту (п. 6 ст. 1233 ГК РФ в предлагаемой редакции), правообладатель может сделать публично, т. е. путем сообщения неопределенному кругу лиц, заявление о предоставлении любым лицам возможности безвозмездно использовать принадлежащее ему произведение науки, литературы или искусства либо объект смежных прав на определенных им условиях и в течение указанного им срока. Необходимо отметить, что данная лицензия пока никак не названа законодателем.

Согласно ст. 1304 ГК РФ под объектами смежных прав понимаются:

- исполнения артистов-исполнителей и дирижеров, постановки режиссеров;
- фонограммы;
- сообщения передач организаций эфирного или кабельного вещания;
- базы данных;
- произведения науки, литературы и искусства, обнародованные после их перехода в общественное достояние.

Отмечается, что «указанное заявление делается путем размещения на официальном сайте федерального органа исполнительной власти». Таким образом, заявление, сделанное иным образом (например, на официальном сайте правообладателя), будет считаться ненадлежащим.

Очевидно, что указанные выше предложения оставляют за пределами регулирования «свободные» лицензии, опубликованные за рубежом. Кроме того, необходимость публикации лицензии на сайте федерального органа как условие ее легитимности может вызвать практические проблемы.

2 Открытая лицензия. Отличается от ограниченной открытой лицензии объемом предоставляемых прав и объектом регулирования (не затрагиваются объекты смежных прав) (включение в ГК РФ новой ст. 1286.1 «Открытая лицензия на использование произведений науки, литературы или искусства»).

Согласно Законопроекту «лицензионный договор, по которому автором или иным правообладателем (лицензиаром) предоставляется лицензиату простая (неисключительная) лицензия на использование произведения науки, литературы или искусства, может быть заключен в упрощенном порядке (открытая лицензия)».

Открытая лицензия является договором присоединения, и «все ее условия должны быть доступны неопределенному кругу лиц и размещены таким образом, чтобы лицензиат ознакомился с ними перед началом использования соответствующего произведения».

С формальной точки зрения, размещение условий договора в Интернете позволяет соблюсти это требование. Как отмечается в Законопроекте, «в открытой лицензии может содержаться указание на те действия, совершение которых будет считаться акцептом ее условий (ст. 438 ГК РФ). В этом случае письменная форма договора считается соблюденной».

Далее указано, что «лицензиар может предоставить лицензиату право на использование принадлежащего ему произведения для создания нового результата интеллектуальной деятельности. В этом случае, если иное не предусмотрено открытой лицензией, считается, что лицензиар сделал предложение заключить договор (п. 2 ст. 437 ГК РФ) об использовании принадлежащего ему произведения любым лицом, желающим использовать новый результат интеллектуальной деятельности, созданный лицензиатом на основе этого произведения, в пределах и на условиях, предусмотренных данной открытой лицензией. Акцепт такого предложения считается также акцептом предложения лицензиара». Однако механизм применения цитируемой части статьи в отношении упомянутых «любых лиц» законодателем не предусмотрен, что может вызвать существенные проблемы на практике.

Вводится положение (ст. 1286.1 ГК РФ в предлагаемой редакции), согласно которому «лицензиар <...> вправе в одностороннем порядке полностью или частично отказаться от договора (пункт 3 статьи 450), если лицензиат будет предоставлять третьим лицам права на использование принадлежащего лицензиару произведения либо на использование нового результата интеллектуальной деятельности, созданного лицензиатом на основе этого произведения, за пределами прав и (или) на иных условиях, чем те, которые предусмотрены в открытой лицензии».

Таким образом, даются разъяснения в отношении формы договора, подчеркивается природа

открытой лицензии как договора (а не односторонней сделки), а правообладателю (автору) предоставляется право определить условия использования нового произведения, созданного лицензиатом на основании свободной лицензии. При этом считается, что разрешение на использование произведения в составе нового произведения дано автором (правообладателем) последующим лицензиатам.

Представляется, что описанное регулирование способно вызвать проблему совместимости свободных лицензий, известную мировой практике. Эта проблема возникает в том случае, если в модифицированную программу включены разные («несовместимые») свободные лицензии. В таком случае дальнейшее правомерное распространение модифицированного программного обеспечения уже невозможно¹.

Законопроект устанавливает безвозмездный характер лицензии (если ею не предусмотрено иное), а также уточняет пределы действия лицензии (если в открытой лицензии не указана территория использования, то такое использование допускается на территории всего мира) (п. 3 ст. 1286.1 ГК РФ в редакции законопроекта).

¹ Ермоленко Е. «Открытое» и «свободное» программное обеспечение: понятие и виды // Авторское право и смежные права. 2012. № 5.



Легализация свободных лицензий

Свободные лицензии (в частности, лицензии на программы для ЭВМ) уже сейчас заслуживают признания в России в качестве юридически обязывающих договоров. Рассмотренные поправки в ГК РФ призваны полностью легализовать свободные лицензии и в целом подготовлены с учетом зарубежного опыта в отношении их использования. Однако то, насколько успешен оказался российский законодатель в регулировании свободных лицензий, можно будет оценить только после принятия законопроекта в ходе его практического применения.

РАСПОРЯЖЕНИЕ авторскими и смежными ПРАВАМИ: НОВЕЛЛЫ Гражданского кодекса



Павел Садовский

канд. юрид. наук, патентный поверенный, руководитель практики интеллектуальной собственности адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»



Маргарита Спесивцева

магистр юриспруденции (РШЧП), юрист практики интеллектуальной собственности адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»

КОНСОЛИДИРОВАННЫЕ ПОПРАВКИ В ГРАЖДАНСКИЙ КОДЕКС РФ ДОБАВЛЯЮТ ТРИ НОВЫХ СПОСОБА РАСПОРЯЖЕНИЯ РЕЗУЛЬТАТАМИ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ. ЭТО ПОЗВОЛИТ РАСШИРИТЬ СФЕРУ ДИСПОЗИТИВНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ОТНОШЕНИЙ УЧАСТНИКОВ ОБОРОТА В ЭЛЕКТРОННОЙ СРЕДЕ. ОДНАКО В СВЯЗИ НЕДОСТАТОЧНОЙ АДАПТИРОВАННОСТЬЮ С СУЩЕСТВУЮЩЕЙ СИСТЕМОЙ НОРМ, ПРЕДЛОЖЕНИЯ НЕ ЛИШЕНЫ ИЗЪЯНОВ.

Законопроект

Проектом Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – Законопроект), подготовленным ко второму чтению, предусматривается новый способ распоряжения правами на использование произведений науки, литературы или искусства либо объект смежных прав. Суть нормы, которой предлагается дополнить статью ст. 1233

ГК РФ, заключается в том, что правообладатель может сделать публичное заявление о предоставлении любым лицам возможности безвозмездно использовать принадлежащий ему объект авторского или смежного права на определенных им условиях и в течение указанного им срока.

И перед первым чтением, и сейчас, на стадии второго чтения Законопроекта в Госдуме РФ, активно обсуждаются как дополнения в предлагаемую норму ст. 1233 ГК РФ, так и другие возможные положения, касающиеся распоряжения исключительными правами. Так, была обнаружена табли-

ца предложений по поправкам к Гражданскому Кодексу Российской Федерации в редакции законопроекта № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» Российской Ассоциации электронных коммуникаций, Фонда «Сколково», Wikimedia Russia, Ассоциации интернет-издателей, на основе предложений Исследовательского Центра частного права, подготовленных в рамках работы МРГ при Минкомсвязи РФ по адаптации законодательства РФ к применению свободных лицензий на территории Российской Федерации (далее – Предложения). Предложениями предполагалось несколько видоизменить норму ст. 1233 ГК РФ в редакции, принятой в первом чтении, и в то же время предусмотреть дальнейшее расширение способов распоряжения правами на произведения и объекты смежных прав. Предложено ввести специальные нормы об отказе от исключительного права на объект авторского права или смежных прав (ст. 1283¹, 1308¹ Предложений), а также нормы о так называемых открытых лицензиях (новые редакции ст. 1286, 1308 ГК РФ), предполагающие возможность выдачи «электронных» лицензий (click-wrap license).

Тем не менее, не все указанные предложения нашли отражение в Законопроекте.

Отказ от исключительного права

Одно из предложений, не вошедших в текущую версию Законопроекта, касается отказа от исключительного права на произведение или объект смежных прав (ст. 1283¹, 1308¹ Предложений).

Положения данных статей Предложений предполагают, что обладатель исключительного права на объект авторского или смежного права посредством заявления, сделанного в специальной форме, может отказаться от него и передать соответствующий объект в общественное достояние. Таким образом, для наступления правовых последствий в виде прекращения исключительного права достаточно выражения воли только правообладателя. Эта односторонняя сделка направлена на прекращение всех прав правообладателя на объект интеллекту-

альных прав. Отдельно указывается на невозможность восстановления имущественных прав после размещения такого заявления.

В действующем ГК РФ отсутствует системность норм в области отказа от права, как и отграничения его от отказа от осуществления права. Среди нескольких отдельных норм, относящихся к этому институту, существует общая норма п. 2 ст. 9 ГК РФ, согласно которой «отказ граждан и юридических лиц от осуществления принадлежащих им прав не влечет прекращения этих прав, за исключением случаев, предусмотренных законом». Толкование этой нормы иногда приводит к выводу о недопустимости отказа от использования имеющихся прав либо даже о невозможности отказа от права по российскому законодательству¹.

В доктрине существует точка зрения, согласно которой действующее гражданское законодательство предусматривает возможность отказа от исключительного имущественного права на результаты интеллектуальной деятельности (далее – РИД) или средство индивидуализации.

Утверждается, что такой отказ допустим в силу общего гражданско-правового принципа диспозитивности в распоряжении имущественными правами (ст. 1, 2, 9 ГК РФ).

Законопроектом норма ст. 9 ГК РФ не изменяется. В то же время очевидна тенденция к усилению диспозитивности регулирования в этой части. Так, проблематика отказа от права отражена в нормах о корпоративном договоре (ст. 67.2 ГК РФ в редакции Законопроекта – право воздерживаться (отказаться) от осуществления корпоративных прав) и об обязанности должника возместить убытки (новый пункт ст. 393 ГК РФ, п. 6, – обязательства по воздержанию от совершения определенного действия (негативное обязательство)). Очевидно,

¹ Бойко Т.С. Отказ от права и воздержание от осуществления права: российский и англо-американский подходы // Закон. 2012. № 3. С. 133; Карапетов А.Г. Правовая природа и последствия нарушения ковенантов в финансовых сделках // Частное право и финансовый рынок: сб. ст. М.: Статут, 2011. Вып. 1.

что подобное распоряжение определенными правами законодателем (в случае принятия рассматриваемых поправок) рассматривается как допустимое.

Однако данные нормы, к сожалению, так и не образуют систему. И если предположить, что от исключительного права допустимо отказаться на основании положений ст. 9 действующей редакции ГК РФ, т. е. без внесения в четвертую ГК РФ специальных норм, подобная ситуация может породить некоторые практические сложности. Так, например, неясным остается вопрос (т. к. как в действующей редакции ГК РФ, так и в Законопроекте отсутствует указание на природу такого отказа от исключительного права) о том, что происходит с правом, от которого отказались.

Может ли бывший правообладатель предъявлять требования, связанные с нарушением его прав, имевшим место в период обладания им исключительным правом? Либо такая возможность им утрачена?

Общие положения, относящиеся ко всему институту отказа от права в целом, которые могли бы помочь с ответом на данный вопрос, к сожалению, отсутствуют. Указание в ст. 1283' Предложений на недопустимость восстановления прав на объект, на наш взгляд, не охватывает упомянутую ситуацию, т. к. в ней речь идет не о восстановлении прав (т. е. возвращении права использовать их, распоряжаться ими или защищать при возникновении их нарушения в будущем), а о наличии (отсутствии) права на защиту прав, возникшем до момента передачи объекта в общественное достояние. Специальное упоминание в норме о подобном случае могло бы разрешить проблему, однако при таком точечном регулировании ситуации всегда остается вероятность возникновения новых вопросов, не отраженных в ней. Иными словами, такого рода принципиальные положения должны быть вписаны в общую систему института отказа от права гражданского законодательства (конечно, при наличии такой системы).

Однако на данный момент в силу того, что в ближайшей перспективе не предполагается

ни систематизация норм по проблеме отказа от права, ни внесения отдельных положений об отказе от исключительного права, указанные вопросы остаются нерешенными.

Предоставление права безвозмездного использования

Право распорядиться исключительным правом (п. 6 ст. 1233 ГК РФ в редакции Законопроекта) путем предоставления возможности безвозмездно использовать РИД также является односторонней сделкой. Однако в данной ситуации такое право правообладателя на произведение или объект смежных прав не прекращается и соответствующий РИД не переходит в общественное достояние.

Природа данного способа распоряжения ясна не до конца. Исходя из того, что ст. 1233 ГК РФ посвящена распоряжению исключительным, т. е. абсолютным правом, размещение заявления о предоставлении возможности безвозмездного использования совершенно очевидно будет являться одним из способов распоряжения абсолютным правом. В связи с этим возникает вопрос: делает ли наличие у правообладателя заключенного ранее лицензионного договора (т. е. обязательственных отношений) на идентичный объем прав такое распоряжение в качестве сделки недействительным (т. е. права у неопределенного круга лиц, использовавших объект интеллектуальных прав, никогда не возникали) либо соответствующая сделка остается действительной, и последствия сделанного заявления влекут только право контрагентов правообладателя по лицензионному договору на возмещение убытков?

В предложенных поправках содержится указание на то, что правообладатель «не имеет права осуществлять такие действия при наличии действующего лицензионного договора, по которому предоставляется исключительная лицензия на использование произведения или объекта смежных прав в тех же пределах». Также в соответствии с текущей версией Законопроекта правообладатель, сделавший соответствующее заявление при наличии возмездного договора на предоставление неисключительной лицензии, прекращает своими действиями этот договор. Однако эти положения не добавляют ясности

о том, что в этом случае происходит с правами третьего лица (получившего права на использование по заявлению правообладателя) по договору.

▶ Отдельного внимания заслуживает вопрос о надлежащем источнике для размещения заявления правообладателя о безвозмездном использовании РИД. Существуют диаметрально противоположные точки зрения:

- такое заявление может быть опубликовано только на сайте Роспатента;
- такое заявление может быть размещено на сайте любого общероссийского СМИ.

Здесь возможен компромисс, заключающийся в возможности размещения заявления на сайте Роспатента или, например, организации по коллективному управлению авторскими правами, получившей государственную аккредитацию. Слишком широкий список возможных источников для публикации заявлений о «свободной» лицензии несет в себе риски их несанкционированного размещения недобросовестными лицами. Следует отметить, что текущая версия Законопроекта придерживается более консервативного подхода, в соответствии с которым заявление о «свободной» лицензии размещается на официальном сайте уполномоченного федерального органа исполнительной власти, определенного Правительством РФ.

«Открытые» и «электронные» лицензии

Законопроектом предлагается еще один способ распоряжения правом, которым может воспользоваться не только правообладатель, но и его лицензиат, – заключение договора так называемой открытой лицензии (ст. 1286¹, ст. 1308 ГК РФ в предлагаемой редакции) на объекты авторского права и смежных прав. Лицензионный договор, по которому лицензиатом предоставляется лицензиату простая (неисключительная) лицензия на использование произведения (в т. ч. программы для ЭВМ или базы данных) либо объекта смежных прав, может быть заключен путем совершения определенных действий, акцептующих условия лицензии, доступные для неопределенного круга лиц. Классический пример такой лицензии, с которым каждый

сталкивался на практике, – акцепт условий лицензии путем клика I agree. Такой порядок заключения договора по сути приравнивается к так называемым оберточным лицензиям (shrink-wrap license), объединив оба типа договора в категорию лицензионных договоров, заключаемых в упрощенном порядке (п. 5 ст. 1286 Законопроекта) и являющихся договорами присоединения.

Введение нового положения преследует цель создать правовую основу для «электронных» лицензионных договоров, заключаемых, как правило, посредством сети Интернет. В международном обороте такие лицензии обычно именуются click-wrap license. Предложение ввести соответствующие нормы обсуждалось и ранее (Письмо Минкомсвязи России от 01.08.2012, адресованное Президенту РФ и подготовленное во исполнение его поручения).

Отдельные положения предлагаемой редакции ст. 1286 ГК РФ стоит критически переосмыслить с точки зрения соотношения с действующим гражданским законодательством. Так, в п. 8 ст. 1286 ГК РФ в редакции Предложений среди прочего указано, что лицензиар по «открытой» лицензии вправе отказаться от договора в случае, если лицензиат по нему предоставил третьему лицу больше прав, чем имел. При этом сам факт использования объекта за пределами прав, предоставленных лицензионным договором, является нарушением исключительного права и влечет соответствующую ответственность (п. 3 ст. 1237 ГК РФ). Возможность одностороннего отказа от исполнения лицензионного договора теоретически может появиться на основании п. 2 ст. 450 ГК РФ (в силу существенного нарушения договора). Кроме того, предоставление третьему лицу прав на использование объекта, осуществленное за пределами прав лицензиата, само по себе является недействительным.

Текущая версия Законопроекта узаконивает «электронные» лицензии в отношении программ для ЭВМ и баз данных, устанавливая возможность заключения лицензионного договора в упрощенном порядке «в электронном виде» (п. 5 ст. 1286 ГК РФ в редакции Законопроекта). При этом «начало использования таких программы или базы данных пользователем <...> означает его согласие на заключение договора».



Слияния и Поглощения в России

22 ноября 2012, Москва, «Новотель Москва Центр»

Организаторы:



Партнеры:



Партнер секции:



www.cbonds-congress.com
www.mergers.ru

ОСПАРИВАНИЕ «НЕРАВНОЦЕННЫХ» СДЕЛОК: проблемы доказывания



Евгений Бранецкий

партнер адвокатского бюро
«ЭДАС»

После внесения Федеральным законом от 28.04.2009 № 73-ФЗ изменений в Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее – Закон № 127-ФЗ) и опубликования Постановления Пленума ВАС РФ от 23.12.2010 № 63 «О некоторых вопросах, связанных с применением главы III.1 Федерального закона “О несостоятельности (банкротстве)”» (далее – Постановление № 63), в практике арбитражных судов выработалась единая позиция в отношении предмета доказывания при оспаривании подозрительных сделок, заключенных должником в течение одного года до принятия заявления о признании его банкротом (п. 1 ст. 61.2 Закона № 127-ФЗ).

Так, судами сравнивается рыночная стоимость переданного должником и стоимость полученного им в результате встречного исполнения имущества, и при обнаружении существенного дисбаланса сделка признается недействительной.

КАК ПРАВИЛО, «НЕРАВНОЦЕННЫЕ» СДЕЛКИ ЗАКЛЮЧАЮТСЯ С ЦЕЛЬЮ ВЫВОДА АКТИВОВ ДОЛЖНИКА В ТОТ МОМЕНТ, КОГДА ПОСЛЕДНИЙ УЖЕ ОТВЕЧАЕТ ПРИЗНАКАМ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ. ВПОСЛЕДСТВИИ ТАКИЕ АКТИВЫ ПЕРЕПРОДАЮТСЯ ТРЕТЬИМ ЛИЦАМ, И ИХ ВОЗВРАТ В КОНКУРСНУЮ МАССУ ДОЛЖНИКА ПРАКТИЧЕСКИ НЕВОЗМОЖЕН. КАК НА ПРАКТИКЕ ИЗБЕЖАТЬ ПРОБЛЕМ, СВЯЗАННЫХ С ДОКАЗЫВАНИЕМ НЕРАВНОЦЕННОСТИ ВСТРЕЧНОГО ИСПОЛНЕНИЯ?

Доказывание неравноценности

1 Проблема

Законодатель фактически не раскрывает понятие «неравноценность» именно для этой категории сделок.

Не возникает сомнений в том, что нормы Закона № 127-ФЗ направлены именно на возможность восстановления имущества должника, которое тот ранее утратил, т. е. в конечном счете на защиту интересов кредиторов.

Однако выработанная арбитражными судами позиция зачастую приводит к невозможности восстановления нарушенных прав кредиторов.

Исходя из установленных в ст. 61.2 Закона № 127-ФЗ характеристик, основным предметом доказывания при оспаривании таких сделок является неравноценность встречного исполнения.

При этом определение неравноценности переданного и полученного должником имущества

в каждом конкретном случае отдано на откуп суду, т. е. во многом носит оценочный характер.

Сложившаяся судебная практика зачастую идет по пути наименьшего сопротивления и в качестве доказательств неравноценности, как уже указывалось выше, исходит из сравнения рыночной стоимости переданного и стоимости полученного должником в результате сделки имущества, т. к. п. 1 ст. 61.2 Закона № 127-ФЗ не требует обязательной оценки рыночной стоимости полученного встречного исполнения. На наш взгляд, это неправильно.

Суды зачастую ссылаются именно на отсутствие экспертных заключений оценщика. Так, ФАС Московского округа в Постановлении от 17.11.2011 по делу № А41-4986/10 указал, что, отказывая в удовлетворении заявленного требования, суд первой инстанции правомерно исходил из отсутствия доказательств того, что рыночная стоимость уступленного права существенно превышает стоимость переданного имущества (см. также постановления Девятого арбитражного апелляционного суда от 17.04.2012 № 09АП-7673/2012 по делу № А40-7122/12-73-346, ФАС Северо-Западного округа от 29.05.2012 по делу № А52-3842/2010, от 18.07.2012 по делу № А52-857/2011).

Однако отсутствие экспертного заключения, т. е. прямого доказательства неравноценности переданного и полученного имущества не может являться основанием для отказа в иске.

Так, согласно п. 1 ст. 61.2 Закона № 127-ФЗ сделка может быть признана арбитражным судом недействительной при неравноценном встречном исполнении обязательств другой стороной сделки. При этом неравноценным встречным исполнением обязательств будет признаваться, в частности, любая передача имущества, если рыночная стоимость переданного должником имущества существенно превышает стоимость полученного встречного исполнения обязательств.

Таким образом, исходя из буквального текста указанного положения и правил юридической техники, можно сделать вывод о том, что необходимость оценки рыночной стоимости передаваемого имущества является частным случаем общей нормы – дополнением главной диспозиции, которая не устанавливает обязательности

• «НЕРАВНОЦЕННАЯ» СДЕЛКА:

- совершенная должником в течение одного года до принятия заявления о признании его банкротом или после принятия указанного заявления;
- в результате которой произошло неравноценное встречное исполнение обязательств другой стороной.

Закон о банкротстве, п. 1 ст. 61.2

такого частного случая, т. е. наличия рыночной оценки передаваемого имущества как единственного доказательства подозрительности сделки. Иначе диспозиция рассматриваемой нормы не связывала бы понятие неравноценности еще и с «ценой и иными условиями» сделки, а ее текст ограничивался необходимостью представления экспертного заключения – рыночной оценки переданного имущества.

Именно такой позиции придерживается и высшая судебная инстанция: согласно абз. 2 п. 8 Постановления № 63 для признания сделки недействительной на основании указанной нормы неравноценность встречного исполнения обязательств может устанавливаться в т. ч. исходя из условий сделки.

► Таким образом, суть разъяснения высшей судебной инстанции сводится именно к необходимости расширения круга доказательств неравноценности предмета сделки путем исследования иных ее условий при отсутствии явных доказательств такой неравноценности (например, при отсутствии экспертного заключения).

Между тем подавляющее большинство судебных актов при оспаривании «неравноценных» сделок выносится без учета позиции ВАС РФ. При этом суды толкуют норму ч. 1 ст. 61.2 Закона № 127-ФЗ в части доказательств неравноценности ограничительно (для суда необходима только рыночная оценка переданного имущества), а также избирательно – без какой-либо оценки (в т. ч. рыночной) полученного встречного исполнения.

Более того, суды зачастую ссылаются на п. 10 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30.10.2007 № 120 «Обзор практики применения арбитражными судами положений главы 24 Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – Информационное письмо № 120), в котором разъясняется, что несоответствие размера встречного предоставления объему передаваемого права (требования) само по себе не является основанием для признания

ничтожным соглашением об уступке права (требования), заключенного между коммерческими организациями (Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 28.11.2011 по делу № А41-4986/10). По нашему мнению, такая ссылка противоречит специальным нормам Закона № 127-ФЗ и разъяснениям, данным в п. 8 Постановления № 63. В противном случае при оспаривании «неравноценных» сделок суды всегда пользовались бы указанной формулировкой и отказывали в признании сделок данной категории недействительными.

Полагаем, что при отсутствии четкого законодательного определения понятия «неравноценность» (и установления частного случая сравнения рыночной стоимости переданного имущества) именно для рассматриваемой категории сделок следует применять положения Закона № 127-ФЗ, в соответствии с которыми судам необходимо исследовать именно условия аналогичных сделок, а также применять соответствующие разъяснения ВАС РФ.

2 Проблема

Отсутствие аналогичных сделок либо наличие сделок с идентичными (неравноценными) условиями.

Согласно п. 1 ст. 61.2 Закона № 127-ФЗ сделка может быть признана арбитражным судом недействительной в т. ч. в случае, если цена этой сделки и (или) иные ее условия существенно в худшую для должника сторону отличаются от цены и (или) иных условий, при которых в сравнимых обстоятельствах совершаются аналогичные сделки.

Нередки случаи, когда суды делают следующий вывод: при отсутствии доказательств цены аналогичных сделок либо доказательств заключения должником в тот же период аналогичных сделок на иных условиях, совершаемых в сравнимых обстоятельствах, не имеется оснований для признания сделки недействительной (Определение Арбитражного суда Московской области от 31.05.2011 по делу № А41-4986/10).

Между тем, как разъяснено в абз. 4 п. 8 Постановления № 63, при сравнении условий сделки с аналогичными сделками следует учитывать как условия аналогичных сделок, совершавшихся

должником, так и условия, на которых аналогичные сделки заключались иными участниками оборота.

Из указанного разъяснения следует, что судам надлежит проверять не только цену и аналогичные сделки, заключенные должником, но и иные условия сделок, совершенных также иными участниками оборота в сравнимых обстоятельствах.

Так, аналогичные сделки, совершаемые при сравнимых обстоятельствах (т. е. сделки по отчуждению имущества лица, отвечающего признакам несостоятельности), как правило, должны предусматривать соответствующие гарантии (например, различные способы обеспечения), обеспечивающие интересы кредиторов и формирование конкурсной массы на случай признания должника банкротом, либо расчеты по таким сделкам должны производиться одновременно с передачей имущества должника (постановления Десятого арбитражного апелляционного суда от 14.07.2009 по делу № А41-19193/09, от 29.07.2010 по делу № А41-19193/09, ФАС Северо-Кавказского округа от 06.09.2010 по делу № А53-4423/2009, от 08.09.2010 по делу № А53-15423/2009).

Таким образом, наличие признаков неплатежеспособности само по себе достаточно для того, чтобы оценить условия оспариваемой сделки на предмет гарантий и иных обеспечений, максимально защищающих должника и права кредиторов. Отсутствие таких гарантий свидетельствует о том, что условия оспариваемой сделки были значительно хуже, чем условия сделок, которые должны заключаться в сравнимых обстоятельствах при наличии признаков неплатежеспособности должника даже в том случае, если таких сделок не было вообще.

Следовательно, отсутствие аналогичных сделок должника на иных условиях и в тот же период не должно исключать возможности признания оспариваемой сделки недействительной, т. к.:

- должник мог вообще не заключать других сделок, что не является основанием для отказа в признании оспариваемой сделки недействительной;
- должник мог совершать сделки с абсолютно идентичными условиями, однако если бы

все они также имели признаки неравноценного встречного исполнения (недействительности), то при сравнении оспариваемой сделки с другими (нелегитимными) оспори́мая сделка не становилась бы легитимной (действительной).

Однако суды при отсутствии доказательств цены аналогичных сделок либо доказательств совершения именно должником в тот же период аналогичных сделок и именно на иных условиях делают фактически противоположный вывод о том, что в случае, если отсутствуют иные сделки должника и в случае если все его сделки совершены на аналогичных условиях (в т. ч. даже если все они имеют признаки неравноценного встречного исполнения (недействительности)), сделка не может быть признана недействительной.

Однако такое толкование норм права противоречит Закону № 127-ФЗ.

Таким образом, при наличии у должника только одной совершенной сделки, которая оспаривается в качестве подозрительной (неравноценной), заявитель сталкивается как с проблемой отсутствия четкого законодательного определения понятия «неравноценности», так и с проблемой невозможности оценить условия аналогичных сделок должника. Мы полагаем, что в такой ситуации необходимо брать за основу условия, на которых аналогичные сделки совершались иными участниками оборота при сравнимых обстоятельствах.

3 Проблема

Определение перечня условий аналогичных сделок, который потребует исследовать суду.

Перечень таких условий представляется возможным определить, опираясь на разъяснения высшей судебной инстанции. Так, в п. 10 Информационного письма № 120 указано, что при выяснении эквивалентности размеров переданного права (требования) и встречного предоставления необходимо исходить из конкретных обстоятельств дела. В частности, должны учитываться:

- степень платежеспособности должника;
- степень спорности передаваемого права (требования);

- характер ответственности cedentа перед цессионарием за переданное право (требование) (ответственность лишь за действительность права (требования) или также и за его исполнимость должником);
- иные обстоятельства.

Кроме того, согласно абз. 5 п. 8 Постановления № 63 на основании п. 1 ст. 61.2 Закона № 127-ФЗ может быть оспорена также сделка, условия которой формально предусматривают равноценное встречное исполнение, однако должнику на момент ее заключения было известно, что у контрагента по сделке нет и не будет имущества, достаточного для осуществления им встречного исполнения.

Таким образом, исходя из разъяснений ВАС РФ, практики арбитражных судов и обычной разумности, предметом исследования судом должны были бы стать:

- цена сделки;
- условия аналогичных сделок, совершаемых в подозрительный период;
- степень платежеспособности контрагента;
- порядок и сроки оплаты по сделке.

Цена сделки

Постановление № 63 положения Закона № 127-ФЗ не разъясняет понятия «существенность превышения», а также не устанавливает критерии такой существенности.

На наш взгляд, должно презюмироваться, что за передаваемое имущество должник получит имущество равной или большей стоимости. В противном случае (при меньшей стоимости полученного должником имущества либо при незначительной разнице между стоимостью полученного и переданного имущества) такая сделка не имеет экономического смысла и будет только нарушать права кредиторов, которые получают удовлетворение по своим требованиям в меньшем объеме. Однако суды зачастую сопоставляют стоимость переданного и полученного имущества, например, при сравнении номинальной стоимости уступленного права и полученной номинальной стоимости векселей (Определение Арбитражного суда Московской области от 31.05.2011 по делу № А41-4986/10)

и дают оценку существенности разницы путем простого сличения сумм.

Между тем существенность или несущественность разницы между передаваемым и получаемым должником имуществом (существенность превышения) должна оцениваться судом с учетом всех обстоятельств, в частности, на основании исследования документов бухгалтерского учета должника (например, стоимости активов) и иных количественных показателей, таких как выручка должника, прибыль до налогообложения, чистая прибыль, размер кредиторской задолженности и других показателей, подтверждающих, что неполученная должником разница существенно не повлияла бы на его финансово-хозяйственную деятельность и не причинила бы кредиторам вреда.

На практике при признании сделки недействительной учитывается разница между ценой договора и балансовой стоимостью переданного имущества (постановления ФАС Поволжского округа от 21.05.2010 по делу № А49-9148/2009, от 22.09.2010 по делу № А65-5222/2009, ФАС Северо-Кавказского округа от 06.09.2010 по делу № А53-4423/2009, от 08.09.2010 по делу № А53-15423/2009, от 13.10.2010 по делу № А53-4423/2009, от 18.10.2010 по делу № А53-4423/2009, ФАС Центрального округа от 13.11.2010 по делу № А23-738/09Б-7-48). Отказ в удовлетворении заявления мог быть мотивирован «несущественной разницей» в стоимости имущества (постановления ФАС Северо-Западного округа

от 06.10.2010 по делу № А66-9749/2009, ФАС Уральского округа от 24.01.2011 № Ф09-11542/10-С4 по делу № А76-14345/2009-20-278).

Сравнимые обстоятельства

Сделки, совершаемые при сравнимых обстоятельствах, как правило, должны предусматривать гарантии (например, различные обеспечительные меры), обеспечивающие интересы кредиторов и формирование конкурсной массы на случай признания должника банкротом, либо расчеты по таким сделкам должны производиться одновременно с передачей имущества должника. Иначе такие сделки однозначно должны квалифицироваться как «неравноценные».

Платежеспособность контрагента

Судом должна исследоваться и даваться оценка степени платежеспособности контрагента в случае, если денежные средства (иное имущество) не передается сразу.

В ситуации, когда контрагент никакой хозяйственной деятельности не ведет, каких-либо активов не имеет (может вообще отсутствовать по адресу местонахождения), т. е. на момент заключения сделки с должником у него нет и впослед-



**ЛУЧШИЕ ЮРИДИЧЕСКИЕ ДЕПАРТАМЕНТЫ
Международный конкурс
2012**

Хотите узнать подробности?

Пишите Николаю Федосеевскому: nfedoseenkov@mcftr.ru
www.bestlegal.ru

ствии не будет имущества, достаточного для осуществления оплаты за получаемое им имущество, такая сделка должна квалифицироваться как «неравноценная».

Порядок и сроки оплаты

Зачастую условия сделки предполагают отсрочку или рассрочку оплаты, расчеты собственными векселями со сроком оплаты «по предъявлении». Иными словами, какой-либо оплаты сразу после совершения сделки не предполагается (в т. ч. при передаче векселя – исходя из правовой природы векселя, передачей собственного векселя оформляются заемные отношения). При таких обстоятельствах в отсутствие каких-либо дополнительных гарантий (например, поручительства) подобная сделка также должна квалифицироваться как «неравноценная».

Объединение норм

Оспаривание подозрительных сделок затрудняется еще и сложной конструкцией их характеристик. На наш взгляд, актуально было бы объединить основания для оспаривания «неравноценных» сделок и сделок «с предпочтением», оставив одно основание оспоримости – в случае причинения вреда имущественным правам кредиторов. Данное понятие раскрыто в ст. 2 За-

кона № 127-ФЗ, согласно которой вред, причиненный имущественным правам кредиторов, – это уменьшение стоимости или размера имущества должника и (или) увеличение размера имущественных требований к должнику, а также иные последствия совершенных должником сделок или юридически значимых действий, приводящие к полной или частичной утрате возможности кредиторов получить удовлетворение своих требований по обязательствам должника за счет его имущества.

На наш взгляд, объединенная формулировка пп. 1, 2 ст. 61.2 Закона № 127-ФЗ могла бы выглядеть следующим образом:

Сделка, совершенная должником в течение трех лет до принятия заявления о признании банкротом или после принятия указанного заявления, может быть признана арбитражным судом недействительной, если в результате ее совершения был причинен вред имущественным правам кредиторов.

Остальные условия и характеристики подозрительных сделок делают их оспаривание и возврат имущества в конкурсную массу практически невозможным, а сами заявления об оспаривании таких сделок больше направлены на совершение арбитражным управляющим «всех необходимых действий» для формирования конкурсной массы, а не на реальное восстановление нарушенных прав кредиторов.

На заметку

1. Оценка рыночной стоимости переданного имущества и сравнение ее со стоимостью полученного имущества является частным (дополнительным) случаем и не может являться единственным доказательством при квалификации сделки на предмет ее «неравноценности».

2. При наличии у должника только одной совершенной сделки, которая оспаривается в качестве подозрительной (неравноценной), необходимо исследовать условия, на которых аналогичные сделки совершались иными участниками оборота и при сравнимых обстоятельствах.

3. Предметом доказывания «неравноценности» должны быть:

- ♦ цена сделки;
- ♦ условия аналогичных сделок, совершаемых при сравнимых обстоятельствах;
- ♦ степень платежеспособности контрагента;
- ♦ порядок и сроки оплаты по сделке;
- ♦ иные обстоятельства.

ПРИЗНАНИЕ ПРАВА ОТСУТСТВУЮЩИМ



Сергей Патракеев

советник юридической фирмы
Lidings



Татьяна Ларина

юрист юридической фирмы
Lidings

ВОЗМОЖНОСТЬ ПРЕДЪЯВЛЕНИЯ ИСКА
О ПРИЗНАНИИ ПРАВА ИЛИ ОБРЕМЕНЕНИЯ
ОТСУТСТВУЮЩИМ ЗАКРЕПЛЕНА В П. 52
СОВМЕСТНОГО ПОСТАНОВЛЕНИЯ ПЛЕНУМА
ВС РФ № 10, ПЛЕНУМА ВАС РФ ОТ 29.04.2010
№ 22. ТЕМ НЕ МЕНЕЕ ДО НЕДАВНЕГО
ВРЕМЕНИ НА ПРАКТИКЕ СОХРАНЯЛАСЬ
НЕОПРЕДЕЛЕННОСТЬ ОТНОСИТЕЛЬНО ТОГО,
В КАКИХ ИМЕННО СЛУЧАЯХ ТАКОЙ ИСК
МОЖЕТ СЧИТАТЬСЯ НАДЛЕЖАЩИМ
СПОСОБОМ ПРАВОВОЙ ЗАЩИТЫ.
В ПОСТАНОВЛЕНИИ ПРЕЗИДИУМА
ВАС РФ ОТ 24.01.2012 № 12576/11
ПО ДЕЛУ № А46-14110/2010 РАЗЪЯСНЕННЫ
ВОПРОСЫ, СВЯЗАННЫЕ С ПРИМЕНЕНИЕМ
ДАННОГО СПОСОБА ПРАВОВОЙ ЗАЩИТЫ,
И СФОРМУЛИРОВАНЫ СЛЕДУЮЩИЕ
ПРАВОВЫЕ ПОЗИЦИИ.

1.

Иск о признании права отсутствующим является исключительным способом защиты, который подлежит применению в случае, когда нарушенное право истца не может быть защищено посредством предъявления специальных исков.

2.

Зарегистрированное право собственности на объект в зависимости от характера возникшего спора, наличия или отсутствия у этого объекта признаков недвижимости может быть оспорено по результатам рассмотрения специального иска о сносе самовольной постройки либо требования о признании отсутствующим зарегистрированного.

3.

Невозможность отнесения объекта к недвижимому имуществу в случае, когда осуществлена государственная регистрация права собственности на него, является основанием для удовлетворения иска о признании права отсутствующим. Некапитальный характер спорного строения исключает возможность обращения в суд с требованием о сносе самовольной постройки, но вместе с тем служит основанием для удовлетворения иска о признании права отсутствующим.

Как было дело

Индивидуальный предприниматель, в течение длительного времени арендовавший у областной администрации земельный участок из земель общего пользования, возвел на нем некапитальное строение и зарегистрировал свое право собственности на него. После этого индивидуальный предприниматель обратился к арендодателю с требованием о приватизации земельного участка в порядке ст. 36 ЗК РФ. Областная администрация в приватизации отказала, и сочла, что возведенный павильон является самовольной постройкой, созданной на земельном участке в нарушение режима его разрешенного использования. Итогом спора стало обращение в суд с иском о признании права собственности отсутствующим и об обязанности индивидуального предпринимателя снести самовольно возведенный объект.

Суд первой инстанции исковые требования удовлетворил полностью. Однако в кассации решение было полностью отменено, а в удовлетворении исковых требований отказано.

Президиум ВАС РФ, рассматривая дело № А46-14110/2010 в порядке надзора, постановил направить его на новое рассмотрение.

По мнению высшей судебной инстанции, каждое из предъявленных требований (о сносе самовольной постройки и о признании права (или обременения) отсутствующим) имеет самостоятельную сферу фактического применения. При этом требования не могут быть удовлетворены судом одновременно: иск о признании права отсутствующим является исключительным способом защиты, прибегнуть к которому можно только в случае, когда у истца нет других возможностей защитить нарушенное право (в т. ч. при отсутствии у него оснований для предъявления иска о сносе самовольной постройки). Поэтому выводы суда об отсутствии оснований требовать сноса не могут быть положены в основу отказа в удовлетворении требования о признании права отсутствующим.

Кроме того, как отметил Президиум ВАС РФ, «судебный акт, удовлетворяющий иск о сносе самовольной постройки, устанавливает отсутствие права собственности на спорный объект и является основанием для внесения соответствующей записи в Единый государственный реестр прав

на недвижимое имущество и сделок с ним». Таким образом, при возникновении спора по поводу сноса самовольной постройки предъявление отдельного требования, цель которого состоит в исправлении сведений, содержащихся в ЕГРП, не требуется. При этом наличие государственной регистрации права собственности на объект недвижимого имущества само по себе не является основанием для отказа в удовлетворении иска о сносе этого объекта как самовольной постройки.

■ В соответствии с п. 5 ч. 3 ст. 311 АПК РФ после принятия Постановления Президиума ВАС РФ от 24.01.2012 № 12576/11 по делу № А46-14110/2010 вступившие в законную силу судебные акты по аналогичным делам могут быть пересмотрены по вновь открывшимся обстоятельствам.

Особое мнение

Отдельного упоминания заслуживает особое мнение судьи ВАС РФ Дмитрия Дедова, обратившего внимание на назревшую необходимость решения принципиальной проблемы, лежащей в основе конкретного спора, а также ряда других подобных дел, ранее рассмотренных арбитражными судами. Речь идет о возможности легализации капитальных строений, возведенных на земельных участках, предоставленных предпринимателям органами местного самоуправления на временной основе.

Судья обращает внимание на складывающуюся практику, когда органы власти предпочитают предоставлять земельные участки только под временное строительство на краткосрочной основе, каждый раз продлевая сроки и тем самым создавая ситуацию неопределенности и нестабильности для предпринимателей. По мнению судьи, такая практика не соответствует ст. 35 Конституции РФ и принципу правовой определенности. При этом, с точки зрения гражданского законодательства, оснований для признания абсолютной монополии государственной собственности на землю в подобных случаях также нет. А перед органами государственной власти, в первую очередь, стоит задача устойчивого развития территорий, решение которой невозможно без передачи земли в частную собственность.

В соответствии с п. 9 ст. 303 АПК РФ судья, несогласный с мнением большинства членов Пре-

зидиума ВАС РФ, вправе изложить свое особое мнение, которое приобщается к материалам дела и подлежит опубликованию вместе с постановлением Президиума ВАС РФ. Каких-либо указаний относительно юридической силы такого особого мнения АПК РФ не содержит.

■ Особое мнение судьи само по себе не является обязательным руководством для нижестоящих судов. Однако его наличие дает более широкое представление о том, какими соображениями руководствуются судьи высших судов при вынесении решений. Возможно, в будущем при рассмотрении других споров с несколько иными обстоятельствами они вполне могут лечь в основу мотивировочной части судебного решения.

В контексте зарубежного опыта

Следует отметить, что в складывающейся российской практике иск о признании права отсутствующим имеет частноправовую природу и ответчиком по нему выступает частное лицо как держатель соответствующего права. В таком подходе можно усмотреть два стремления государства как регулятора имущественных правоотношений.

С одной стороны, все контролировать. Такой контроль, как минимум, выражается в обязательности государственной регистрации сделок с недвижимостью – последствия невыполнения данного требования со всей очевидностью вытекают из формулировок ст. 219, 223 ГК РФ. И при этом ни за что не отвечать: внесение записи в ЕГРП не дает никаких дополнительных гарантий собственнику, т. к. согласно ст. 2 Федерального закона от 21.07.1997 № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» сама государственная регистрация имеет всего лишь статус «доказательства» права. Если же право оспаривается, то ответчиком становится не держатель ЕГРП, а лицо, право которого зарегистрировано.

С другой стороны, государство не хочет до конца отказываться от «своей бывшей» собственности. В принципе, иск о признании права отсутствующим можно предъявить к любому собственнику, получившему свои права на недвижимость в результате приватизации.

В зарубежных юрисдикциях, использующих системы государственной регистрации прав на недвижимое имущество, сам факт появления такого способа правовой защиты, как частноправовой иск о признании права отсутствующим, выглядел бы несколько странно. Приняв на себя функции по ведению реестра прав на недвижимость, государство выполняет роль гаранта стабильности титульных прав и оборота недвижимости (а не просто «обеспечителя доказательств»). Следовательно, после того, как право собственности на недвижимость возникло и было зарегистрировано, для его обладателя действует законная презумпция собственности¹. При этом третье лицо имеет возможность оспаривать зарегистрированное право собственности только посредством внесения каких-либо изменений в реестр, что может быть реализовано путем:

- предъявления соответствующего требования напрямую регистратору (там, где регистратор принимает обращения всех заинтересованных лиц, уведомляя затем о них зарегистрированного собственника и давая ему возможность представить свои возражения)²;
- обращения к собственнику с требованием подачи заявления регистратору о внесении изменений в реестр (там, где регистратор в принципе вносит изменения в реестр только по заявлению зарегистрированного собственника)³.

■ Зарубежный опыт показывает, что при оспаривании записей о праве в реестре недвижимости регистратор и собственник оказываются «в одной лодке»: если кто-либо берется оспаривать зарегистрированный титул собственника, то регистратор на той или иной стадии активно включается в процедуру такого оспаривания. При определении баланса интересов титульный собственник ставится в позицию слабой стороны, что означает необходимость для оспаривающей стороны (как сильной стороны) представить очень веские доводы для внесения регистратором корректив в реестр.

¹ См. § 891 Германского гражданского уложения, ст. 26(1) Закона о регистрации земли 2002 г. Великобритании.

² См., например, ст. 15(4) Закона о регистрации земли 2002 г. Великобритании, ст. 975(1) Гражданского кодекса Швейцарии.

³ См. § 894 Германского гражданского уложения.

Международный конкурс



Лучшие юридические департаменты 2012

При поддержке

www.bestlegal.ru



ТОПЛИВНАЯ КОМПАНИЯ РОСАТОМА

ТВЭЛ



Спонсоры:

LEXBOREALIS
юридические консультанты

ЯКОВЛЕВ & ПАРТНЕРЫ
ЮРИДИЧЕСКИЕ УСЛУГИ

π^g
pepeliaev group



ЧЕРНИК
ДЖААРБЕКОВ
и партнеры



LAW FIRM
nektorov, saveliev
& partners



SALANS

Партнеры конкурса:

NORTON CAINE
LEGAL RECRUITMENT

ПРАВО RU

KPMG

Объединение
Корпоративных
Юристов

ЗАЩИТА интеллектуальных ПРАВ В сети ИНТЕРНЕТ



Елена Домбровская

руководитель инвестиционного
отдела **Центра Правовых
Технологий «ЮРКОМ»**

ИНТЕРНЕТ-ПРОСТРАНСТВО – НАИБОЛЕЕ НЕЗАЩИЩЕННАЯ СФЕРА ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ОБЪЕКТОВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ. НЕДОСТАТОЧНОСТЬ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ОБУСЛОВЛИВАЕТ РОСТ ЧИСЛА ПРАВОНАРУШЕНИЙ, УВЕЛИЧЕНИЕ РАЗМЕРА МАТЕРИАЛЬНОГО И РЕПУТАЦИОННОГО ВРЕДА, НАНОСИМОГО В РЕЗУЛЬТАТЕ ГРУБОГО ЗАИМСТВОВАНИЯ ФИРМЕННЫХ НАИМЕНОВАНИЙ, ТОВАРНЫХ ЗНАКОВ, ЗНАКОВ ОБСЛУЖИВАНИЯ И КОММЕРЧЕСКИХ ОБОЗНАЧЕНИЙ. ГЛАВНЫМ ПРЕПЯТСТВИЕМ для защиты является ОТСУТСТВИЕ МЕХАНИЗМА УСТАНОВЛЕНИЯ ЛИЦА, ОТВЕТСТВЕННОГО ЗА РАЗМЕЩЕНИЕ ИНФОРМАЦИИ, СОЗДАНИЕ И ОБСЛУЖИВАНИЕ ИНТЕРНЕТ-САЙТА, А ТАКЖЕ РЕГИСТРАЦИЮ ДОМЕННЫХ ИМЕН.

Правовое регулирование

Практическое применение в Интернете объектов интеллектуальной собственности выражается в использовании словесной части товарных знаков или фирменных наименований в составе доменного имени, а также в размещении рекламной и иной информации на сайтах с использованием изображения товарного знака, знака обслуживания или коммерческого обозначения, а также предложений к продаже произведений науки, литературы, программ ЭВМ и т. д.

В действующем гражданском законодательстве выделяют следующие группы объектов интеллектуальной собственности:

- **ОБЪЕКТЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ** – результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации товаров (работ, услуг), производимых (выполняемых, оказываемых) предприятием.

Гражданский кодекс РФ

- произведения науки, литературы и искусства;
- программы для электронных вычислительных машин (программы для ЭВМ);
- базы данных;
- исполнения;
- фонограммы;

- сообщение в эфир или по кабелю радио- или телепередач (вещание организаций эфирного или кабельного вещания);
- изобретения;
- полезные модели;
- промышленные образцы;
- селекционные достижения;
- топологии интегральных микросхем;
- секреты производства (ноу-хау);
- фирменные наименования;
- товарные знаки и знаки обслуживания;
- наименования мест происхождения товаров;
- коммерческие обозначения.

На каждый объект интеллектуальной собственности признаются интеллектуальные права, защищаемые законом с использованием различных средств и способов. Правовая охрана большинства из перечисленных объектов возможна только с момента их государственной регистрации. Переход интеллектуальных прав от одного лица к другому также подлежит государственной регистрации.

Законодатель предоставляет равную защиту объектам интеллектуальной собственности вне зависимости от их субъектной принадлежности (организации или гражданину).

Лицо, на имя которого зарегистрирован охраняемый объект интеллектуальной собственности, признается исключительным правообладателем и может использовать его любым, не противоречащим закону способом по своему усмотрению.

Правообладатель может также распоряжаться своим исключительным правом, разрешать или запрещать другим лицам использование товарного знака, знака обслуживания или фирменного наименования, в т. ч. в сети Интернет. При этом отсутствие прямого запрета на такое использование не считается согласием правообладателя. Разрешенное использование чужого зарегистрированного объекта интеллектуальной собственности возможно на основании договоров с исключительными правообладателями.

- ♦ ДОМЕН – область (ветвь) иерархического пространства, обозначаемая уникальным доменным именем и обслуживаемая набором серверов DNS (Domain Name System, система доменных имен).
- ♦ ДОМЕН.RU или ДОМЕН.РФ – домен верхнего уровня с уникальным обозначением соответственно «ru» или «рф».
- ♦ ДОМЕННОЕ ИМЯ – символическое обозначение, предназначенное для сетевой адресации, в которой используется система доменных имен (DNS).

Использование объекта интеллектуальной собственности без согласия правообладателя, а равно использование объекта, сходного с оригинальным до степени смешения, является незаконным и влечет ответственность, установленную законом.

Доменное имя

Товарным знаком или знаком обслуживания признается обозначение, служащее для индивидуализации товаров (работ, услуг) юридических лиц или индивидуальных предпринимателей. В качестве товарных знаков могут быть зарегистрированы словесные, изобразительные, объемные и другие обозначения или их комбинации. Исключительное право на товарный знак может быть осуществлено, в частности, путем размещения изображения:

- на самих товарах (в т. ч. на этикетках, упаковках);
- на документации, связанной с введением товаров в гражданский оборот;
- в предложениях о продаже товаров (выполнении работ, оказании услуг), а также в объявлениях, на вывесках и в рекламе;
- в сети Интернет, в т. ч. в доменном имени и при других способах адресации.

Нарушением прав на товарный знак признается введение в хозяйственный оборот обозначения, сходного до степени смешения с зарегистрированным товарным знаком, в отношении однородных товаров или услуг.

Применительно к доменным именам подлежат защите права на уникальный набор букв, цифр и символов, сочетание которых было специально придумано для идентификации, в т. ч. в рекламных целях, и имеет безусловную коммерческую ценность. Техническое обозначение доменного имени необходимо для понимания структуры интернет-отношений.

Иными словами, доменное имя – это набор символов, позволяющий идентифицировать в сети Интернет тот или иной ресурс (веб-сайт) с определенным тематическим содержанием.

При выборе доменных имен предприниматели обычно останавливаются на максимально простых и логичных формулировках, ассоциирующихся у потребителей с конкретным участником хозяйственного оборота или его деятельностью.

В настоящее время доменные имена фактически трансформировались в средство, исполняющее функцию товарного знака или знака обслуживания товара.

В связи с этим при защите прав на доменные имена суды по аналогии применяют нормативные положения, регулирующие вопросы охраны товарных знаков, знаков обслуживания товаров, коммерческих обозначений.

При установлении звукового, графического или смыслового сходства используемого доменного имени с чужим фирменным наименованием либо товарным знаком, знаком обслуживания, коммерческим обозначением, имеющим приоритет в регистрации, суд признает и наличие правонарушения, поскольку очевидно потребительское смешение обозначений однородных товаров (работ, услуг) и их производителей. Аналогичным образом устанавливается сходство при проверке информации, размещенной на сайте с использованием чужого товарного знака или знака обслуживания. В этой части судебной защиты у истцов, как правило, не возникает проблем.

Вместе с тем множественность лиц, отвечающих за создание, сопровождение и наполнение интернет-сайта, приводит к трудностям в установлении субъекта, ответственного за незаконное использование доменного имени и размещение информации в Сети. Благодаря современному уровню развития компьютерных технологий правонарушители удачно маскируются, и без специальных навыков невозможно установить лицо, которое по закону обязано нести ответственность за использование в Интернете чужого объекта интеллектуальной собственности.

Кто ответит за нарушение?

Российская правоприменительная практика идет по пути признания правонарушителем того, кто за счет регистрации спорного наименования или обозначения в качестве доменного имени получил максимально широкие полномочия в использовании и распоряжении доменом, а значит, приобрел соответствующий круг обязанностей и ответственности. Как правило, таким лицом является администратор сайта, указанный в реестре доменов. Именно администратор несет ответственность за выбор доменного имени и возможное нарушение прав исключительных правообладателей при размещении на интернет-сайте той или иной информации. Нередко иски в защиту доменных имен обращены против регистраторов доменов. Однако такой подход является ошибочным, противоречит действующему законодательству, поскольку меры ответственности установлены исключительно для лиц, непосредственно совершающих действия, нарушающие исключительные права правообладателя. Регистратор доменных имен таких действий не совершает, а следовательно, не может выступать ответчиком по делу. Не стоит также торопиться с привлечением регистратора домена к участию в деле в качестве третьего лица, поскольку он более заинтересован в защите интересов ответчика, но не истца (им получены денежные средства от администратора домена, а проигранное дело негативно отразится на репутации в соответствующей сфере услуг). В рассматриваемой категории судебных дел зачастую в качестве ответчиков выступают интернет-провайдеры – организации, оказывающие администратору домена телематические услуги, т. е. обеспечивающие техническую возможность размещения в Интернете какой-либо информации и общего доступа к ней. Подобная ошибка истцов также влечет отказ в защите нарушенных прав, поскольку интернет-провайдеры не могут быть признаны правонарушителями, т. к. они не проверяют и не выбирают информацию, размещаемую на сайтах, а лишь создают условия для использования доменного имени.

Правила защиты

Наиболее частыми формами незаконного использования являются доменные имена с включением чужого фирменного наименования, а также недобросовестная реклама в сети Интернет с использованием известного товарного знака, знака обслуживания или коммерческого обозначения, принадлежащего

третьим лицам. Однако применение мер ответственности возможно только при условии доказанности вины нарушителя по составу правонарушения. Именно в этой части суды сталкиваются с недостатками правового регулирования, поскольку отсутствуют инструменты для правильной квалификации интернет-отношений, складывающихся между участниками с различным объемом правомочий.

На этапе подготовки к судебному разбирательству истцу рекомендуется получить доказательства принадлежности доменного имени и содержания соответствующего интернет-сайта: либо самому зафиксировать сведения, либо обратиться с запросами к уполномоченным лицам.

Действующим гражданским законодательством не определены критерии установления принадлежности интернет-сайтов и доменных имен. В отсутствие законодательного регулирования порядка регистрации в сети Интернет соответствующие правила могут определяться и устанавливаться обычаями делового оборота. Так, Координационным центром национального домена в сети Интернет утверждены Правила регистрации доменных имен в доменах .RU и .РФ, которые в полном объеме размещены на его официальном сайте (<http://www.cctld.ru/ru/docs/rules.php>). Данные Правила регулируют отношения, возникающие в связи с регистрацией доменных имен второго уровня в доменах .RU

и .РФ. Сведения о зарегистрированных доменных именах второго уровня, их администраторах и другая необходимая информация вносятся в единую базу данных – реестр доменных имен.

Поскольку Координационный центр является администратором российских национальных доменов верхнего уровня .RU и .РФ, то единственным достоверным источником сведений о владельце (администраторе) домена второго уровня в зоне .RU или .РФ является сам центр или уполномоченные им лица (регистраторы).

Сведения, полученные у интернет-провайдеров либо закрепленные в договоре о предоставлении телематических услуг, не могут служить достоверными доказательствами принадлежности того или иного доменного имени и соответствующего интернет-сайта.

Одним из способов закрепления информации, размещенной на интернет-сайте, является протокол осмотра, заверенный нотариусом. Согласно ст. 102 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате (утв. Постановлением ВС РФ от 11.02.1993 № 4462-1) по просьбе заинтересованных лиц нотариус обеспечивает доказательства, необходимые в случае

Участники отношений по регистрации и использованию доменных имен

1. **Администратор** – пользователь, на имя которого зарегистрировано доменное имя в реестре.
2. **Пользователь** – лицо, заказывающее или использующее услуги, связанные с регистрацией доменных имен.
3. **Координатор** – уполномоченное юридическое лицо, осуществляющее управление доменами .RU и .РФ в интересах российского и мирового

интернет-сообщества и организующее функционирование реестра.

4. **Регистратор** – юридическое лицо, аккредитованное координатором для регистрации доменных имен в доменах .RU и (или) .РФ, ответственное за поддержку сведений о доменном имени. При этом под такой поддержкой подразумевается комплекс действий регистратора по внесению, изменению и удалению сведений в реестре, относящихся к доменному имени и его администратору.

возникновения дела в суде или административном органе, если имеются основания полагать, что представление доказательств впоследствии станет невозможным или затруднительным. Фиксация информации, размещенной в Сети, производится самим нотариусом путем описания по тексту протокола с приложением распечатанных страниц интернет-сайта. При выполнении этих процессуальных действий нотариус вправе не извещать лицо, которое предполагается владельцем (администратором) сайта.

Зафиксированное нотариусом содержание сайта станет безусловным подтверждением факта использования объекта интеллектуальной собственности на том или ином ресурсе. Вместе с тем полученные истцом доказательства должны в бесспорном порядке подтверждать, что размещение информации в сети Интернет произведено именно ответчиком либо третьими лицами по прямому указанию ответственного лица. В противном случае факт незаконного использования объекта интеллектуальной собственности будет обезличен, что приведет к отказу в иске в связи с недоказанностью вины ответчика.

Новеллы гражданского законодательства

Учитывая проблемы и трудности, имеющиеся в судебной практике, законодатель подготовил проект изменений в ГК РФ, к настоящему моменту принятый Госдумой в первом чтении. Значи-

тельная часть поправок, предусмотренная законопроектом «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – законопроект), вносится в часть четвертую ГК РФ и касается использования результатов интеллектуальной деятельности, а также приравненных к ним средств индивидуализации товаров (работ, услуг) в сети Интернет и иных информационно-телекоммуникационных сетях.

Введена новелла: возможность привлечения к ответственности интернет-провайдеров, именуемых информационными посредниками.

В силу новой ст. 1253.1, которой предлагается дополнить ГК РФ, лицо, осуществляющее передачу материала в сети Интернет или предоставляющее возможность размещения материала в ней, при наличии вины несет ответственность за нарушение интеллектуальных прав в сети Интернет на общих основаниях, но с учетом установленных исключений и особенностей.

Информационный посредник, осуществляющий передачу материала в сети Интернет, не несет ответственности за нарушения интеллектуальных прав при одновременном соблюдении двух условий:



ЧИТАЙТЕ В ДЕКАБРЬСКОМ НОМЕРЕ ЖУРНАЛА:

- О каких изменениях законодательства в текущем году следует знать?
- Самые интересные новеллы 2013 года: чего ожидать?
- Каковы тенденции судебной практики по экономическим спорам?

Выгодная подписка в редакции **по тел.: 8 (495) 937-9082, 933-6317** или **на www.proflit.ru**

«Роспечать» – 37242 | «Почта России» – 10216 | «Пресса России» – 88523

Реклама

- он не изменяет материал после его получения, за исключением изменений, осуществляемых для обеспечения технологического процесса передачи материала;
- он не знал и не должен был знать о том, что использование соответствующего результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации лицом, инициировавшим передачу материала, содержащего такой результат или средство индивидуализации, является неправомерным.

Информационный посредник, предоставляющий возможность размещения материалов в сети Интернет, не несет ответственности за нарушения интеллектуальных прав при одновременном соблюдении двух условий:

- он не знал и не должен был знать о том, что использование соответствующего результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, содержащегося в соответствующем материале, является неправомерным;
- при получении письменного заявления правообладателя о нарушении интеллектуальных прав в результате размещения соответствующего материала в Интернете он своевременно принял необходимые и достаточные меры по устранению последствий нарушения интеллектуальных прав, предусмотренные законодательством об информации.

Практическая значимость подобного нововведения очевидна, поскольку суды будут наделены инструментами привлечения к ответственности лиц, не являющихся владельцами доменных имен, но так или иначе причастных к размещению информации

и виновных в незаконном использовании объектов интеллектуальной собственности в сети Интернет.

Разработчики законопроекта не уделили должного внимания вопросу идентификации информационного посредника среди множества субъектов интернет-отношений.

В такой ситуации законодательная новелла (упомянутая выше ст. 1253.1 ГК РФ в редакции законопроекта) окажется «мертвой», т. е. суды не смогут результативно ее применять.

Другим немаловажным нововведением можно считать изменение, вносимое в ст. 1260 ГК РФ, регулиющую авторские права на составные произведения. Разработчики законопроекта впервые на законодательном уровне отнесли интернет-сайт к числу составных произведений, права на которые приравнены к иным авторским правам. Под интернет-сайтом предлагается понимать представленную в объективной форме совокупность самостоятельных материалов, систематизированных таким образом, чтобы они могли быть размещены в сети Интернет. Авторские права создателя интернет-сайта защищены в части подбора и (или) расположения материалов (права на составительство).

При таком подходе к интернет-сайту судам предстоит выяснять наличие и принадлежность авторских прав на само составное произведение, в рамках которого было осуществлено незаконное использование чужого товарного знака, знака обслуживания или иного объекта интеллектуальной собственности. Иными словами, к лицам, участвующим в деле, возможно, будет причислен автор интернет-сайта. Однако остается открытым вопрос, внесет ли это ясность в процесс установления круга ответственных лиц.



Защищаться сложно, но можно

Существующее в настоящее время правовое регулирование интернет-отношений не позволяет в полной мере защищать нарушенные права на интеллектуальную собственность. Суды все чаще обращаются не к законодательным нормам, а к сложившейся правоприменительной практике – российской или международной, что не всегда благополучно сказывается на рассмотрении спора. Предлагаемые новеллы гражданского законодательства не устраняют всех пробелов правового регулирования, поэтому подготовка искового заявления в защиту нарушенных интеллектуальных прав должна включать не только правильное установление предмета и основания исковых требований, но и тщательный анализ круга потенциальных правонарушителей с целью определения ответчика по делу. Залогом успешной судебной защиты могут стать подборка и обеспечение необходимых доказательств, а также грамотное юридическое сопровождение с примерами судебных прецедентов.

«Правовое государство
нельзя построить
без развитого национального
рынка юридических услуг»



ЮБИЛЕЙ – 20 ЛЕТ С МОМЕНТА ОБРАЗОВАНИЯ – ПРАЗДНУЕТ АДВОКАТСКОЕ БЮРО «АНДРЕЙ ГОРОДИССКИЙ И ПАРТНЕРЫ» В ЭТОМ ГОДУ. В ЧЕМ СЕКРЕТ УСПЕХА? КАКИЕ ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ ЮРИДИЧЕСКОГО БИЗНЕСА В РОССИИ ВИДИТ ИМЕННО ТОТ, КТО НАЧАЛ ЕГО ДЕЛАТЬ НА РУБЕЖЕ ДВУХ ЭПОХ? КАК РАЗВИТЬ У КЛИЕНТА ПРИВЫЧКУ ВСЕГДА И ВО ВСЕМ ПОЛАГАТЬСЯ НА СВОЕГО КОНСУЛЬТАНТА? НА ЭТИ И ДРУГИЕ ВОПРОСЫ РЕДАКЦИИ ОТВЕТИЛ ГОСТЬ РУБРИКИ «ИНТЕРВЬЮ НОМЕРА» УПРАВЛЯЮЩИЙ ПАРТНЕР БЮРО АНДРЕЙ МИХАЙЛОВИЧ ГОРОДИССКИЙ.

– Андрей Михайлович, Адвокатское бюро «Андрей Городисский и партнеры» в этом году празднует свой юбилей – 20 лет с момента образования. Как возникла идея создания бюро?

– Все случилось в конце 1991 года, после развала Советского Союза, когда мною было принято решение покинуть госслужбу. В тот момент я, как и, наверное, многие в стране, был полон духа индивидуального предпринимательства и создал свою практику. Сначала она состояла из двух партнеров и двух технических сотрудников. Буквально из руин за короткое время мы построили офис и уже в начале 1992 года официально зарегистрировали фирму и начали работать. Конечно, в то время мы не ставили перед собой глобальных задач, тогда это было попросту наивно. Речь шла об освоении фундаментальных основ ремесла, а именно независимого правового консалтинга, и выживании, что было особенно актуально в первые годы существования Бюро. В это время нам очень помогли наши американские коллеги из юридической фирмы Debevoise & Plimpton LLP, которые многому нас научили и смогли передать нам бесценный опыт, а также продемонстрировали основные стандарты осуществления международной практики. Именно тогда особенно остро чувствовалась колоссальная разница между тем, как юристы работали в России, и тем, как это происходило на международной арене, – казалось, что между нами пропасть, которую не удастся преодолеть никогда.

Но, несмотря на трудности первых лет, к 1995 году мы могли с уверенностью сказать, что поставленные задачи были выполнены – мы заняли свое место на рынке юридических услуг и стали его конкурентоспособными игроками. Пусть пока и не крупными, но тем не менее мы на этом рынке присутствовали.

Для меня этот год был важен еще и тем, что мы получили международное признание, что, безусловно, крайне важно. Именно мы стали первой отечественной юридической фирмой, которая подготовила прямое (то есть без участия иностранной юридической фирмы)

комплексное правовое заключение для крупнейшего американского финансового института в связи с двухсотмиллионным займом, который тот предоставлял американской компании в целях развития ее бизнеса в России. Правовое заключение, естественно, касалось вопросов российского права, но тем не менее оно стало первым подобным заключением, сделанным национальной юридической фирмой, и подобных прецедентов на тот момент просто не было.

– А сейчас есть разница в стандартах оказания юридических услуг российскими и международными фирмами?

– Конечно, сейчас существенной разницы нет. Национальные фирмы за прошедшие 20 лет сделали колоссальный рывок и в полном объеме освоили международные стандарты осуществления юридического бизнеса. Отечественные юристы из ведущих российских юридических фирм работают на равных по вопросам российского права со своими иностранными коллегами. И всем известно, что именно российские юристы составляют кадровый костяк офисов международных юридических фирм, работающих в России, равно как и то, что зарубежные юридические фирмы, не имеющие офисов в России, уже много лет активно кооперируются с ведущими российскими фирмами по делам своих клиентов в нашей стране. Я не вижу разницы с точки зрения подходов, стандартов и понимания того, что делают и те и другие.

– Как Вы считаете, национальные и международные игроки юридического рынка конкурируют на одном поле или каждый занял свою нишу?

– Уровень работы российских национальных независимых юридических фирм заметно вырос, и сегодня мы можем на равных конкурировать с иностранными фирмами во всех областях. Правда, оговорюсь, что речь при этом идет именно о вопросах российского законодательства и права.

Иностранные юридические фирмы имеют бесспорное конкурентное преимущество в области применения английского права или права любой иной страны, поскольку в большинстве

**НАЦИОНАЛЬНЫЕ ФИРМЫ
ЗА ПРОШЕДШИЕ 20 ЛЕТ СДЕЛАЛИ
КОЛОССАЛЬНЫЙ РЫВОК И В ПОЛНОМ
ОБЪЕМЕ ОСВОИЛИ МЕЖДУНАРОДНЫЕ
СТАНДАРТЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ
ЮРИДИЧЕСКОГО БИЗНЕСА.**

своем, ведущие российские юридические фирмы не имеют серьезных офисов вне России. К сожалению, не секрет, что сегодня большая часть международных сделок с участием российского бизнеса по-прежнему структурируется с применением норм английского права.

Российские же юридические фирмы, в свою очередь, имеют конкурентное преимущество в области судебно-арбитражной работы. Но в целом отечественные юристы из ведущих национальных фирм знают свою профессию не хуже зарубежных коллег и способны достойно конкурировать с ними по большинству направлений юридической деятельности.

– Каким образом можно избежать применения иностранного права при структурировании сделок и вернуть их регулирование российскому праву?

– Только не запретами и ограничениями, как иногда у нас принято делать. Для этого нужно сделать первый и самый важный шаг – создать современное, в полной мере отвечающее потребностям делового оборота законодательство. Не устаю повторять: право – это политическая воля, выраженная в форме закона, изменение права без политической воли невозможно. Сейчас, наконец, наметилась тенденция проявления политической воли в сторону модернизации российского законодательства. В Гражданском кодексе РФ должны появиться положения, отвечающие современным требованиям хозяйственного оборота, прежде всего, в сфере регулирования сделок по слияниям и поглощениям как одного из наиболее эффективных инструментов развития экономических взаимоотношений. На сегодняшний день в этом отношении Кодекс содержит весьма убогие положения, и именно это всегда служило основным аргументом в пользу применения

английского права для этих взаимоотношений. Новый проект Гражданского кодекса РФ, созданный при участии юридического и финансового сообществ, а также РСПП, содержит положения, способные усовершенствовать отечественное законодательство. Конечно, этого не вполне достаточно, но тем не менее это первый и реальный шаг. Второй шаг должна сделать судебная практика. И чем быстрее высшая судебная инстанция определится с порядком применения новых положений, тем быстрее появится современное конкурентоспособное и унифицированное правоприменение. Третий шаг – это создание единого и комплексного регулирования рынка юридических услуг, в результате которого будет установлено, что платные юридические услуги на территории России и по вопросам применения российского права могут оказывать только адвокаты. При этом для получения статуса адвоката не будет установлено никаких ограничений – гражданин любой страны сможет стать российским адвокатом, если он отвечает определенным критериям и сдал соответствующий экзамен. Такие правила существуют во всех развитых странах и странах БРИКС. В этом случае маркетинговые усилия по продвижению английского права будут менее эффективными, и та «конкуренция юрисдикций», которую мы наблюдаем сейчас, ослабнет.

Идеальным было бы сделать эти три шага одновременно. Очень хочу надеяться, что наши государственные мужи ясно осознают, что невозможно построить правовое государство без развитого национального рынка юридических услуг.

– В чем Вы видите дальнейшие перспективы юридического рынка с точки зрения организации его работы?

– Как я уже сказал, отвечая на предыдущий вопрос, для дальнейшего развития национального рынка юридических услуг нам необходимо создать новый закон об адвокатуре, который будет отвечать современным требованиям. Необходимо, чтобы он объединил в единое адвокатское сообщество всех российских операторов рынка. Закон должен содержать разнообразные и гибко отрегулированные формы осуществления адвокат-

НЕ УСТАЮ ПОВТОРЯТЬ: ПРАВО – ЭТО ПОЛИТИЧЕСКАЯ ВОЛЯ, ВЫРАЖЕННАЯ В ФОРМЕ ЗАКОНА, ИЗМЕНЕНИЕ ПРАВА БЕЗ ПОЛИТИЧЕСКОЙ ВОЛИ НЕВОЗМОЖНО.

ской деятельности. Это позволит коллегам, которые сегодня работают в форме обычных коммерческих предприятий, безболезненно реорганизовать свой бизнес и влиться в существующую структуру адвокатуры, тем самым объединив всех российских участников рынка в единое саморегулируемое профессиональное сообщество, работающее по единым правилам, в том числе и правилам профессиональной этики. Единое регулирование может облегчить и решение такой важной задачи развития рынка, как слияние и поглощение юридических фирм.

Общий уровень глобализации экономических отношений, частью которых является юридический бизнес, свидетельствует о том, что слияние офисов и практик или поглощение небольших практик крупными игроками – устойчивая и набирающая обороты тенденция. Однако в сегодняшних условиях чрезвычайно сложно осуществить слияние, например, адвокатского бюро и юридической фирмы, имеющей статус ООО. На мой взгляд, такое положение вещей тормозит развитие рынка.

– Какая система партнерства и управления юридической фирмой, на Ваш взгляд, наиболее эффективна?

– Здесь нет универсальных или единственно правильных рецептов. Существуют две фундаментальные системы организации партнерства в юридической фирме – принцип старшинства «lock step» и принцип «eat what you kill» (получи то, что ты заработал). Каждая из этих систем имеет свои достоинства и недостатки. Эффективность фирмы не зависит от выбранной системы партнерства. Существует большое число ведущих международных фирм, которые используют как первую, так и вторую систему партнерских отношений. Во многом выбор между этими системами обуславливается предпочтениями самих партнеров.

НЕСМОТЯ НА ДВАДЦАТИЛЕТНИЙ ЮБИЛЕЙ, НАША ФИРМА МОЛОДЕЕТ.

Наша система до последнего времени больше соответствовала второму принципу. Но на определенном этапе стало очевидно, что в контексте дальнейшего развития фирмы и построения взаимоотношений между партнерами первый принцип более стабилен, жизнеспособен и отвечает в большей степени нашим интересам и взглядам.

– Означает ли это, что принцип «eat what you kill» уместен только в момент становления фирмы?

– Нет, конечно. Его можно использовать на любом этапе развития фирмы, в том числе когда она очень большая.

Этот принцип жестче и агрессивнее. Он порождает индивидуалистические подходы, не всегда сочетаемые с общими интересами всех партнеров, что нам не очень нравится. В этом отношении принцип «lock step» более сбалансирован, и фирмы, работающие в этой системе, как правило, относятся к мировой юридической элите, имеют высочайшие репутационные показатели и у них практически нет текучести партнеров. А это именно то, к чему стремимся и мы.

– В международных юридических фирмах существует практика, когда партнером становится человек, не являющийся юристом, но способный привести в компанию крупных, стратегических клиентов. Возможно ли это в России?

– Действительно, как я слышал от своих британских коллег, такая практика существует в Англии. При этом, насколько я понимаю, такая возможность закреплена в законодательстве. На мой взгляд, это является примером того, как государство относится к развитию юридического бизнеса, создавая все необходимые условия для этого, в том числе и такие необычные.

Не думаю, что этот вопрос для нас имеет сейчас первоочередное значение. Необходимо как можно быстрее создать единое регулирова-

ние рынка юридических услуг с традиционными условиями и правилами работы на нем, а уж затем можно будет задумываться о дополнительных инструментах развития.

– Видите ли Вы перспективы развития Бюро в увеличении штата его юристов и открытии новых практик?

– Сегодня у нас работают 25 юристов и, конечно, рост числа специалистов – это наша стратегическая цель. Однако эту работу мы ведем достаточно консервативно и спокойно, не спеша расширять наш офис. Прежде всего, мы стремимся к развитию новых направлений практики. Уже многие годы на рынке существует тенденция специализации фирм на определенных практиках, и мы в этом смысле – не исключение. Есть направления, развитию которых мы уделяем особое внимание, но не отворачиваемся и от других перспективных направлений как по секторам экономики, так и по собственно правовым вопросам. Открытие любого нового направления работы на определенном этапе требует увеличения числа юристов. Как правило, именно с этим у нас связано увеличение штата.

Мне очень приятно видеть, что, несмотря на двадцатилетний юбилей, наша фирма молодеет. К нам приходят все больше молодых, амбициозных и перспективных юристов, в том числе партнеров, способных заниматься активным развитием практики. Тем не менее при смене поколений для нас очень важно не потерять ту репутационную составляющую, которая характерна для имиджа нашей фирмы. Мы всегда исповедовали так называемый врачебный подход к делам клиентов, исходя из того, что люди обращаются к нам не только за выполнением какой-либо правовой работы, но и полагаются на нас, как на защитников их интересов. Этот подход мы стараемся культивировать у всех наших молодых коллег.

– Как Вы нанимаете адвокатов и юристов в Бюро?

– У нас, как и у всех, есть свои внутренние стандарты, критерии и градация персонала.

Кандидатов мы ищем на свободном рынке труда, после чего проводим долгое многостадийное собеседование с партнерами нашего Бюро, по итогам которого принимаем коллегиальное решение. Один из обязательных критериев – это, конечно, знание английского языка. Предпочтительно, чтобы претендент был выпускником МГУ им. М.В. Ломоносова, МГИМО, МГЮА или Высшей школы экономики. Однако у нас есть и позитивные примеры того, как к нам в штат поступали выпускники малоизвестных вузов, показавшие великолепные результаты как юристы, способные достаточно быстро овладеть нашей профессией. В нашей профессии человек делает себя сам. Приветствуется наличие степени LL.M., полученной в одной из американских школ права. На мой взгляд, это является показателем, свидетельствующим о стремлении претендента расширять свой профессиональный кругозор и совершенствовать языковую подготовку, однако это никак не влияет на уровень оплаты его труда.

Руководствуясь общей стратегией развития и поддержания своей репутации, мы уже на втором собеседовании подробно рассказываем претенденту, что такое в нашем понимании профессиональное отношение к делам клиента, каковы наши внутренние правила профессиональной этики, которые, кстати, существуют с 1994 года и во многом заимствованы у Нью-Йоркской коллегии адвокатов. Мы внимательно следим за реакцией кандидата, чтобы определить, принимает ли он нашу позицию и отношение к работе на клиента. И уже не раз отсутствие понимания и позитивной реакции на эти правила и постулаты служили основной причиной отказа в приеме на работу в Бюро.

– Прокомментируйте, пожалуйста, высказывание председателя ВАС РФ Антона Иванова относительно необходимости создания в России адвокатской монополии.

– Было бы странно, если бы я не согласился с Антоном Александровичем: создание монополии может принести больше работы нам – юристам.

Но тем не менее я считаю это фрагментарным решением глобальной проблемы. Повторюсь, у нас отсутствует регулирование рынка юридических услуг в отличие, скажем, от наших коллег по БРИКС, которые имеют достаточно жесткое регулирование, направленное на защиту национальных фирм. И в нашей ситуации необходим всеобъемлющий закон об адвокатуре, в том числе комфортный для перехода в адвокатуру моих коллег, работающих в формах обычных коммерческих предприятий (что, кстати, не мешает им добиваться потрясающих успехов в судебной работе).

– Необходимо ли ужесточать условия сдачи адвокатского экзамена с тем, чтобы собрать в адвокатуре профессиональную юридическую элиту? Будет ли это служить дополнительной гарантией защиты клиента от некачественной услуги?

– Адвокатура является саморегулируемой организацией, и вопросы, связанные с профессиональным уровнем ее членов, выполнения ими правил профессиональной этики и решение всех дисциплинарных вопросов, относятся к компетенции территориальных адвокатских палат. Мне трудно говорить о ситуации, которая имеет место в иных территориальных палатах, но в Адвокатской палате города Москвы проводятся очень серьезные экзамены для юристов, желающих стать адвокатами. Этим, по-видимому, во многом обуславливается высокий профессиональный уровень московских адвокатов. Не думаю, что следует всерьез говорить об ужесточении экзамена, как дополнительной гарантии защиты клиента от некачественной услуги. Скорее, нужно задумываться о постоянном совершенствовании экзаменационного процесса, с тем чтобы он соответствовал требованиям, предъявляемым к адвокатам рынком. Адвокатура – не элитарный клуб, это сообщество профессионалов, деятельность которых должна строго соответствовать установленным правилам профессиональной этики. В этом я вижу дополнительную гарантию для клиентов.

– Нуждается ли система страхования ответственности адвоката в реформировании?

– Реформировать, в общем-то, нечего, так как, фактически, не существует страхования ответственности адвокатов. Это является чрезвычайно негативным обстоятельством и существенным конкурентным недостатком российской адвокатуры. Страхование ответственности, конечно, провозглашено в законе, но, к сожалению, не функционирует из-за наличия ряда правовых и экономических препятствий.

Это колоссальное упущение в регулировании деятельности прежде всего адвокатов, обслуживающих бизнес. Профессиональная ошибка вероятна, и клиент должен иметь гарантию возмещения убытков. Страхование должно быть, и его наличие – один из главных признаков цивилизованного рынка юридических услуг.

Здесь нужно вернуться к вопросу об условиях конкуренции российских фирм с международными юридическими фирмами, которые, в отличие от нас, давно решили вопросы страхования своей ответственности за пределами России.

– В свое время Дмитрий Медведев дал указание создать национальный рейтинг юридических компаний с тем, чтобы конечный потребитель знал, к кому обращается за услугой. Насколько необходим такой рейтинг и должен ли он быть связан с государством?

– Однозначно такой рейтинг не может и не должен быть связан с государством. Сама профессия подразумевает достаточный уровень независимости от государства. Но пока мы имеем то, что имеем, – попытку рейтингования от портала ПРАВО.Ru, которую нельзя назвать бесспорной и способствующей ориентированию клиента в пространстве юридического рынка.

Рейтинг в первую очередь должен анонсировать правила и критерии, по которым он составляется. Кроме того, рейтинг не может быть один. Например, в США рейтингование происхо-

АДВОКАТУРА – НЕ ЭЛИТАРНЫЙ КЛУБ, ЭТО СООБЩЕСТВО ПРОФЕССИОНАЛОВ, ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ КОТОРЫХ ДОЛЖНА СТРОГО СООТВЕТСТВОВАТЬ УСТАНОВЛЕННЫМ ПРАВИЛАМ ПРОФЕССИОНАЛЬНОЙ ЭТИКИ.

дит по сотням различных критериев, что помогает составить определенную картину рынка.

У нас же при наличии одного рейтинга участие в нем во многом становится PR-инструментом юридических фирм и частью их маркетинговой стратегии, как и участие в рейтингах Chambers and Partners или The Legal 500. Многие фирмы, занимающие лидирующие позиции на рынке, отказываются от участия в рейтинге на таких условиях.

Однако нынешняя ситуация не повод для безоговорочного пессимизма. С развитием национального рынка юридических услуг будут появляться и другие рейтинги. Конкуренция между ними приведет к повышению качества и разносторонности анализа деятельности юридических фирм, что позволит потребителям юридических услуг формировать более полное представление об участниках рынка и, как следствие, делать осознанный и оптимальный выбор в каждой конкретной ситуации. Цель не может быть достигнута здесь и сейчас, даже при наличии указания руководителя государства. К ней нужно идти. Главное – идти, а не топтаться на месте. И это, как мне представляется, должно относиться не только и не столько к улучшению качества рейтингования юридических фирм, а к тем усилиям, которые должно приложить государство в создании условий для развития национального рынка юридических услуг.

*Беседовали Николай Федосеенков
и Ксения Богданова*

Главное профессиональное событие года **XVII Итоговая практическая конференция «Бухгалтерский учет и налогообложение в России»**

4–7 декабря 2012 года

К УЧАСТИЮ В КОНФЕРЕНЦИИ ПРИГЛАШЕНЫ:

С.Д. ШАТАЛОВ – д-р экон. наук, статс-секретарь, первый заместитель Министра финансов РФ;

С.В. РАЗГУЛИН – заместитель директора Департамента налоговой и таможенно-тарифной политики Министерства финансов РФ;

И.Р. СУХАРЕВ – начальник отдела Департамента регулирования государственного финансового контроля, аудиторской деятельности, бухгалтерского учета и отчетности Министерства финансов РФ;

Т.А. ШНАЙДЕРМАН – заместитель начальника отдела Департамента регулирования государственного финансового контроля, аудиторской деятельности, бухгалтерского учета и отчетности Министерства финансов РФ;

Д.Ю. ГРИГОРЕНКО – начальник Управления налогообложения ФНС России;

К.В. НОВОСЕЛОВ – канд. экон. наук, начальник отдела Контрольного управления ФНС России;

В.В. ЗЛАТИ – начальник отдела Управления налогообложения ФНС России;

Л.А. КОТОВА – заместитель директора Департамента развития социального страхования и государственного обеспечения Министерства труда и социального развития РФ и другие специалисты.

ПРОГРАММА КОНФЕРЕНЦИЙ

Сессия 1. 4–5 декабря 2012 года

«Бухгалтерский учет: современная методология и тенденции развития»

- План развития бухгалтерского учета и отчетности на основе **МСФО** на 2011–2015 годы (приказ Минфина России от 25.11.2011 № **160н**).
- Вступление в действие Федерального закона от 06.12.2011 № **402-ФЗ**.
- Федеральный закон от 27.07.2010 № **208-ФЗ**.
- Новые и действующие **Положения по бухгалтерскому учету**.
- Подготовка **годового бухгалтерского отчета** за 2012 год.
- **Учетная политика** организации (бухгалтерская и налоговая) на 2013 год.

Сессия 2. 6–7 декабря 2012 года

«Налоговая реформа в России. Налоговый кодекс РФ: части I и II»

- **Налоговая политика и налоговое законодательство** России в 2012 году.
- **Изменения**, внесенные и планируемые в **ч. I и II НК РФ**.
- Практические **вопросы налогообложения** в 2012–2013 годах.
- Вопросы **налогового контроля** в связи с вступлением в действие с 1 января 2012 года раздела V.1 НК РФ.
- Комментарии к **важнейшим положениям главы 3.1 НК РФ**.



Реклама

При участии представителей Минфина России, ФНС России

ВНИМАНИЕ! Выдается сертификат Института профессиональных бухгалтеров о повышении квалификации в счет ежегодной 40-часовой программы.
Подробности по телефону: **8 (495) 937-9082**, на сайте **www.seminar.ru**

НАРУШЕНИЕ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫХ ПРАВ на произведение и секрет производства



Александра Васюхнова

руководитель группы технологий
и инвестиций юридической фирмы
VEGAS LEX



Ирина Гончаренко

юрист группы технологий
и инвестиций юридической
фирмы **VEGAS LEX**

ПО ДАННЫМ МЕЖДУНАРОДНОГО АЛЬЯНСА ПО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ (INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY ALLIANCE, ИРА), РОССИЯ УЖЕ НЕ ПЕРВЫЙ ГОД ВХОДИТ В ЧИСЛО СТРАН С ВЕСЬМА ПЛАЧЕВНОЙ СИТУАЦИЕЙ С СОБЛЮЖДЕНИЕМ АВТОРСКИХ ПРАВ. КАКИМ ПРАКТИЧЕСКИМ ВОПРОСАМ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ, ВОЗНИКАЮЩИМ ПРИ РАССМОТРЕНИИ СУДАМИ ДЕЛ ОБ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЛИЦ, НЕЗАКОННО ИСПОЛЬЗУЮЩИХ РЕЗУЛЬТАТЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ, СЛЕДУЕТ УДЕЛЯТЬ ВНИМАНИЕ?

Выбор формы ответственности

Под незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности (далее – РИД) ГК РФ понимает любое использование, осуществляемое без согласия правообладателя, соответствующего РИД или средства индивидуализации.

В качестве наказания за нарушение исключительных прав на произведение ст. 1301 ГК РФ предусматривает возможность взыскания с нарушителя компенсации, размер которой устанавливается по выбору правообладателя либо в ди-

апазоне от 10 тыс. до 5 млн руб., либо в двукратном размере стоимости экземпляров произведения (стоимости права использования произведения), определяемой исходя из цены, обычно взимаемой при сравнимых обстоятельствах за правомерное использование произведения.

Особенность данной формы ответственности раскрывается в п. 3 ст. 1252 ГК РФ, согласно которой компенсация подлежит взысканию при доказанности факта правонарушения. При этом правообладатель, обратившийся за защитой пра-

ва, освобождается от доказывания размера причиненных ему убытков. Размер компенсации определяется судом в пределах, установленных ГК РФ, в зависимости от характера нарушения и иных обстоятельств дела с учетом требований разумности и справедливости.

Анализ практики арбитражных судов показывает, что такая форма привлечения нарушителя к ответственности, как взыскание компенсации, активно используется правообладателями при защите нарушенных прав. Все это свидетельствует о позитивных тенденциях в сфере защиты РИД.

Однако вопросы, связанные с привлечением нарушителей к ответственности, все же остаются.

Субъекты ответственности: множественность лиц на стороне нарушителя

1 В Свердловской области рассматривалось дело о взыскании компенсации за незаконное использование (переработку и распространение) произведения – детской настольно-печатной игры (Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 09.11.2009 № 17АП-10115/2009-ГК по делу № А60-41085/08). Ответчиками по данному делу выступали как общество, выполнившее переработку игры, так и общество, осуществлявшее распространение переработанной версии среди конечных потребителей.

Помимо прочего в ходе рассмотрения дела судом решались вопросы о том, является ли общество, распространяющее переработанную игру, надлежащим субъектом ответственности, а также отвечают ли нарушители солидарно либо их ответственность носит индивидуальный характер.

В отношении надлежащего субъекта суд апелляционной инстанции занял однозначную позицию: действия общества по хранению, комплектовке и перевозке контрафактных экземпляров игры являются использованием объекта интеллектуальной собственности, т. к. направлены на введение контрафактной продукции в хозяйственный оборот и представляют собой совокупность действий, обеспечивающих доставку товара до покупателя. При этом апелляционная instancia обосновывала свою позицию ссылкой на то, что

общество, имея в своем распоряжении оригинальную игру, могло и должно было в силу принципов добросовестности, разумности и осмотрительности сопоставить ее с переработанной игрой и установить контрафактность последней.

Президиум ВАС РФ при пересмотре дела в порядке надзора пришел к выводу о том, что использование игры в виде незаконной переработки, а затем ее распространение представляло собой два разных случая извлечения прибыли от неправомерного использования произведения, которые образуют самостоятельные составы правонарушения и служат основанием для взыскания компенсации за каждый из таких случаев (Постановление Президиума ВАС РФ от 20.07.2010 № 2995/10 № А60-41085/2008-С7).

Таким образом, высшая судебная инстанция сформировала критерий определения вида ответственности правонарушителей: самостоятельный или совместный характер действий ответчиков.

2 В настоящее время на рассмотрении ВАС РФ находится дело о защите прав на фотографическое произведение и выплате денежной компенсации, в рамках которого также встал вопрос о надлежащем субъекте ответственности (Определение ВАС РФ от 30.08.2012 № ВАС-8953/12 по делу № А40-82533/11-12-680 о пересмотре судебных актов в порядке надзора). Президиуму ВАС РФ предстоит решить, является ли журнал, незаконно разместивший фотографии, ответственным за нарушение авторских прав как распространитель контрафактной продукции.

С одной стороны, высшая судебная инстанция соглашается с тем, что продажа журнала – обычный способ распространения, который по общему правилу не предполагает специальной проверки того факта, нарушаются ли при его создании интеллектуальные права третьих лиц, поскольку за их соблюдение отвечают, прежде всего, лица, указанные в Законе РФ от 27.12.1991 № 2124-1 «О средствах массовой информации».

С другой стороны, согласно совместной позиции высших судебных инстанций, выраженной в Постановлении 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», отсутствие вины нарушителя не освобождает его от обязанности прекратить нарушение интеллектуальных прав, а также не исключает применения в отношении него мер, направленных на защиту таких прав. Это положение подлежит применению к способам защиты прав, не относящимся к мерам ответственности.

В связи с обнаружившейся правовой неопределенностью данное дело в настоящий момент передано на рассмотрение Президиума ВАС РФ.

Таким образом, вопрос о надлежащем субъекте ответственности подлежит установлению в каждом конкретном случае.

Множественность объектов

При рассмотрении в суде дела о взыскании компенсации за незаконное использование музыкальных произведений и фонограмм возник вопрос о расчете суммы такой компенсации. Нарушение исключительных прав выразилось в незаконном распространении компакт-диска, содержащего музыкальные произведения. Суд кассационной инстанции признал компакт-диск единым сложным самостоятельным произведением и определил размер компенсации исходя из нарушения ответчиком прав на один сложный объект.

Данное дело было пересмотрено Президиумом ВАС РФ, который не согласился с позицией суда кассационной инстанции, указав, что каждое из музыкальных произведений, записанных на данном компакт-диске, является самостоятельным объектом исключительных прав, подлежащим защите, поэтому компенсация должна рассчитываться с учетом нарушения прав по каждому из них. При этом компакт-диск, содержащий музыкальные произведения и фонограммы, представляет собой материальный носитель, используемый для их воспроизведения, и не является самостоятельным объектом авторского права (Постановление Президиума

ВАС РФ от 30.11.2010 № 10521/10 по делу № А23-4426/09Г-20-238).

Несмотря на то что высшая судебная инстанция озвучила свою позицию, вопрос множественности объектов все же возникает в судебной практике, но в несколько ином контексте.

Так, в марте 2012 г. предметом рассмотрения ФАС Волго-Вятского округа стало дело о взыскании компенсации за нарушение исключительных прав на использование аудиовизуального произведения – анимационного сериала «Смешарики» (Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 19.03.2012 по делу № А31-4367/2011). В данном случае судам предстояло решить вопрос, является ли сериал единым сложным объектом, либо каждая серия представляет собой самостоятельный объект авторского права. По результатам рассмотрения дела суд кассационной инстанции пришел к выводу о том, что размещение нескольких самостоятельных объектов интеллектуальной собственности на компакт-диске, являющемся всего лишь материальным носителем, не делает их единым сложным объектом, в связи с чем компенсация взыскивается за каждый случай неправомерного использования РИД. Данная позиция является полным отражением ранее высказанной позиции ВАС РФ.

Нарушение исключительных прав на секрет производства

На практике существуют активы хозяйствующих субъектов, которые сложно защитить с помощью обычных методов, а иногда и вообще невозможно в силу присущей им специфики.

В качестве примера таких активов можно привести схемы реализации бизнес-процессов компании, а также применяемые ею технологии производства. Возможны ситуации, когда производственные процессы не обладают патентоспособностью или владелец информации по какой-либо

Ищите нас на Facebook



корпоративный юрист



Защита ноу-хау: судебная практика

К сожалению, судебная практика по защите исключительных прав на ноу-хау весьма незначительна. Это можно объяснить неумением и трудностью использования механизмов, предусмотренных Федеральным законом от 29.07.2004 № 98-ФЗ «О коммерческой тайне», а также сложностью объекта ноу-хау.

В деле № А57-11021/2011 общество, занимавшееся продажей по каталогам продукции зарубежного производителя, предъявило иск к индивидуальному предпринимателю о взыскании убытков в виде упущенной выгоды. Ответчик некоторое время был работником истца и имел доступ к базе его клиентов. Впоследствии ответчик сам стал осуществлять деятельность по продаже продукции этого зарубежного производителя, используя информацию о клиентах из базы истца (номера телефонов и условия договоров) и предложив им более выгодные условия заказов (меньший размер комиссионного вознаграждения). Суды первой, апелляционной и кассационной инстанций отказали обществу в иске на том основании, что в отношении сведений, составлявших клиентскую базу, не был введен надлежащим образом режим коммерческой тайны. Кроме того, суд первой инстанции отметил, что истец не указал на необходимые для определения упущенной выгоды разумные затраты, которые кредитор должен был понести в случае, если бы обязательство было выполнено (Определение **Арбитражного суда Саратовской области** от 18.11.2011, 25.11.2011, постановления **Двенадцатого арбитражного апелляционного суда** от 06.03.2012, **ФАС Поволжского округа** от 10.07.2012 по делу № А57-11021/2011).

причине не стремится делать ее общедоступной. В этих и других случаях использование, оборот и охрану таких «неформатных» нематериальных активов можно обеспечить с помощью особого объекта интеллектуальной собственности – секрета производства (ноу-хау).

Статья 1465 ГК РФ дает следующее определение секрета производства. Это сведения любого характера (производственные, технические, экономические, организационные и др.), в т. ч. о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, а также сведения о способах осуществления профессиональной деятельности, которые имеют действительную или

потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности их третьим лицам, к которым у указанных лиц нет свободного доступа на законном основании и в отношении которых обладателем таких сведений введен режим коммерческой тайны.

Несмотря на то что из этой нормы можно выделить основные критерии отнесения объекта к секрету производства, использование формулировки «сведения любого характера» позволяет трактовать понятие «ноу-хау» максимально широко и включать в него самую разную информацию – от списка клиентов (который может параллельно охраняться как база данных) до вышеупомянутых схем и описаний производственных или бизнес-процессов.

Однако главное условие защиты ноу-хау – необходимость введения в отношении рассматриваемых сведений режима коммерческой тайны. Именно это требование соблюдения не самых прогрессивных положений Федерального закона от 29.07.2004 № 98-ФЗ «О коммерческой тайне» чаще всего не выполняется на предприятиях по причине незнания, сложности исполнения и поддержания в силе или иных причин.

Таким образом, первый серьезный барьер при охране секрета производства – это обеспечение соответствия требованиям законодательства сведений, его составляющих, в первую очередь путем выполнения мероприятий по введению режима коммерческой тайны.

Предполагаемый нарушитель

Статья 1472 ГК РФ выделяет две категории лиц, которые могут выступать субъектами ответственности:

- лица, неправомерно получившие сведения, составляющие секрет производства, и разгласившие или использовавшие эти сведения;
- лица, обязанные сохранять конфиденциальность секрета производства в силу договора (лицензионного, отчуждения либо трудового).

Для первого типа нарушителя законодатель выделил конкретные действия, составляющие суть нарушения, – разглашение или использование сведений. Сущность нарушения здесь можно

вывести из определения исключительного права на секрет производства (ст. 1466 ГК РФ) и общих положений об исключительном праве (ст. 1229 ГК РФ). В конечном итоге она опять-таки сводится к разглашению или использованию рассматриваемых сведений.

Важный момент, который следует учитывать при установлении факта нарушения исключительного права на ноу-хау, – обстоятельства, при которых предполагаемый нарушитель стал обладателем сведений, составляющих секрет производства. Значимость таких обстоятельств объясняется двумя правилами:

- исключительным правом на секрет производства наделяется лицо, ставшее добросовестно и независимо от других обладателей этого секрета производства обладателем сведений, составляющих ноу-хау (п. 2 ст. 1466 ГК РФ);
- от обязанности возместить убытки освобождается лицо, которое использовало секрет производства и не знало, а также не должно было знать о том, что его использование незаконно, в т. ч. в связи с тем, что оно получило доступ к секрету производства случайно или по ошибке (п. 2 ст. 1472 ГК РФ).

В этой связи следует напомнить правообладателю о полезности нанесения на каждый экземпляр носителя сведений, составляющих секрет производства, указания на особый характер таких сведений, что позволит избежать ссылки нарушителя на незнание или случайность попадания к нему предмета ноу-хау.

Выбор формы ответственности

Статья 1472 ГК РФ предусматривает обязанность нарушителя возместить убытки, причиненные на-

рушением исключительного права, в случае, если иная форма ответственности не предусмотрена законом или договором.

Тема возможности установления договорной неустойки, в т. ч. определенной в виде неснижаемой компенсации в форме твердой денежной суммы либо формулы расчета такой суммы, нередко становится предметом дискуссий. Общий вывод, к которому чаще всего приходят специалисты, – неготовность российской судебной системы к стабильному признанию жестких договорных мер ответственности. В качестве обоснования аналитики обычно ссылаются на «обязанность суда установить баланс между применяемой к нарушителю мерой ответственности и оценкой действительного (а не возможного) ущерба, причиненного в результате конкретного правонарушения» (Определение КС РФ от 21.12.2000 № 263-О).

В таких условиях основной формой привлечения нарушителя исключительных прав на секрет производства к ответственности остается взыскание убытков. Возможности использования популярной у правообладателей компенсации при защите ноу-хау законодателем не предусмотрено, поэтому на владельца секрета производства ложится дополнительный риск – доказывание размера понесенных им убытков, а также наличия причинно-следственной связи между действиями нарушителя и такими убытками. В связи со спецификой нарушения исключительных прав, весьма вероятно, что убытки будут в основном состоять из упущенной выгоды, а в этом случае следует помнить о необходимости доказывания факта принятия мер для ее получения и сделанных с этой целью приготовлений.



Защитить правообладателей будет проще

Готовящиеся поправки в ГК РФ несколько меняют подход к определению секрета производства – в случае их одобрения для его установления будет достаточно принятия обладателем сведений разумных мер для соблюдения их конфиденциальности, в т. ч. (но не только!) по введению режима коммерческой тайны. Это означает, что сфера применения данного объекта интеллектуальной собственности будет неизменно расширяться, а защита – упрощаться в соответствии с общей тенденцией усиления защиты интересов правообладателей.

Применение КЛИЕНТСКИХ ПРОГРАММ ЛОЯЛЬНОСТИ



Елена Трусова

партнер практики
по разрешению споров
и по интеллектуальной
собственности юридической
фирмы **Goltsblat BLP**



Яна Пылаева

старший юрист практики
по интеллектуальной
собственности юридической
фирмы **Goltsblat BLP**

ПРОГРАММЫ ЛОЯЛЬНОСТИ СТАЛИ ПРИВЫЧНЫМ ЭЛЕМЕНТОМ МАРКЕТИНГОВОЙ СТРАТЕГИИ КОМПАНИЙ. ПОСЛЕДНИЕ ПРЕДЛАГАЮТ СВОИ ФИРМЕННЫЕ ПРОГРАММЫ, УЧАСТИЕ В КОТОРЫХ ПОЗВОЛЯЕТ КЛИЕНТУ ПОЛУЧАТЬ СКИДКИ ИЛИ БОНУСЫ, ЛИБО ПРИСОЕДИНЯЮТСЯ К ОДНОЙ ИЗ СУЩЕСТВУЮЩИХ ГРУППОВЫХ СКИДОЧНЫХ ПРОГРАММ, ОБЪЕДИНЯЮЩИХ РАЗЛИЧНЫЕ КОМПАНИИ. ОДНАКО ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ УКАЗАННОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ЯВНО ОТСТАЕТ ОТ УРОВНЯ РАЗВИТИЯ ЭТИХ МАРКЕТИНГОВЫХ ИНСТРУМЕНТОВ НА ПРАКТИКЕ. МНОЖЕСТВО НЕЯСНОСТЕЙ ВОЗНИКАЕТ ПРИ НАЛОГОВОМ УЧЕТЕ СКИДОЧНЫХ И БОНУСНЫХ ОПЕРАЦИЙ, ПРИ ПОПЫТКАХ ОПРЕДЕЛИТЬ ИХ ПРАВОВУЮ ПРИРОДУ И СООТНОШЕНИЕ С ИМПЕРАТИВНЫМИ НОРМАМИ ГК РФ, А ТАКЖЕ С НОРМАМИ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О ЗАЩИТЕ ПРАВ ПОТРЕБИТЕЛЕЙ И О РЕКЛАМЕ. НА КАКИЕ ОСОБЕННОСТИ СТОИТ ОБРАТИТЬ ВНИМАНИЕ ПРИ РАЗРАБОТКЕ ПРОГРАММ ЛОЯЛЬНОСТИ?

ОСНОВНЫЕ ВИДЫ

1.

Скидочная программа, в результате участия отдельные группы клиентов получают возможность приобрести товар по цене ниже объявленной.

2.

Бонусная программа, результатом участия является получение бонусных очков за совершение определенных действий. Бонусные очки могут быть впоследствии использованы для оплаты товаров или услуг (полностью либо в части), в редких случаях их можно «обналичить» и получить реальные деньги.

• ОБМАН ИЛИ ВЫГОДА?

В отношении скидочных программ высказывалось мнение, что они являются заведомо незаконными, т. к. противоречат ст. 426 ГК РФ, согласно которой цена товаров (работ, услуг), а также иные условия публичного договора (каким является договор розничной купли-продажи) устанавливаются одинаковыми для всех потребителей, за исключением случаев, когда законом и иными правовыми актами допускается предоставление льгот для отдельных категорий потребителей (*Паршин А. Дисконтные карты — обман потребителей? // Корпоративный юрист. 2007. № 11*). Обосновывалась позиция, согласно которой предоставление скидок, например, владельцам дисконтных карт представляет собой дискриминацию других потребителей и может быть признано незаконным на основании ст. 168 ГК РФ.

Формирование программ лояльности

До сих пор не решен вопрос о том, что же представляют собой программы лояльности с гражданско-правовой точки зрения. В настоящее время гражданское законодательство не содержит легальных определений таких понятий, как «скидка», «бонус», «дисконтная карта».

Условия участия в бонусных и скидочных программах, как правило, являются одинаковыми и равно доступными для всех потребителей. При этом скидки предоставляются не безосновательно без какого-либо встречного исполнения со стороны потребителя, а за определенные действия (покупки на определенную сумму, длительность взаимоотношений с компанией и т. п.). Следовательно, нельзя говорить о том, что в данном случае имеет место неосновательная дискриминация других потребителей, т. к. любой из них может приобрести товар на предлагаемых условиях, приняв участие в программе. Условия о порядке предоставления скидки в указанной ситуации можно рассматривать как часть условий об одинаковом для всех порядке определения цены конкретного товара. Впрочем, если подходить к делу чисто формально на основании буквального восприятия ст. 426 ГК РФ (без учета целеполагания законодателя), то точка зрения, с которой спорят авторы данной статьи, может быть воспринята практикой в отдельных случаях.

Интересным также является сложившееся на практике понимание правовой природы дисконтной карты, выдаваемой покупателю — участнику бонусной или скидочной программы. В Письме Минфина России от 29.07.2011 № 03-11-09/49 наряду с выводами относительно налоговых

аспектов, связанных с реализацией дисконтных карт, упоминается о том, что такая карта не может быть признана имуществом (товаром) и представляет собой обязательство продавца (исполнителя работ, услуг) по предоставлению в будущем скидки ее владельцу, т. е. является подтверждением права последнего на заключение в будущем договора по льготной (меньшей) цене.

В целом необходимо отметить, что содержащееся в указанном Письме толкование понятия «дисконтная карта», хоть и было связано с необходимостью квалификации отношений с точки зрения налогового права, полностью соответствует и общим положениям гражданского законодательства. Сами по себе дисконтные, бонусные и иные карты, исходя из нормы ст. 128 ГК РФ, объектом прав, конечно же, не являются и только подтверждают факт возникновения между сторонами правоотношения, в соответствии с которым покупатель приобрел право на уменьшение цены (либо на получение подарка) при заключении в будущем договора с продавцом, а продавец — корреспондирующую такому праву обязанность указанное уменьшение цены (подарок) предоставить.

Одностороннее изменение условий: законно или нет?

Если исходить из того, что участие отдельного потребителя в программе лояльности следует рассматривать как двустороннюю сделку (потребитель выполняет условия программы, покупая товар на определенную сумму или конкретный набор товаров в течение какого-то периода времени и т. п., а продавец в ответ начисляет бонусные баллы или изменяет объявленную цену товара), то приобретает большое значение вопрос о том, может ли компания в одностороннем порядке изменить условия программы лояльности.

Казалось бы, компания фактически «дарит» клиентам какие-то преимущества, и это ее дело, в какой момент прекратить льготный режим и вернуться к обычным условиям продаж. Однако не все так просто. На практике потребители часто бывают возмущены изменением условий, т. к., например, копили бонусы долгое время и рассчитывали на крупный приз или большую

Неожиданный риск

1. Иногда применение программ, направленных на привлечение и удержание клиентов, может дать неожиданный результат, как это произошло, например, с акцией компании МТС «Бонус за входящие», реализация которой была признана нарушением законодательства о конкуренции. Данная акция реализовывалась компанией МТС при участии ЗАО «Кемеровская мобильная связь», и в результате ее проведения трафик исходящих звонков абонентов указанного общества резко вырос, что привело к существенному увеличению его расходов. Как сообщается в открытых источниках, абоненты звонили на номера МТС, используя систему автодозвона, стремясь получить бонусы за входящие звонки, что привело к перегруженности сети и к существенным финансовым потерям для ЗАО «Кемеровская мобильная связь».
2. Помимо привычных рисков (налоговых, рекламных, информационных) могут возникнуть риски неожиданные, связанные, например, с влиянием конкретной программы на деятельность конкурентов и рынок в целом.

Так, в связи с проведением магазином, расположенным в торговом центре, акции по предоставлению скидок на покупки приток клиентов может быть настолько большим, что образовавшаяся очередь из желающих поучаствовать в ней создаст реальные препятствия свободному проходу граждан к соседним торговым точкам, расположенным в данном торговом центре, и повлечет для последних неожиданные убытки. В подобной ситуации «пострадавшие» организации не могут предъявить претензии непосредственно к гражданам, чье участие в акции породило неблагоприятные последствия, но определенные рычаги воздействия на проводящий ее магазин могут являться правомерными. Речь идет о случаях, когда в ходе реализации акции магазином были нарушены правила внутреннего распорядка торгового центра, санитарно-гигиенические нормы, нормы пожарной безопасности и иные обязательные для магазина правила. Заявления от третьих лиц в таких обстоятельствах могут быть направлены в зависимости от ситуации либо владельцу торгового центра, либо в соответствующие контролирующие органы, а также в суд.

скидку. Иногда, узнав об изменении условий, которое привело к утрате ими бонусных очков или скидки, потребители обращаются в суд.

► Именно так, например, произошло при изменении условий программы «Аэрофлот-Бонус», предоставлявшей клиенту право за накопленные мили получить призовой бесплатный билет (Определение Московского городского суда от 22.12.2011 по делу № 33-42810), а также условий бонусной программы магазина «М-Видео» (Определение Московского городского суда от 15.07.2010 по делу № 4г/5-6077).

В обоих случаях суды встали на сторону компаний, предлагавших программы лояльности, указав на то, что в самих условиях программ было четко закреплено право компании в одностороннем порядке изменять ее условия.

Это вполне соответствует общим положениям ГК РФ, позволяющим сторонам сделки предусмотреть право какой-либо из сторон на одностороннее изменение тех или иных условий обязательства.

При этом представляется целесообразным также рекомендовать компаниям четко прописывать в условиях порядок заблаговременного уведомления клиентов – участников программы об изменении ее условий. В ином случае может возникнуть риск введения потребителей в заблуждение, а также того, что распространенная информация об условиях программы будет признана неполной, не содержащей всей существенно важной информации, что может повлечь применение как гражданско-правовых, так и административных санкций, предусмотренных законодательством о рекламе.

Персональные данные

Применение длительных программ лояльности часто связано с необходимостью формирования клиентской базы, а также отслеживания дат, сумм и мест приобретения клиентом товаров и услуг в целях начисления скидок или бонусных баллов.

Сбор и обработка такой информации должна осуществляться с учетом требований законодательства о персональных данных, которое предусма-

тривает, что по общему правилу обработка персональных данных (Ф.И.О., даты рождения, контактных данных лица) допускается в случае, если она осуществляется с согласия субъекта персональных данных на их обработку (подп. 1 п. 2 ст. 6 Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных»).

Под обработкой персональных данных понимается любое действие (операция) или совокупность действий (операций), совершаемых с использованием средств автоматизации или без их использования с персональными данными, включая сбор, запись, систематизацию, накопление, хранение, уточнение (обновление, изменение), извлечение, использование, передачу (распространение, предоставление, доступ), обезличивание, блокирование, удаление, уничтожение персональных данных.

При этом, если компания, реализующая программу лояльности, будет использовать персональные данные физических лиц только для заключения и исполнения договоров с ними (указание в договоре сведений о физическом лице), то она может обрабатывать такие персональные данные в этих целях без согласия физического лица. Если же указанные данные будут предоставляться третьим лицам (например, другим участвующим в единой программе лояльности юридическим лицам), то такие действия могут осуществляться только с согласия физического лица.

Для устранения риска нарушения закона компании желательно заранее включить в документ, оформляемый при присоединении к программе лояльности (анкета, соглашение, иной документ), отдельный пункт о согласии клиента на сбор и обработку его персональных данных.

Помимо разрешения на использование персональных данных в качестве отдельного пункта в документ о присоединении к программе лояльности стоит включить разрешение клиента на направление ему относящейся к ней информации любым способом, включая телефонную связь, электронную почту и СМС-сообщения. Дело в том, что несмотря на адресность подобной рассылки

(информация направляется заранее известным участникам программы, т. е. не может рассматриваться как реклама) имеется судебная практика признания таких рассылок рекламными и адресованными неопределенному кругу лиц.

В соответствии со ст. 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон № 38-ФЗ) распространение рекламы по сетям электросвязи, в т. ч. посредством телефонной, факсимильной и радиосвязи, допускается только при условии получения предварительного согласия абонента. При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата в том случае, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено.

■ В качестве примера можно привести спор между Мелеховой Н.А. – владелицей дисконтной карты «Л'Этуаль» и компанией «Алькор и Ко» (Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 15.07.2011 № 09АП-13978/2011 по делу № А40-114231/10-146-667). ФАС России и суды признали СМС-рассылку в данном случае незаконной рекламой, осуществленной в нарушение требований ст. 18 Закона № 38-ФЗ без разрешения абонента, несмотря на то что СМС-сообщения отправлялись не свободной аудитории, а только владельцам дисконтных карт.

Аргументируя свою позицию, суд указал, что рекламная информация была адресована неопределенному кругу лиц – пользователей связи, что делает такую информацию неперсонифицированной. При этом невозможно определить заранее, какие конкретно лица будут выступать получателями данной информации, поскольку пользователем телефонного номера может быть не сам абонент, а его родственник или знакомый, которому передано право пользования, а, следовательно, получатели информации не могут быть определены.

С такой позицией сложно согласиться, однако остается принять данный факт и учитывать его при оформлении документов, относящихся к программе лояльности.

Критерий отнесения информации к неперсонифицированной (адресованной неопределенному кругу лиц) был сформулирован в Письме

ФАС России от 05.04.2007 № АЦ/4624: «Под неопределенным кругом лиц понимаются те лица, которые не могут быть заранее определены в качестве получателя рекламной информации и конкретной стороны правоотношения <...>. Такой признак рекламной информации, как предназначенность ее для неопределенного круга лиц, означает отсутствие в рекламе указания о неком лице или лицах, для которых реклама создана и на восприятие которых реклама направлена».

Ориентируясь на это определение, во избежание привлечения к ответственности компании, осуществляющей распространение рекламных рассылок, относящихся к программам лояльности, мы рекомендуем включать в подобные рассылки личное обращение (по фамилии и имени) к участнику программы лояльности.

Регистрация в сети

Неразрешенным до конца остается вопрос, связанный с присоединением к программам лояльности через сеть Интернет. Электронно-цифровая подпись пока все еще мало кем применяется, а иные способы не позволяют однозначно идентифицировать пользователя, его имя, возраст и иные данные и быть уверенным в том, что обработка данных лица, указанного пользователем в качестве участника программы, разрешена этим участником.

Возможно, выходом из ситуации станет дальнейшее развитие онлайн-технологий или организация процесса регистрации таким образом, чтобы лицо, чьи данные внесены в систему, незамедлительно уведомлялось об этом и имело возможность отозвать свое разрешение, если такое разрешение было дано третьим лицом, а не самим обладателем указанных персональных данных.

Необходимо иметь в виду, что компания – оператор персональных данных должна не только получить согласие физического лица, но и уведомить уполномоченный орган по защите прав субъектов персональных данных (Роскомнадзор) о своем намерении осуществлять обработку персональных данных, а также применять организационные и технические меры по обеспечению безопасности персональных данных при их обработке в информационных системах.

Законодательство о рекламе

Вопросы соблюдения Закона № 38-ФЗ возникают каждый раз, когда компания, реализующая программу лояльности, начинает распространять рекламную информацию в поддержку соответствующих дисконтных предложений и поощрительных вознаграждений. В этой связи необходимо в первую очередь учитывать, что если реклама компании содержит информацию о предоставлении подарков, бонусов, дополнительных бесплатных товаров под условием покупки какого-либо продукта или услуги, то такого рода рекламный материал при определенных обстоятельствах может быть квалифицирован как реклама стимулирующего мероприятия.

Несмотря на противоречивую судебную практику ФАС России и судов, связанную с признанием рекламы подарков при покупке товара рекламной стимулирующего мероприятия, наличие дел, в которых такого рода информация квалифицируется судами именно по ст. 9 Закона № 38-ФЗ, свидетельствует о необходимости учета риска несоблюдения требований данной статьи.

Поскольку в рекламе стимулирующего мероприятия в обязательном порядке должна фигурировать информация, предусмотренная ст. 9 Закона № 38-ФЗ (сроки проведения мероприятия, указание на источник информации о его организаторе, правила проведения, количестве призов или выигрышей по результатам мероприятия, сроках, месте и порядке их получения), отсутствие в рекламе формулировки, включающей все указанные позиции, создает риск привлечения рекламоателя и рекламораспространителя к ответственности по ст. 14.3 КоАП РФ, что в настоящее время может повлечь для юридического лица наложение административного штрафа в размере от 100 тыс. до 500 тыс. руб.

Так, в мае текущего года Московское УФАС России возбудило дело о нарушении законодательства РФ о рекламе в части требований, предъявляемых к стимулирующим мероприятиям, в отношении одного из клиентов нашей практики – крупного производителя автомобилей. Дело было возбуждено по факту размещения наружной рекламы, сообщавшей о предоставлении второго автомобиля в краткосрочную аренду при приобретении покупателями товара определенной модели и при условии совершения ими покупки летом.

Внимание контролирующего органа привлекло то, что в рекламном материале не указывались точные сроки проведения мероприятия, а также источник информации о его организаторе, правилах проведения, количестве призов или выигрышей по результатам мероприятия, сроках, месте и порядке их получения.

Доказать отсутствие нарушения закона нашему клиенту помогли представленные в антимонопольный орган доказательства предоставления подарка каждому клиенту, чья покупка соответствовала условиям акции. В результате Комиссия Московского УФАС России пришла к выводу о том, что проводимая автомобильной компанией акция, по условиям которой подарки предоставлялись всем лицам, совершившим покупку, не подпадает под определение стимулирующего мероприятия, предусмотренного в ст. 9 Закона № 38-ФЗ.

В то же время зачастую рекламные акции характеризуются ограниченным количеством подарков или лиц, которые могут получить скидку, и в данном случае для предотвращения привлечения к ответственности компания должна учитывать правила ст. 9 Закона № 38-ФЗ уже на самых первых этапах разработки рекламного материала, посвященного акции, каким бы способом и в какой форме не планировалось его дальнейшее распространение.

При утверждении финальной версии рекламного материала дисконтной или бонусной программы компании необходимо не только соблюдать требования ст. 9 Закона № 38-ФЗ, но и всегда проверять такой материал на предмет присутствия в нем всей

существенной информации об условиях предоставления потребителям скидок и вознаграждений. При этом под существенной информацией следует понимать информацию о рекламируемом товаре, которая является важной и необходимой для потребителя в целях принятия им решения о покупке товара, основанного на свойствах такого товара и условиях его приобретения.

■ Так, в деле ЗАО «Иркутскнефтепродукт» (Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 28.04.2011 по делу № А19-29872/09) радиосообщение рекламоателя содержало информацию о том, что «Иркутскнефтепродукт» продолжает дарить подарки и объявляет о скидке до 9% на всех своих АЗС и АЗК «Роснефть» до 25 января соответствующего года. В данном случае суд подтвердил решение Иркутского УФАС России, установившего в действиях общества нарушение нормы п. 7 ст. 5 Закона № 38-ФЗ, запрещающей рекламу, в которой отсутствует часть существенной информации о рекламируемом товаре, об условиях его приобретения или использования, если при этом искажается смысл информации и вводятся в заблуждение потребители рекламы. Данный вывод был сделан исходя из условий дисконтной программы общества, поскольку выяснилось, что в рекламе отсутствовал целый набор дополнительных условий предоставления скидки, в частности, о необходимости предъявления дисконтной карты «Активная скидка» и осуществления оплаты наличными средствами. С учетом указанной ситуации следует обращать особое внимание на то, что любые существенные условия, касающиеся цены, срока, порядка приобретения товара для получения скидки или дисконтной (бонусной) карты, должны быть в полной мере отражены в рекламном материале, планируемом к распространению.



Вопросов больше, чем ответов

Само по себе развитие программ лояльности – явление, скорее, положительное. Для потребителей это выгодно, поскольку такие программы усиливают конкуренцию на рынке и становятся частью соревнования между компаниями по предложению потребителю наибольших возможностей и самых выгодных условий. И несмотря на то что с точки зрения права вопросов в данной сфере пока больше, чем ответов, можно уверенно прогнозировать: правоприменительная практика в этой области будет развиваться и совершенствоваться, что в конце концов приведет к выработке единообразных подходов к основным понятиям и условиям, связанным с бонусными и скидочными программами.

ПРИБРЕТЕНИЕ ПРАВ НА ПРОГРАММУ ЭВМ. Специфика основных договоров



Галина Скорик (Авдеюк)

ведущий консультант-юрист,
Консалтинговый холдинг

«Платонов и Партнеры»

+7 (812) 493-3199, www.chpp.ru

Для определения оптимального вида договора, регулирующего приобретение права на программу ЭВМ, необходимо ответить на вопрос: достаточно ли права использования программы либо необходимо исключительное право, позволяющее ее распространять и перерабатывать.

Когда достаточно права пользования программой ЭВМ, его можно приобрести путем заключения лицензионного договора с лицом, обладающим исключительным правом на соответствующую программу ЭВМ. При этом важно отметить следующие моменты.

Лицензионный договор на предоставление права использования программы не подлежит госрегистрации вне зависимости от того, зарегистрированы ли права Правообладателя на программу или нет (п. 38.1 Постановления Пленума ВС РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26.03.2009).

Срок предоставления права использования программы, как правило, соответствует сроку действия лицензионного договора. Если срок не указан, то лицензионный договор действует пять лет (п. 4 ст. 1235 ГК РФ), и таким же периодом ограничено право использования программы.

Возможно предусмотреть, что право использования программы сохраняется на весь период владения Правообладателем исключительным правом на программу. При отчуждении данного права Правообладателем право использования программы за Лицензиатом сохраняется (п. 7 ст. 1235 ГК РФ).

В случае, когда есть потребность приобрести исключительное право на программу ЭВМ, возможно использование двух видов договоров: договора заказа либо договора на отчуждение исключительных прав на программу ЭВМ.

Различия между этими видами договоров для лица, приобретающего права на программу ЭВМ, становятся понятны юристу после анализа ст. 1296, 1234, 1285 ГК РФ. Гораздо интереснее отметить особенности налогообложения лица, разрабатывающего программу и передающего права на нее третьему лицу.

Согласно НК РФ отчуждение программы ЭВМ подпадает под операции, освобождаемые от НДС. Однако все не так однозначно применительно к выполнению работ по созданию программы ЭВМ, составляющих суть договора заказа.

Согласно письму Минфина России от 21.09.2009 № 03-07-07/69 услуги по разработке программ для ЭВМ в целом или отдельных частей таких программ по договорам подряда подлежат обложению НДС в общеустановленном порядке.

Суды также исходят из того, что от НДС освобождаются лишь операции по отчуждению исключительных прав на программу ЭВМ (Постановление ФАС Московского округа от 05.07.2011 № КА-А40/6631-11).

Учитывая изложенное, выбор того или иного вида договора может зависеть и от того, есть ли необходимость облагать данные операции НДС. И при составлении соответствующего договора надо максимально четко прописывать формулировки, чтобы избежать возможной переквалификации договора со стороны налогового органа.

АНТИКОРРУПЦИОННОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО США и Великобритании



Patrick J. O'Malley

эсквайр, основатель
Interpresas Consulting

В ПОСЛЕДНЕЕ ВРЕМЯ СУЩЕСТВЕННО ВОЗРОСЛИ ОБЪЕМЫ РАССЛЕДОВАНИЙ В ОТНОШЕНИИ КОРРУПЦИОННЫХ ДЕЯНИЙ И РАЗМЕРЫ НАЛАГАЕМЫХ НА НАРУШИТЕЛЕЙ ШТРАФОВ. КРОМЕ ТОГО, НАЛИЦО ГОТОВНОСТЬ ВЛАСТЕЙ ПРИВЛЕКАТЬ К ОТВЕТСТВЕННОСТИ ИНОСТРАННЫЕ КОМПАНИИ, ПОДПАДАЮЩИЕ ПОД ЮРИСДИКЦИЮ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА США. ИМЕННО ПОЭТОМУ ВОПРОСЫ КОРРУПЦИИ И ВЗЯТОЧНИЧЕСТВА ЯВЛЯЮТСЯ ОДНИМИ ИЗ НАИБОЛЕЕ РИСКОВАННЫХ В СФЕРЕ КОРПОРАТИВНОГО УПРАВЛЕНИЯ. В ЭТОЙ СВЯЗИ МЕНЕДЖМЕНТ РОССИЙСКИХ КОМПАНИЙ, АКТИВНО ВЕДУЩИХ БИЗНЕС НА МЕЖДУНАРОДНОМ УРОВНЕ, ДОЛЖЕН ОБРАЩАТЬ ПРИСТАЛЬНОЕ ВНИМАНИЕ НА ТРЕБОВАНИЯ ЗАКОНА США О КОРРУПЦИОННОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ЗА РУБЕЖОМ И ЗАКОНА ВЕЛИКОБРИТАНИИ О ВЗЯТОЧНИЧЕСТВЕ.

Закон США о коррупционной деятельности за рубежом

Foreign Corrupt Practices Act 1977 г. (далее – FCPA) был принят с целью пресечения практики подкупа иностранных должностных лиц, а также восстановления общественного доверия к американской бизнес-системе.

Субъектами FCPA являются:

- компании и граждане США;
- иностранные компании, акции которых торгуются на биржах США;
- любые иные лица, действующие во время своего фактического пребывания на территории США.

FCPA запрещает совершать коррупционные платежи либо предлагать их совершить прямо или

- КОРРУПЦИЯ – это злоупотребление вверенными полномочиями в целях частной выгоды (финансовая выгода и нефинансовые преимущества). ВЗЯТКА – предложение любому лицу или принятие от любого лица подарка, займа, оплаты, вознаграждения или иного преимущества в целях побуждения к совершению каких-либо нечестных, незаконных действий либо нарушения обязательств доверительного характера в процессе осуществления коммерческой деятельности.

Международная организация
Transparency International

косвенно, деньгами или иными средствами, имеющими ценность, в пользу иностранного должностного лица в целях получения либо сохранения бизнеса. Кроме того, FCPA обязывает эмитентов, чьи ценные бумаги размещены на биржах США, вести учет и составлять отчетность с целью достоверного отражения деловых операций, а также поддерживать эффективную систему внутреннего контроля в компании.

Так, Положение об учете, отчетности и внутреннем контроле, содержащееся в FCPA, подлежит непосредственному применению российскими компаниями CTC Media (ее акции котируются на NASDAQ), Mobile TeleSystems (NYSE, NASDAQ), Mechel (NYSE), Vimpel Communications (NYSE, NASDAQ).

С целью минимизации рисков, связанных с применением FCPA, большинство компаний были вынуждены разработать и внедрить подробные compliance-программы, обеспечивающие соблюдение законодательных норм для предотвращения и выявления случаев ненадлежащих платежей.

В соответствии с FCPA иностранное должностное лицо – это любой руководитель или сотрудник как иностранного правительства либо какого-либо его министерства, ведомства, органа, так и общественной международной организации или любое лицо, действующее в рамках своих официальных полномочий для такого правительства (или от его имени) либо для такой общественной международной организации (или от ее имени).

В связи с тем, что подавляющее большинство производств по делам, регулируемым FCPA, прекращаются еще на досудебной стадии (например, посредством соглашения сторон об отсрочке уголовного преследования), существует достаточно ограниченное количество судебных прецедентов, по которым можно было бы судить о пределах трактования этого определения.

Большинство юристов-экспертов осуждают пристрастность подхода органов исполнительной власти США при применении FCPA, а также существующую тенденцию к расширению границ толкования его ключевых понятий. При этом не в полной мере определены границы понятия «иностранное должностное лицо», особенно в случаях, когда часть акций иностранной компании находится в собственности государства,

в связи с чем такая компания может быть рассмотрена как государственная структура. Также вызывает замешательство определение размера денежной ценности, начиная с которого подарок может быть расценен как взятка.

FCPA не требует доказывания территориальной связи с США для применения его положений. Правонарушение, наказание за которое предусмотрено FCPA, может иметь место даже в тех случаях, когда неправомерная деятельность осуществляется за пределами США. Именно в этой связи и существует интенсивная практика снятия корпоративной вуали, в рамках которой материнские компании могут быть привлечены к ответственности и будут вынуждены уплатить колоссальные штрафы в качестве наказания за действия, совершенные представителями их дочерних компаний в любой точке мира.

За каждое совершенное правонарушение FCPA предусмотрены штрафы в размере до 2 млн \$. Физическим лицам (т. е. менеджерам, директорам, акционерам, работникам, представителям) может грозить штраф в размере до 100 тыс. \$, а также наказание в виде лишения свободы на срок до пяти лет.

На практике суммы выплат могут быть гораздо больше, т. к. фактически размер наложенного штрафа может достигать двукратного размера денежного выражения того преимущества, которое нарушитель желал получить, совершая коррупционные действия. Кроме того, компания может быть лишена права участвовать в государственных контрактах, а также получать лицензии на экспортную деятельность.

Комиссия США по ценным бумагам и биржам может на время или навсегда лишить соответствующее лицо права осуществлять деятельность на рынке ценных бумаг и взыскать ущерб в гражданско-правовом порядке.

В последнее время уполномоченные органы США при ведении расследования, связанного с нарушением FCPA, все чаще используют методы прослушивания, записи переговоров и осуще-

ствления проверочных закупок. Кроме того, определенные сферы бизнеса (нефтегазовый сектор, фармацевтика и медицинское оборудование, финансовые услуги, киноиндустрия Голливуда) регулярно подвергаются «отраслевой чистке».

Возможности для ведения расследований в рамках FCPA значительно расширились с принятием в 2010 г. Закона Додда-Франка о реформировании Уолл-стрит и защите потребителей (Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act), т. к. возросла роль «осведомителей».

Лица, располагающие значимой информацией о нарушении требований FCPA, включая работников допустившей его компании, вправе получить вознаграждение или иные поощрения. Их размер варьируется между 10% и 30% от суммы штрафа, взысканного с виновника по всему миру в связи с совершенным правонарушением. Такие существенные финансовые стимулы для потенциальных осведомителей, скорее всего, приведут к заметному увеличению количества расследований, проводимых в рамках FCPA.

Уровень применения FCPA в США активно и стабильно растет. В Великобритании, Франции, Германии, Коста-Рике и на Тайване производства, возбужденные в рамках гражданско-правовых процедур и уголовного преследования, в связи с нарушением антикоррупционного законодательства США компанией Siemens, уже привели к взысканию значительных совокупных штрафов, реституции и конфискации доходов.

Закон Великобритании о взяточничестве

The UK Bribery Act (далее – УКБА) принят британским парламентом в апреле 2010 г. и вступил в силу 1 июля прошлого года. УКБА не имеет обратной силы в отношении деяний, совершенных до указанной даты.

Документ заметно изменил существовавшее ранее законодательство, введя в оборот четыре новых вида правонарушений, связанных со взяточничеством. Определено два новых основных состава правонарушения:

- обещание или предложение взятки;

- требование, согласие на получение или принятие взятки (на территории Великобритании и за рубежом).

Кроме того, УКБА предусматривает дискретный состав – взятка иностранному должностному лицу, а также новое основание для ответственности корпораций – непредотвращение взяточничества. Последний состав особенно взволновал бизнес.

Хотя принятие рассматриваемых положений было «вдохновлено» соответствующим законом США – FCPA, УКБА значительно его превзошел. В отличие от предыдущих британских законов, УКБА не проводит различия между взяткой должностному лицу органа публичной власти и коммерческим подкупом – взяткой частному лицу. Получатель взятки просто должен осуществлять один из следующих четырех видов деятельности:

- публичного характера;
- связанную с бизнесом и торговлей;
- профессиональную, осуществляемую в процессе выполнения трудовой функции;
- осуществляемую объединением лиц либо от имени такого объединения.

Судебные органы Англии, Уэльса и Северной Ирландии обладают подсудностью в отношении основных составов взяточничества, а также принимают к производству дела о взятках в адрес «иностранного должностного лица» даже в том случае, когда такое деяние совершено за рубежом, если подвергающийся судебному преследованию является гражданином Великобритании либо организацией, созданной в соответствии с законами любой части этой страны, либо, что особенно важно, физическим лицом – резидентом Великобритании.

Безусловно, самую большую озабоченность у бизнеса вызывают положения УКБА, предусматривающие ответственность компаний и товариществ (партнерств), в тех случаях, когда они не смогли предотвратить взяточничество, совершенное лицами, действующими от их имени. Субъектами данного правонарушения являются корпорации и партнерства, учрежденные по законам Великобритании, вне зависимости от фактического места ведения предпринимательской деятельности, а также любые другие корпорации и партнерства, осуществляющие бизнес в Великобритании. Правонарушение имеет место в ситуации, когда связан-

Основополагающие принципы

отношения бизнеса к вопросам коррупции

- 1. Соразмерные процедуры.** Внедряемые в компании антикоррупционные процедуры должны зависеть от степени риска взяточничества, а также от природы, уровня и комплексности деловой активности компании. Они должны быть ясными, практическими, доступными, эффективно внедренными и исполняемыми. Небольшие риски – простые процедуры их предотвращения.
- 2. Обязательства высшего звена.** Менеджеры высшего звена обязаны демонстрировать свою антивзяточническую позицию и разрабатывать соответствующие процедуры.
- 3. Информационное взаимодействие.** Необходим активный обмен информацией (включая проведение тренингов), основанный на объеме, пределах и характере бизнес-операций.
- 4. Дью-дилидженс.** В отношении лиц, оказывающих услуги компании, должна быть проведена соразмерная оценка рисков в рамках дью-дилидженс.
- 5. Оценка рисков.** Пять групп распространенных внешних рисков, на которые следует обратить внимание:
 - риски, связанные со страной;
 - риски сектора экономики или отрасли промышленности;
 - операционные риски;
 - риски, связанные с возможностями развития бизнеса;
 - риски бизнес-партнерств.
- 6. Мониторинг и проверка.** Необходимо совершенствование антикоррупционных процедур по мере необходимости и на постоянной основе.

*Официальные рекомендации по соблюдению
требований UKBA, подготовленные
Министерством юстиции Великобритании*

ное с организацией лицо, в чьи обязанности входит предотвращение взяточничества, отнеслось к своим обязанностям небрежно, в результате чего не был предотвращен акт дачи взятки. В случае, если в организации не было специально назначено лицо, ответственное за мероприятия по предотвращению взяточничества, ответственность за совершенное правонарушение возлагается на топ-менеджеров.

Следует четко понимать, что компании придется нести ответственность не за сам факт дачи взятки, а за то, что была допущена небрежность при предотвращении актов взяточничества. Эксперты отмечают, что такой подход расширяет границы уголовной ответственности юридических лиц по сравнению с традиционными случаями, когда виновным является лицо, принимающее решения. Расширенные границы корпоративной от-

ветственности теперь позволяют начать уголовное преследование компании даже в ситуации, когда любое связанное с ней лицо дает взятку в любых целях, имеющих отношение к бизнесу компании.

Руководители корпорации (директор, корпоративный секретарь, управляющий, партнер либо иное лицо, намеревающееся действовать в рамках таких полномочий) могут быть привлечены к ответственности за совершение правонарушения одного из основных составов, относящихся ко взяточничеству, в том случае, если они согласовывали либо допускали дачу взятки.

Если такие деяния были совершены за пределами Великобритании, то лицо, подвергающееся уголовному преследованию, должно иметь тесную связь с этой страной (например, быть ее гражданином или резидентом). Компаниям, ведущим биз-

- **ПЕРВОЕ ДЕЛО ПО ОБВИНЕНИЮ В НАРУШЕНИИ УКВА**
В ноябре 2011 г. бывший клерк Лондонского международного третейского суда стал первым лицом, приговоренным к лишению свободы в соответствии с УКВА. Причиной этому стало получение им взятки в размере 500 фунтов за невключение по просьбе третьего лица записи о нарушении правил дорожного движения в базу данных суда. Бывший клерк был приговорен к шести годам лишения свободы после того, как признал себя виновным во взяточничестве и неправомерном поведении служащего государственного органа (три года лишения свободы он получил в соответствии с УКВА и столько же за ненадлежащее поведение должностного лица). Безусловно, наказание оказалось довольно суровым, но оно может служить подсказкой в отношении того, какого развития правоприменительной практики следует ожидать в будущем.

нес в Великобритании, необходимо быть готовыми к тому, что британское антикоррупционное законодательство будет применяться в «американском стиле». Прокуратура Великобритании заявила, что намерена агрессивно применять УКВА в отношении как британских, так и международных компаний, а также использовать всю широту сферы применения УКВА и продолжать тесное сотрудничество с уполномоченными органами США.

Эксперты уверены, что первыми «пробными» делами будут расследования в отношении иностранных компаний, осуществляющих в Великобритании проекты, участие в которых местных компаний оказалось невозможно из-за коррупции.

Кроме того, одним из способов, которым правоприменительные органы будут добиваться исполнения УКВА и обеспечивать наложение крупных штрафов на нарушителей, может стать сообщение сведений о своей компании, аналогичное добровольному раскрытию информации в США.

Риски для российских компаний

Российским компаниям и физическим лицам необходимо учитывать требования законов как США, так и Великобритании, поскольку потенциал принудительного исполнения требований антикоррупционных положений с российской стороны растёт, как растёт и демонстрируемое желание сотрудничать на уровне международных расследований, особенно с учетом недавнего присоединения России к Конвенции ОЭСР по борьбе с подкупом иностранных должностных лиц при осуществлении международных коммерческих сделок (Стамбул, 21 ноября 1997 г.), а также в свете

Сходства и различия FCPA и УКВА

FCPA и УКВА сходны по ключевым позициям, имеют весьма широкое экстерриториальное применение, используют подходы, основанные на институтах «представительства» и «сообщения внутренней информации», а также предусматривают схожие меры принудительного исполнения, перекладывая бремя отслеживания, предотвращения и сообщения о фактах взяточничества на корпорации и их менеджмент. Однако, есть несколько существенных различий:

1. Сфера применения. Субъектами FCPA являются:

- компании и граждане США;
- иностранные компании, чьи ценные бумаги размещены на американских биржах;
- любые лица во время их фактического нахождения на территории этой страны.

УКВА применяется:

- к компаниям и гражданам Великобритании;
- иностранным компаниям, осуществляющим свой бизнес в этой стране;
- любым лицам, являющимся резидентами Великобритании.

При этом субъектами УКВА не являются иностранные компании, разместившие свои ценные бумаги на биржах Великобритании, однако сами по себе они также могут быть привлечены к ответственности, если будет установлена их связь с одним из перечисленных выше субъектов.

2. Адресат взятки. FCPA запрещает дачу взятки исключительно «иностранному должностному лицу», в то время как УКВА предусматривает ответственность за взяточничество в отношении любого лица (не только иностранного), а также не делает различий между публичным и частным характером актов взяточничества.

3. Мотив. В соответствии с FCPA взятка должна быть дана из корыстных побуждений, т. е. с преступным умыслом (*mens rea*) достичь незаконного результата либо законного, но незаконными средствами. УКВА не требует наличия умысла на достижение результата неправомерных действий – достаточно желания повлиять на степень сохранности или развития своего бизнеса.

4. Вид «преимущества», получаемого посредством взяточничества. Согласно FCPA, платеж должен быть осуществлен для «получения или сохранения» бизнеса, в то время как подход УКВА в отношении физических лиц сфокусирован на самом факте склонения к совершению противоправных действий, а в отношении бизнеса – на факте дачи взятки как

для «получения и сохранения бизнеса», так и «преимуществ для ведения бизнеса».

5. Противозаконные действия и бездействие.

FCPA преследует лишь за действия (например, за предложение и дачу взятки). УКВА предусматривает наказание как за активные действия, так и за пассивные, а также за бездействие (т. е. получение взятки рассматривается как пассивное действие, а неспособность предотвратить взяточничество в корпорации – как бездействие).

6. Ответственность вне зависимости от наличия вины (в уголовно-правовой и гражданско-правовой плоскости). В соответствии с FCPA такая ответственность возлагается в случае нарушения правил ведения бухгалтерского учета и отчетности.

УКВА предусматривает ответственность за непредотвращение взяточничества.

7. Способствующие платежи. FCPA существенно ограничивает, но все-таки признает наличие перечня исключительных случаев, когда платеж расценивается как средство ускорить или обеспечить «обычную государственную услугу». УКВА, как и большинство аналогичных антикоррупционных законов европейских стран, никаких исключений не содержит.

8. Комплаенс-программы. Американский законодатель рассматривает наличие у компании внедренных комплаенс-программ как фактор, смягчающий ответственность (хотя в правоприменительной практике этому не придается особого значения). В соответствии с УКВА разработанные и применяемые компанией «адекватные процедуры» по предотвращению взяточничества являются безусловной защитой от обвинений.

9. Наказание. Наказания, установленные FCPA для физических лиц, предусматривают лишение свободы на срок до 5 лет и штраф в размере до 100 тыс. \$ за каждое правонарушение. Ответственность за нарушение требований FCPA о ведении учета и отчетности предполагает лишение свободы на срок до 20 лет и штраф в размере до 5 млн \$. За каждый факт взяточничества компаниям грозит штраф в размере до 2 млн \$, а за каждое нарушение требований о ведении учета и отчетности – штраф в размере до 25 млн \$. УКВА предусматривает наказание для физических лиц в виде лишения свободы на срок до 10 лет, а для юридических лиц – в виде штрафа, размер которого неограничен.

предшествующего этому событию принятия Федерального закона от 04.05.2011 № 97-ФЗ.

Российским компаниям можно посоветовать применять целостный подход к управлению юридическими рисками и наполнять комплаенс-программы реальным содержанием. Необходимо постоянно осуществлять активную деятельность, демонстрировать желание сотрудничать и сообщать сведения о своем бизнесе в случае, если возникнет такая необходимость. В отношении перспектив применения и совершенствования антикоррупционного законодательства необходимо всегда иметь в виду соответствующие подходы, существующие и развивающиеся в США, т. к. Великобритания очевидно будет копировать многие американские инструменты и меры.

Мероприятия эффективного внутреннего контроля, этические нормы и комплаенс-программы или меры по предотвращению и выявлению фактов взяточничества с участием иностранных должностных лиц должны быть разработаны на основе оценки рисков и учитывать индивидуальные особенности бизнеса компании (например, его географическое распространение или отраслевую принадлежность).

Хорошим примером системы мониторинга являются рекомендации ОЭСР, одобренные в США и Великобритании, – Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance, принятое 18 февраля 2010 г.

Чтобы быть уверенной в «адекватности» разработанных процедур, компании необходимо добросовестно оценить коррупционные риски с использованием индивидуального подхода (определить свои риски и описать их. Следует брать в расчет историю корпорации (проблемы, имевшие место в прошлом), специфику сторон по сделкам и бизнес-партнеров, а также используемые виды взаимодействия с должностными лицами органов государственной власти).

Кроме того, для компании важно уделять достаточно внимания надлежащему ведению бухгалтерского учета и отчетности, а не вступать в сделки M&A без проведения предварительного due diligence, который должен использоваться постоянно как при осуществлении обычных, так и особых операций.

10 декабря 2012 года

г. Москва, Зубовский бульвар, 4

Международный мультимедийный пресс-центр РИА Новости

МЮЮК

Международный
Юридический Конгресс
Диалоги о будущем



 **РИА НОВОСТИ**

РАПСИ



РОССИЙСКОЕ АГЕНТСТВО
ПРАВОВОЙ И СУДЕБНОЙ
ИНФОРМАЦИИ

Обсуждение изменений, происходящих в российской правовой сфере, перспектив совершенствования правосудия и развития юридического рынка в России.

Более 250 участников из стран СНГ и БРИКС (Бразилии, России, Индии, Китая и ЮАР).

В рамках Конгресса состоится вручение премии «RAPSIUS» за вклад в развитие правовой грамотности и правосознания граждан России.

Открыта регистрация на ilc.ria.ru



Реклама

Подписка на I полугодие 2013 года Специальная цена!

Комплекты для профессиональных юристов



ПРЕИМУЩЕСТВА ПОДПИСКИ В РЕДАКЦИИ

- ⇒ Выгодная стоимость подписки.
- ⇒ Гарантированная доставка изданий с комплектом необходимых документов.
- ⇒ Дополнительная экономия при подписке на комплекты изданий.

ЭКОНОМЬТЕ ВАШЕ ВРЕМЯ!

Просто передайте вложенный счет на оплату в бухгалтерию
или позвоните по телефонам:
8 (495) 937-9082, 933-6317

Мобильный ГАРАНТ онлайн

Всегда под рукой. Всегда актуален



Ваши преимущества и новые возможности

Правовая система, которая всегда под рукой

Возьмите систему с собой и пользуйтесь ею дома, в поездках, на встречах. Мобильный ГАРАНТ онлайн предоставляется на современном, быстром и удобном флеш-носителе.

Полная информация о свежих поступлениях

Узнайте, что изменилось в законодательстве, благодаря возможности в любой момент обратиться к актуальной онлайн-версии.

Защита от использования устаревшей информации

Работайте только с актуальными документами. Если документ изменился, встроенная онлайн-проверка предложит открыть действующую редакцию.