



Statut Publishers
ИЗДАТЕЛЬСТВО СТАТУТ

А.И. САВЕЛЬЕВ

ЭЛЕКТРОННАЯ КОММЕРЦИЯ В РОССИИ И ЗА РУБЕЖОМ:

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ

*2-е издание,
переработанное и дополненное*


СТАТУТ

Александр Савельев

**Электронная коммерция
в России и за рубежом:
правовое регулирование**

«Статут»

2016

УДК 347.73
ББК 67.404.91

Савельев А. И.

Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование / А. И. Савельев — «Статут», 2016

ISBN 978-5-8354-1263-1

Монография посвящена анализу вопросов, возникающих при осуществлении деятельности в сфере электронной коммерции: юрисдикционных аспектов электронной коммерции; перспектив исполнения решения, вынесенного на территории иностранного государства; общих проблем заключения договоров в сети «Интернет»; использования электронных подписей, персональных данных и др. Для предпринимателей, ведущих деятельность в сфере электронной коммерции, практикующих юристов, представителей научного сообщества, а также всех интересующихся данной темой. Тексты правовых актов даны по состоянию на 1 марта 2016 г. 2-е издание, переработанное и дополненное

УДК 347.73
ББК 67.404.91

ISBN 978-5-8354-1263-1

© Савельев А. И., 2016
© Статут, 2016

Содержание

Предисловие ко второму изданию	6
Предисловие к первому изданию	9
Глава 1. Понятие электронной коммерции	13
§ 1. Вопросы терминологии	13
§ 2. Классификация отношений, возникающих в сфере электронной коммерции	18
§ 3. Основные тенденции развития электронной коммерции	21
§ 4. Архитектурные особенности сети «Интернет» и их влияние на правовое регулирование электронной коммерции	25
Глава 2. Юрисдикционные аспекты электронной коммерции	34
§ 1. Общие положения о юрисдикции в сети «Интернет»	34
§ 2. Юрисдикция в сети «Интернет» по законодательству США	39
2.1. Основные источники регулирования вопросов юрисдикции в США	40
2.2. Условия установления персональной юрисдикции в отношении иностранного лица (jurisdiction to adjudicate)	43
2.3. Определение применимого права к отношениям в сети «Интернет» (jurisdiction to prescribe)	52
2.4. Принудительное исполнение судебного решения в США (jurisdiction to enforce)	57
Конец ознакомительного фрагмента.	60

Александр Иванович Савельев

Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование

*Посвящается моему Учителю – профессору Марине Николаевне
Малеиной, без усилий и таланта которой эта работа вряд ли бы
появилась*

© А.И. Савельев, 2016

© Издательство «Статут», редподготовка, оформление, 2016

* * *

Предисловие ко второму изданию

За более чем два с половиной года с момента подготовки текста первого издания произошёл ряд важных событий: были установлены новые законодательные требования к субъектам электронной коммерции; по ряду ключевых вопросов появилась новая судебная практика; приобрели более явные очертания новые тренды в развитии электронной коммерции, которые нельзя не отразить в работе, посвящённой заданной теме. Кроме того, в ходе обсуждений с коллегами и студентами магистратуры НИУ ВШЭ по направлению «Право в сфере ИТ/ИР», где я имею честь преподавать курс по электронной коммерции, отдельных идей, высказанных в первом издании, был выявлен ряд положений, требующих корректировки или дополнительного обоснования. Все это и обусловило подготовку второго издания, общий объём дополненного и переработанного контента в котором составил порядка 40 % по сравнению с первой книгой.

Следует обозначить основные новеллы, нашедшие свое отражение в отдельных главах книги.

Глава 1. Понятие электронной коммерции. Откорректировано понятие «электронная коммерция» и обновлено описание основных подходов к ее определению, а также основных особенностей сети «Интернет», влияющих на правовое регулирование процессов, происходящих в ней. Кроме того, данная глава пополнилась подразделом, посвященным основным трендам развития электронной коммерции (экспансии мобильного сегмента электронной коммерции, «Интернета вещей», технологий добавленной реальности, аналитики данных о пользователях и персонализации коммерции, а также появления новых бизнес-моделей, основанных на экономике совместного использования (*sharing economy*)), сопровождающегося обозначением основных правовых вызовов, которые они влекут).

Глава 2. Юрисдикционные аспекты электронной коммерции. Введены новые подразделы о порядке определения юрисдикции в сфере законодательства о защите персональных данных в Европейском Союзе и Российской Федерации, что обусловлено масштабными изменениями, происходящими в указанной области: финализацией процесса подготовки общеевропейского регламента о защите персональных данных и недавно принятыми положениями о локализации отдельных процессов обработки персональных данных на территории РФ. Добавлен анализ вопросов, касающихся использования третейского разбирательства в спорах с участием потребителей. Обновлена судебная практика по остальным вопросам, относящимся к юрисдикции в сети «Интернет», а также учтены нововведения в Гражданский процессуальный кодекс РФ по вопросам расширения правомочий судов общей юрисдикции в отношении споров с участием иностранных лиц.

Глава 3. Договорные аспекты электронной коммерции. Отражены изменения в Гражданском кодексе РФ и иных законах, внесенные за последние два года и влияющие на договорно-правовое регулирование отношений, возникающих в сети «Интернет». Приведена новая судебная практика, в частности, по спорам, связанным с заключением *click-wrap* соглашений. Более четкое разграничение получили различные способы заключения договоров в электронной среде: посредством обмена электронными документами и посредством акцепта оферты конклюдентными действиями. Кроме того, данная глава пополнилась рассмотрением проблемных аспектов, связанных с реализацией потребителем права на односторонний отказ от договора купли-продажи товаров, заключенного дистанционным способом.

Глава 4. Процессуальные аспекты электронной коммерции. Глава была дополнена с учетом изменений, внесенных в законодательство о нотариате в части, касающейся обеспечения доказательств в сети «Интернет».

Глава 5. Веб-сайт как основной инструмент электронной коммерции. В главе нашли свое отражение новые положения об организаторе распространения информации в сети

«Интернет» в части их возможного применения к различными интернет-сервисам. Более четко структурированы и проанализированы положения о правовой природе интернет-сайта и ответственности его владельца как информационного посредника с учетом изменений, внесенных в часть четвертую Гражданского кодекса РФ. В параграф про доменные споры была добавлена характеристика двух иных процедур рассмотрения споров в указанной области кроме UDRP – URS и PDDRP.

Глава 6. Цифровой контент и виртуальная «собственность». Глава пополнилась новой судебной практикой, касающейся правового статуса цифрового контента, в том числе анализом известного спора компании *Mail.ru* с налоговыми органами. Были обновлены параграфы про исчерпание прав на цифровой контент с учетом новой европейской судебной практики. Добавлена новая судебная практика по вопросам лицензирования программного обеспечения и предоставления удаленного доступа к его функционалу (*SaaS*). Кроме того, появился параграф, посвященный проблемам применения законодательства о защите прав потребителей к отношениям, связанным с потреблением цифрового контента.

Глава 7. Электронные платежи в сфере электронной коммерции. Данная глава подверглась наиболее радикальному изменению: был добавлен текст о рассмотрении процесса осуществления платежа в сети «Интернет» с использованием банковских карт, а также проведен анализ вопросов, связанных с использованием процедур *chargeback*, существенным образом переработаны параграфы, посвященные электронным деньгам и правовому статусу криптовалют на примере *Bitcoin*.

Глава 8. Реклама в сфере электронной коммерции. Учтены положения четвертого антимонопольного пакета, законодательства о маркировке информационной продукции и сделан ряд других изменений. В части рассмотрения вопросов контекстной (поисковой) рекламы было проведено разграничение правовых режимов законодательства об интеллектуальной собственности, о недобросовестной конкуренции и о рекламе в части ее регулирования и ответственности за нарушения. Параграф о спаме был дополнен материалом о рассмотрении вопросов правового регулирования смс-сообщений и иных адресных уведомлений. Кроме того, был добавлен параграф, посвященный анализу правового статуса рекомендаций (отзывов) о товарах или продавце, размещаемых пользователями на различных интернет-сайтах.

Глава 9. Персональные данные в сфере электронной коммерции. Существенным образом был переработан материал про понятие персональных данных: описаны возможные подходы к его определению, отечественная судебная практика и зарубежный опыт. Добавлен подраздел, посвященный анализу новых положений о локализации отдельных процессов обработки персональных данных с учетом разъяснений правоприменительных органов. В этой главе также представлен новый материал о соотношении средств защиты, предоставляемых законодательством о персональных данных, законодательством об информации в части «права быть забытым» и обновленными нормами Гражданского кодекса РФ о защите чести, достоинства и деловой репутации. Обновлен параграф об ответственности за нарушение законодательства о персональных данных с учетом новых законопроектов в указанной сфере, а также существующих положений о блокировках интернет-ресурсов.

Как известно, одним из преимуществ создания следующей версии ранее написанного текста является возможность внести уточнения, обновить устаревшие данные, заново сформулировать ошибочные или противоречивые утверждения, предложить более подходящие примеры, а также улучшить общую структуру изложения материала. Остается выразить надежду, что данные цели в определенной степени были достигнуты в новом издании.

Конечно, не обошлось и без «жертв». Во имя сохранения общего объема книги на приемлемом уровне пришлось удалить некоторые материалы, касающиеся компаративных, исторических и иных аспектов той или иной проблемы. Однако их отсутствие вполне может быть восполнено посредством обращения к первому изданию книги.

Автор будет признателен за конструктивные комментарии и отзывы, которые могут быть отправлены по электронной почте на адрес: *garantus@rambler.ru*
Тексты правовых актов даны по состоянию на 1 марта 2016 г.

Предисловие к первому изданию

Интернет является ядром современной мировой экономики и основной движущей силой инновационного развития. Значение сети «Интернет» для современного бизнеса весьма емко охарактеризовано в приписываемом бывшему главе *Microsoft* Биллу Гейтсу (*Bill Gates*) высказывании: «В будущем на рынке останутся два вида компаний: те, кто в Интернете, и те, кто вышел из бизнеса». Можно по-разному относиться к данному утверждению, но последнее десятилетие весьма убедительно продемонстрировало особую роль информационно-телекоммуникационных технологий в развитии бизнеса. В наибольшей степени это нашло свое проявление в появлении и развитии особой сферы экономической деятельности – электронной коммерции.

Электронная коммерция стала неотъемлемой частью современной экономики. Все больше потребителей приобретают товары посредством сети «Интернет», а коммерческие организации так или иначе используют возможности данной сети при осуществлении предпринимательской деятельности. Общий мировой объем продаж в одном только потребительском сегменте электронной коммерции превысил в 2012 г. отметку в 1 трлн долл. и характеризуется устойчивым ростом¹. Рынок электронной коммерции в Европе достиг 312 млрд евро в 2012 г. Россия заняла пятое место по объему рынка электронной коммерции после Великобритании, Германии, Франции и Испании, при этом доля России составила порядка 10,3 млрд евро в 2012 г. с приростом 35 % по сравнению с 2011 г.² Эти сухие цифры показывают, что феномен электронной коммерции имеет весьма радужные перспективы с экономической точки зрения, а следовательно, вопросы ее правового регулирования приобретают особую актуальность.

Однако на фоне бурного развития электронной коммерции освещение данного явления в отечественной юридической литературе выглядит достаточно бледно. Многие работы по данной тематике, несмотря на несомненную научную ценность некоторых из них, являются либо устаревшими, либо фрагментарными, либо описательными. Любое из указанных качеств является важным для понимания электронной коммерции.

Как известно, законодательство в этой сфере развивается достаточно динамично, и то, что имеет место сейчас, существенным образом отличается от того, что было 5 и уж тем более 10 лет назад. Если учитывать трансграничный характер сети «Интернет», а вместе с ним и характер электронной коммерции, становится очевидным, что в отрыве от положений зарубежного законодательства в указанной сфере, а также анализа сопутствующих юрисдикционных проблем невозможно нарисовать более-менее четкую картину правового регулирования в указанной сфере.

К тому же многие вопросы, традиционно рассматриваемые в отечественной литературе отдельно, требуют комплексного анализа. Например, вопросы получения согласия пользователя сети «Интернет» на обработку персональных данных нередко неразрывно связаны с вопросами действительности условий так называемых *click-wrap*- и *browse-wrap*-соглашений, которая должна оцениваться через призму положений международного частного права и международного гражданского процесса. Именно поэтому данная книга объединяет в себе темы хотя и разнородные с точки зрения их отраслевой принадлежности, но имеющие непосредственное отношение к проблематике электронной коммерции. В результате содержание книги может показаться несколько эклектичным, однако оно отражает достаточно простой факт:

¹ Ecommerce Sales Topped \$ 1 Trillion for First Time in 2012. 05.02.2012 // <http://www.emarketer.com/Article/Ecommerce-Sales-Topped-1-Trillion-First-Time-2012/1009649#t8zvC cCjOogMAZ-31.99>

² Europe B2C Ecommerce Report 2013. Brussels // <https://www.ecommerce-europe.eu/website/facts-figures/light-version/download%20>

право электронной коммерции, так же как и интернет-право, киберправо и иные популярные ныне обозначения, не представляет собой самостоятельной отрасли права с единой концепцией. Они представляют собой комплекс разнородных по своей отраслевой природе вопросов, объединенных общностью предмета, к которому они относятся³.

В *главе 1* книги рассматривается понятие электронной коммерции. В отличие от многих иных дефиниций данного явления, существующих в литературе, в данной книге оно связано исключительно с экономическими отношениями, возникающими в сети «Интернет», поскольку именно благодаря ей оно оформилось, приобрело те масштабы, которые имеет сейчас и получило «в нагрузку» многие проблемы, о которых будет говориться в других главах книги. Поскольку многие правовые проблемы, возникающие в сфере электронной коммерции, предопределены техническими особенностями архитектуры сети «Интернет», которые в свою очередь обусловлены особенностями появления и развития данной сети, мне показалось целесообразным посвятить данным вопросам отдельные параграфы.

Глава 2 посвящена рассмотрению на примере США, Европейского Союза и России юрисдикционных аспектов электронной коммерции: компетентности суда по рассмотрению того или иного спора, возникающего в сфере электронной коммерции; определения права, применимого к такому спору; а также перспектив последующего исполнения вынесенного решения на территории иностранного государства. Подробное рассмотрение законодательства США и стран Европейского Союза по данным вопросам обусловлено тем фактом, что рынки данных стран играют важную роль в сфере электронной коммерции и в силу этого факта их законодательство должно учитываться при ведении деятельности с клиентами из данных правовых порядков или, наоборот, при желании ограничить риски, связанные с подпаданием под их юрисдикцию. К тому же доктрина и законодательство данных правовых порядков по вопросам юрисдикции отличаются высоким уровнем развития и нередко заимствуются российским законодателем, в связи с чем всегда полезно знать «источки».

В *главе 3* рассматриваются общие вопросы заключения договоров в сети «Интернет» путем обмена документами или акцепта оферты конклюдентными действиями, проблемы использования электронных подписей и электронных агентов при заключении договора, а также особенностей одностороннего изменения и расторжения договоров, заключенных в онлайн-режиме. Особое внимание уделяется рассмотрению особого рода договоров, которые нередко именуется *click-wrap*- и *browse-wrap*-соглашениями и представляют собой новый уровень эволюции договорной практики, развивающий идеи договоров присоединения в электронной среде.

Глава 4 представляет собой развитие положений предыдущей главы и рассматривает вопросы использования информации, содержащейся в сети «Интернет» (переписки по электронной почте и данных, размещенных на веб-сайтах) в качестве доказательств в гражданском и арбитражном процессе. Учитывая легкость, с которой можно изменить или удалить информацию в сети «Интернет», затрудняя тем самым защиту нарушенных прав других лиц, особый интерес представляют собой интернет-архивы, позволяющие в ряде случаев находить некогда размещенную на веб-сайте информацию. В данной главе приводится судебная практика использования информации из таких интернет-архивов на примере *Wayback Machine*.

Глава 5 посвящена веб-сайту как одному из основных инструментов электронной коммерции. Достаточно подробно рассматриваются вопросы его правовой природы, а также правовые аспекты его введения в действие: договор на разработку веб-сайта, регистрация доменного имени и размещение веб-сайта на хостинговой площадке. Поскольку многие веб-сайты, задей-

³ Безусловно, существуют и иные точки зрения на этот счет, в том числе обосновывающие самостоятельность интернет-права как отрасли. Но поскольку данная работа все же не об интернет-праве, я могу себе позволить роскошь не вдаваться в данную дискуссию, тем более что в российских реалиях она носит не столько научный, сколько конъюнктурно-научный характер.

ствованные в сфере электронной коммерции, носят высокоинтерактивный характер и позволяют размещать пользовательский контент, возникает ряд вопросов, связанных с разграничением ответственности между владельцами ресурса, провайдерами хостинга и пользователями за такой контент.

В *главе 6* рассматриваются вопросы, связанные с цифровым контентом. В частности, анализ правовой природы существующих бизнес-моделей его распространения. Особое внимание уделяется распространению программного обеспечения в цифровой форме: в виде предоставления ссылок для загрузки и в виде предоставления удаленного доступа к нему (программное обеспечение как услуга). Поскольку все больше и больше пользователей сети «Интернет» становятся участниками различного рода многопользовательских игр и иных подобных проектов, все более актуальным становится вопрос о правовом статусе внутриигровых объектов, приобретаемых за реальные деньги. Несмотря на то что правовое регулирование подобной виртуальной «собственности» находится в зачаточном состоянии, уже сейчас есть судебная практика, позволяющая задуматься о дальнейших путях развития данного явления. В связи с этим мне показалось целесообразным выделить данный вопрос в отдельный параграф, хотя, конечно, он заслуживает гораздо большего внимания.

Электронная коммерция немыслима без новых форм платежей, в значительной степени облегчающих реализацию товаров и услуг в электронной среде. Феномен электронных денег достаточно долго будоражил умы экономистов и юристов как в России, так и за рубежом. В значительной степени вопросы, связанные с правовым статусом электронных денег, были разрешены с принятием Федерального закона от «О национальной платежной системе». Однако появляются все новые и новые средства платежей в сети «Интернет», отдельные из которых носят настолько инновационный характер, что возможности их правового регулирования существенно ограничены. Речь идет о различного рода децентрализованных виртуальных валютах вроде *Bitcoin*, которые не получали еще подробного освещения в отечественной юридической литературе. Рассмотрению вопросов, связанных с электронными деньгами посвящена *глава 7* книги.

В *главе 8* рассматриваются вопросы использования сети «Интернет» в рекламных целях. В частности, при каких условиях информация, размещенная на веб-сайте, может рассматриваться в качестве рекламы с распространением на нее специальных требований законодательства о рекламе; особенности размещения рекламы в баннерообменных сетях и поисковых сервисах, а также проблемы борьбы со спамом.

Завершает книгу *глава 9*, посвященная вопросам регулирования персональных данных, поскольку большинство предпринимателей, ведущих деятельность в сфере электронной коммерции, вынуждены так или иначе обрабатывать массив персональных данных своих действительных или потенциальных клиентов. В связи с этим возникает множество вопросов, связанных с получением согласия на обработку таких данных, принятием необходимых организационно-технических мер по их защите, передачей персональных данных на обработку третьим лицам, трансграничной передачей и т. д. Особый интерес в контексте ведения трансграничной коммерческой деятельности представляют собой планируемые изменения в законодательстве о персональных данных Европейского Союза, поскольку именно оно является «источником вдохновения» для многих других стран, включая Россию.

К сожалению, некоторые вопросы, главным образом публично-правового характера (вопросы налогообложения, уголовно-правовой ответственности за нарушения в указанной сфере, лицензирования и сертификации и пр.), остались за рамками данной книги в силу ряда причин, в том числе и ради соблюдения разумного объема. Я надеюсь, что в последующих работах по данной тематике мне удастся восполнить хотя бы отчасти указанные пробелы. Так или иначе, не претендуя на бесспорность высказанных суждений, я буду при-

знателен за отзывы и комментарии к данной книге, которые можно отправлять по адресу: *alexandersavelyev@outlook.com*.

Тексты нормативных правовых актов приведены по состоянию на 1 октября 2013 г. Высказанные в настоящей книге суждения являются личным мнением автора и могут не совпадать с официальной позицией компании *IBM*.

Глава 1. Понятие электронной коммерции

§ 1. Вопросы терминологии

Электронная коммерция – достаточно неблагодарный термин с точки зрения поиска его дефиниции. В отсутствие сформулированного в российском законодательстве определения данного понятия⁴ приходится довольствоваться теми дефинициями, которые содержатся либо в зарубежном законодательстве и международных актах, либо в отечественной и зарубежной доктрине.

Данная книга не преследует цели консолидации всего многообразия имеющихся определений данного явления, тем более что при наличии особого интереса к данному вопросу можно обратиться к ряду существующих работ⁵.

Здесь хотелось бы выделить три основных подхода к определению понятия электронной коммерции.

Первый подход основан на Типовом законе ЮНСИТРАЛ, в руководстве к которому под электронной коммерцией предлагается понимать осуществление торговых сделок с использованием различных электронных средств передачи данных (передачи электронных сообщений стандартизированного формата между компьютерами (*EDI*), сети «Интернет», телекса, телефакса, факсимильных сообщений и пр.)⁶. При этом отмечается, что такой широкий подход во многом обусловлен идеологией данного Типового закона: чем более широка сфера его применения, тем в большей степени достигаются его цели⁷.

Второй подход характеризуется тем, что понятие электронной коммерции ограничивается лишь сделками, которые заключены *посредством сети «Интернет»*. В подобном ключе электронная коммерция рассматривается, например, в законодательстве США, где под данным термином для налоговых целей понимаются «любые сделки, совершаемые *через Интернет или с использованием доступа к Интернету*, включая куплю-продажу, предоставление имущества в пользование, лицензирование, оферту на совершение вышеуказанных действий или предоставление прав на имущество, товары, услуги или информацию за плату или без; данный термин также включает предоставление доступа к Интернету»⁸. Министерство международной торговли и промышленности Японии под электронной коммерцией понимает «проведение коммерческих сделок (обмен товарами, услугами, информацией и (или) денежными средствами между поставщиками и потребителями в целях осуществления передачи товаров на коммерческой основе субъектами экономической деятельности) с помощью электрон-

⁴ Данный термин, хотя и без дефиниции, все же употребляется в российских правовых актах. См., например: постановление Правительства РФ от 19 марта 2002 г. № 169 «О Федеральной целевой программе «Экономическое и социальное развитие Дальнего Востока и Забайкалья на 1996–2005 и до 2010 года»» // СЗ РФ. 2002. № 13. Ст. 1208; п. 118 ч. 7 Положения о Министерстве экономического развития и торговли Российской Федерации, утвержденного постановлением Правительства РФ от 21 декабря 2000 г. № 990 «Об утверждении Положения о Министерстве экономического развития и торговли Российской Федерации» // СЗ РФ. 2001. № 1 (ч. II). Ст. 125.

⁵ Васильева Н.М. Электронная коммерция как правовая категория // Юрист. 2006. № 3; Карев Я.А. Электронные документы и сообщения в коммерческом обороте: правовое регулирование. М., 2006. С. 42–48; Тедеев А.А. Электронная коммерция (электронная экономическая деятельность). Правовое регулирование и налогообложение. М., 2002. С. 14 и др.

⁶ См.: Типовой закон об электронной торговле и Руководство по принятию. ЮНСИТРАЛ 1996 г. С. 17–18. URL: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/05-89452_Ebook.pdf. Следует отметить, что в русскоязычной версии Типового закона термин «electronic commerce» переведен как «электронная торговля», что вряд ли можно считать удачным переводом, учитывая сложившееся в русском языке понимание понятия «торговля» (см. далее).

⁷ Там же. С. 18.

⁸ Section 1104 (3). The Internet Tax Freedom Act, 1998.

ных средств с использованием интернет-технологий»⁹. Как следует из вышеуказанных определений, основным конститутивным признаком электронной коммерции является транзакция (сделка), совершенная с использованием Интернета.

Третий подход представляет собой специализированный вариант второго. Под электронной коммерцией предлагается понимать покупку или продажу товаров (услуг) посредством компьютерных сетей с помощью средств, специально предназначенных для размещения или получения заказов. Здесь ключевое значение имеет используемый технический способ заключения договора: это должен быть специально приспособленный для таких целей механизм, например, форма заказа на интернет-сайте или специализированное приложение смартфона. При этом так же, как и во втором подходе, из понятия электронной коммерции исключаются договоры, заключенные посредством телефонного звонка, телекса или факса. Кроме них здесь также исключаются договоры, заключаемые посредством обычной электронной почты.

Рассматриваемый подход используется такими международными организациями, как Всемирная Торговая Организация (ВТО) и Организация по Экономическому Сотрудничеству и Развитию (ОЭСР)¹⁰. Во многом он предопределяется стремлением привести понятие электронной коммерции к общему знаменателю для статистических и экономических целей. Хотя он находит определенное отражение и на уровне законодательства и практики отдельных стран¹¹.

Оценивая приведенные подходы к определению электронной коммерции, хотелось бы отметить следующее.

Во-первых, факсы, телексы, телефаксы и другие подобные средства связи, несмотря на наличие в них электронной составляющей, вряд ли заслуживают быть охваченными понятием электронной коммерции в современных реалиях: многие из них безнадежно устарели и фактически уже не используются в деловом обороте. Они требуют наличия у каждого из участников коммуникаций громоздких и недешевых устройств и, что немаловажно, совместимых между собой. При этом такие устройства несут существенные ограничения по характеру возможной для передачи информации (например, звук или видео с их помощью не передашь), не позволяют осуществлять одновременное общение и содержат ряд иных недостатков. Кроме того, данные ограничения обуславливают тот факт, что многие актуальные вопросы электронной коммерции просто не возникают при использовании подобных технических средств из прошлого века: конфликт юрисдикций вследствие общедоступного характера веб-сайта, проблемы с новыми формами заключения договора (*click-wrap*- и *browse-wrap*-соглашения), правовая природа цифрового контента, спама и многие другие вопросы. Спрашивается, каков тогда практический смысл включения факсов, телексов, телефаксов, телеграмм и иных некогда актуальных средств связи в состав понятия электронной коммерции, если в большинстве случаев их использование не создает актуальных для современной электронной коммерции проблем?

⁹ Towards the Age of the Digital Economy – For Rapid Progress in the Japanese Economy and World Economic Growth in the 21st Century. Ministry of International Trade and Industry, Government of Japan. 1997. Цит. по: Васильева Н.М. Указ. соч.

¹⁰ E-Commerce in Developing Countries: Opportunities and Challenges for Small and Medium-Sized Business. World Trade Organization. URL: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/ecom_brochure_e.pdf; OECD Glossary of Statistical Terms. Electronic Commerce. OECD Guide to Measuring the Information Society, 2011. URL: <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=4721>

¹¹ Так, в решении Верховного Суда Филиппин было отмечено, что филиппинское законодательство об электронной коммерции не охватывает случаи заключения договоров по телефаксу, телексу, телеграммам и иным подобным средствам связи, из чего, по мнению суда, усматривается намерение законодателя ограничить применение норм об электронной коммерции исключительно к случаям обмена электронными сообщениями посредством сетей связи. *MCC Industrial Sales Corporation v. Ssangyong Corporation*. 17 October 2007. Цит. по.: *Unlocking the Potential of E-commerce for Developing Countries*. United Nations Conference on Trade And Development. N.Y., 2015. P. 69.

В конечном счете сфера электронной коммерции получила свое масштабное развитие только с приходом Интернета¹². Именно сочетание развития рынка в сфере интернет-услуг, технологий в области дизайна веб-сайтов и новых вычислительных технологий в итоге и привело к появлению нового поколения коммерции – электронной коммерции¹³. Именно Интернет обеспечил существенное сокращение издержек, связанных с ведением предпринимательской деятельности (на рекламу, на аренду помещений, персонал и пр.), сократив тем самым время выхода на рынок (*go to market*). Наконец, именно трансграничная природа сети «Интернет» позволяет вести деятельность в мировом масштабе и получать выход на зарубежные рынки, а потребителям – получать выбор глобального масштаба¹⁴. Доступ к современным телекоммуникационным системам признавался в ВТО ключевым элементом понятия «электронная коммерция» еще в далеком 1998 г.¹⁵ При этом особо подчеркивалось, что именно сеть «Интернет» позволяет осуществлять все этапы транзакции в электронной форме¹⁶. Таким образом, не отрицая исторической значимости иных электронных видов связи, приходится сделать вывод о том, что они не играют той роли в современной структуре электронной коммерции, которая обуславливала бы целесообразность их включения в ее понятие. Напротив, такое включение будет «размывать» понятие электронной коммерции, поскольку им по сути будет охватываться любая сделка, заключенная не в устной форме и не на бумаге, что явно не соответствует существу данного понятия.

Во-вторых, признавая прогрессивность третьего подхода, следует отметить, что он не позволяет в полной мере охватить все формы электронной коммерции, которые используются на практике и могут представлять интерес для юридического анализа. Имеются в виду, в частности, случаи, когда интернет-сайт используется для информационной поддержки традиционного оффлайн-бизнеса, а договор заключается посредством обмена электронными письмами с использованием контактных данных, полученных на таком сайте. Возникающие в связи с этим юрисдикционные, договорно-правовые, процессуальные вопросы заслуживают внимания не в меньшей степени, чем при заключении договора с использованием автоматизированных средств размещения заказа онлайн.

С учетом вышеизложенного представляется, что целям настоящей работы лучше всего отвечает следующее определение понятия электронной коммерции (основанное на втором подходе): «*Электронная коммерция – совокупность отношений, возникающих в связи с заключением сделок посредством сети «Интернет», а также при продвижении товаров, работ, услуг и иных объектов гражданских прав в сети «Интернет»*»¹⁷. Таким образом, «ядром» понятия электронной коммерции является сделка, совершенная посредством Интернета. При этом необязательно, чтобы такая транзакция носила возмездный характер. Предоставление доступа к электронному ресурсу, скачивание бесплатной программы в сети «Интернет» также могут охватываться понятием электронной коммерции, поскольку вокруг данных действий вполне могут быть построены эффективные бизнес-модели.

¹² Online Contract Formation. Ed. by Stephan Kinsella and Andrew Simpson. Oceana Publications. N.Y., 2004. P. 483.

¹³ См.: Faye Fangrei Wang. Internet Jurisdiction and Choice of Law: Legal Practices in the EU, US and China. Cambridge, 2010. P. 3.

¹⁴ Юрасов А.В. Основы электронной коммерции. М., 2008. С. 27–28.

¹⁵ WTO Declaration on Global Electronic Commerce. 20 May 1998 WT/MIN(98)/DEC/2. § 5.

¹⁶ Ibid. § 20.

¹⁷ Данное определение не отвечает признакам технологической нейтральности, так как прямо упоминает определенную технологию (Интернет) в качестве конститутивного признака. Признавая справедливость этого аргумента, полагаю, что можно было бы усовершенствовать данную дефиницию, используя более нейтральный термин «информационно-телекоммуникационная сеть»: *электронная коммерция представляет собой совокупность возникающих в связи с совершением сделок, а также рекламированием товаров, услуг и иных объектов в сети «Интернет» и иных информационно-телекоммуникационных сетях*. Другое дело, что на данном этапе о наличии каких-либо иных информационно-телекоммуникационных сетей не приходится говорить.

Кроме того, принимая во внимание, что заключению сделки обычно предшествуют определенные предварительные действия со стороны предпринимателя, направленные на продвижение товара, услуги или иного объекта прав на рынке в целом и в сети «Интернет» в частности, и данные действия оказывают непосредственное влияние на решение контрагента по совершению транзакции, подобные «подготовительные» действия, совершенные в сети «Интернет», также целесообразно включить в понятие электронной коммерции. В таких случаях налицо тесная взаимосвязь между преддоговорным и договорным аспектами, которая обуславливает не только наличие специального регулирования преддоговорного аспекта¹⁸, но и целесообразность совместного и целостного рассмотрения данных вопросов в рамках работы, посвященной электронной коммерции.

Следует отметить, что по сравнению с первым изданием настоящей книги, понятие электронной коммерции претерпело некоторые уточнения¹⁹. Во-первых, из него ушло указание на связь соответствующих отношений с предпринимательской деятельностью. Данный подход представляется более корректным, учитывая общепринятый характер выделения С2С сегмента электронной коммерции, а также развитие экономических моделей, построенных на началах «совместного использования» (*sharing economy*) (см. далее). Во-вторых, более четко артикулирован основной конститутивный признак электронной коммерции – наличие сделки, заключенной посредством Интернета, и (или) деятельности по продвижению бизнеса в сети «Интернет». Таким образом, не всякое действие, связанное с осуществлением предпринимательской деятельности с использованием Интернета, должно относиться к электронной коммерции *per se*, а лишь то, которое предполагает использование данной сети для извлечения прибыли от действий правомерного характера. Совершение акта недобросовестной конкуренции посредством распространения ложных сведений на интернет-ресурсе о конкурирующей компании, безусловно, имеет связь и с предпринимательской деятельностью, и с сетью «Интернет», но, разумеется, не должно в силу этого признаваться электронной коммерцией.

Наконец, необходимо сказать несколько слов о термине «электронная торговля». Представляется, что он не является заменой понятия «электронная коммерция»²⁰, а выступает лишь одной из разновидностей последней. Под торговлей обычно принято понимать виды экономической деятельности по осуществлению купли-продажи товаров, обмену ими, а также связанные с ними процессы подготовки товаров к продаже, их хранению, доставке и т. п. В российском законодательстве под торговой деятельностью понимается вид предпринимательской деятельности, связанный с приобретением и продажей товаров²¹. Иными словами, в основе понятия торговли лежит товар, в качестве которого, с точки зрения российского гражданского законодательства, может выступать не любой объект гражданских прав, а лишь вещь (п. 1 ст. 455 ГК РФ). Исходя из системного подхода к применению законодательства понятие электронной торговли можно определить как деятельность по приобретению и продаже товаров посредством сети «Интернет».

¹⁸ См., например: Федеральный закон от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – Закон о рекламе); ст. 9, 10 Закона РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей» (далее – Закон о защите прав потребителей) о праве потребителя на достоверную информацию о товаре (услуге) и контрагенте (изготовителе (продавце)).

¹⁹ Дефиниция первого издания книги звучала следующим образом: «Электронная коммерция представляет собой совокупность отношений, возникающих в связи с ведением предпринимательской деятельности в сети «Интернет», в частности, при совершении сделок, а также продвижении товаров, работ, услуг и иных объектов в сети «Интернет»».

²⁰ Об использовании понятия «электронная торговля» в законопроектной деятельности см. первое издание данной книги. С. 17–19.

²¹ См.: Федеральный закон от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» (п. 1, ст. 2). В соответствии с Общероссийским классификатором видов экономической деятельности ОК 029-2001 (ОКВЭД) к электронной торговле относится розничная торговля, осуществляемая через телемагазины и компьютерные сети, включая Интернет (код по ОКВЭД 52.61.2).

При таком подходе понятие электронной торговли не включает в себя деятельность по реализации услуг и цифрового контента в Интернете, а сводится по сути к интернет-ритейлу. Это представляет собой неоправданное сужение сферы электронной коммерции и входит в противоречие с общепринятым подходом, исходя из которого в качестве объекта электронной коммерции могут выступать любые оборотоспособные объекты гражданских прав. Во избежание терминологической путаницы представляется нецелесообразным использование термина «электронная торговля» в качестве синонима электронной коммерции.

В завершение необходимо сказать несколько слов еще и о таком понятии, как «электронный документооборот», поскольку оно достаточно часто упоминается при рассмотрении тематики электронной коммерции. Исторически данный термин связан с понятием «электронный обмен данными» (*electronic data interchange, EDI*), представлявший собой автоматизированный обмен электронными данными между заранее известным кругом лиц с использованием заранее согласованных протоколов и форматов данных. Согласно ст. 2 (b) Типового закона ЮНСИТРАЛ «Об электронной торговле» 1996 г. «электронный обмен данными (ЭДИ) означает электронную передачу с одного компьютера на другой информации с использованием согласованного стандарта структуризации информации». Таким образом, *EDI* характерен использованием в закрытых (корпоративных) информационных системах с ограниченным кругом пользователей, например, между банками²² или между банками и клиентами. Безусловно, *EDI* может использоваться и для заключения сделок, однако в таких случаях отсутствует основное преимущество электронной коммерции в сети «Интернет»: возможность привлечения новых клиентов и завоевания новых рынков. В случае с *EDI* речь может идти только о деловых взаимоотношениях между контрагентами, которые ранее уже установили контакт между собой в реальном мире. Таким образом, *EDI* и электронная коммерция находятся с некоторыми пор в несколько антагонистических взаимоотношениях, что не мешает им в лучших традициях диалектики обладать определенным единством. В конце концов, протокол *TCP/IP* тоже направлен на унификацию «языка общения» между различными сетями и компьютерами в их составе. Так или иначе, с появлением сети «Интернет» большинство компаний, желающих заниматься электронным бизнесом, перешли на использование Интернета в качестве средства коммуникаций с бизнес-партнерами²³.

Что же касается электронного документооборота, то он, безусловно, имеет отношение к электронной коммерции, поскольку заключаемые в ходе осуществления последней договоры представляют собой не что иное, как электронные документы²⁴. Однако в последнее время термин «электронный документооборот» все чаще используется не столько в связи с электронной коммерцией, сколько в связи с проблематикой электронного правительства в части необходимости обеспечения эффективного межведомственного информационного обмена²⁵. Поэтому представляется целесообразным там его и оставить, не упоминая без особой надобности при рассмотрении правовых аспектов электронной коммерции.

²² См., например: Положение о правилах обмена электронными документами между Банком России, кредитными организациями (филиалами) и другими клиентами Банка России при осуществлении расчетов через расчетную сеть Банка России (утв. Банком России 12 марта 1998 г. № 20-П).

²³ *Prins C. et al. Trust in Electronic Commerce. Kluwer Law International, 2002. P. 12.*

²⁴ В соответствии с п. 11.1 ст. 2 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и защите информации» (далее – Закон об информации) под электронным документом понимается документированная информация, представленная в электронной форме, т. е. в виде, пригодном для восприятия человеком с использованием электронных вычислительных машин, а также для передачи по информационно-телекоммуникационным сетям или обработки в информационных системах.

²⁵ См., например: Распоряжение Правительства РФ от 6 мая 2008 г. № 632-р «О Концепции формирования в Российской Федерации электронного правительства до 2010 года»; постановление Правительства РФ от 6 сентября 2012 г. № 890 «О мерах по совершенствованию электронного документооборота в органах государственной власти» и ряд других документов.

§ 2. Классификация отношений, возникающих в сфере электронной коммерции

Субъекты предпринимательской деятельности могут по-разному использовать возможности Интернета для достижения своих целей, в связи с чем можно выделить следующие модели.

Информационно-рекламная поддержка существующего неэлектронного бизнеса в целях облегчения коммуникаций с действующими и потенциальными контрагентами, формирования положительного имиджа компании и повышения спроса на товары (услуги). Данная цель реализуется путем создания корпоративного сайта, содержащего информацию о товарах, работах, услугах, адресах точек продаж, а иногда – ответы на вопросы клиентов, тематические форумы и прочие инструменты получения обратной связи от потребителей. Обычно такая информационная поддержка сопровождается размещением рекламы в Интернете (баннерной, контекстной и пр.). Данная модель, несмотря на всю ее простоту и явно вспомогательный характер по отношению к основному офлайн-овому виду деятельности, тем не менее подпадает в значительной степени под ряд тех же законодательных положений, которые характерны и для других форм электронной коммерции (защита прав потребителей в части предоставления необходимой информации, законодательство о рекламе, определение пределов ответственности владельца веб-сайта за высказывания пользователей форума, защита персональных данных зарегистрированных пользователей и пр.).

Организация продаж через Интернет товаров или услуг существующего неэлектронного бизнеса. В данном случае веб-сайт организации помимо функций, перечисленных применительно к информационной модели, содержит возможность размещения онлайн-заказа и нередко возможность приема платежей. В данной модели сеть «Интернет» используется преимущественно в качестве средства коммуникации при заключении договора, предметом которого являются традиционные товары, работы или услуги, которые предоставляются «за пределами» Интернета. С правовой точки зрения ко всем правовым аспектам, описанным в предыдущей модели, добавляются еще и вопросы надлежащего оформления договорных отношений, действительности электронных договоров, соблюдения законодательных требований к электронным платежам и т. п.

Создание полноценного интернет-предприятия, охватывающего весь цикл отношений по продвижению продукта до потребителя: как информационный (преддоговорный), так собственно его реализацию (договорный). Важно подчеркнуть, что в данной модели договоры не только заключаются, но и *исполняются* в сети «Интернет». Это характерно для договоров, связанных с предоставлением цифрового контента, а также оказанием различного рода внутрисетевых услуг (рекламных услуг, хостинга, услуг облачных вычислений и т. д.). В данной модели максимально используются все преимущества электронной коммерции: сокращение транзакционных издержек на содержание складов и обслуживающий персонал, возможность ведения деятельности в глобальном масштабе с выходом на зарубежные рынки. Однако в качестве дополнительной нагрузки появляются еще и риски подпадания под юрисдикцию иностранных государств, необходимость соблюдения иностранного права и т. д.

С точки зрения субъектного состава участников электронной коммерции принято выделять следующие ее категории (см. таблицу): 1) *Business-to-Consumer (B2C)*; 2) *Business-to-Business (B2B)*; 3) *Consumer-to-Consumer (C2C)*; 4) *Business-to-Government (B2G)*²⁶.

²⁶ Schneider G. Electronic Commerce. Course Technology. Mass. 9th ed. 2011. P. 7.

Категория	Описание	Примеры
<i>Business-to-Consumer (B2C)</i>	Договоры заключаются между предпринимателем и потребителем.	Подавляющее большинство интернет-магазинов (<i>Ozon.ru</i> ; <i>Amazon.com</i> и др.).
<i>Business-to-Business (B2B)</i>	Договоры заключаются между предпринимателями.	Предоставление «облачных» сервисов, услуг хостинга, рекламные услуги в сети «Интернет» и прочие внутрисетевые услуги, а также осуществление продаж традиционных «офлайновых» товаров и услуг коммерческого назначения с использованием веб-сайтов в сети «Интернет», в том числе специализированных торговых площадок.
<i>Consumer-to-Consumer (C2C)</i>	Договоры заключаются между двумя потребителями (физическими лицами).	Различного рода виртуальные площадки вроде <i>ebay</i> , <i>avito.ru</i> и др.
<i>Business-to-Government (B2G)</i>	Договоры заключаются между предпринимателем и публичными образованиями в ходе осуществления процедур государственных (муниципальных) закупок.	Размещение заказов путем проведения открытого аукциона в электронной форме ² .

Как известно, субъектный состав договора непосредственно влияет на квалификацию отношений и применимые нормы. Так, например, осуществление продаж товара посредством размещения заказа на веб-сайте в сети «Интернет» будет квалифицироваться как договор розничной купли-продажи с применением законодательства о защите прав потребителей в случае *B2C*; как договор купли-продажи с применением общих положений § 1 гл. 30 ГК РФ – в случае *C2C*; как договор поставки (или розничной купли-продажи²⁷) – в случае *B2B*; как поставка товаров для государственных или муниципальных нужд (§ 4 гл. 30 ГК РФ и специальное законодательство о государственных закупках²⁸).

В рамках данной работы будут рассмотрены вопросы, характерные для отношений, возникающих в сфере электронной коммерции в *B2B*– и *B2C*–секторах. *C2C*– и *B2G*–сегменты, по моему мнению, не обладают на данный момент существенной спецификой, которая бы оправдывала выделение их в отдельные категории для целей правового анализа. Основные проблемы, которые возникают в данных случаях, касаются стадии заключения договора, с учетом того, что большинство договоров в данных сегментах предполагают исполнение в офлайн-режиме. В связи с этим те проблемы и решения, которые характерны для *B2B* и *B2C*, будут вполне при-

²⁷ См. п. 5 постановления Пленума ВАС РФ от 22 октября 1997 г. № 18 «О некоторых вопросах, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре поставки».

²⁸ Федеральный закон от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (с 1 января 2014 г. Федеральный закон от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»).

менимы и здесь. Не исключено, что по мере развития взаимодействия государства и бизнеса в сети «Интернет» потребуется детальный анализ правовых аспектов возникающих в связи с этим отношений.

В любом случае к какому сегменту не относилась бы отдельно взятая сделка с сфере электронной коммерции, она всегда будет обладать определенной спецификой, отличающей ее от традиционных договоров, заключаемых в офлайн-режиме. Указанная специфика предопределяется особенностями «архитектуры» сети «Интернет», на которой имеет смысл остановиться подробнее, для того чтобы представлять себе причину появления тех специфических проблем, которые характерны для сферы электронной коммерции, а также историю ее развития.

§ 3. Основные тенденции развития электронной коммерции

Рассмотрев понятие электронной коммерции и ее основные виды, целесообразно остановиться на кратком описании основных направлений ее развития. Это связано с тем, что многие актуальные проблемы, формирующие повестку дня правового регулирования электронной коммерции (по крайней мере, в большинстве развитых стран), заданы перспективными направлениями развития электронной коммерции, которые в свою очередь предопределяются направлениями развития информационно-коммуникационных технологий²⁹. К основным трендам электронной коммерции можно отнести следующие.

1. *Разрастание мобильного сегмента.* Аудитория мобильного Интернета за декабрь 2013–2014 г. выросла на треть. Доля пользователей, выходящих в Интернет в этот же период со смартфонов, составила около 39 %, с планшет – 25 %, в то время как около 10 % пользователей выходит в Интернет исключительно с мобильных устройств (телефонов)³⁰. Все это влечет возрастание роли мобильных телефонов в качестве основного средства аутентификации пользователей в сети «Интернет».

Кроме того, это обуславливает необходимость учета и адаптации классических требований законодательства о защите прав потребителей, законодательства о персональных данных к специфике мобильных устройств (ограниченному объему воспринимаемой пользователем информации, ограничениям трафика и пр.).

2. *Увеличение роли социальных сетей в процессах, связанных с электронной коммерцией.*

Количество пользователей социальных сетей достигло 91 % всех пользователей сети «Интернет» (98 % – молодежная аудитория)³¹. При этом аудитория пользователей в сегменте 12 лет – 24 года большую часть времени, проведенного в Интернете (29 %), отводит именно социальным сетям. В ряде стран этот показатель еще выше. Так, в Индонезии 9 из 10 пользователей, имеющих доступ к Интернету, обладают также аккаунтом в социальной сети, а столица Индонезии – Джакарта носит неофициальное наименование мировой столицы Facebook'а (около 17 млн пользователей Сети)³². Увеличение количества времени, проведенного в социальных сетях, влечет возрастание количества информации, оставляемой пользователем, а, следовательно, большие возможности использования данных аналитики для адресного продвижения товаров, работ и услуг. В условиях перегруженности пользователя информацией его внимание становится основной ценностью. Без средств аналитики данных и повышения посредством нее вероятности того, что предложение товара (услуги) является действительно востребованным, интернет-компании не смогут обеспечивать свой рост. Сложившаяся ситуация повышает «нагрузку» на законодательство о персональных данных (с которой, как будет показано в гл. 9 настоящей книги, оно уже не справляется) и рекламе, а также на средства контроля над прозрачностью и справедливостью соглашений, заключаемых в сети «Интернет» в полуавтоматическом режиме (click-wrap, browse-wrap-соглашения).

²⁹ Общее представление о направлениях развития информационных технологий в России и мире на ближайшие 15 лет можно получить в кн.: Прогноз научно-технологического развития России: 2030 г. Информационно-коммуникационные технологии / Под ред. Л.М. Гохберга и И.Р. Агамирзяна. М.: НИУ ВШЭ, 2014. URL: https://prognoz2030.hse.ru/data/2014/12/25/1103939133/Prognoz_2030_final.pdf

³⁰ По данным издания «Интернет в цифрах». Март-апрель 2015 г. www.in-numbers.ru

³¹ Исследование «Пользование социальными сетями в России. 2012–2015 гг.» <http://adindex.ru/news/researches/2015/05/21/123757.phtml>

³² Unlocking the Potential of E-commerce for Developing Countries. United Nations Conference on Trade And Development. N.Y., 2015. P. 27.

3. *Появление и экспансия экономики нового типа и связанных с ней бизнес-моделей – экономики «совместного использования».* Данный вид экономики получил различные наименования в иностранной литературе (*sharing economy, renting economy, collaborative economy, ICT-enabled economy, digital platform economy*)³³. В самом общем виде ее суть сводится к тому, что при посредничестве интернет-платформ формально незнакомые люди находят друг друга и делятся друг с другом определенными активами, происходит так называемый процесс разобладания (*disowner-ship*), при котором брать что-либо в пользование гораздо выгоднее приобретения его в собственность. Наиболее успешными примерами компаний, имплементировавших бизнес-модели, основанные на «новой экономике», являются *Uber* (компания из Сан-Франциско, создавшая одноименное мобильное приложение для поиска, вызова и оплаты такси или частных водителей)³⁴, *Airbnb* (онлайн-площадка для размещения, поиска и краткосрочной аренды частного жилья по всему миру), *Lyft* (компания из Сан-Франциско, позволяющая пользователям находить с помощью интернет-сайта или мобильного приложения водителей, сотрудничающих с сервисом и готовых подвезти их за умеренную плату).

Фактически в основе данных бизнес-моделей лежит организация коммуникаций экономических субъектов с минимальными издержками, которая обеспечивается интегрированием инноваций последних лет (геолокации, мобильных платежей, удаленного менеджмента людей посредством программного продукта, выступающего интерфейсом между физическим и онлайн-мирами). Новый тип экономики извлекает стоимость из социальных связей между чужими друг другу людьми, в связи с чем фактор доверия является ключевым для ее жизнеспособности. Например, пользователи компании *Lyft* доверяют свою жизнь незнакомым водителям, подвозящим их, куда нужно, а пользователи компании *Airbnb* полагаются на владельцев жилья, у которых останавливаются, находясь в дороге. Фактор доверия в большинстве своем обеспечивается средствами саморегулирования и морального контроля, действующих через набираемые в онлайн-сообществе баллы репутации и подтверждение идентичности по профилям в социальных сетях. Как следствие, экономика совместного использования функционирует на таких условиях, при которых ответственности и риски непрозрачны и распределены неравномерно³⁵. При этом нередко определить, кто из пользователей таких платформ выступает потребителем, а кто предпринимателем, весьма непросто, учитывая, что одно и то же лицо может одновременно выступать в обоих качествах. Кроме того, не понятна возможная степень ответственности самих интернет-платформ за действия своих пользователей: должна ли она наступать и, если да, то при каких условиях? Подпадают ли предоставляемые ими сервисы под действие законодательства о защите прав потребителей? Все эти вопросы, на которые нет пока удовлетворительных ответов, иллюстрируют необходимость существенной адаптации действующих правовых норм, а при ее невозможности (о которой может свидетельствовать, в частности, значительная социальная напряженность вокруг сервиса «Uber», выливающаяся порой в массовые беспорядки) – выработки новых правил регулирования отношений между субъектами – экономики совместного использования.

4. *Развитие «Интернета вещей».* Традиционное понимание Интернета как средства коммуникации пользователей между собой будет постепенно вытесняться использованием Сети для взаимодействия различных устройств между собой. К 2020 г. ожидается, что к сети

³³ New Forms of Work in the Sharing Economy. OECD Working Party on Measurement and Analysis of the Digital Economy. DSTI/ICCP/ISS(2015)3. For Official Use.

³⁴ В определенный момент времени капитализация компании *Uber* составила 50 млрд долларов. См.: *Kosoff M.* Uber is officially a \$50 billion company // *Business Insider*, 31 July 2015. URL: <http://goo.gl/MOQbiL>. В связи с этим в деловом обороте часто используется термин «уберизация экономики» как синоним термина «экономика совместного использования».

³⁵ Essays on the sharing economy by Shehzad Nadeem, Juliet B. Schor, Edward T. Walker, Caroline W. Lee, Paolo Parigi, and Karen Cook. February 23, 2015. URL: <http://contexts.org/articles/on-the-sharing-economy/>

«Интернет» будет подключено более 50 млрд «умных» устройств³⁶. Если сейчас большую часть покупок в Интернете делает пользователь, то в перспективе значительная часть таких покупок может осуществляться самими устройствами в соответствии со специальными алгоритмами. Концепция «умного» холодильника, который отслеживает запасы еды и сроки годности и сам размещает заказы на еду в близлежащем супермаркете, уже давно не является фантастикой. Потенциал «Интернета вещей» не исчерпывается исключительно потребительским сегментом, большие перспективы открываются и в индустриальном Интернете, где физические устройства промышленного назначения, оснащенные сенсорами и интегрированные с интеллектуальными системами, могут оперативно размещать заказы на недостающие детали или ремонт поврежденных компонентов. Физический мир постепенно превратится в разновидность информационной системы. «Интернет вещей» приводит к распространению полностью автоматизированных договоров, заключаемых электронными агентами. Право должно определить условия действительности таких договоров и пределы ответственности сторон за ошибки, допущенные их электронными агентами. Другой проблемой, возникающей в связи с развитием «Интернета вещей» является информационная безопасность: кто будет контролировать данные, полученные с таких устройств и как они будут использованы? Учитывая, что многие устройства, подключенные к сети «Интернет», могут оказывать влияние на жизнь и здоровье их обладателя (от устройств медицинского назначения до различного рода автомобилей и промышленных устройств), вопросы информационной безопасности начинают тесно переплетаться с физической безопасностью³⁷. Неясно, однако, кто должен нести ответственность за возможный ущерб и вред здоровью, причиненный устройством: производитель самого устройства, производитель программного обеспечения, провайдер сервиса (например, спортивный клуб, который выдал фитнес-трекер клиенту для оптимизации процесса тренировок)? А если еще учесть имеющуюся в ряде случаев возможность установления пользователем соединения между различными IoT-устройствами, то возможность предвидения последствий таких действий сильно ограничена³⁸. Пока на данные вопросы вразумительных ответов не дано ни в России, ни за рубежом.

5. *Внедрение технологий «добавленной реальности» (Augmented reality) в электронную коммерцию.* В самом общем виде данные технологии представляют собой соединение реального и виртуального миров, при котором восприятие человеком реального мира расширяется за счет цифровых данных, поступающих в реальном времени в форме, доступной для непосредственного восприятия человеком (на экран мобильного телефона или планшета, лобовое стекло автомобиля, изображение в очках и пр.)³⁹. Уже сейчас существуют приложения, которые позволяют при наведении смартфона на определенный объект получить информацию о нем⁴⁰. Эти технологии обеспечивают возможность пользователя получить необходимую информацию о товарах с минимальными затратами времени и сил. В частности, они предоставляют пользователю возможность ознакомления с виртуальным 3D-аналогом товара, используя лишь смартфон (планшет) и специальное программное приложение. Все эти технологии позволяют в определенной степени выровнять информационный дисбаланс между потребителем и пред-

³⁶ The Internet of Things: How the Next Evolution of the Internet Is Changing Everything. Cisco White Paper. April 2011. P.3

³⁷ Следует отметить, что «Интернет вещей» не является возможным апогеем эволюции развития Интернета. На подходе уже «Интернет индивидуумов» (Internet of Persons), при котором человек посредством имплантированного микрочипа с подключением к сети «Интернет», по сути сам становится частью инфраструктуры Интернета. См.: *Klitou D. Privacy-Invasive Technologies and Privacy by Design: Safeguarding Privacy, Liberty and Security in the 21st Century.* Springer; Leiden, 2014. P. 160 ff.

³⁸ The Internet of Things: An Overview. Understanding the Issues and Challenges of a More Connected World. Internet Society. October 2015. P. 57.

³⁹ *Kipper G., Rampolla J. Augmented Reality: An Emerging Technologies Guide to AR.* Syngress, 2013. P. 1.

⁴⁰ *Smalley E. Your Phone will Soon Recognize Things it Sees* (<http://www.cnet.com/news/your-phone-will-soon-recognize-things-it-sees/>). В качестве примера можно указать приложение *Layar* (<https://www.layar.com>) – браузер расширенной реальности, предоставляющий информацию об объекте, местонахождение которого определяется с помощью GPS-приемника и цифрового компаса, при наведении на него камеры смартфона.

принимателем, на котором зиждется существующее законодательство о защите прав потребителей, и по-новому взглянуть на концепцию дистанционной купли-продажи товаров.

6. *Развитие технологии «Блокчейн» (Blockchain)*. Данная технология, впервые реализованная в криптовалюте *Bitcoin* (см. § 4 гл. 7 настоящей книги), иногда именуется второй по значимости после Интернета⁴¹. В самом общем виде *Блокчейн* можно определить как децентрализованную распределенную базу данных («учетную книгу») всех подтвержденных транзакций, совершенных в отношении определенного цифрового актива, в основе функционирования которой лежат криптографические алгоритмы. Данная технология позволяет: а) фиксировать достоверные данные о принадлежности существующего в цифровой форме актива определенному лицу без необходимости привлечения какого-либо специализированного посредника, в силу чего является сильным фактором дезинтермедиации экономики; б) обеспечить возможность непосредственной передачи такого актива другому лицу. Таким образом, в перспективе она способна осуществить значительную дезинтермедиацию (устранение посредников) в экономике: банки, нотариусы, депозитарии реестров данных становятся лишними в условиях, когда их работа может быть заменена надежными и устойчивыми к изменениям математическими алгоритмами. Однако наиболее революционные изменения технология *Блокчейн* может осуществить в договорном праве. Она может быть использована для создания так называемых умных контрактов (*Smart contracts*) – полностью автоматизированных, запрограммированных контрактов, т. е. таких соглашений, которые могут заключаться и исполняться без участия человека. По сути, «умные» контракты представляют собой альтернативу целой правовой системе и потребуются немало усилий для того, чтобы «прописать» их в существующие каноны договорного права, адаптировав понятия «обязательство», «обязанность», «кредитор», «должник» и ряд иных к новым реалиям.

Безусловно, данный обзор трендов электронной коммерции не претендует на исчерпывающий характер, однако эти направления будут в значительной степени определять ее дальнейшее развитие, в том числе влиять на правовое регулирование в указанной сфере. В последующих главах книги будут раскрыты отдельные вопросы, связанные с обозначенными трендами. Однако большая часть базовых проблем правового характера, возникающих в сфере электронной коммерции, в основной массе является следствием «архитектуры» сети «Интернет», что обуславливает целесообразность рассмотрения отдельных технических аспектов ее функционирования.

⁴¹ *Martin Hiesboeck*. Blockchain is the most disruptive invention since the Internet itself – not just in finance. 6 April 2016. Digital Doughnut. URL: <https://goo.gl/9jSYF8>

§ 4. Архитектурные особенности сети «Интернет» и их влияние на правовое регулирование электронной коммерции

Особенности технической «архитектуры» сети «Интернет» в большинстве своем predetermined историческими особенностями разработки и создания данной сети. В итоге то, что изначально рассматривалось как неоспоримое преимущество Интернета с технической точки зрения, на определенном этапе ее развития создало проблемы, с которыми классическое, «аналоговое» право оказалось не в силах справиться.

Возможно, это прозвучит несколько провокационно, но Интернет во многом появился благодаря усилиям СССР. К сожалению, не столько в связи с наличием в СССР зачатков сильной ИТ-индустрии, сколько благодаря достигнутым им успехам на ниве гонки вооружений. В 1953 г. Советский Союз проводит успешные испытания водородной бомбы, в 1957 г. запускает в космос первый спутник. Очевидные преимущества в космической сфере в совокупности с наличием мощного ядерного оружия вызывали серьезную озабоченность Соединенных Штатов Америки. Вера американцев в свои армию, науку, технологии, политическую систему и даже в свои фундаментальные ценности была подорвана. Как отмечается, «никогда еще столь малый и безобидный объект не вызывал столько ужаса»⁴². На столы президентов США попадали доклады о состоянии ядерной угрозы и возможных сценариях ядерной войны. Все эти сценарии так или иначе предполагали определенные ответные действия со стороны США, реализация которых зависела от принятого президентом решения. Для того чтобы такое решение могло быть доведено до сведения исполнителей, необходимо было наличие сети связи, устойчивой к возможным ядерным ударам⁴³. Существовавшие в то время линии телефонной связи носили централизованный характер, т. е. предполагали наличие центрального коммутатора и управляющего органа. При повреждении такого центрального коммутатора отдельные фрагменты сети становились изолированными и не могли устанавливать соединение между собой.

В таких условиях возникла потребность в создании сети нового типа, построенной на иных принципах. Она должна была быть способной к функционированию при утрате любого ее фрагмента, иметь возможность использования для передачи данных любых доступных каналов связи в различной комбинации с оперативным изменением маршрута в зависимости от работоспособности ее отдельных фрагментов. Таким образом, история Интернета началась не столько с инноваций, сколько со страха.

Финансирование разработки сети нового поколения осуществлялось Министерством обороны США через Агентство передовых научных проектов (*Advanced Research Projects Agency, APRA*), которое весьма благожелательно относилось к высокорисковым проектам⁴⁴. К тому же реализация данного проекта позволяла Агентству не только приобщиться к решению вопросов общенационального масштаба, но и решить собственные проблемы: все компьютеры, используемые американскими университетами и подрядчиками, приобретались за счет Агентства, и оно было постоянно завалено запросами на приобретение новых компьютеров, поскольку вычислительной мощности разрозненных компьютеров все время не хватало. Соединение существующих компьютеров в единую сеть с образованием общего «пула» вычислительных мощностей позволило бы гораздо более эффективно использовать имеющиеся мощ-

⁴² Кит Э. Ничего личного: Как социальные сети, поисковые системы и спецслужбы используют наши персональные данные. М.: Альпина Паблишер, 2016. С. 28.

⁴³ Ryan J. A History of Internet and the Digital Future. London, 2010.

⁴⁴ Таким образом, говорить о том, что Интернет является проектом ЦРУ можно, но только при готовности погрешить при этом против истины.

ности⁴⁵. Это позволило бы объединить географически разрозненных ученых вместе, создав сообщество талантов, работающих над решением определенной проблемы⁴⁶.

В 1969 г. была создана сеть, построенная на принципах децентрализации (по принципу «от пользователя к пользователю», а не «от центра к центру») и пакетной передачи данных (сообщение отправлялось не как единое целое, а по частям, которые передавались по Сети от узла к узлу в произвольном порядке с последующим воссоединением на компьютере адресата, что защищало сообщение от шпионажа), соединившая четыре компьютера, расположенные в Калифорнийском университете в Лос-Анджелесе (*UCLA*), Калифорнийском университете в Санта-Барбаре, Университете штата Юта и Стэнфордском научно-исследовательском институте. 29 октября 1969 г. первое сообщение с компьютера на компьютер было направлено из университета *UCLA* в Стэнфордский научно-исследовательский институт, однако вместо планированного слова «login» удалось переслать только буквы «lo», после чего сеть дала сбой, однако через час уже была восстановлена и сообщение было передано целиком. Так появилась сеть *ARPANET*, которую обычно считают прародительницей современного Интернета⁴⁷.

Но *ARPANET* еще не был Интернетом в его современном понимании. Для появления Интернета необходимо было разработать универсальный протокол, который бы позволил разнородным сетям взаимодействовать друг с другом. И такой протокол появился опять же в значительной степени благодаря усилиям военных ведомств США. Теперь они нуждались не только в отказоустойчивой и надежной системе наземной связи, необходимо было обеспечить такой связью и мобильные подразделения армии. А это означало необходимость включения в сеть не только сигналов, передаваемых по классическим телефонным сетям, но и сигналов, передаваемых по радио- и спутниковой связи. В силу существенных различий таких сетей необходимо было выработать новые подходы к организации взаимодействия между ними. Так появилась программа «Интернет» (от англ. *Internetwork* – сеть между сетями). Ключевую роль в реализации данной программы сыграли Винтон Серф (*Vinton Cerf*), работавший некоторое время в *IBM*, и Роберт Кан (*Robert Kahn*), ранее работавший в *AT&T Bell Labs*. Также в ней приняли участие представители Великобритании и Франции, которые познакомились с сетью *ARPANET* в ходе ее презентации на конференции 1972 г. В данных странах также были созданы собственные сети, построенные на основе пакетной передачи данных, и на повестке дня также стоял вопрос об их соединении между собой и присоединении к *ARPANET*. Таким образом, архитектура новой сети формировалась в неформальном порядке группой ученых-экспертов без участия коммерческих структур и плотного надзора со стороны военного ведомства. В результате этого взаимодействия в 1974 г. был создан протокол *TCP/IP*, который по праву считают «сердцем» Интернета. Компьютерные сети и иные телекоммуникационные сети общего пользования существовали и до Интернета, более того, и сейчас продолжают сосуществовать вместе с ним⁴⁸. Однако Интернет появился лишь тогда, когда был разработан и введен в дей-

⁴⁵ Внимательный к современным технологиям читатель увидит здесь прообраз популярной ныне концепции «облачных» вычислений (*Cloud Computing*).

⁴⁶ *Roberts L. Multiple Computer Networks and Intercomputer Communication // Symposium on Operating System Principles. Gatlinburg, Tennessee, 1967. P. 2.* Как видно, идеи, которые положены в основу столь популярного в наши дни движения *open source*, высказывались еще в середине 60-х гг. XX в. и были положены в основу создания сети «Интернет».

⁴⁷ См.: *American Civil Liberties Union, et al. v. Janet Reno, Attorney General of the United States. 929 F. Supp. 824, E.D. Penn (1996).* Данное судебное решение примечательно тем, что содержит в себе достаточно детальное описание истории возникновения сети «Интернет» и ее технических особенностей.

⁴⁸ В качестве примера можно привести сеть «*GLORIAD*», запущенную 12 января 2004 г. и объединяющую научно-исследовательские центры России, США, Китая и еще целого ряда стран. Основным направлением деятельности сети является предсказание природных катастроф, ядерные и космические исследования. Скорость передачи данных составляет до 10 Гб/с. Узлов передачи трафика Интернета в данной сети нет. См.: *Robert Britt. High-Speed «Other» Internet Goes Global // LiveScience. 15 October 2009.*

ствие универсальный язык для взаимодействия компьютерных сетей, который как раз и выражен в протоколе *TCP/IP*⁴⁹.

Управление связи Министерства обороны США, осуществляющее функции оператора сети, обрадовалось появлению нового протокола и установило жесткие требования по миграции существующих сетей на него, которую надо было завершить к январю 1983 г. Те, кто не успел осуществить переход на *TCP/IP* к указанному сроку, были просто отключены от сети⁵⁰. Режим пользования разросшейся сетью также озаменовался «закручиванием гаек»: жесткие процедуры авторизации пользователей, запрет на любое использование сети не по назначению, необходимость получения предварительного согласия владельца файла на его последующее копирование – все это противоречило принципам, укоренившимся в научном сообществе, стоявшем у истоков создания сети. А после того как появились персональные компьютеры и возросла угроза несанкционированного использования сети, существенно возрос и контроль за соблюдением процедур. Разумеется, научное сообщество не приветствовало такие нововведения. В результате 4 апреля 1983 г. под предлогом необходимости обеспечения повышенной безопасности военных коммуникаций из сети «*ARPANET*» выделилась сеть «*MILNET*». С этого момента сеть «*ARPANET*» приобрела гражданский характер, снова став инструментом для научно-исследовательской деятельности университетов.

Но со временем эра *ARPANET* приходила к концу. Сеть, возраст которой уже переваливал за 15 лет, не обладала достаточной пропускной способностью. Финансирование дальнейшего развития сети перешло от Министерства обороны к Национальному научному фонду США (*NSF*), подконтрольному Министерству торговли США. *NSF* в рамках новой программы развития суперкомпьютеров создал еще одну сеть – *NSFNET*, обладавшую гораздо большей пропускной способностью по сравнению с *ARPANET*, что позволило объединить большее количество университетов на гораздо более либеральных условиях. В таких условиях было принято решение свернуть программу *ARPANET* и перевести всех пользователей на платформу *NSFNET*. 28 февраля 1990 г. сеть «*ARPANET*» официально прекратила свое существование, а вместе с ней пришла к концу и военная эпоха в развитии сети «Интернет».

Дальнейшее развитие сети «Интернет» было связано с ее постепенной приватизацией. Дело в том, что использование сети «*NSFNET*» в коммерческих целях не допускалось, поскольку она финансировалась за счет бюджетных средств в целях развития науки и образования. Соответственно, любая организация, которая подавала запрос на подключение к *NSFNET*, должна была подписать Правила допустимого использования, ограничивавшие ее использование исследовательскими и образовательными целями⁵¹. Нетрудно догадаться, что столь жесткий подход не приветствовался пользователями, число которых с каждым годом все возрастало, в том числе среди коммерческих организаций⁵². 30 апреля 1995 г. *NSFNET* была окончательно расформирована, а коммерческий сегмент Интернета в результате стал основным. Это сняло ограничения на подключение к сети «Интернет» иностранных сетей, так как это более не могло рассматриваться как предоставление иностранцам ресурса, субсидируемого на средства американских налогоплательщиков. Последние препятствия к международной экспансии Интернета были устранены. К 1995 г. Интернет включал в себя 22 000 иностранных

⁴⁹ Crawford S. The Digital Broadband Migration: Internet Think // Journal on Telecommunications & High Technology Law. № 5. 2007. P. 469. Гениальная идея основной сети, соединяющей остальные, заключалась в «инкапсуляции». Как сказал Винстон Серф, «мы считали это конвертами». «Инкапсуляция» означает упаковку информации из локальных сетей в этакий «конверт», который объединенная сеть сможет распознать и переправить дальше. Это можно сравнить с почтовыми службами разных государств, которые договорились писать названия стран по-английски, даже если местный адрес – на японском или хинди. См.: Tim Wu. The Master Switch: The Rise and Fall of Information Empires. N.Y., 2011. P. 198.

⁵⁰ Abbate J. Op. cit. P. 141.

⁵¹ NSFNET Acceptable Use Policy, 1992.

⁵² Около трети миллиона компьютеров было подсоединено к *NSFNET* в 1990 г. с удвоением их количества каждый последующий год. См.: Ryan J. A History of Internet and the Digital Future.

сетей⁵³. Одной из таких сетей стала сеть Европейской организации по ядерным исследованиям (*CERN*), с которой связано появление «Всемирной паутины» (*World Wide Web, WWW*), преобразившей Интернет до неузнаваемости.

До появления *WWW* основным способом использования сети была электронная почта и передача файлов. Все это сопровождалось мало-дружелюбным текстовым интерфейсом, что резко контрастировало с завоевавшим на тот момент популярность на рынке операционных систем графическим пользовательским интерфейсом. Другая проблема заключалась в сложности нахождения нужной информации: для того чтобы скачать нужный файл, нужно было заранее знать его точный адрес. Поисковых систем в современном их понимании тогда не было. Связь между различными файлами также отсутствовала.

На фоне данной ситуации разработанная Тимом Бернерсом-Ли (*Tim Berners-Lee*) в 1993 г. технология «Всемирной паутины» была поистине прорывной. В ее основе лежит идея систематизации содержащейся в сети «Интернет» информации посредством перекрестных ссылок, которые образуют своего рода «паутину». «Всемирная паутина» представляет собой совокупность электронных документов, пребывающих в памяти различных компьютеров, подключенных к Интернету и унифицированных посредством использования специального языка гипертекстового документа (*HTML*). Каждый из таких документов имеет свой уникальный электронный адрес (*URL*). Использование стандартизированных форматов отображения (*HTML*) и передачи данных (*HTTP*) обеспечивает возможность восприятия электронного документа каждым пользователем, использующем специальную программу – браузер⁵⁴. Благодаря *WWW* Интернет стал мультимедийным: графическое и звуковое сопровождение стало неотъемлемой частью многих ресурсов сети.

WWW позволила использовать Интернет не только преимущественно как средство общения, но и как источник информации. Недаром Верховный суд США сравнил «Всемирную паутину» одновременно с огромной библиотекой, содержащей миллионы проиндексированных систематизированных материалов, и с огромным супермаркетом⁵⁵. Таким образом, *создание «Всемирной паутины» окончательно завершило трансформацию Интернета из прикладного средства для научных исследований в популярную среду общения*. Каждый пользователь мог стать не только потребителем информации, но и ее создателем. Дальнейшее совершенствование поисковых механизмов, браузеров и компьютерных технологий в целом создавало все больше условий для самореализации пользователей в сети «Интернет» и ведения коммерческой деятельности. Появление технологии «Всемирной паутины» позволило раскрыть коммерческий потенциал сети «Интернет» как площадки для ведения бизнеса. С этого момента (приблизительно с 1995 г.) можно говорить о начале новой эпохи сети «Интернет» – эпохи электронной коммерции. Многие коммерческие компании (*Dell, Cisco* и др.) открывают свои веб-сайты в сети «Интернет» и начинают их активно использовать в коммерческой деятельности. Регистрация доменных имен приобретает платный характер. В 1995 г. был запущен сайт *Amazon.com*, являющийся одним из крупнейших в мире по продаже товаров и услуг через Интернет (сегмент *B2C*). В том же году появляется одна из наиболее известных платформ для интернет-аукционов – *eBay* (сегменты *B2C* и *C2C*). Потенциал Интернета в сфере электронной коммерции был значительно усилен появлением первой поисковой системы *Alta Vista*, которая «понимала» естественный язык⁵⁶. Можно долго перечислять все последующие инновации,

⁵³ *Abbate J.* Op. cit. P. 210. В их числе был и российский сегмент сети «Интернет». В декабре 1993 г. образованная в 1990 г. на базе Курчатковского университета сеть «Relcom» была зарегистрирована в опорной сети США – NSFNET, что ознаменовало получение полного доступа к сети «Интернет» из России. 7 апреля 1994 г. была зарегистрирована доменная зона «ru», что ознаменовало появление рунета – российского сегмента сети «Интернет».

⁵⁴ *Yee Fen Lim.* Cyberspace Law: Commentaries and Materials. Oxford, 2002. P. 11–13.

⁵⁵ *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844, 853 (1997).

⁵⁶ В 2003 г. данная поисковая система была поглощена компанией «Yahoo!» и в 2013 г. прекратила работу.

которые произошли в сети «Интернет» с тех пор, но все они (или по крайней мере большая часть) связаны с развитием ее коммерческого потенциала, поэтому для целей обозначения фундаментальных архитектурных особенностей сети «Интернет» можно уже сейчас обозначить некоторые выводы.

Как видно из истории развития сети «Интернет», она прошла ряд этапов становления. На ранних этапах данная сеть воспринималась в качестве составной части военной программы. Однако эта программа реализовывалась не военными, а учеными, которые привнесли в нее свое видение того, как должна быть организована сеть. А когда ученым предоставляют свободу, они способны придумывать удивительные вещи. Реализованная в итоге по заказу военных децентрализованная структура сети «Интернет» предполагала отсутствие иерархии, подчинения одних ее фрагментов другим. Передаваемые «пакеты» данных содержали минимум необходимой информации. Идентификация личности отправителя данных, географического расположения отправителя, содержимого сообщения – все это было излишним в контексте стоявших задач: об использовании Интернета для электронной коммерции тогда даже и не думали, а для обмена научными идеями хватало и того, что было. К тому же утяжеление пакетов данных дополнительной информацией могло потенциально перегрузить и без того ненадежные сети с низкой пропускной способностью. Подобная децентрализованная архитектура сети «Интернет» вполне отражала и мировоззрение ее создателей – компьютерных хакеров, которые не очень любят подчиняться формальным правилам и признавать иерархию. Эта структура в целом устраивала и «заказчика» – военные ведомства США, которые без труда и особых адаптаций «встроили» ее в уже существующие системы формальных правил.

Существенные преобразования «архитектуры» сети «Интернет» начались тогда, когда начал меняться характер ее пользователей: монополия профессиональных программистов и технических специалистов в определенный момент начала разбавляться обычными пользователями, чему способствовало два фактора: 1) революция в сфере компьютерной индустрии, в результате которой появился персональный компьютер, доступный для обычного пользователя, и 2) изобретение «Всемирной паутины».

Персональный компьютер стал прямой противоположностью мейнфреймов IBM System 360, которые стоили миллионы долларов и занимали место размером с комнату. По сути персональный компьютер взял всю вычислительную мощь, в то время сконцентрированную у государства, в крупных компаниях и институтах, и отдал ее в руки отдельных людей. Такая демократизация технологической силы практически не имеет прецедентов. В те времена подобное казалось почти невысказанным: обычное устройство сделало простых людей властелинами информации благодаря компьютерным технологиям, которые они могли использовать для личных нужд⁵⁷.

В свою очередь WWW, сделав Интернет более «дружелюбным» для среднестатистического пользователя, а также обеспечив возможность отображения графических изображений, создала благоприятные условия для электронной коммерции, что предопределило постепенный процесс трансформации Интернета в нечто все более и более регулируемое⁵⁸. Пространство для «инноваций без разрешения» в среде Интернета начало становиться все меньше и меньше.

Таким образом, историю становления сети «Интернет» можно разделить на два периода. Первый период (начало 60-х гг. XX в. – 1994 г.) характеризуется некоммерческой направленностью и прямым управлением Сети государственными структурами США, обусловленными восприятием данной технологии через призму соображений национальной безопасности и общественных интересов. Второй период (1994 г. – н.в.) характеризуется активной «коммер-

⁵⁷ См.: *Tim Wu. The Master Switch: The Rise and Fall of Information Empires. N.Y., 2011. P. 270.*

⁵⁸ *Lessig L. Code. Ver. 2.0. Basic Books. N.Y., 2006. P. 61.*

циализацией» сети «Интернет» новыми видами технологических компаний (*Amazon, Netscape, eBay, Yahoo* и др.)⁵⁹. Интернет, пройдя путь от запрета коммерции во всех проявлениях до коммерциализации практически всего, включая частную жизнь пользователей, вызвал одно из крупнейших «накоплений богатства» в истории человечества.

Выделим теперь те ключевые особенности сети «Интернет», которые оказывают непосредственное влияние на ее правовое регулирование и эффективность такового.

Сказанное ранее о сети «Интернет» позволяет прийти к выводу, что он представляет собой гигантскую компьютерную сеть, которая объединяет между собой бесчисленное множество более мелких компьютерных сетей. Как указал один из судов США, Интернет – это сеть сетей⁶⁰. Данные в Интернете циркулируют благодаря «сотням тысяч коммутируемых компьютеров и телефонных сетей»⁶¹.

Отсюда следует первое важное следствие: *в сети «Интернет» отсутствуют географические границы* (1). Они абсолютно irrelevantны для интернет-протоколов, объединяющих такие сети. События в сети «Интернет» происходят «везде» и «нигде конкретно», в связи с чем бывает невозможно привязать их к конкретному географическому месту. Стоимость и скорость передачи сообщения в сети «Интернет» являются почти полностью независимыми от физического местоположения⁶². Пользователь может легко оказаться на сайте, расположенном в другом городе, государстве или на другом континенте. Более того, как правило, пользователи даже и не имеют представления о том, где расположен тот или иной сайт. Такая способность пользователя перемещаться «сквозь» границы порождает множество правовых проблем: определение юрисдикции, защита персональных данных пользователей, защита прав потребителей в сети «Интернет», защита интеллектуальной собственности. Более подробно они будут рассмотрены далее. Сейчас же следует отметить, что «архитектура» сети «Интернет», а именно ее децентрализованный характер, выражающийся в отсутствии единого центра, контролирующего все информационные процессы, происходящие в Интернете, является одной из основных причин невозможности их эффективного унифицированного правового регулирования, а также локализации информационных процессов территорией отдельно взятой страны.

При этом не стоит, конечно, впадать в крайность и утверждать об отсутствии возможности какого-либо правового регулирования в принципе. Все участники информационных процессов, происходящих в сети «Интернет», так или иначе имеют физическое присутствие в какой-либо точке планеты и, следовательно, подчиняются как минимум юрисдикции того государства, на территории которого находятся. Поскольку доступ к сети «Интернет» может произойти из любой точки планеты, потенциально соответствующие отношения могут быть подчинены юрисдикции любого государства. Поэтому Интернет является не анархичным пространством, находящимся вне правового воздействия, а скорее самым «зарегулированным» местом во всем мире⁶³. Тем не менее данная особенность сети «Интернет» чрезмерно обостряет решение и без того непростых вопросов определения юрисдикции компетентных органов того или иного государства по рассмотрению спора, осложненного иностранным элементом; определения применимого права, а также последующего исполнения вынесенного решения в иностранном государстве.

⁵⁹ В американской литературе приводится достаточно любопытная параллель: «подобно тому, как окончание холодной войны привело к схватке российских финансовых олигархов за покупку государственных активов, так и приватизация Интернета в конце холодной войны вызвала среди новых технологических олигархов в Соединенных Штатах гонку за приобретением первичного онлайн-пространства». См.: *Ким Э.* Указ. соч. С. 42.

⁶⁰ *American Civil Liberties Union v. Janet Reno, Attorney General of the United States (ACLU v. Reno)* {1996}: *Yee Fen Lim*. Op. cit. P. 4.

⁶¹ *Post D.* Anarchy, State and the Internet: An Essay on Law-making in Cyberspace. 1995. P.2

⁶² *Johnson D., Post D.* Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace // *Stanford Law Review*. № 48. 1996. P. 1370.

⁶³ *Reed C.* Internet Law: Cases and Materials. Cambridge University Press. 2004. P. 2.

Следующей особенностью архитектуры сети «Интернет», которая может иметь значение при решении тех или иных правовых вопросов, является *разделение каждого цифрового сообщения на отдельные пакеты данных, каждый из которых направляется автономным способом адресату* (2). При этом пакеты могут «огигать» участки сети, которые повреждены либо в силу иных причин непригодны для использования. Так, например, отдельные пакеты сообщения, отправленного из Москвы в Санкт-Петербург, могут пройти через Германию, США и иные страны, прежде чем дойдут до назначения и реконструируются у адресата. Иными словами, информационный обмен, осуществляемый посредством сети «Интернет», потенциально осложнен иностранным элементом в виде возможного прохождения информации через территорию иностранных государств. Как отмечалось ранее, данная особенность сети «Интернет» обусловлена военно-исследовательскими корнями.

В качестве иллюстрации того, как эта особенность может иметь значение с правовой точки зрения, можно привести одно дело, рассмотренное в суде США. Ответчик, проживающий в штате Юта, отправил сообщение своей подруге о якобы заложённой бомбе у нее на работе, которая расположена всего в нескольких милях от него. При этом он использовал специальную программу для обмена сообщениями фирмы *America Online (Instant Messenger)*, сервер которой находился на территории штата Виргиния. Суд указал, что поскольку данное сообщение дошло до адресата через сервер, расположенный в Виргинии, т. е. через территорию другого штата, то ответчик виновен в совершении квалифицированного вида угрозы – с использованием территории различных штатов⁶⁴. Таким образом, данная особенность может иметь значение при решении вопросов, придающих правовое значение трансграничной передаче данных, например при регулировании обработки персональных данных. «Загнать» процессы обработки и передачи персональных данных в рамки территории отдельно взятого государства практически невозможно при одновременном сохранении преимуществ, предоставляемых сетью «Интернет».

К тому же с точки зрения процесса организации электронного документооборота данная особенность имеет то значение, что в сети «Интернет» полностью утрачивается какой-либо смысл в разграничении понятий «оригинал» и «копия» документа, так как до пользователя доходит лишь *n*-ная «копия» документа⁶⁵. Поэтому традиционное придание отечественными правоприменительными органами некой особой силы оригиналам документов утрачивает какой-либо смысл применительно к договорам, заключенным в сети «Интернет».

Следующей характеристикой сети «Интернет», которая имеет фундаментальное значение для ее правового регулирования, является *сложность идентификации пользователей сети «Интернет»* (3)⁶⁶. Пользователь может осуществлять свою информационную деятельность из любой точки мира, отправляя и получая любую информацию. Источник происхождения сообщения может быть скрытым или закодированным. Пользователь сети может иметь псевдоним или электронную идентификацию личности, отличную от его реальной идентификации⁶⁷. Более того, обмен информацией может производиться не человеком, а компьютерной программой. Сам по себе *IP*-адрес, которым обладает каждое из устройств, подсоединенных к сети «Интернет», позволяет лишь идентифицировать в данной Сети такое устройство, но не позволяет произвести однозначную идентификацию лица, которое его использует. Максимум, что можно установить, это факт передачи информации с определенного устройства определенным интернет-провайдером либо получения информации при помощи услуг определенного провайдера. Именно интернет-провайдер присваивает пользователю определенный *IP*-адрес,

⁶⁴ United States v. Kammersell (1999): *Kerr O.S.* The problem of perspective in Internet law. (доступно на сайте www.heinonline.org, последнее посещение – 15 декабря 2006 г.).

⁶⁵ Reed C. Internet Law: Cases and Materials. P. 15.

⁶⁶ Volker Haug. Grundwissen Internetrecht. Stuttgart, 2005. S. 8.

⁶⁷ Якушев М.А. Интернет и право // Законодательство. 1997 № 1. С. 65.

подключая его компьютер к своему каналу связи⁶⁸. Часть IP-адреса идентифицирует компьютер пользователя, другая часть – идентифицирует провайдера (точнее, ту сеть, которую он контролирует).

При этом в ходе передачи информация может быть перехвачена и изменена, равно как могут быть изменены сведения об источнике такой информации посредством использования прокси-серверов.

Все это создает значительные трудности при идентификации контрагентов по договорам, заключенным в сети «Интернет», а равно при идентификации лиц, ответственных за совершение правонарушений, совершенных с использованием сети «Интернет». В ответ на возрастающие потребности в обеспечении определенности в отношениях с использованием сети «Интернет» был разработан ряд технологий, которые в совокупности с правовыми презумпциями способны обеспечить приемлемый для оборота уровень определенности субъектного состава. К ним относятся как достаточно простые технологии, связанные с присвоением пользователю уникального логина и пароля, которые презюмируются известными лишь данному лицу, так и более сложные технологии, связанные с использованием электронных цифровых подписей.

Зависимость отношений между участниками сети «Интернет» от интернет-провайдеров (4) является еще одной фундаментальной чертой «архитектуры» сети «Интернет». Интернет-провайдеры предоставляют доступ к Интернету (*Access-providers*), обеспечивают возможность размещения в Сети информации и обмена ею (*Hosting-providers*). Как следствие, они располагают данными, позволяющими идентифицировать пользователей Интернета, а также техническими возможностями по влиянию на происходящие информационные процессы⁶⁹. Тот, кто владеет проводами и радиоволнами, может по сути управлять Интернетом, потому что последний существует и работает только благодаря линиям связи. Недаром интернет-провайдеров нередко именуют «хранителями врат» Интернета (*Internet «gatekeepers»*), в связи с чем они становятся основными проводниками политики государства в отношении Интернета. Именно через них в большинстве случаев находят свое практическое воплощение нормы об ограничении доступа или распространения информации, которую государство считает нужным заблокировать. Таким образом, информационные посредники являются своего рода «инструментом суверенизации» Интернета. Кроме публично-правовой сферы информационные посредники защищают права участников оборота в частноправовой сфере: обладая необходимыми техническими ресурсами, они могут пресекать правонарушения в сети «Интернет» (нарушение исключительного права, распространение диффамационной информации и пр.), обеспечивая тем самым куда более эффективную защиту нарушенного права, нежели традиционные средства защиты, применяемые непосредственно против нарушителей.

Наконец, необходимо отметить, что протоколы сети «Интернет» «заточены» на максимальную открытость любому передаваемому контенту и способны работать практически с любым оборудованием. Эта его особенность – *нейтральность по отношению к передаваемому контенту или «сетевой нейтралитет»* (5) – стала благословением для одних компаний (типа *Google, Amazon, Netflix*) и проклятием для других, основанных на моделях передачи информации прошлого века (при помощи традиционных операторов связи, звукозаписывающих компаний, печатных СМИ и пр.). Поскольку одним из эффективных средств защиты от подрывной силы инноваций⁷⁰ является введение чрезмерного регулирования, не вызывающего удивления

⁶⁸ Как отмечается в американской литературе, «быть в Сети – означает иметь доступ к компьютеру, которому был присвоен IP-адрес». См.: *David Post et al. Cyberlaw Problems of Policy and Jurisprudence in the Information Age. 2003. P. 201.*

⁶⁹ *Savin A. EU Internet Law. Edward Elgar: Cheltenham. 2013. P. 104.*

⁷⁰ Как известно, все инновации можно разделить на две группы: «поддерживающие» (*sustaining*) и «подрывные» (*disruptive*). Это различие лучше всего описано исследователем инноваций Клейтоном Кристенсеном. «Поддерживающими» инновациями называются улучшения, которые совершенствуют товар, но не угрожают рынку. «Подрывные» инновации, напротив, предвещают полное вытеснение продукта, создавая новые рынки. *Christensen C. The Innovator's Dilemma: When*

попытки компаний, сдающих позиции перед силой новой технологии, защитить свои интересы посредством привлечения на свою сторону государства. Это во многом объясняет те процессы, которые происходят в сфере законодательства, регулирующего Интернет, например, появление различного рода антипиратских законов, попытки введения лицензирования провайдеров VoIP⁷¹ в качестве операторов связи и пр.

Итак, «архитектура» сети «Интернет» отличается следующими особенностями: *отсутствии географических границ; особая децентрализованная процедура доставки сообщений; сложность идентификации пользователей; зависимость происходящих в Интернете процессов и отношений от интернет-провайдеров, нейтральность по отношению к передаваемому контенту*. Указанные особенности всегда следует учитывать при рассмотрении той или иной проблемы, связанной с регулированием отношений в сети «Интернет», воздерживаясь от попыток механического распространения на них решений, выработанных для «оффлайнового мира».

New Technologies Cause Great Firms to Fail. Boston, Massachusetts, USA: Harvard Business School Press. 1997. Интернет является ярким примером «подрывной» инновации или «созидательного разрушения», по Йозефу Шумпетеру.

⁷¹ VoIP – построенная на базе протокола IP технология передачи речи по сетям с пакетной коммутацией. Используется для экономии средств при междугородных и международных звонках. Технология допускает интеграцию речи и данных. Одним из известных примеров приложений, использующих данную технологию, является Skype.

Глава 2. Юрисдикционные аспекты электронной коммерции

§ 1. Общие положения о юрисдикции в сети «Интернет»

Вопросы, связанные с юрисдикцией, являются, пожалуй, одними из наиболее часто и широко обсуждаемых со времен начала дискурса по вопросам регулирования отношений в сети «Интернет».

Сложности начинаются уже при попытке определения термина «юрисдикция». Дело в том, что его значение может существенно варьироваться в зависимости от контекста и право-порядка. Неудивительно, что единого понимания данного термина в науке и практике до сих пор не было выработано, что отмечают как зарубежные и отечественные ученые⁷², так и суды⁷³.

Так, понятие «юрисдикция» может использоваться в весьма широком смысле, в частности как синоним определенной системы права (*civil law jurisdiction, common law jurisdiction*) или правопорядка определенного государства⁷⁴. Иногда под юрисдикцией понимают право, применимое к определенному отношению (*governing law*)⁷⁵. Весьма часто юрисдикция определяется как компетенция судов конкретного государства по рассмотрению и вынесению решений по данному спору⁷⁶.

В международно-правовых актах юрисдикция обычно рассматривается с позиции возможности распространения суверенной власти государства на какие-либо объекты или участки территории, т. е. как проявление территориального верховенства⁷⁷. В доктрине подобное публично-правовое понимание юрисдикции находит свое отражение в формулировках вроде следующих: «возможность государства реализовывать власть в отношении всех объектов и субъектов, расположенных на его территории», «сфера суверенной власти государства по законодательству, суду, управлению»⁷⁸; «право государства устанавливать общеобязательные правила поведения и применять в случае их нарушения предусмотренные законом меры ответственности»⁷⁹.

Многоаспектный характер понятия «юрисдикция» нередко представляется в виде трех его составляющих: предписывающей юрисдикции (*jurisdiction to prescribe*), судебной юрисдикции (*jurisdiction to adjudicate*) и принудительной юрисдикции (*jurisdiction to enforce*). Предписывающая юрисдикция представляет собой полномочие государства устанавливать общеобязательные правила поведения (принимать нормативные правовые акты); судебная – полномочие государства подчинять физических и юридических лиц выносимым его судами решениям; при-

⁷² См., например: *Akehurst M. Jurisdiction in International Law // Jurisdiction in International Law // Ed. by W.M. Reisman. Dartmouth, 1999. P. 145; Каюмова А.П. Понятие и содержание юрисдикции в доктрине международного и внутригосударственного права // Известия вузов. Правоведение. 2011. № 4; Международное право. Общая часть: Учебник / Отв. ред. Р.М. Валеев, Г.И. Курдюков. М., 2011.*

⁷³ *United Phosphorus Ltd v. Angus Chemical Co., 322 F.3d 942, 948 (7th Cir. 2003): «Юрисдикция – это слово, имеющее много и даже слишком много значений».*

⁷⁴ См., например: *Scassa T., Currie R. New First Principles? Assessing the Internet's Challenges to Jurisdiction // Georgetown Journal of International Law. № 42. 2011. P. 1023. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2116364*

⁷⁵ *Yee Fen Lim. Op. cit. P. 18.*

⁷⁶ *Collier J.G. Conflict of Laws. 3rd ed. Cambridge University Press, 2001. P. 71.*

⁷⁷ *Международное право. Общая часть: Учебник / Отв. ред. Р.М. Валеев, Г.И. Курдюков.*

⁷⁸ *Луиц Л.А., Марышева Н.И. Международное гражданское право. М., 1976. С. 58.*

⁷⁹ *Кемрадэ А.С. К вопросу о юрисдикции государства в отношении отдельных сегментов сети «Интернет» // Правовые аспекты использования интернет-технологий. М., 2002. С. 10.*

нудительная – полномочие государства осуществлять принудительное исполнение вынесенных его органами решений, в том числе судебных⁸⁰.

Как можно судить из приведенных подходов к дефиниции понятия «юрисдикция», данное явление так или иначе всегда связано с государством и реализацией им своих властных полномочий, а вместе с ним и с понятием суверенитета государства, предполагающим, что государственная территория находится под исключительной и полной властью лишь одного государства и недоступна для действия властей другого государства⁸¹.

По общему правилу под действие властных велений государства подпадают: 1) граждане такого государства и юридические лица, созданные (зарегистрированные) на его территории⁸², а также 2) объекты, расположенные на его территории, в том числе и информация, размещенная на территории такого государства (в виде материальных носителей с такой информацией, коими могут выступать серверы и иные компьютерные устройства).

Если деятельность граждан и юридических лиц никоим образом не выходит за пределы территории определенного государства, то вопросов, связанных с юрисдикцией органов такого государства, определения применимого права, а также юридических возможностей по исполнению вынесенных решений, не возникает в принципе. Однако применительно к деятельности, осуществляемой в сети «Интернет», такая ситуация далеко не всегда имеет место быть. Как отмечалось ранее, одной из фундаментальных архитектурных особенностей Интернета является ее безразличие к географическим границам. Контент в сети «Интернет» может быть без особых затруднений перемещен с одного сервера на другой, а также быть одновременно размещенным на различных серверах, расположенных в разных странах. Будучи размещенным в сети «Интернет», такой контент становится доступным любому лицу, подключенному к сети, тем самым беспрепятственно «проникая» на территорию разных государств. Любое распространение информации в сети «Интернет» тем самым способно породить отношения, носящие *потенциально трансграничный характер*⁸³. В то же время решение вопросов юрисдикции всегда предполагает привязку отношений к определенной территории (локализацию), в связи с чем классические подходы к определению юрисдикции нередко весьма сложно «транслируются» на отношения, возникающие в сети «Интернет».

Как следствие, правовые нормы одновременно сразу нескольких стран могут допускать установление компетенции государственных органов разных стран в отношении одного и того же правоотношения и его субъектов. Принимая во внимание тот факт, что суды, как, впрочем, и любой государственный орган, действуя от имени государства, реализуют одну из важных составных частей суверенитета этого государства, при решении вопросов юрисдикции они руководствуются положениями своего внутреннего законодательства и не принимают во внимание возможности установления юрисдикции по данному вопросу иным государством.

Особые сложности возникают в тех случаях, когда те или иные нормы, действующие в одном государстве, нарушаются иностранными гражданами или юридическими лицами. Так, законодательство одного государства может содержать запрет на осуществление определенной деятельности в сети «Интернет» (организация азартных игр, продажа алкогольных напитков, лекарств, товаров с нацистской символикой и т. п.), в то время как законодательство другого государства, национальность которого имеет юридическое лицо, организовавшее такую

⁸⁰ Данная классификация отражена в положениях Третьего свода норм США о праве международных отношений (Restatement 3rd of the Foreign Relations Law 1987 г. (§ 401 ff)). Она также нашла свое отражение в некоторых правительственных документах Европейского Союза. См., например: Recommendation No R (97) 11 of the Committee of Ministers of member States of the amended Model plan for the classification of documents concerning State Practice in the Field of Public International Law.

⁸¹ См.: *Молодцов С.В.* Некоторые вопросы территории в международном праве // Советское государство и право. 1954. № 8. С. 63.

⁸² Black's Law Dictionary 9th ed. 2011. Thomson West. P. 927.

⁸³ См.: *Бабкин С.А.* Интеллектуальная собственность в сети «Интернет». С. 222.

деятельность, не содержит. В условиях, когда граждане первого государства имеют доступ к такому интернет-сайту, деятельность такого интернет-сайта нарушает законодательство этого государства, в связи с чем вполне понятны попытки его государственных органов установить свою юрисдикцию в отношении иностранного лица – владельца сайта, чтобы пресечь указанное нарушение. В результате может возникнуть ситуация, когда юрисдикция одного государства будет носить *экстерриториальный характер*, т. е. представлять собой попытку распространить сферу действия своих законов за пределы своей территории⁸⁴. С другой стороны, судебные решения, вынесенные иностранным государством, являются необязательными для судов другого государства. Для того чтобы стать таковыми, они должны пройти специальную процедуру признания и приведения в исполнение, в рамках которой суд, руководствуясь уже нормами своего законодательства, будет определять, насколько обоснованным было рассмотрение данного спора иностранным судом. Учитывая, что законы и представления о справедливости в разных странах различаются, а также тот факт, что вопросы действия иностранных властных актов на территории другого государства являются весьма «чувствительными» для его суверенитета и нередко приобретают политический окрас, добиться реального исполнения судебного решения против иностранного лица, которое своей деятельностью в сети «Интернет» нарушило законы страны, где было вынесено такое решение, весьма проблематично.

Если посмотреть на ситуацию с другой стороны, то нередко можно увидеть, что ответчик нередко никакого намерения нарушать законы другой страны не имел и даже не ожидал вероятности привлечения его к суду в таком иностранном государстве. Глупо ожидать от любого лица знания и соблюдения законодательства всех стран, где имеется доступ к сети «Интернет». Поиск справедливого баланса между национальными интересами государства и интересами иностранных лиц, осуществляющих деятельность в сети «Интернет», является одной из наиболее сложных проблем при решении вопросов юрисдикции в данной Сети.

Приведу несколько резонансных дел, которые наглядно иллюстрируют обозначенные проблемы.

1. *Dow Jones & Co. Inc. v. Gutnik*⁸⁵. Данное дело дошло до Верховного суда Австралии и представляет собой ставшим образцовым пример рассмотрения спора о защите чести, достоинства и деловой репутации вследствие распространения порочащих сведений в сети «Интернет» иностранным лицом. В качестве ответчика выступала известная американская компания *Dow Jones*, являющаяся одним из ведущих мировых агентств финансовой информации и учредителем журнала *Barron's*. Данный журнал опубликовал в печатной и онлайн-версии статью под названием «Порочные доходы» («*Unholy Gains*»), из которой можно было сделать вывод о причастности истца, Джозефа Гутника, к налоговым махинациям. Особенностью данного спора являлся тот факт, что истец предъявил иск в австралийский суд по месту своего жительства, при том что на территории Австралии было распространено только пять бумажных экземпляров издания. Интернет-версия насчитывала порядка 550 000 подписчиков, из которых всего 1700 были из Австралии. Суд, несмотря на это, все же принял иск к рассмотрению и удовлетворил требования истца, указав, что «если кто-либо собирается делать бизнес в определенной стране или жить в ней, просто попутешествовать по ней, никто не ожидает, что такое лицо будет освобождено от обязанности соблюдения ее законов. Тот факт, что событие в сети «Интернет» происходит одновременно «езде», не означает, что оно происходит «нигде». Отвергая аргумент ответчика о том, что подобный подход приводит ко всемирной юрисдикции и бремени проверки материала на предмет соответствия диффамационным законам, существующим по всему миру, возлагаемому на каждое лицо, размещающее его в сети «Интернет», суд указал,

⁸⁴ См., например: *Dodge W.S. Extraterritoriality and Conflict-of-Laws Theory: an Argument for Judicial Unilateralism // Harvard International Law Journal. 1998. № 39. 101.*

⁸⁵ *Dow Jones & Co. Inc. v. Gutnik, [2002] HCA 56, 21 °CLR 575.*

что данные опасения беспочвенны: идентифицируя лицо, которому посвящен такой материал, всегда можно определить суд, в который оно может обратиться, и право, регулирующее такие отношения. В итоге дело завершилось мировым соглашением, по которому *Dow Jones* согласилась выплатить компенсацию и опубликовала опровержение.

2. Дело *Yahoo! Inc. v. LICRA*⁸⁶ получило еще больший резонанс, поскольку затронуло публичный интерес разных государств. Суть дела сводилась к следующему. На американском сайте компании «*Yahoo!*» осуществлялась продажа предметов нацистской атрибутики. Доступ к данному сайту имели французские граждане. Согласно французскому законодательству продажа подобных товаров запрещена. Французская общественная организация по борьбе с расизмом и антисемитизмом (*LICRA*) обратилась с жалобой на компанию «*Yahoo! Inc.*» в суд г. Парижа. Суд в решении от 22 мая 2000 г. признал жалобу обоснованной и обязал американскую компанию принять меры по блокировке доступа французских граждан к американскому сайту, а также разместить на французском сайте компании предупреждение о том, что использование поисковой системы «*Yahoo!*» может привести к обнаружению материалов, запрещенных в соответствии со ст. 645-1 УК Франции. Суд отверг довод ответчика об отсутствии юрисдикции французского суда над американской компанией, указав, что если соответствующий материал, содержащийся в сети «Интернет», доступен во Франции, владелец веб-страницы должен соблюдать французское законодательство. В ответ компания «*Yahoo!*» подала заявление в окружной суд Калифорнии о констатации решения французского суда недействительным и не имеющим силы на территории США, поскольку нарушает гарантируемое Конституцией США право на свободу слова. *LICRA* сделала заявление об отсутствии у американского суда юрисдикции в отношении нее. Калифорнийский суд отверг заявление ответчика и удовлетворил требования *Yahoo!*, указав, что «мирное выражение агрессивных точек зрения предпочтительнее установления государственного контроля над свободой слова», а также то, что «если исполнение иностранного судебного решения противоречит интересам США, американский суд не обязан его исполнять».

Данные споры достаточно убедительно иллюстрируют тот факт, что вопросы компетентности иностранного суда по рассмотрению спора, вопросы применимого права и перспективы принудительного исполнения решения иностранного суда должны рассматриваться комплексно. Только такой подход позволяет создать целостную картину и оценить риски быть привлеченным в качестве ответчика в иностранном суде в связи с деятельностью, осуществляемой в сети «Интернет». Поэтому за основу при дальнейшем рассмотрении данной проблематики в данной работе будет взято описанное ранее комплексное понимание юрисдикции как предписывающей юрисдикции (*jurisdiction to prescribe*), судебной юрисдикции (*jurisdiction to adjudicate*) и принудительной юрисдикции (*jurisdiction to enforce*). Кроме того, как покажет дальнейший анализ, данные виды юрисдикции являются взаимосвязанными и в ином плане. Возможность признания и принудительного исполнения судебного решения на территории иностранного государства (принудительная юрисдикция) напрямую зависит от наличия у принявшего соответствующее решение органа судебной юрисдикции, а у государства, к которому относится такой суд, – права регулировать соответствующие отношения с участием ответчика (предписывающей юрисдикции).

Прежде чем перейти к рассмотрению положений российского законодательства по данным вопросам, имеет смысл остановиться на существующих в США и Европейском Союзе подходах к определению юрисдикции, применимого права и порядка исполнения иностранных судебных решений. С практической точки зрения это позволит оценить и минимизировать риски возникновения нежелательных процессов в таких странах, а с научной точки зрения

⁸⁶ *Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme et L'Antisemitisme* 145 F. Supp. 2d 1168 (N.D. Cal. 2001).

– ознакомиться с наиболее прогрессивными на данный момент подходами к регулированию вопросов юрисдикции в сети «Интернет».

§ 2. Юрисдикция в сети «Интернет» по законодательству США

Законодательство США в области юрисдикции представляет собой особый интерес не только потому, что перспективы предъявления иска в американском суде способны вызвать неудобства для практически любой более-менее крупной *IT*-компании по причине неизбежной связи ее деятельности с территорией США. Основная причина заключается в том, что проблематика коллизии юрисдикций и законов является наиболее разработанной именно в США из-за особенностей их территориального устройства: каждый штат обладает широкой автономией и собственным законодательством (в том числе собственным гражданским и уголовным законодательством в отличие от России, где эти вопросы отнесены к исключительному ведению Российской Федерации), что неизбежно ставит вопрос о решении возможных коллизий не только между штатом и федеральным центром, но и между самими штатами. При этом принципы определения юрисдикции в отношении иностранных лиц аналогичны принципам ее установления в отношении резидентов иных штатов⁸⁷.

В США общий алгоритм рассмотрения вопросов, связанных с юрисдикцией суда по рассмотрению определенного спора, является следующим⁸⁸.

Во-первых, для начала суд решит вопрос о своей компетентности по рассмотрению данного спора, определив наличие предметной юрисдикции (*subject matter jurisdiction*), персональной юрисдикции (*personal jurisdiction*) и территориальной подсудности (*venue*).

Предметная юрисдикция (аналог российского понятия «подведомственность») определяет возможность суда рассматривать данную категорию спора. Принято различать суды общей юрисдикции, которые имеются в каждом штате США, а также суды ограниченной юрисдикции, которые уполномочены рассматривать лишь заранее определенные категории дел. К последним относятся, в частности, федеральные окружные суды, так как их компетенция ограничена определенными категориями споров (связанные с применением федеральных законов и соглашений, споры между штатами или штатом и гражданином другого штата и т. д.). Например, в соответствии с § 1332 *U.S. Code* федеральные окружные суды компетентны рассматривать гражданско-правовые споры с ценой иска более 75 тыс. долл. (не считая проценты и судебные издержки), если одна из сторон спора является иностранным лицом.

Персональная юрисдикция определяет компетентность суда рассматривать и выносить решения в отношении данного ответчика. Принято различать общую юрисдикцию (*general jurisdiction*), которая определяет право суда рассматривать все споры с участием такого ответчика, в том числе и не имеющие связи с территорией, где находится суд⁸⁹, и специальную юрисдикцию (*specific jurisdiction*), в основе которой лежит связь между предъявленным требованием и территорией, где расположен суд⁹⁰.

Территориальная подсудность (*venue*) представляет собой правовой механизм, обеспечивающий эффективное распределение судебных ресурсов и удобство сторон при рассмотрении спора. Нарушение правил о территориальной подсудности не влечет недействительности вынесенного решения в отличие от несоблюдения правил о предметной и персональной юрисдикции⁹¹. В спорах, связанных с иностранными лицами, не имеющими места жительства или

⁸⁷ *Graham Smith*. Internet Law and Regulation. London: Sweet & Maxwell, 2007. P. 665.

⁸⁸ *David Post*. Personal Jurisdiction on the Internet: An Outline for the Perplexed // Temple University Law School. June 1998. <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/outline.htm>

⁸⁹ Black's Law Dictionary. 9th ed. 2011. Thomson Reuters. P. 929.

⁹⁰ *Ibid.* P. 931.

⁹¹ *Jack H. Friedenthal et al.* Civil Procedure. 2nd ed. 1993. § 2.1; *Charles Wright*. The Law of Federal Courts. 5th ed. 1994. § 42.

местонахождения на территории США, *venue* не имеет особого значения, поскольку в соответствии с установившимся правилом иск к ним может быть предъявлен в суд любого округа, расположенного на территории соответствующего штата⁹².

После того как суд положительно решит вопрос о наличии предметной и персональной юрисдикции, а также признает территориальную подсудность при отсутствии возражений сторон, суд может приступить к решению вопроса об определении применимого права к спорному требованию.

Наконец, рассмотрение спора компетентным судом по избранному им применимому праву заканчивается вынесением решения, которое в ряде случаев необходимо принудительно исполнить на другой территории, не подведомственной данному суду, – в другом штате или государстве.

2.1. Основные источники регулирования вопросов юрисдикции в США

Весь массив правовых источников США, потенциально релевантных по отношению к вопросам юрисдикции в сети «Интернет» и представляющих наибольший интерес с учетом специфики настоящей работы, можно разделить на:

источники права в классическом их понимании, т. е. носящие общеобязательный характер и обеспеченные санкцией за несоблюдение (*hard law*);

источники «мягкого» права (*soft law*), под которым принято понимать правила, которые не являются формально обязательными, но в то же время не лишены какого-либо правового значения, выступая в качестве своего рода ориентира для участников оборота и правоприменителей⁹³. «Мягкое» право, таким образом, содержит рекомендации, а не правила поведения, несоблюдение которых обеспечено какими-либо санкциями.

В числе классических источников права по рассматриваемой проблематике следует упомянуть следующие.

1. *Конституция США*. Данный акт содержит основополагающие положения по вопросам юрисдикции. К ним можно отнести: *a*) поправку XIV к Конституции о надлежащей правовой процедуре (*Due Process clause*), которая устанавливает пределы юрисдикции американских судов и составляет фундамент для решения вопросов о наличии персональной юрисдикции; *b*) положение о полном доверии и уважении (*The Full Faith and Credit Clause*, разд. 1 ст. IV), предусматривающее проявление всеми штатами США доверия и уважения к официальным актам и судебным документам любого другого штата; *c*) принцип верховенства Конституции (*The Supremacy Clause*, ст. VI); *d*) принцип недискриминации (*The Privileges and Immunities Clause*, разд. 2 ст. IV), согласно которому гражданам каждого штата предоставляются все привилегии и льготы граждан других штатов.

2. *Нормы федерального процессуального законодательства и процессуального законодательства соответствующего штата*. Данные нормы конкретизируют положения Конституции относительно компетентности суда рассматривать споры в отношении определенных лиц или предметов. Особо следует упомянуть так называемые длиннорукие законы (*long-arm statutes*) – положения процессуального законодательства, регламентирующие юрисдикцию федеральных судов либо судов штата в отношении ответчиков, не являющихся резидентами территории суда⁹⁴. В качестве примера такого закона на федеральном уровне можно привести ст. 4 (*k*) Федеральных правил гражданского процесса, содержащую положение, согласно кото-

⁹² 28 U.S.C. § 1391(d). *Brunette Mach. Works, Ltd v. Kockum Indus., Inc.*, 406 U.S. 706, 714 (1972).

⁹³ Black's Law Dictionary. 9th ed. 2011. Thomson West. P. 1519.

⁹⁴ Black's Law Dictionary. 9th ed. 2011. Thomson West. P. 1027.

рому федеральный суд США вправе установить юрисдикцию в отношении иностранного ответчика в тех случаях, когда он имеет достаточные контакты с территорией США, но не имеет достаточных контактов с отдельно взятым штатом, достаточным для установления юрисдикции в отношении него⁹⁵. Каждый штат США имеет собственный «длиннорукий» закон, определяющий пределы установления его судами персональной юрисдикции над нерезидентами. На практике большинство штатов допускают установление юрисдикции в той степени, в какой это допускается с точки зрения *Due Process clause*, содержание которой истолковано в соответствующих прецедентах Верховного суда США⁹⁶. Однако некоторые штаты содержат и более узкие по сфере своего действия *long-arm statutes*, нежели это возможно в соответствии с *Due Process clause*. Примером служит законодательство штата Нью-Йорк⁹⁷.

3. *Единый торговый кодекс (ЕТК)*. Первый его официальный текст был принят в 1952 г., второй (ныне действующий) – в 1990 г. ЕТК представляет собой собрание норм по отдельным, наиболее важным для хозяйственной деятельности институтам. Он не является федеральным законом США, поскольку гражданское законодательство находится в большинстве своем в ведении штатов. В каждом штате были приняты соответствующие редакции ЕТК, кроме штата Луизиана, находящегося в силу исторических причин под сильным влиянием континентально-правовых традиций (преимущественно французского права), где была принята усеченная редакция ЕТК, не включающая гл. 2 о купле-продаже.

4. *Единый закон об информационных сделках (Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA))*. Данный Закон был призван обеспечить специальное правовое регулирование в отношении сделок, связанных с предоставлением объектов авторского права и иного контента в цифровой форме. Идея его разработки возникла по причине того, что в отсутствие специальных положений, посвященных данным отношениям, американские суды пытались применять нормы ЕТК о купле-продаже, которые, будучи предназначенными для оборота «классических» товаров, были мало приспособлены для регламентации нового вида отношений. Так, положения ЕТК о порядке заключения договора, отражающие подходы классического договорного права, не учитывают в полной мере сложившуюся практику заключения оборотных лицензий и *click-wrap*-соглашений (принцип «деньги сейчас, условия потом»). Регламентация гарантий, предоставляемых в отношении нового вида «товара», также требовала уточнений с учетом характера и существа отношений. Требовали своего решения и вопросы соотношения договорных условий с положениями федерального законодательства об интеллектуальной собственности США. Наконец, необходимо было адаптировать средства защиты, доступные сторонам по такого рода сделкам, и определить рамки применения способов самозащиты прав (вроде удаленной деактивации компьютерной программы). Несмотря на прогрессивный характер выработанных положений, законопроект вызвал немало дискуссий и критики как излишне защищающий права крупных компаний – производителей программного обеспечения, из-за которой он не получил широкого распространения и был имплементирован только в двух штатах – Вирджинии и Мэриленде. Некоторые штаты (Айова, Северная Каролина, Вермонт, Западная Виргиния) даже приняли специальные законы, направленные на воспрепятствование применению *UCITA* в случаях, когда право штата, имплементировавшего его, было указано в качестве применимого права договора⁹⁸.

Из положений «мягкого» права США, представляющих интерес в контексте проблематики юрисдикции в сети «Интернет», следует особо упомянуть следующие.

⁹⁵ http://en.wikisource.org/wiki/United_States_Code/Title_28/Appendix/Federal_Rules_of_Civil_Procedure/Rule_4

⁹⁶ Детальный анализ законов процессуальных законов штатов в этой части см.: *David Thatch*. Personal Jurisdiction and the World-Wide Web: Bits (and Bytes) of Minimum Contacts // *Rutgers Computer and Technology Law Journal*. № 23. 1997.

⁹⁷ См., например: *New York Civil Practice Law*. § 302.

⁹⁸ См.: *Ward Classen*. *A Practical Guide to Software Licensing for Licensees and Licensors*. ABA Publishing, 2008. P. 212.

1. Третий Свод норм США о праве международных отношений 1987 г. (*Restatement 3d of Foreign Relations Law*) Указанный документ, равно как и иные подобные своды норм, представляет собой подготовленный Американским институтом права авторитетный источник, обобщающий существующее прецедентное право в сфере коллизионного регулирования и излагающий его в виде совокупности правил и принципов. Формально своды норм, подготовленные Американским институтом права, не являются обязывающими для судов, однако многие судебные решения и комментарии содержат ссылки на них. По меткому выражению известного американского судьи Бенджамина Кардозо, «свод нормы проникнуты особым авторитетом, позволяющим не повелевать, но убеждать»⁹⁹. Данный Свод норм представляет собой квинтэссенцию положений международного права, применимого к США, положений федерального законодательства США, отдельных штатов, а также судебной практики, имеющей довольно сильное влияние на внешнюю политику США или иные существенные международные последствия (§ 1 указанного свода). В контексте рассматриваемой проблематики основной интерес представляет часть 4 указанного свода, посвященная вопросам регулирования различных видов юрисдикции, иммунитетов и международного сотрудничества в указанной сфере.

2. *Свод норм коллизионного права (Restatement of Conflict of Laws)*. Существует две редакции свода норм коллизионного права. *Restatement First on Conflict of Laws* (1934), который в значительной степени применяется в отдельных штатах США (Мэриленд, Вирджиния, Нью-Мексико, Южная Каролина, Джорджия, Алабама, Канзас, Вайоминг)¹⁰⁰. Данный документ содержит достаточно жесткие коллизионные привязки (применительно к деликтам применяется право штата, где произошло последнее из действий, послуживших основанием для предъявления требования (§ 377); право, применимое к договорам, определяется преимущественно по праву штата, где был заключен договор (§ 311)). Произошедшие изменения в американской доктрине коллизионного права, заклеившей такой механистический подход и выступившей за введение более гибких критериев выбора применимого права, обусловили разработку Второго свода законов в сфере коллизионного права (*Restatement Second on Conflict of Laws*, 1971), ядром которого является принцип тесной связи (*substantial relationship*). Подходы, заложенные в данной версии документа, нашли свое отражение в той или иной степени в штатах Нью-Йорк, Делавэр, Колорадо, Коннектикут, Аляска, Аризона, Калифорния, Айдахо, Иллинойс, Айова, Майне, Миссисипи, Миссури, Монтана, Небраска, Южная Дакота, Огайо, Техас, Юта, Вермонт, Вашингтон¹⁰¹. Данный Свод содержит в себе обширный перечень вопросов, связанных с юрисдикцией, определением применимого права, принудительным исполнением судебных решений. Несмотря на то что во время составления данного свода в 1971 г. об Интернете еще не задумывались, подходы и принципы, заложенные в нем, являются отправной точкой для анализа всей проблематики юрисдикции в сети «Интернет».

3. *Принципы определения юрисдикции, применимого права и принудительного исполнения судебных решений в сфере интеллектуальной собственности (Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes. ALI, 2007)*. Данный документ, подготовленный Американским институтом права, содержит в себе положения, регламентирующие коллизионно-правовые аспекты трансграничных споров в сфере интеллектуальной собственности: принципы юрисдикции, определения применимого права, исполнения судебных решений. Указанный документ в отличие от свода правил коллизионного права разрабатывался с учетом проблематики, которую привносит Интернет в подобного рода споры.

⁹⁹ *Cardozo B. The Growth of the Law. Yale University Press, 1924. P. 9.*

¹⁰⁰ *Freiheit J. Proskauer on International Litigation and Arbitration: Ch. 7 Choice of Law Issues. Selecting the Appropriate Law. www.proskauerguide.com/litigation/7/IV*

¹⁰¹ *Symeonides S. Choice of Law in the American Courts in 2006: Twentieth Annual Survey // American Journal of Comparative Law. 2006. № 54. P. 697, 712.*

Примечательно, что он предназначен для использования в качестве ориентира не только для юристов англо-американской системы права, но и для континентальных юристов, что нашло отражение в используемой терминологии¹⁰².

4. *Принципы договорного права в сфере программного обеспечения (ALI Principles of the Law of Software Contracts, 2009)*. Указанные принципы, также подготовленные Американским институтом права, представляют собой более мягкий вариант *UCITA*, не претендуя на роль буквы закона¹⁰³. В отличие от *UCITA* сфера их применения ограничена сделками с определенным видом цифрового контента – компьютерными программами. Принципы содержат в себе обобщение существующей практики в сфере оборота программного обеспечения и сформулированные на ее основе «лучшие практики». В контексте вопросов юрисдикции в сети «Интернет» наибольший интерес представляют положения § 1.13 (выбор применимого права) и § 1.14 (юрисдикционная оговорка).

Теперь имеет смысл подробнее остановиться на том, как в США решаются вопросы, связанные с установлением американским судом персональной юрисдикции в отношении иностранного лица, выбором применимого права, а также принудительным исполнением иностранных судебных решений.

2.2. Условия установления персональной юрисдикции в отношении иностранного лица (*jurisdiction to adjudicate*)

По общему правилу, для того чтобы американский суд имел персональную юрисдикцию в отношении ответчика, необходимо одно из следующих оснований: 1) проживание или учреждение ответчика на территории штата, где расположен суд; 2) согласие ответчика с юрисдикцией, выраженное в договоре либо посредством участия в инициированном процессе (кроме целей оспаривания юрисдикции); 3) нахождение имущества ответчика на территории штата при наличии связи такого имущества с предъявленным требованием; 4) осуществление регулярной деятельности на территории такого штата; 5) совершение действия на территории такого штата, послужившее основанием для предъявления требования; 6) действие было совершено за пределами штата, но имело существенный, непосредственный и предвидимый эффект на территории штата¹⁰⁴.

В случае, если ответчиком выступает иностранное лицо, суд, в который предъявлен соответствующий иск, должен рассмотреть вопрос о том, насколько установление юрисдикции в отношении такого лица является допустимым с точки зрения положений *long-arm statute* соответствующего штата и Конституции США (*Due process clause*). Установив наличие основания для установления юрисдикции в *long-arm statute*, суд далее проводит анализ на предмет того, насколько ее осуществление соответствует требованиям Конституции США (*Due process clause*)¹⁰⁵, которая запрещает вынесение решения против лица, не имеющего контактов, связей или отношений с соответствующим штатом¹⁰⁶, и порядок применения которой истолкован в прецедентах Верховного суда США¹⁰⁷.

Одним из основных прецедентов, определяющих понимание *Due Process clause* для целей установления персональной юрисдикции, долгое время являлось дело *Pennoyer v. Neff*, в кото-

¹⁰² Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law and Judgments in Transnational Disputes. American Institute of Law. Proposed final draft, 2007. Reporter's Memorandum. P. XIX.

¹⁰³ ALI Principles of the Law of Software Contracts. Proposed Final Draft, 2009. P. 2.

¹⁰⁴ См. детальный перечень в § 423 Restatement 3d of Foreign Relations Law, § 27 Restatement Second on Conflict of Laws.

¹⁰⁵ In re Ski Train Fire in Kaprun, Austria on Nov. 11. 2000. 342 F. Supp. 2d 207 (S.D.N.Y., 2004).

¹⁰⁶ Соответствующее толкование было дано положениям V и XIV поправок к Конституции США, образующим *Due Process Clause* Верховным судом США в деле *International Shoe v. Washington* 326 U.S. 310 (1945).

¹⁰⁷ Детальный анализ процессуальных законов штатов в этой части см.: *David Thatch*. Op. cit.

ром Верховный суд США указал, что физическое присутствие лица на территории штата является необходимым условием для осуществления в отношении него юрисдикции судом такого штата¹⁰⁸. Данное правило достаточно быстро вошло в противоречие с реалиями коммерческой жизни, где основным игроком стали юридические лица. Учитывая, что юридическое лицо само по себе является фикцией, применение данного правила к коммерческой деятельности, осуществляемой такой «фикцией» на территории разных штатов, встретило существенные затруднения.

В 1945 г. Верховный суд США в знаменитом деле *International Shoe v. Washington* сформулировал новый подход, согласно которому персональная юрисдикция может быть установлена в том числе и если ответчик физически не присутствует на территории штата, «но имеет с ней определенные минимальные контакты, и рассмотрение спора не нарушает устоявшихся принципов правосудия и справедливости»¹⁰⁹. Таким образом, в отсутствие традиционных оснований для установления персональной юрисдикции суд должен проанализировать характер деятельности («контактов») ответчика на территории штата, где расположен суд, и то, насколько распространение юрисдикции на такого ответчика является разумным и справедливым.

Анализ существующих контактов ответчика с территорией штата будет различным в зависимости от того, какой тип персональной юрисдикции испрашивается: общий или специальный¹¹⁰. Для установления общей юрисдикции, позволяющей привлекать иностранное лицо в качестве ответчика по *любым* требованиям, необходимо, чтобы контакты со штатом были продолжительными, систематическими и существенными¹¹¹. При этом могут приниматься во внимание такие обстоятельства, как наличие физического присутствия в виде движимого или недвижимого имущества, получение лицензии на определенный вид деятельности¹¹², общий объем прибыли, получаемой от коммерческой деятельности в данном штате¹¹³.

В отсутствие оснований для установления общей юрисдикции специальная юрисдикция устанавливается при наличии минимальных контактов ответчика с территорией штата при условии, что ответчик должен разумно допускать возможность подпадания под юрисдикцию такого штата (*purposeful availment*). Такое допущение может быть сделано на основании действий ответчика, свидетельствующих о наличии намерения ответчика воспользоваться преимуществами и защитой, предоставляемой соответствующим штатом¹¹⁴. Указанное дополнительное требование направлено на защиту интересов ответчика, минимизируя неопределенность, которую могут вызвать его случайные, произвольные или поверхностные (*random, fortuitous and attenuated*) контакты с определенной территорией. В качестве примера такого случайного контакта можно привести известный прецедент *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*¹¹⁵, в котором молодая пара, проживающая в Нью-Йорке, приобрела автомобиль в данном штате и попала в аварию, проезжая по территории штата Оклахома в направлении Ари-

¹⁰⁸ 95 U.S. 714 (1877).

¹⁰⁹ 326 U.S. 310 (1945).

¹¹⁰ Разделение персональной юрисдикции на два типа – *general* и *specific* – было впервые сформулировано в знаменитой статье: *Arthur von Mehren, Donald Trautman. Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis // Harvard Law Review. № 79. 1966.*

¹¹¹ Данный критерий неоднократно выделялся Верховным судом США: *Perkins v. Benguet Consol. Mining Co.* 342 U.S. 437 (1952); *Helicopteros Nacionales de Colombia, S.A. v. Hall.* 466 U.S. 408 (1984).

¹¹² См., например: *Bird v. Parsons*, 289 F. 3d 865, 873 (6th Cir. 2002); *Butler v. Beer Across Am.*, 83 F. Supp. 2d 1261 (N.D. Ala. 2000).

¹¹³ См., например: *William Rosenstein & Sons Co v. BBI Produce, Inc.*, 123 F. Supp. 2d 268 (M.D. Pa. 2000). В данном деле суд указал, что продажи товара ответчиком в данном штате составляли всего 0,05 % от всего объема продаж, чего явно недостаточно для установления общей юрисдикции. *Gator.com Corp. v. L.L. Bean, Inc.* 341 F.3d 1072 (9th Cir. 2003) (здесь доля продаж в штате в размере 6 % от всего объема продаж была признана достаточной для установления общей юрисдикции, хотя суд и не указал, каков именно процент был сделан непосредственно через интернет-сайт).

¹¹⁴ Данное правило впервые сформулировано Верховным судом США в деле *Hanson v. Denckla*, 357 U.S. 235, 252 (1958).

¹¹⁵ 444 U.S. 286 (1980).

зоны. Причиной аварии являлась неисправность автомобиля, что повлекло предъявление иска к региональному дистрибьютору, через которого был приобретен автомобиль, в штате Оклахома, где он не осуществлял продаж своих автомобилей и не вел какого-либо иного бизнеса. Верховный суд США истолковал контакт ответчика со штатом Оклахома в качестве случайного и не дающего оснований для установления персональной юрисдикции.

Наконец, последним условием для осуществления персональной юрисдикции является ее разумность. Судом при этом могут приниматься во внимание различные факторы: обременительность рассмотрения спора на данной территории для ответчика; наличие интереса данного штата в рассмотрении такого спора; интерес истца в получении эффективной защиты своих прав; интерес судебной системы в целом в наиболее эффективном рассмотрении возникшего спора; общий интерес различных штатов в проведении определенной социальной политики¹¹⁶. В настоящее время пока не сложилось более или менее однозначной практики применения данных положений, в связи с чем соотношение данных требований с установленными минимальными контактами при решении вопроса об установлении персональной юрисдикции является неоднозначным¹¹⁷.

Бремя доказывания наличия юрисдикции несет истец. Суд может оказать содействие в установлении определенных фактов, свидетельствующих о ее наличии (*jurisdictional discovery*), за исключением случаев очевидной необоснованности иска¹¹⁸.

Необходимо отметить, что даже в случае наличия формальных оснований для установления персональной юрисдикции в отношении ответчика суд может отказать в этом со ссылкой на то, что место рассмотрения спора является существенно неудобным (*forum non conveniens*) и у истца имеется возможность предъявления иска в более удобном месте¹¹⁹. Как указал Верховный суд США, «каждый раз, когда встает вопрос о применении данной доктрины, предполагается наличие как минимум двух государств, где может быть рассмотрен спор, и указанная доктрина устанавливает критерии выбора между ними»¹²⁰. Решая вопрос о возможности отказа в рассмотрении спора со ссылкой на *forum non conveniens*, суды обычно последовательно используют следующие критерии (*three-part test*):

1) насколько выбор суда истцом является обоснованным и заслуживающим уважения. По общему правилу если в качестве истца выступает американское лицо, то он воспринимается судом с большим уважением, нежели выбор американского суда иностранным истцом¹²¹. Известно, что многие истцы, обладая формально возможностью выбора места предъявления иска, предпочитают юрисдикцию, наиболее благоприятную для них с точки зрения доступных средств защиты, возможной суммы взыскания, процессуальных правил и пр. Такое явление получило на практике наименование «*forum shopping*». Разумеется, нередко такие действия приводят к существенным обременениям для ответчика в виде временных и материальных расходов на участие в таком споре. Доктрина *forum non conveniens* дает суду право отказать в рассмотрении спора в случае явного *forum shopping*¹²²;

2) насколько доступным и адекватным является альтернативное место рассмотрения спора. Сам по себе факт наличия отличий в материальном праве не имеет значения для рас-

¹¹⁶ Burger King Corp. v. Rudzewicz, 471 U.S. 462 (1985).

¹¹⁷ *Nemeyer Q.* Don't Hate the Player, Hate the Game: Applying the Traditional Concepts of General Jurisdiction to Internet Contacts // Loyola Law Review. № 52. 2006. P. 155.

¹¹⁸ Mass. Sch. of Law at Andover, Inc. v. Am. Bar. Ass'n, 107 F.3d, 1026, 1042 (3d Cir. 1997).

¹¹⁹ § 84 Restatement Second on Conflict of Laws; Barrett Edward. Doctrine of Forum Non Conveniens // California Law Review № 35. 1947.

¹²⁰ Gulf Oil Corp. v. Gilbert, 330 U.S. 501, 506-07 (1947).

¹²¹ Piper Aircraft Co. v. Reyno, 454 U.S. 235, 256 (1981).

¹²² Iragorri v. United Techs. Corp., 274 F.3d 65, 71, 73 (2d Cir. 2001).

смотрения вопроса об адекватности альтернативного форума¹²³. Однако политическая нестабильность может выступать в качестве фактора для признания альтернативного места рассмотрения спора неадекватным¹²⁴. Необходимость определения и применения иностранного права, существенные обременения для ответчика, связанные с переводом документов на английский язык, значительные транспортные расходы также могут быть приняты во внимание в решении вопроса об отказе в установлении юрисдикции со ссылкой на доктрину *forum non conveniens*¹²⁵;

3) соотношение публичных и частных интересов. Так, например, судьи Южного округа штата Нью-Йорк традиционно считают себя одними из наиболее перегруженных в США, в связи с чем заинтересованы в отсеивании споров, не имеющих достаточной связи с их территорией¹²⁶. Также исходя из соображений публичного порядка и международной вежливости американские суды уважают право иностранного суда рассмотреть спор в случаях, когда у него на то есть больше оснований.

Приведенные выше принципы определения персональной юрисдикции нашли свою конкретизацию применительно к отношениям в сети «Интернет». Вопреки распространенным в американской доктрине мнениям о необходимости выработки принципиально новых подходов к определению юрисдикции в сети «Интернет»¹²⁷ суды продолжали применять уже сложившееся законодательство. И, надо сказать, не без успеха.

Одним из наиболее острых стал вопрос о том, какое влияние имеет сайт в сети «Интернет», доступный на территории соответствующего штата, на возможность установления персональной юрисдикции в отношении лица, разместившего соответствующую информацию на нем и не являющегося резидентом такого штата. Ведь информация, размещенная в Интернете, является потенциально доступной на территории всех штатов США. При этом каждый штат США по-своему регламентирует вопросы, связанные с распространением алкогольной продукции, допустимости азартных игр, защитой прав потребителей, защитой чести, достоинства и деловой репутации, и т. д. В связи с этим неудивительно, что деятельность участников Интернета, игнорирующих эти положения, не могла не вызвать попыток «подчинить» ее соответствующим локальным законодательным положениям.

Одним из первых подходов, достаточно быстро отвергнутых последующей практикой¹²⁸, был отражен в решении по делу *Inset Systems, Inc. v. Instruction Set, Inc.*¹²⁹ Компания, инкорпорированная в штате Коннектикут, предъявила иск о нарушении ответчиком прав на товарный знак регистрацией доменного имени с обозначением, эквивалентным товарному знаку истца (*inset.com*). Иск был предъявлен по местонахождению истца, в штате Коннектикут, на что ответчик заявил возражение об отсутствии у данного суда юрисдикции в отношении него. Суд не согласился с ответчиком, указав, что одного только факта размещения рекламы на веб-сайте достаточно для установления юрисдикции судом любого штата, на территории которого данный сайт доступен. В качестве обоснования указывалось, что реклама, размещенная на сайте, будучи потенциально доступной в масштабах всей страны, создает беспрецедентные условия для осуществления продаж в масштабах всей страны. Получение подобной выгоды возможно, по мнению суда, только при условии одновременного принятия на себя связанных с этим рис-

¹²³ Piper Aircraft Co. v. Reyno, 454 U.S. 235, 256 (1981).

¹²⁴ Hatzlachh Supply, Inc. v. Tradewind Airways, Ltd, 659 F. Supp. 112 (S.D.N.Y., 1987); Canadian Overseas Ores Ltd. v. Compania de Acero del Pacifico S.A., 528 F. Supp. 1337 (S.D.N.Y., 1982).

¹²⁵ Blanco v. BancoIndus. de Venezuela, S.A., 997 F.2d 974 (2nd Cir. 1993).

¹²⁶ Doe v. Hyland Therapeutics Div., 807 F. Supp. 1117 (S.D.N.Y. 1992).

¹²⁷ См., например: *Johnson D., Post D.* Op. cit.

¹²⁸ В литературе его даже именуют аномалией в мире киберюрисдикции. См.: *Yvonne Beshany., Sean Shirley.* Cyber-Jurisdiction: When Does Use of the Internet Establish Personal Jurisdiction? // Alabama Law. № 63. 2002. P. 38.

¹²⁹ 937 F. Supp. 161 (D. Conn. 1996).

ков и обременений, к числу которых относится возможность предъявления иска к компании за пределами ее родного штата.

Данному подходу нельзя отказать в определенной логике¹³⁰. Однако несложно увидеть, что он создает возможность для предъявления иска к организации, ведущей деятельность в сети «Интернет», практически в любой точке планеты, даже в тех странах, на которые эта деятельность не была направлена в принципе. Это создает чрезмерную неопределенность и означает необходимость принятия субъектом электронной коммерции на себя потенциально некалькулируемых рисков в силу одного только факта размещения информации в Интернете. Таким образом, такой подход по существу влечет установление *универсальной* юрисдикции в сети «Интернет». Американцы, традиционно весьма трепетно относящиеся к вопросам распределения рисков, не могли долго придерживаться данного подхода. Да и сложившимся в доинтернетную эпоху принципам установления персональной юрисдикции подход *Inset* не очень соответствовал (речь идет о принципе *purposeful availment*). Требовался более тонкий подход, при котором для установления юрисдикции помимо факта доступности сайта на определенной территории необходимо было нечто большее.

Наиболее известным прецедентом, конкретизировавшим это «нечто большее», в течение долгого времени являлось дело *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc.*¹³¹ Компания *Zippo*, всемирно известный производитель зажигалок, инкорпорированная в штате Пенсильвания, предъявила иск к компании *Dot Com*, инкорпорированной в штате Калифорния, основным видом деятельности которой являлось распространение платной подписки на новости. Иск был предъявлен в суд штата Пенсильвания в связи с нарушением ответчиком прав на товарный знак путем регистрации доменного имени, включающего обозначение «*Zippo*». Ответчик возражал против юрисдикции суда штата Пенсильвания, утверждая, что его контакты с данным штатом носят случайный характер, ссылаясь на вышеупомянутый прецедент *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*. Рассматривая вопрос о допустимости установления персональной юрисдикции над ответчиком, суд выработал тест скользящей шкалы (*sliding scale test*). Суть его заключалась в том, что все веб-сайты в сети «Интернет» делились на три категории (рисунок). С одной стороны шкалы находились так называемые пассивные сайты (*passive websites*), носящие исключительно информационный характер и не дающие оснований для установления юрисдикции на факте их доступности на территории определенного штата¹³². На другом конце шкалы располагаются активные сайты, через которые лицо осуществляет предпринимательскую деятельность с резидентами иных штатов посредством систематической намеренной передачи компьютерных файлов в данные штаты (*active websites*), что влечет возможность установления юрисдикции судами таких штатов. Посередине располагаются сайты разной степени интерактивности, позволяющие пользователю осуществлять с ними обмен информацией. Возможность установления юрисдикции в таких случаях зависит от уровня интерактивности такого сайта и наличия коммерческой составляющей в информации, выступающей предметом обмена.

Применяя данный тест к обстоятельствам дела, суд признал сайт ответчика в достаточной степени интерактивным, так как он позволял разместить заказ на услуги ответчика не только по телефону, но и непосредственно на сайте. К тому же было установлено, что ответчик имел порядка 3000 подписчиков и семь контрактов с интернет-провайдерами на территории штата

¹³⁰ Данный подход был реализован и в иных судебных решениях того периода. См., например: *Maritz, Inc. v. Cybergold*, 947 F. Supp. 1328, 1330–33 (E.D. Mo. 1996). В данном деле расположенная в Калифорнии компания, предоставлявшая услуги рекламы по электронной почте, была признана подпадающей под юрисдикцию суда в Миссури, поскольку ее веб-сайт был доступен на территории указанного штата и на него было осуществлено порядка 300 запросов с его территории.

¹³¹ 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997).

¹³² Во многом такой подход американских судов к пассивным сайтам обусловлен аналогией с размещением рекламы в общенациональных средствах массовой информации: доступность такой рекламы в определенном штате не является по общему правилу основанием для установления юрисдикции суда такого штата. См.: *Thomson G. Personal Jurisdiction in Internet-Related Litigation / Online Contract Formation* ed. by S. Kinsella and A. Simpson. 2004. P. 503 ff.

Пенсильвания. Как следствие, суд отверг аргумент ответчика о случайном характере его контактов с территорией данного штата¹³³. Если бы ответчик хотел избежать юрисдикции штата Пенсильвания, он должен был бы, по мнению суда, воздержаться от продажи своих сервисов жителям данного штата. В итоге характер контактов ответчика со штатом местонахождения суда был признан достаточным для установления персональной юрисдикции. В качестве аргумента в пользу разумности такого установления суд сослался на наличие серьезного интереса штата Пенсильвания в рассмотрении споров о нарушении товарных знаков, принадлежащих его резидентам.

Статус данного решения стал настолько высоким, что некоторые суды называли его «основным прецедентом в области решения вопроса об установлении персональной юрисдикции на основании функционирования веб-сайта»¹³⁴, «переломным моментом в развитии судебной практики»¹³⁵.

Подход, сформулированный в деле *Zippo*, является по существу адаптацией прецедента *International Shoe* к новым условиям. В связи с этим он, как и предшественник, отличается значительной гибкостью, которая одновременно является и его слабостью. Как отмечают отдельные комментаторы, данный тест не предлагает правоприменителям каких-либо определенных критериев относительно того, какой уровень интерактивности достаточен для установления юрисдикции, оставляя их один на один с уникальными обстоятельствами каждого конкретного дела¹³⁶. К этому достаточно справедливому замечанию необходимо добавить, что дело *Zippo* было рассмотрено в 1997 г., когда многие сайты в силу неразвитости интернет-технологий были пассивными. В настоящее время подавляющее большинство коммерческих сайтов включают в себя те или иные интерактивные элементы, что лишний раз иллюстрирует факт того, что право часто не успевает за развитием технологий. Пассивных сайтов в том виде, как они описаны в деле *Zippo*, в современной сети «Интернет» практически не осталось.

Также не следует забывать, что дело *Zippo* касалось лишь спора о нарушении прав на товарный знак. Но перспектива найти универсальное решение вопроса о юрисдикции в сети «Интернет» настолько заманчива, что данный тест начал рассматриваться многими американскими судами и учеными в качестве *универсального* решения вопросов юрисдикции в сети «Интернет»¹³⁷. В то же время он, например, плохо подходит для рассмотрения споров о защите чести, достоинства и деловой репутации, ведь соответствующая информация может быть размещена и на чисто пассивном сайте, что по идее должно влечь отказ в установлении юрисдикции по местонахождению потерпевшего, несмотря на то, что можно говорить о том, что негативные последствия размещения информации наступили на территории его проживания¹³⁸.

¹³³ Суд не поленился при этом привести пример случайного контакта, транслированного на матерью сети «Интернет»: ситуация, когда житель штата Калифорния взял с собой в путешествие компьютер и использовал его на территории штата Пенсильвания для получения доступа к сервисам ответчика.

¹³⁴ *Toys «R» Us, Inc. v. Step Two, S.A.*, 318 F.3d 446, 452 (3d Cir. 2003).

¹³⁵ *Shamsuddin v. Vitamin Research Prods.*, 346 F. Supp. 2d 804, 809 (D. Md. 2004).

¹³⁶ См., например: *Kevin McMunigal*. Desert, Utility and Minimum Contracts: Toward a Mixed Theory of Personal Jurisdiction // *Yale Law Journal*. № 108. 1998. P. 189; *Daniel Steurer*. The Shoe Fits and the Lighter is Out of Gas: The Continuing Utility of *International Shoe* and the Misuse and Ineffectiveness of *Zippo* // *Colorado Law Review*. № 74. 2003. P. 319–325. Например, в деле *Ty Inc. v. Clark* (N.D. Ill. 2000) суд, рассматривая вопрос о возможности установления персональной юрисдикции в отношении ответчика из Великобритании, признал веб-сайт умеренно интерактивным (допускался обмен сообщениями по *e-mail*, но без возможности размещения заказа на самом сайте, пользователю могла быть отправлена форма заказа для распечатывания и последующего направления ответчику по обычной почте). Однако такая интерактивность, по мнению суда, являлась недостаточной для установления юрисдикции.

¹³⁷ *Yokoyama D.* You Can't Always Use the *Zippo* Code: The Fallacy of a Uniform Theory of Internet Personal Jurisdiction // *DePaul Law Review*. № 54. 2004–2005. P. 1167–1168.

¹³⁸ Как отмечается в литературе, в таких случаях в соответствии с установившейся Верховным судом США практикой (*Calder v. Jones*, 465 U.S. 783, 1984; *Keeton v. Hustler*, 465 U.S. 770, 1984) должен применяться *effects test*, в соответствии с которым юрисдикция может быть установлена в отношении нерезидента в случае совершения им умышленного деяния, причинившего вред истцу на территории, где находится суд. Применение теста *Zippo* для данной категории дел не только не

Однако этот очевидный факт все равно не мешает судам придерживаться теста *Zippo* в таких случаях. Например, в ситуации, когда на веб-сайте компании, расположенной в Гонконге, были размещены сведения, порочащие деловую репутацию одного из ее бывших директоров, проживающего в штате Иллинойс, суд данного штата пришел к выводу о недостаточности оснований для своей юрисдикции в отношении гонконгской компании. Одним из аргументов как раз был пассивный характер такого сайта (тест *Zippo*)¹³⁹.

Также необходимо отметить, что *Zippo*-тест относится исключительно к вопросам установления специальной юрисдикции. Сама по себе степень интерактивности сайта не имеет значения для решения вопроса об установлении общей юрисдикции¹⁴⁰. Как отмечалось ранее, для этого необходимо, чтобы контакты носили продолжительный, систематический и существенный характер, что отнюдь не эквивалентно степени интерактивности интернет-сайта. Хотя для полноты картины необходимо отметить, что встречаются и решения, где предпринимались попытки использовать тест *Zippo* при решении вопроса об установлении общей юрисдикции¹⁴¹. Такие решения подвергаются критике в американской литературе во многом по причине того, что они влекут установление универсальной «всемирной» общей юрисдикции, что однажды уже было признано неприемлемым в деле *Inset*¹⁴².

Неудивительно, что указанные недостатки критериев *Zippo* повлекли дальнейшее уточнение критериев допустимости установления персональной юрисдикции на основании доступности веб-сайта на определенной территории. В качестве такого дополнительного критерия американские суды нередко стали использовать факт направленности деятельности владельца сайта на определенный штат¹⁴³. Как указал один из судов, «персональная юрисдикция не может быть установлена, если только ответчик не совершает чего-то большего, что бы свидетельствовало о направленности его действий по отношению к клиентам в штате Западная Вирджиния»¹⁴⁴. Аналогичные подходы встречаются во многих других решениях¹⁴⁵.

Лучше всего суть нового подхода демонстрирует дело *Toys «R» Us, Inc. v. Step Two, S.A.*¹⁴⁶ Предметом данного спора, как и в деле *Zippo*, было рассмотрение требования, связанного с нарушением товарного знака. В качестве ответчика выступала испанская компания, которая владела более 160 магазинами по продаже детских игрушек под брендом «*Imaginarium*» в 10 странах (кроме США). Указанное обозначение было зарегистрировано ответчиком в качестве товарного знака в данных странах. Истец осуществлял продажи детских игрушек в 175 магазинах в разных штатах США под товарным знаком с аналогичным наименованием, но зарегистрированным в США. Впоследствии истец зарегистрировал доменное имя «*imaginarium.com*», а ответчик – «*imaginarium.es*». Оба ответчика имели высокоинтерактивные

адекватно, но и противоречит упомянутым решениям Верховного суда США. Тем не менее многие суды при рассмотрении споров о диффамации в сети «Интернет» используют в качестве основания для установления персональной юрисдикции *Zippo* тест, модифицированный требованиями наличия направленности сайта на территорию штата истца. См.: *Borchers P. Internet Libel: The Consequences of a Non-Rule Approach to Personal Jurisdiction // Northwestern University Law Review. 2004. Vol. 98, No. 2.*

¹³⁹ *Edelson v. Ch'ien* 352 F. Supp. 2d 861 (N.D. Ill. 2005).

¹⁴⁰ *Bell v. Imperial Palace Hotel/Casino, Inc.*, 200 F. Supp. 2d 1082, 1091 (E.D. Mo. 2001); *Molnlycke v. Dumex*, 1999 (E.D. Pa. 1999).

¹⁴¹ *Mink v. AAAA Dev. LLC*, 190 F.3d 333 (5th Cir. 1999); *MJC-A World of Quality, Inc. v. Wishpets Cp., Ltd*, № 0 °C 6803 (N.D. Ill. Aug. 27, 2001).

¹⁴² *Yokoyama D.* Op. cit. P. 1194.

¹⁴³ См. обзор подходов по федеральным окружным судам США: *Trammel A., Bambauer D. Personal Jurisdiction and the «Interwebs» // Cornell Law Review. Vol. 100. 2015, P. 1150.*

¹⁴⁴ *Williams v. Advertising Sex* (N.D. W.Va. 2007).

¹⁴⁵ *ALS Scan v. Digital Services Consultants, Inc.*, 293 F. 3d 707 (4th Cir. 2002); *Revell v. Lidov*, 317 F.3d 467 (5th Cir. 2002); *Neogen Corp. v. Neo Gen Screening, Inc.*, 282 F.3d 883, 890 (6th Cir. 2002); *Jennings v. AC Hydraulic A/S*, 383 F.3d 546 (7th Cir. 2004); *Fairbrother v. Am. Monument Found., LLC*, 340 F. Supp. 2d 1147, 1156 (D. Colo. 2004).

¹⁴⁶ 318 F.3d 446, 451 (3d Cir. 2003).

сайты, позволяющие делать покупки в онлайн-режиме. По мнению истца, его права на товарный знак были нарушены действиями испанской компании, поскольку ее веб-сайт был доступен на территории США и с помощью него можно делать покупки товаров, схожих с товарами, продаваемыми истцом. Суд обозначил суть спора следующим образом: «достаточно ли факта использования коммерческого интерактивного сайта, доступного на определенной территории, для установления персональной специальной юрисдикции либо необходимы дополнительные доказательства направленности данного сайта на данную территорию». Суд отказался применять *Zippo*-тест прямолинейно, указав, что помимо интерактивности сайта необходимо, чтобы было установлено намеренное взаимодействие с территорией суда. Как установил суд, ответчик не имел магазинов, представительств, агентов на территории США. Сайт ответчика, несмотря на его интерактивность, не поощрял покупку товара американцами, так как был исполнен на испанском языке, цены были выражены в испанских песетах или евро, доставка осуществлялась только по адресам в Испании. В итоге суд пришел к выводу о недостаточности доказательств в пользу наличия взаимодействия, так как дизайн сайта явно не был направлен на осуществление продаж на территории США. Не помогла и контрольная закупка товара с данного сайта, сделанная истцом из Нью-Джерси, в результате которой покупатель получил товар (через промежуточную компанию в Испании) и пароль для получения доступа к Клубу покупателей. Эти контакты были сочтены судом недостаточными для установления юрисдикции.

Таким образом, основным критерием оценки при решении вопросов юрисдикции в соответствии с судебной практикой американских судов последних лет является наличие доказательств направленности деятельности ответчика с использованием веб-сайта на соответствующую территорию. Например, суд установил свою юрисдикцию в отношении японских резидентов на том основании, что японский веб-сайт, распространяющий по подписке контент для взрослых, имел обширную базу пользователей из США¹⁴⁷. В другом деле факт наличия 240 пользователей на территории штата был признан достаточным для установления юрисдикции в отношении испанской компании, веб-сайт которой позволял загружать музыку в отсутствие соглашений с правообладателями¹⁴⁸.

При определении направленности веб-сайта на территорию определенного штата суд может принимать во внимание следующие факторы: 1) размещение файлов *cookie* на компьютеры резидентов штата; 2) количество участников – резидентов штата на форумах такого веб-сайта или в качестве комментаторов к новостным лентам такого сайта; 3) данные о платежах, совершенных посредством банковских карт резидентами штата при оплате товаров и услуг интернет-магазина; 4) размещение гиперссылок на веб-сайтах, деятельность которых направлена на данный штат¹⁴⁹.

Подход *Zippo* был отвергнут и в Принципах определения юрисдикции, применимого права и принудительного исполнения судебных решений в сфере интеллектуальной собственности. Данный документ развивает классические принципы установления юрисдикции в отношении деликтных требований – по месту совершения противоправных действий, по месту наступления последствий, адаптируя их в то же время к современным цифровым реалиям¹⁵⁰. В соответствии с § 204 (1) иск может быть предъявлен к лицу в суд штата, где была совершена значительная часть действий, повлекших нарушение исключительных прав, либо совершена значительная часть подготовительных действий, повлекших такое нарушение. Причем юрисдикция такого суда распространяется на все нарушения, являющиеся следствием таких дей-

¹⁴⁷ *Viz Commc'ns, Inc. v. Redsun No. C-01-04235 JF*, 2003 WL 23901766 (N.D. Cal. Mar. 28. 2003).

¹⁴⁸ *Arista Records, Inc. v. Sakfield Holding Co.*, 314 F.Supp.2d 27 (D.D.C. 2004).

¹⁴⁹ *Rustad M. Internet Law in a Nutshell*. St. Paul: MN, 2009. P. 72.

¹⁵⁰ *Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes*. ALI, 2007. P. 93.

ствий, независимо от того, где они имели место. Таким образом, в соответствии с данными Принципами иск может быть предъявлен 1) по местонахождению веб-сайта, на котором был размещен материал, нарушающий чьи-либо исключительные права, либо 2) по месту нарушения исключительного права, если установлено, что деятельность, которая повлекла нарушение, была направлена на такой штат (§ 204 (2)). При определении вопросов направленности комментарии к Принципам призывают принимать во внимание меры, принятые ответчиком для того, чтобы избежать нежелательной юрисдикции: наличие соответствующих оговорок на сайте; использование технологий географической идентификации с блокированием доступа пользователей с нежелательных юрисдикций; отказ от осуществления доставки в нежелательные страны, использования их языка и валюты; отказ в обработке транзакций, оплаченных банковскими картами из нежелательных юрисдикций; наличие специально выделенных сайтов, зарегистрированных под локальным доменным именем специально для ведения деятельности на определенной территории, и т. д.¹⁵¹

Принципы также указывают обстоятельства, которые не могут служить единственным и достаточным основанием для установления юрисдикции по трансграничным спорам, связанным с интеллектуальной собственностью. Придание им качества *единственного* основания для установления персональной юрисдикции в отношении иностранного ответчика может повлечь отказ в принудительном исполнении вынесенного решения¹⁵². К таким обстоятельствам относятся: *a)* факт нахождения имущества на территории государства суда или возникновения права на интеллектуальную собственность в соответствии с его законами, за исключением случаев, когда спор связан с таким имуществом или правами; *b)* национальность истца и ответчика; *c)* осуществление ответчиком определенной деятельности на территории государства суда, не связанной с предъявленным требованием; *d)* вручение повестки на такой территории; *e)* совершение на территории такого государства заключительных формальностей (например, подписание) при заключении договора, в связи с нарушением которого предъявляется требование (§ 207). Указанные положения являются по существу конкретизацией упоминавшегося выше положения *purposeful availment* как одного из условий установления персональной юрисдикции на основании минимальных контактов.

В качестве обобщения можно указать, что в соответствии с американским законодательством иностранное лицо – владелец вебсайта – может быть все же привлечено в качестве ответчика в суде штата при условии, что такой веб-сайт позволял осуществлять взаимодействие с резидентами такого штата и имели место обстоятельства, позволяющие говорить о направленности деятельности на территорию такого штата. Сам по себе факт осуществления деятельности за пределами США не освобождает иностранное лицо от потенциальной юрисдикции судов США при наличии вышеуказанных обстоятельств. При этом наличия специальных оговорок на сайте (*disclaimers*) о том, что лицо не осуществляет коммерческую деятельность на территории определенного штата, недостаточно для того, чтобы исключить фактор направленности деятельности такого лица на этот штат¹⁵³. Для этого необходимы еще и соответствующие технические решения (использование специальных технологий, позволяющих блокировать запросы от пользователей с определенных территорий; отсутствие возможности совершения платежей резидентами таких штатов; отсутствие доставки товара в указанный штат)¹⁵⁴ либо инкорпорированная в онлайн-договор юрисдикционная оговорка¹⁵⁵.

¹⁵¹ Ibid. P. 95–96.

¹⁵² Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes. ALI. 2007. P. 124.

¹⁵³ Euromarket Designs Inc. v. Crate & Barrel Ltd., 96 F. Supp. 2d 824 (N.D. Ill. May 16. 2000).

¹⁵⁴ Toys «R» Us, Inc. v. Step Two, S.A. 318 F.3d 446, 451 (3d Cir. 2003).

¹⁵⁵ Graham Smith. Op. cit. P. 682.

В завершение необходимо указать на наличие в американском процессуальном праве так называемого правила агрегации (*rule of aggregation*). Согласно правилу 4k Федеральных правил гражданского процесса в отсутствие минимальных контактов с территорией определенного штата такие минимальные контакты могут иметь место по отношению к США в целом. В таком случае любой федеральный суд США может установить юрисдикцию в отношении иностранного ответчика. В деле *Quokka Sports Inc. v. Cup International, Ltd*¹⁵⁶ данное положение было использовано в отношении ответчика из Новой Зеландии, единственным контактом которого с территорией США был веб-сайт, который инкорпорирует товарный знак истца (*America's Cup*) в свое доменное имя, *americascup.com* и активно конкурировал с истцом посредством данного сайта. Суд признал, что в данном случае сайт был направлен на территорию США в целом, а не на территорию определенного штата и со ссылкой на вышеуказанное правило 4k установил свою юрисдикцию в отношении ответчика. Таким образом, данное правило открывает дополнительные возможности по установлению юрисдикции американских судов в отношении иностранных лиц, которые нарушают интеллектуальную собственность американских компаний, осуществляющих свою деятельность в масштабе всех США.

2.3. Определение применимого права к отношениям в сети «Интернет» (*jurisdiction to prescribe*)

Квалификация характера спора и определение применимой коллизионной привязки осуществляются в соответствии с коллизионными нормами штата, где рассматривается спор (*lex fori*)¹⁵⁷. Разумеется, в данной работе не представляется возможным осветить подходы в выборе применимого права, существующие во всех штатах США. Однако определенное представление о данном вопросе можно получить из таких источников, как ЕТК и *Restatement 2nd on Conflict of Laws* (Второй свод норм коллизионного права)¹⁵⁸.

Согласно § 1-105 ЕТК при отсутствии соглашения сторон о выборе применимого права подлежат применению нормы ЕТК в том виде, в каком они были имплементированы в штате, суд которого рассматривает спор, при условии, что договор имеет надлежащую связь с этим штатом. Иными словами, ЕТК закрепляет привязку *lex fori* (применение закона места рассмотрения спора). Несмотря на то что формально положения ЕТК имеют большую силу по отношению к правилам *Restatement 2nd on Conflict of Laws*, по крайней мере применительно к договорам, прямо урегулированным в ЕТК, на практике суды обычно игнорируют данное положение, обычно обращаясь к коллизионным нормам, принятым в их штатах¹⁵⁹.

Гораздо больший интерес в плане коллизионного регулирования представляют собой положения *Restatement 2nd on Conflict of Laws*. Основной принцип выбора применимого права заключается в применении права, имеющего наиболее тесную связь (*substantial relationship*) по отношению к сторонам и обстоятельствам спора. При определении такой тесной связи суды должны учитывать ряд факторов политико-правового характера, в числе которых: *a*) потребности межгосударственных и межштатовых взаимоотношений; *b*) соображения правовой политики штата по месту рассмотрения спора; *c*) интересы других потенциально заинтересованных в рассмотрении спора штатов (государств); *d*) защита обоснованных ожиданий сторон; *e*) основные принципы отрасли права, с которой связан спор; *f*) определенность и предсказуемость результата; *g*) легкость определения и применения выбранного права (§ 6).

¹⁵⁶ (N.D. Cal. 1999).

¹⁵⁷ *Klaxon Co. v. Stentor Elec. Mfg. Co.*, 313 U.S. 487, 496 (1941).

¹⁵⁸ *Smith Gregory*. Choice of Law in the United States // *The Hastings Law Journal*. № 38. 1987. P. 1043–1044.

¹⁵⁹ *Асосков А.В.* Коллизионное регулирование договорных обязательств. М., 2012. С. 396.

Поскольку принцип тесной связи и принципы, лежащие в основе его определения, являются весьма размытыми, имеет смысл детальнее рассмотреть то, как он конкретизируется применительно к отдельным категориям отношений, имеющих значение в контексте сети «Интернет», – как договорных, так и деликтных.

Выбор права, применимого к договорным отношениям

В соответствии с § 187 *Restatement 2nd on Conflict of Laws* основным принципом определения применимого права в договорных отношениях является принцип автономии воли, согласно которому стороны вправе самостоятельно выбрать право при условии соблюдения определенных ограничений.

Таких ограничений два. Во-первых, выбранное право должно быть связано или с какой-либо из сторон, либо с самим договором, либо должно быть иное разумное обоснование для его выбора. Например, контрагенты с местонахождением в США и России по договору, исполняемому в России, не имеют возможности выбрать английское право, если отсутствует какая-либо разумная связь сторон или договора с Англией. Как правило, одного факта местонахождения стороны по договору в определенном штате достаточно, чтобы имела место разумная связь выбранного сторонами права такого штата в качестве применимого¹⁶⁰. Во-вторых, такой выбор не должен противоречить фундаментальным публичным политикам штата, право которого применялось бы в отсутствие соглашения сторон о выборе права¹⁶¹. В частности, такая фундаментальная политика может выражаться в положениях законодательства, направленных на защиту слабой стороны договора от злоупотреблений другой стороны, обладающей превосходящими переговорными возможностями, в частности на защиту прав потребителей.

Если выбранное сторонами право не будет соответствовать указанным ограничениям, то оно может быть проигнорировано¹⁶² и вместо него подлежит применению право штата, которое бы применялось в отсутствие соглашения сторон о выборе применимого права (так называемое объективно применимое право), т. е. право того штата, которое имеет наиболее существенную связь со сделкой и ее сторонами с учетом принципов, указанных в § 6 *Restatement 2nd on Conflict of Laws*. При этом § 188 ориентирует суды на необходимость принятия во внимание таких обстоятельств, как место заключения договора, место проведения переговоров, место исполнения договора, местонахождение предмета договора, местонахождение сторон, в зависимости от значимости каждого из указанных факторов в контексте конкретной ситуации.

Данный подход был принят на вооружение Принципами договорного права в сфере программного обеспечения (*ALI Principles of the Law of Software Contracts*) применительно к сделкам, связанным с предоставлением прав на стандартизированное программное обеспечение, распространяемое в электронной форме. Они предусматривают возможность сторон выбрать право, применимое к их отношениям, при условии, что имеет место разумная связь между такими отношениями и выбранным правопорядком (§ 1.13). Однако, если результат применения выбранного сторонами права вступает в противоречие с публичным порядком штата, право которого применялось бы в отсутствие соглашения о выборе права в соответствии с п. *b*, применяются положения законодательства такого штата. При этом п. *b* предусматривает применение права местонахождения потребителя или, если потребитель не является стороной договора, – право страны лицензиара¹⁶³. Соответствующие правила сформулированы как

¹⁶⁰ *Nedlloyd Lines B.V. v. Superior Court*, 3 Cal 4th (1992).

¹⁶¹ § 187 (2) *Restatement (Second) on Conflict of Laws*.

¹⁶² Правда, оно все же может иметь некоторое значение для толкования договора как выражающее волю сторон.

¹⁶³ Данное правило во многом представляет собой адаптацию к современным цифровым реалиям положений § 109 (*a*) *UCITA*, согласно которому применительно к сделкам, связанным с распространением цифрового контента, в отсутствие соглашения сторон об ином применяется право страны, где находится лицензиар. Однако если договор заключен с потребителем и предполагается передача копии произведения на материальном носителе, то применяется право штата, где должна была быть

«жесткие», не предполагающие учета каких-либо иных обстоятельств при определении применимого права. Как отмечается в официальном комментарии к данным принципам, такой подход в наибольшей степени отвечает сложившейся практике и ожиданиям сторон¹⁶⁴.

Необходимость наличия определенной связи между выбранным правом и регулируемым им правоотношением является отличительной чертой американского коллизионного права по сравнению с европейским (в том числе и российским), которое не содержит подобного ограничения. Считается, что данное ограничение было введено для того, чтобы исключить выбор иностранного права в отношении внутренних договоров, не осложненных иностранным элементом, и избежать проблем с разграничением внутренних и трансграничных договоров¹⁶⁵. В качестве другой причины упоминается также вероятность злоупотреблений сторон, которые путем выбора права третьего государства, никак не связанного с договором, могут обойти фундаментальные политики в сфере договорного права, свойственные всем связанным с договорам правовым порядкам¹⁶⁶.

Правила, сходные с положениями § 187 Свода, содержатся также в § 1-105 ЕТК США, имплементированного в виде отдельного закона в большинстве штатов США, согласно которому «если иное не предусмотрено кодексом, стороны вправе в случаях, когда сделка имеет разумную связь как с данным, так и с другим штатом или государством, договориться о том, что их права и обязанности будут определяться по праву либо данного, либо другого штата или государства. При отсутствии такого соглашения настоящий кодекс применяется к сделкам, имеющим надлежащую связь с данным штатом». В 2001 г. в рамках пересмотра ряда положений ЕТК была предпринята попытка внесения изменений в том числе и в данную статью. В соответствии с положениями § 1-301 ЕТК, призванного заменить § 1-105 ЕТК, соглашение сторон сделки с иностранным элементом о выборе права по общему правилу действительно даже в отсутствие разумной связи сделки с соответствующим правовым порядком¹⁶⁷, за исключением договоров с участием потребителей. В последнем случае по-прежнему необходимо наличие разумной связи между выбранным правом и правоотношением.

Однако большинство штатов отказались вносить изменения в свои редакции кодекса, отдавая предпочтение устоявшемуся правилу необходимости наличия разумной связи между выбранным правом и правоотношением¹⁶⁸. В итоге разработчики ЕТК отказались от новой редакции § 1-301 ЕТК.

Таким образом, необходимость наличия разумной связи между выбранным правом и правоотношением продолжает составлять одну из наиболее принципиальных особенностей американского коллизионного права¹⁶⁹, хотя в настоящее время роль данного ограничения снижается в связи с тенденцией расширительного толкования американскими судами понятия «разумная связь», которые усматривают ее наличие во всех случаях, когда имеют место хотя бы незначительные контакты с выбранным правом¹⁷⁰.

осуществлена такая доставка.

¹⁶⁴ ALI Principles of the Law of Software Contracts. Proposed final draft. 2009. P. 88.

¹⁶⁵ *Scoles E., Hay P., Borchers P. Symeonides S.* Conflict of Laws. 4th ed. St. Paul. MN. 2004. P. 975.

¹⁶⁶ *Ibid.* P. 976.

¹⁶⁷ UCC Article 1, General Provisions (2001) Summary. 2013. The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws // [http://www.uniformlaws.org/ActSummary.aspx?title=UCC%20Article%201,%20General%20Provisions%20\(2001\)](http://www.uniformlaws.org/ActSummary.aspx?title=UCC%20Article%201,%20General%20Provisions%20(2001))

¹⁶⁸ 2006 Uniform Commercial Code Survey: Introduction // *The Business Lawyer*. № 62. August 2007. P. 1555–1558. Единственной территорией, имплементировавшей новую редакцию § 1-301 ЕТК, были Американские Виргинские острова.

¹⁶⁹ Специалисты в области международного частного права отмечают, что схожее правило содержится лишь в коллизионном праве Польши, Макао (административной единицы Китая с особой правовой системой), Анголы и Мозамбика. См.: *Асосков А.В.* Указ. соч. С. 264.

¹⁷⁰ *Rühl G.* Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency // *Conflict of Laws in a Globalized World* / Ed. by E. Gottschalk, R. Michaels, G. Rühl, & J. von Hein. Cambridge University Press. 2007. P. 163.

Отдельные штаты содержат собственное регулирование по вопросам необходимости наличия разумной связи между выбранным правом и правоотношением. Так, например, в соответствии с § 1646.5 Гражданского кодекса штата Калифорния стороны вправе выбрать в качестве применимого права, которое не имеет связи с правоотношением. Однако такая свобода допускается лишь в договорах, сумма которых превышает 250 000 долл., и не распространяется на потребительские договоры, трудовые договоры и некоторые иные виды соглашений. Схожие положения содержатся в законодательстве штата Флорида. Таким образом, объем имеющейся у сторон свободы усмотрения в вопросах выбора применимого права зависит от законодательства штата, в котором рассматривается дело.

Рассмотрев общие принципы определения применимого права в сфере договорных отношений, необходимо сказать несколько слов о принципах определения применимого права в спорах, связанных с нарушением прав интеллектуальной собственности.

Специфика данных споров заключается в том, что права на объекты интеллектуальной собственности носят сугубо территориальный характер. Иными словами, такие права существуют в той мере и в том объеме, в которых государство их признает. Содержание, ограничения, действительность, сроки, порядок защиты таких прав определяются по общему правилу в соответствии с законодательством, где произошло их нарушение, безотносительно к тому, где был создан соответствующий объект интеллектуальной собственности¹⁷¹. Таким образом, некорректно говорить о том, что существует некое международное право интеллектуальной собственности¹⁷². Существует авторское право США, авторское право Германии, авторское право России и т. д., каждое из которых применяется к деятельности, связанной с такими правами, на территории соответствующего государства. Объекты интеллектуальной собственности, права на которые возникают в силу регистрации (изобретения, полезные модели, промышленные образцы, товарные знаки, наименования места происхождения товара, топологии интегральных микросхем, селекционные достижения и др.), тесно связаны с государством, где была осуществлена такая регистрация, поскольку такие права были порождены именно его правопорядком.

Так, один из судов¹⁷³ отказался применять авторское право США к тем нарушениям исключительных прав, которые произошли за рубежом, даже несмотря на то, что им предшествовали действия, совершенные на территории США. Суд мотивировал это тем, что такой подход нарушал бы принцип территориальности исключительного права и необоснованным образом вторгался бы в сферу суверенной власти иных государств, что несовместимо с принципами международной вежливости¹⁷⁴. По мнению суда, к нарушениям исключительных прав, совершенным за пределами США, должно применяться право страны, где такое нарушение имело место быть.

Иного мнения придерживался суд при рассмотрении спора, связанного с нарушением авторских прав российского информационного агентства «ИТАР-ТАСС», издательством журнала, выходящего и распространявшегося в Нью-Йорке. Как было установлено, издательство

¹⁷¹ Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes. ALI. 2007. P. 144. *Ginsburg Jane*. Copyright without borders: Choice of forum and choice of law for copyright infringement in Cyberspace // *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*. № 15. 1997. P. 154.

¹⁷² Конечно, существует множество международных соглашений, направленных на гармонизацию законодательства об интеллектуальной собственности в определенной сфере (Бернская конвенция, *TRIPS* и т. д.). Однако они не создают самостоятельного международно-правового режима для прав интеллектуальной собственности, существующего в отрыве от национального законодательства. Положения таких международных соглашений применяются лишь в системе координат национального законодательства, будучи имплементированными в него либо в редких случаях применяясь напрямую вместо отдельных его положений.

¹⁷³ *Subafilms, Ltd v. MGM-Path, Commc'n Co.*, 24 F.3d 1088, 1095 (9th Cir. 1994).

¹⁷⁴ В американской литературе данное решение критикуется по ряду параметров, в числе которых необоснованное смешивание судом вопросов юрисдикции и применимого права. См.: *Frohlich A*. Copyright infringement in the Internet age: A primetime for harmonized conflict-of-laws rules // *Berkeley Technology Law Journal*. № 24. 2009. P. 256–261.

журнала использовало около 500 статей без согласия правообладателя. Специфика данного дела заключается в том, что суд отошел от формального применения *lex fori* и указал, что в качестве права, применимого для решения вопроса о принадлежности исключительного права на произведение, должно применяться право страны, где оно было создано, как наиболее тесно связанное с отношением (в данном случае это было российское право). Что же касается права, применимого к определению последствий нарушения авторского права и доступных средств защиты, то суд использовал коллизионную привязку из сферы деликтного права – *lex loci delicti* и применил Закон об авторском праве США, поскольку вредоносные последствия наступили на территории США.

В целом проблематика определения применимого права к трансграничным спорам, связанным с нарушением исключительных прав, является малоразработанной в судебной практике и доктрине США. Как отметил суд по делу *ITAR-TASS*, «опубликованные судебные решения преимущественно обходят стороной вопросы, связанные с выбором права в международных спорах в сфере авторского права, а комментаторы упоминают их лишь поверхностно»¹⁷⁵. Отсутствие детальной проработки проблематики выбора права в трансграничных спорах в сфере интеллектуальной собственности во многом обусловлено тем фактом, что американские суды не любят рассматривать требования, связанные с нарушением исключительных прав за рубежом, если это сопряжено с применением иностранного права¹⁷⁶.

Определение применимого права в спорах, связанных с защитой чести, достоинства и деловой репутации

В соответствии с § 149 *Restatement 2nd on Conflict of Laws* в качестве права, применимого к такого рода спорам, применяется право штата, в котором имела место публикация материала, за исключением случаев, указанных в § 150, и ситуаций, когда из обстоятельств конкретного дела следует следствие применений принципов § 6, что правоотношение наиболее тесно связано с территорией иного штата (в последнем случае применяется право такого штата). Наибольший интерес в контексте диффамации в сети «Интернет» имеет § 150, который посвящен определению применимого права в случаях, когда публикация имела место в средствах массовой информации на территории нескольких штатов. В таких случаях, если в качестве потерпевшего выступает физическое лицо, то правом, наиболее тесно связанным с отношением, признается право штата, где он проживает. Если потерпевшим является юридическое лицо, то таким правом будет право штата, где такое лицо осуществляет свою основную деятельность при условии, что публикация имела место и в таком штате. Как видно из данных презумпций, в качестве применимого права в таких случаях выступает право штата, где, как предполагается, репутация сильно пострадала. Данное правило направлено на защиту интересов не только потерпевшего, но и причинителя вреда, освобождая его от ответственности, определяемой по правилам множества различных штатов, где публикация имела место (так называемое правило единой публикации – *single publication rule*).

Существующие прецеденты, связанные с диффамацией в сети «Интернет», позволяют сделать вывод, что суды обычно следуют вышеуказанным правилам и применяют право по местонахождению (домицилию) истца¹⁷⁷. Таким образом, если американский суд найдет основания для установления юрисдикции в отношении ответчика – иностранного владельца интер-

¹⁷⁵ *ITAR-TASS Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc.*, 153 F.3d 82, 88 (2d Cir. 1998).

¹⁷⁶ См., например: *Creative Technology, Ltd. v. Aztech System, Ltd.*, 61 F.3d 696, 704 (9th Cir. 1995). В данном решении суд признал Сингапур более подходящим местом для рассмотрения спора; *Murray v. British Broadcasting Corp.*, 81 F.3d 287 (1996) (по мнению американского суда, Великобритания была признана более адекватным местом рассмотрения спора); *Dinwoodie G. International intellectual property legislation: A Vehicle for Resurgent Comparativist Thought // American Journal of Comparative Law*. № 49. 2001. P. 440.

¹⁷⁷ *Wells v. Liddy* 186 F.3d 505 (4th Cir. 1999); *Hitchcock v. Woodside Literary Agency* 15 F. Supp. 2d 246 (E.D.N.Y. 1998).

нет-ресурса, для чего, как отмечалось ранее, требуется наличие определенной направленности такого ресурса на территорию США, в качестве применимого права будет выступать право истца (т. е. право соответствующего штата США), что обусловит целесообразность обращения к услугам местных юридических фирм для представительства интересов ответчика в суде.

2.4. Принудительное исполнение судебного решения в США (jurisdiction to enforce)

После того как суд решит вопрос о допустимости установления своей юрисдикции в отношении ответчика, определит применимое право и рассмотрит дело по существу, он выносит решение по существу спора. В случае если такое решение не может быть исполнено на территории государства, где был рассмотрен спор (например, ответчик проживает на территории другого штата (государства) и у него нет какого-либо имущества на территории данного штата (государства) для обращения взыскания по решению о наложении взыскания), принудительное исполнение вынесенного решения будет осуществляться судом иного штата или государства.

В случае если решение подлежит исполнению на территории другого штата, то проблем не возникает. Конституция США содержит положение, согласно которому все штаты США должны проявлять доверие и уважение к официальным актам и судебным документам любого другого штата (*The Full Faith and Credit Clause, раздел 1 ст. IV, § 481 Restatement 3d of Foreign Relations Law*).

Существенные сложности возникают в случаях, когда принудительное исполнение судебного решения, вынесенного в США, должно осуществляться в иностранном государстве. В силу того, что юрисдикция судебных органов государства носит сугубо территориальный характер, исполнение решения на территории иностранного государства возможно лишь при наличии согласия такого государства с тем, что иностранный судебный акт способен породить последствия на его территории. По общему правилу такое согласие возможно лишь в случаях, прямо предусмотренных международным договором с таким иностранным государством. В настоящее время США не имеет двусторонних договоров о взаимном признании и принудительном исполнении судебных решений ни с одной страной. В свое время предпринимались попытки заключить такое соглашение с Великобританией, однако они не увенчались успехом¹⁷⁸.

При отсутствии международного договора решение о принудительном исполнении судебного решения, вынесенного судом США, будет определяться в соответствии с процессуальным законодательством страны, где оно подлежит исполнению. В большинстве случаев оно будет определяться принципами взаимности (*reciprocity*) и международной вежливости (*comity*).

В том случае, когда суд иностранного государства сочтет возможным рассмотреть по существу возможность принудительного исполнения судебного решения, обычно проверке подвергаются следующие обстоятельства: 1) обладал ли суд юрисдикцией по рассмотрению такого спора; 2) была ли обеспечена надлежащая процедура рассмотрения спора; 3) непротиворечие такого решения публичному порядку. Так, например, решения американских судов о взыскании штрафных убытков (убытков, которые взыскиваются наряду с компенсационными убытками и носят карательный характер за совершение умышленных недобросовестных действий – *punitive damages*) не были принудительно исполнены на территории Германии¹⁷⁹, Швейцарии¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Обзор разработанного текста соглашения см.: *Mary Ann Alford. The effect of the proposed U.S. – U.K. reciprocal recognition and enforcement of civil judgments treaty on current recognition practice in United States // Columbia Journal of Transnational Law. № 18. 1979.*

¹⁷⁹ *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (Zivilsachen) BGHZ 118, 312 (1993); Nettesheim & Stahl. Recent Development, Bundesgerichtshof Rejects Enforcement of United States Punitive Damages Award // 28 Texas Intellectual Law Journal. № 415 (1993).*

Условия и пределы допустимости признания и принудительного исполнения иностранных судебных решений на территории США определяются в соответствии с законодательством соответствующего штата. Федеральные суды по общему правилу также применяют положения законодательства того штата, где они расположены¹⁸¹. Решение суда по вопросам признания и принудительного исполнения иностранного судебного решения не может быть оспорено в Верховном Суде США, за исключением случаев, когда такое решение имеет конституционно-правовой аспект (например, затрагивает вопросы обеспечения надлежащей правовой процедуры либо представляет собой вмешательство в вопросы внешней политики США).

Условия исполнения иностранных судебных решений обозначены в § 98 *Restatement 2nd on Conflict of Laws* и § 481–382 *Restatement 3d of Foreign Relations Law*. В них предусматривается общее правило о допустимости признания и принудительного исполнения действительных решений иностранных судов, вынесенных в пределах их компетенции в рамках справедливого состязательного процесса. Наличие соответствующего международного договора США с государством, на территории которого вынесено решение, не является обязательным условием признания и принудительного исполнения такого решения на территории США.

Данные положения нашли свое отражение в известном прецеденте *Hilton v. Guyot*¹⁸², в котором стоял вопрос о признании и исполнении на территории США решения французского суда. Согласно позиции Верховного суда США американский суд не признает иностранного судебного решения, пока не будет убежден в наличии у иностранного суда юрисдикции по рассмотрению такого спора¹⁸³ и не будет убежден в том, что «при рассмотрении дела судом была обеспечена справедливая процедура рассмотрения спора с надлежащим извещением ответчика и в рамках правовой системы, обеспечивающей беспристрастное рассмотрение спора с участием иностранных лиц при отсутствии оснований полагать о наличии какого-либо предубеждения или обмана в процессе отправления правосудия». Таким образом, если судебное решение было вынесено судом, действующим в рамках правовой системы, не обеспечивающей надлежащей судебной процедуры (*Due Process*) в ее американском понимании, то в признании и принудительном исполнении такого судебного решения может быть отказано¹⁸⁴. Сам по себе факт допущения ошибки в применении закона или толковании факта не является основанием для отказа в признании иностранного судебного решения при условии соответствия его вышеуказанным критериям. Равно как в качестве основания для отказа не может использоваться ссылка на различия между законодательством иностранного государства и законодательством штата, где исполняется решение. Как отметил судья Кардозо, «американские суды не настолько провинциальны, чтобы утверждать, что предложенное решение проблемы неверно, так как мы у себя такие дела решаем иначе»¹⁸⁵.

Дело *Hilton v. Guyot* знаменито также и тем, что в нем впервые был установлен принцип международной вежливости (*comity*) как основание для признания и приведения в исполнение решений иностранных судов на территории США. Однако было отмечено, что американский суд не обязан проявлять такую вежливость в тех случаях, когда иностранное государство сохраняет за собой право пересмотра решения суда США по существу (что имело место во Франции). Правда, принцип взаимности понимался ограничительно и был направлен на защиту американских граждан от исков, предъявленных к ним за рубежом. В связи с чем дан-

¹⁸⁰ *Bernet M.* Recognition and enforcement in Switzerland of US judgments containing an award of punitive damages // *International Business Lawyer*. № 22. 1994. P. 272.

¹⁸¹ *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938); *Restatement 3rd Foreign Relations law*. § 481a (1987).

¹⁸² 150 U.S. 113, 202 (1895).

¹⁸³ При этом американский суд может проанализировать обоснованность установления юрисдикции над ответчиком в соответствии с доктриной «минимальных контактов». См.: *Koster v. Automark Industries, Inc.*, 640 F.2d 77 (7th Cir. 1981).

¹⁸⁴ *Int'l Transactions, Ltd. v. Embotelladora Agral Regiomontana, S.A.*, 347 F.3d 589, 593-97 (5th Cir. 2003).

¹⁸⁵ *Loucks v. Std. Oil Co.* 120 N.E. 198, 201 (N.Y. Ct. App. 1918).

ный принцип не мог применяться в спорах между двумя иностранцами либо против стороны – гражданина США. Впоследствии, впрочем, США отошли от применения принципа взаимности в качестве условия для признания и исполнения иностранных судебных решений по причине его несправедливости по отношению к участнику процесса (он расплачивается не за свое поведение, а за поведение властей своего государства), а также возможных помех для признания судебных решений США за рубежом¹⁸⁶.

В большинстве своем сложившиеся в судебной практике подходы нашли свое отражение в Единообразном законе о признании иностранных решений о присуждении денежных сумм 1962 г. (*Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act*), который был принят в той или иной форме приблизительно в половине штатов США¹⁸⁷. Иностранные судебные решения, вступившие в законную силу, по общему правилу признаются и исполняются в США, за исключением следующих случаев, указанных в ст. 4: 1) такое судебное решение было вынесено судом в рамках правовой системы, не обеспечивающей беспристрастное рассмотрение спора с участием иностранных лиц; 2) иностранный суд не имел юрисдикции в отношении ответчика или предмета спора; 3) отсутствовало надлежащее уведомление ответчика об инициированном процессе; 4) заявленное требование противоречит публичному порядку штата; 5) такое судебное решение противоречит другому вступившему в законную силу судебному решению; 6) разбирательство в иностранном суде противоречило согласованному в договоре порядку судебного разбирательства. В отсутствие таких обстоятельств иностранное судебное решение пользуется полным доверием и уважением (*full credit and faith*

¹⁸⁶ *Danford B.* The Enforcement of Foreign Money Judgments in the United States and Europe: How Can We Achieve a Comprehensive Treaty? // *The Review of Litigation*. Vol. 23:2. 2004. P. 387. См. также: Reporters notes No. 1 to § 481 Restatement 3d of Foreign Relations Law.

¹⁸⁷ В остальных штатах суды руководствуются положениями Третьего свода законов об иностранных отношениях (Restatement Third of Foreign Relations Law), § 481 (1) содержит в большинстве своем схожие положения с текстом рассматриваемого Единообразного закона. См.: *Danford B.* Op. cit. P. 388.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.