



ЗАЩИТА ДЕЛОВОЙ РЕПУТАЦИИ

В СЛУЧАЯХ ЕЕ ДИФФАМАЦИИ
ИЛИ НЕПРАВОМЕРНОГО ИСПОЛЬЗОВАНИЯ
(В СФЕРЕ КОММЕРЧЕСКИХ ОТНОШЕНИЙ)

Научно-практическое пособие



Мария Глазкова

**Защита деловой репутации в
случаях ее диффамации или
неправомерного использования (в
сфере коммерческих отношений)**

«Статут»

2015

УДК 347
ББК 67.404.022

Глазкова М. Е.

Защита деловой репутации в случаях ее диффамации или
неправомерного использования (в сфере коммерческих отношений)
/ М. Е. Глазкова — «Статут», 2015

ISBN 978-5-8354-1149-8

Настоящее издание посвящено вопросам защиты деловой репутации при ее диффамации, а также несанкционированном использовании в случаях нарушения прав на фирменное наименование, интеллектуальных прав на товарный знак, знак обслуживания и коммерческое обозначение и при доменных спорах. Книга может представлять интерес не только для практиков, но и для теоретиков, а также преподавателей, аспирантов и студентов юридических вузов.

УДК 347
ББК 67.404.022

ISBN 978-5-8354-1149-8

© Глазкова М. Е., 2015
© Статут, 2015

Содержание

Предисловие	6
Список сокращений	8
Глава 1	10
§ 1.1. Правовая сущность гудвилл	10
1	11
2	14
3	18
§ 1.2. Понятие деловой репутации, содержание прав на деловую репутацию	20
1	23
2	25
3	28
4	29
Конец ознакомительного фрагмента.	32

Защита деловой репутации в случаях ее диффамации или неправомерного использования (в сфере коммерческих отношений) Под общей редакцией доктора юридических наук М.А. Рожковой

Работа выполнена при финансовой поддержке Министерства образования и науки Российской Федерации за счет средств государственного задания на выполнение НИР по проекту 1865.

Рецензенты:

Н. Руйе – д.ю.н., профессор Школы бизнеса Лозанны и Университетского Института Курт Бош, адвокат (Швейцария);

А.В. Залесов – к.ю.н., президент Российской национальной группы Международной ассоциации по охране интеллектуальной собственности (AIPPI), президент Ассоциации российских патентных поверенных;

Б.А. МакДональд – старший советник Комитета по международным правам интеллектуальной собственности, член Американской ассоциации адвокатов, секция международного права (США).

Авторы:

Марина Александровна Рожкова, д.ю.н., профессор кафедры гражданского права и кафедры интеллектуальных прав Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА) – § 1.3 и 2.1–2.3 (совм. с М.Е. Глазковой); § 2.4 (совм. с Д.В. Афанасьевым); § 1.1 и 3.2–3.4 (совм. с А.С. Ворожевич); предисл. и § 1.2, 3.1, 3.5.

Мария Евгеньевна Глазкова, к.ю.н., ст. науч. сотр. Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ – § 1.3 и 2.1–2.3 (совм. с М.А. Рожковой);

Дмитрий Викторович Афанасьев, магистр частного права, начальник отдела анализа и обобщения судебной практики, законодательства и статистики Суда по интеллектуальным правам – § 2.4 (совм. с М.А. Рожковой);

Арина Сергеевна Ворожевич, преподаватель кафедры интеллектуальных прав Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА) – § 1.1 и 3.2–3.4 (совм. с М.А. Рожковой).

Предисловие

Деловая репутация упоминается в действующем Гражданском кодексе Российской Федерации меньше десятка раз, и даже при условии, что ей целиком посвящена ст. 152 Кодекса, вряд ли кому-то придет в голову говорить о наличии в отечественном праве подробного регулирования отношений по поводу этого весьма ценного со многих позиций объекта. При этом современная литература, нередко основанная исключительно на «советских» подходах к сущности деловой репутации, в большинстве случаев не позволяет решать вопросы, касающиеся защиты деловой репутации, которых на практике становится все больше и больше. Это и стало отправной точкой для подготовки данной работы.

Надо признать, что сама идея настоящей книги начала зреть у меня достаточно давно и ее прообразом стала сравнительно небольшая работа, посвященная анализу практики рассмотрения дел о защите деловой репутации юридических лиц и предпринимателей¹, которая вышла в свет еще в 2010 г. После ее выхода мне никак не удавалось вплотную заняться обозначенной проблематикой, пока Федеральным законом от 2 июня 2013 г. № 142-ФЗ в ст. 152 ГК РФ не было включено положение, согласно которому правила этой статьи о защите деловой репутации гражданина применимы к защите деловой репутации юридического лица, за исключением положений о компенсации морального вреда. Эта новация, вызвавшая волну различного рода предположений среди практикующих юристов, заставила меня снова заняться данной тематикой.

Вместе с тем не только разбор вопросов защиты деловой репутации от диффамации стал предметом рассмотрения в настоящей книге. В ней предпринята попытка разобраться с вопросом неправомерного использования чужой деловой репутации – вопросом, который отечественные правоведы старательно обходят стороной, несмотря на его колоссальную значимость как для теории, так и для практики. В зарубежных правовых системах при нарушении прав на фирменное наименование, на товарный знак, на коммерческое обозначение внимание акцентируется именно на защите гудвилл и репутации, и только во вторую очередь рассматриваются вопросы, связанные с нарушением собственно субъективных прав на упомянутые объекты. В отечественной же судебной практике, крепко связанной весьма далеким от совершенства правовым регулированием интеллектуальной собственности, вопросы защиты деловой репутации при несанкционированном использовании различных маркетинговых обозначений вовсе не поднимаются.

Изложенное серьезно сказалось и на содержании данной книги – составляющие ее главы весьма различны. Так, глава, посвященная защите деловой репутации от диффамации, содержит анализ отечественной судебной практики с опорой на практику Европейского Суда по правам человека; в то же время глава, посвященная защите деловой репутации при ее несанкционированном использовании, исходя из отсутствия отечественной судебной практики по данному вопросу, посвящена изучению категорий, представляющих собой зеркало деловой репутации и, соответственно, требующих рассмотрения вопроса о защите репутации при нарушении субъективных прав на них.

Завершая предисловие, мне хотелось бы выразить огромную благодарность своим соавторам – Марии Евгеньевне Глазковой, Дмитрию Викторовичу Афанасьеву и Арине Сергеевне Ворожевич. Без их помощи и поддержки данная книга еще долго не увидела бы свет! Кроме того, нельзя не высказать самые теплые слова признательности рецензентам данной книги –

¹ Рожкова М.А. Судебная практика по делам о защите деловой репутации юридических лиц и предпринимателей. Приложение к журналу «Хозяйство и право». М., 2010. 48 с. (http://rozhkova.com/books_text/DELREP.html).

Николя Руйе, Алексею Владимировичу Залесову и Брюсу Александеру МакДональду, которые своими замечательными рецензиями воодушевили меня на новые творческие подвиги!

М.А. Рожкова

(www.rozhkova.com)

Список сокращений

- ААС** апелляционный арбитражный суд
- АПК РФ** Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации
- АС** арбитражный суд
- ВАС РФ** Высший Арбитражный Суд Российской Федерации (упразднен в 2014 г.)
- Вестник ВАС РФ** Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (преобразован в журнал «Вестник экономического правосудия Российской Федерации»)
- ВОИС** Всемирная организация интеллектуальной собственности
- ВС РФ** Верховный Суд Российской Федерации
- ВТО** Всемирная торговая организация
- ГК РСФСР** Гражданский кодекс РСФСР 1964 г.
- ГК РФ** Гражданский кодекс Российской Федерации
- ГПК РСФСР** Гражданский процессуальный кодекс РСФСР 1964 г.
- ГПК РФ** Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации
- Европейский Суд, ЕСПЧ** Европейский Суд по правам человека
- Закон о СМИ** Закон РФ от 27.12.1991 № 2124-I «О средствах массовой информации»
- Конвенция по правам человека** Конвенция о защите прав человека и основных свобод ETS № 005 (Рим, 4 ноября 1950 г.)
- Концепции развития гражданского законодательства** Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009)
- КС РФ** Конституционный Суд Российской Федерации
- Обзор ВАС РФ** Обзор практики разрешения арбитражными судами споров, связанных с защитой деловой репутации (утвержден информационным письмом Президиума ВАС РФ от 23.09.1999 № 46)
- Обобщение АС Амурской области** обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о защите деловой репутации, подготовленный АС Амурской области
- Обобщение АС Красноярского края** обобщение судебной практики «Анализ судебной практики по спорам о защите деловой репутации» от 30.05.2008, подготовленный АС Красноярского края
- Обобщение АС Республики Коми** обзор судебной практики АС Республики Коми по спорам, связанным с защитой деловой репутации, одобренный постановлением Президиума АС Республики Коми от 20.12.2007 № 6
- Обобщение АС Нижегородской области** обзор судебной практики АС Нижегородской области по спорам, связанным с защитой деловой репутации, от 13.05.2008
- Обобщение АС Свердловской области** обобщение практики рассмотрения споров, связанных с защитой деловой репутации, утвержденное Президиумом АС Свердловской области 20.04.2007
- Обобщение Семнадцатого ААС** обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о защите деловой репутации в сфере предпринимательской деятельности, одобренного на заседании президиума Семнадцатого ААС 07.12.2007
- Обобщение ФАС Волго-Вятского округа** обобщение судебной практики «Вопросы защиты деловой репутации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей», подготовленное ФАС Волго-Вятского округа

Парижская конвенция Конвенция об охране промышленной собственности (Париж, 20 марта 1883 г.)

Постановление Пленума ВС РФ № 3 постановление Пленума ВС РФ от 24.02.2005 № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц»

Постановление Пленума ВС РФ № 10 постановление Пленума ВС РФ от 20.12.1994 № 10 «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда»

Постановление Пленумов № 5/29 Постановление Пленума ВС РФ № 5, Пленума ВАС РФ от 26.03.2009 № 29 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»

СМИ средство массовой информации

Соглашение ТРИПС Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (Марракеш, 15 апреля 1994 г.)

ФАС Федеральный арбитражный суд

Глава 1

Общие положения о деловой репутации

§ 1.1. Правовая сущность гудвилл

В отечественной юридической литературе понятия «гудвилл» (от англ. *goodwill* – букв. «добрая воля») и «деловая репутация» нередко отождествляются, используются как эквиваленты. Между тем такая трактовка совершенно неверна – категория «гудвилл» является значительно более широкой по содержанию, включая в себя репутацию в качестве лишь одной из составляющих (наряду с другими элементами).

Целью настоящей работы является *правовая характеристика* гудвилл с учетом существующих различий в экономическом и юридическом его понимании. Здесь же надо отметить, что преобладающим является изучение данной категории с экономических позиций – в большинстве своем исследования, посвященные гудвилл, проводятся бухгалтерами и экономистами, тогда как с правовой точки зрения эта категория исследуется, на наш взгляд, явно недостаточно. Е.А. Ершова, подчеркивая «проблемный характер» института гудвилл, связывает его «с его некоторым «переходным» состоянием от экономической к правовой составляющей»², которая впрочем, по мнению автора, позволяет участвовать в создании доктрины гудвилл одновременно и экономистам, и правоведам.

История разработки института гудвилл в иностранной правовой доктрине насчитывает не одно десятилетие. Считается, что впервые термин «гудвилл» был использован в 1571 г. лектором в Лондонской школе экономических и политических наук, но вплоть до 1891 гг. специальных исследований по теме гудвилл не проводилось³. В конце XIX – начале XX в. ситуация начала стремительно исправляться, причем пальма первенства в разработке доктрины гудвилл, бесспорно, принадлежит странам общего права.

В литературе высказывается мнение, согласно которому в странах континентального права нематериальные активы, подобные гудвилл, «также хорошо известны, однако по сравнению с гудвилл их смысловое наполнение является более узким и включает в себя прежде всего возможности юридического лица с точки зрения поиска новых контрагентов, т. е. главным образом наличие клиентелы... создаются в ходе деятельности юридического лица, представляя собой прежде всего наличие потенциала или шансов, которые могут возникнуть у юридического лица в плане заключения новых контрактов»⁴ (речь идет о категориях «*achallandage*» (Франция), «*Unternehmensmehrwert*» (Германия) и «*avviamento*» (Италия)).

Между тем, думается, подобное мнение, основанное на литературе конца прошлого века⁵, сегодня не совсем верно – европейские ученые активно занимаются разработкой док-

² Ершова Е.А. Гудвилл: основные проблемы и противоречия // Проблемы развития частного права: Сборник статей к юбилею В.С. Ема / Отв. ред. Е.А. Суханов, Н.В. Козлова. М., 2011. С. 240.

³ Е.А. Ершова пишет по этому поводу: «Следующим известным упоминанием можно считать лекцию, прочитанную Френсисом Мором в 1891 г. в Эдинбурге перед студенческим обществом дипломированных бухгалтеров. В этой лекции Ф. Мор с сожалением отмечал, что не представляется возможности цитировать какого-нибудь автора, имеющего работы по указанной теме, в связи с полным отсутствием информации по предмету, и сообщил, что ему не известны опубликованные ранее работы, касающиеся вопросов гудвилл бизнеса... Через 23 года после опубликования лекции Ф. Мора появляется статья П.Д. Лика по критериям оценки гудвилл бизнеса, позднее прочитанная в качестве лекции в Лейкестерском студенческом обществе дипломированных бухгалтеров» (Ершова Е.А. Гудвилл бизнеса. М., 2013 (СПС «КонсультантПлюс»)).

⁴ Ершова Е.А. Гудвилл бизнеса.

⁵ Обосновывая свое мнение, Е.А. Ершова ссылается на работу М.И. Кулагина (Кулагин М.И. Государственно-монополистический капитализм и юридическое лицо // Избранные труды. М., 1997).

трины гудвилл. Например, изучая сущность рассматриваемой категории, голландский исследователь В. Сакулин заключил: «...гудвилл – нематериальный актив, который включает в себя доброе имя и (или) репутацию, равным образом, как качество обслуживания клиентов или техническую эффективность»⁶. Другой голландский правовед Т. Кохен подчеркнул, что гудвилл, охватывая связанную с товарным знаком репутацию, может распространяться также на характеристики (в том числе технические) самого продукта, производителя⁷.

В немецкой судебной практике понятие «гудвилл»⁸ употребляется, как правило, для обозначения представлений покупателей о качестве предлагаемых предпринимателями товаров (услуг) и иных положительных характеристиках бизнеса⁹. При рассмотрении, в частности, споров об использовании одним субъектом обозначений сходных с товарными знаками (коммерческими обозначениями), правоприменителями констатировалось: «Указание на истца (посредством использования обозначений, сходных с товарными знаками истца. – М.Р., А.В.) было сделано для того, чтобы использовать принадлежащий ему гудвилл и обмануть, таким образом, потребителей относительно качества товаров»¹⁰. В отдельных решениях немецкими правоприменителями указывалось на включение в гудвилл таких элементов, как права на товарный знак, особенности компании, осуществляемого ею бизнеса, деловых связей и репутации¹¹.

Вместе с тем нельзя не признавать, что категория гудвилл в значительно большей степени разработана в доктрине стран общего права, что и обуславливает обращение к исследованиям прежде всего американских и английских ученых.

1

На сегодняшний день выделяют два основных подхода к пониманию сущности гудвилл.

Первый подход предполагает учет позиции потребителей (бихевиористско-психологический подход). В рамках этого подхода институт гудвилл исследуется с *позиций его влияния на потребительский выбор*: он рассматривается в качестве свойств бизнеса, которые формируют благожелательное отношение к нему потребителей¹²; общественное признание и благоприятную репутацию, которыми наслаждается компания¹³. Именно на таком понимании рассматриваемой категории основано одно из первых определений гудвилл – определение лорда Элдона в деле *Cruttwell v. Lye (1810)*: «...гудвилл... это не что иное, как вероятность того, что старые клиенты будут обращаться к старому месту»¹⁴.

В соответствии с таким подходом гудвилл предлагается понимать как «приманку места» (*the lure of the place*), «приманку возвратиться», «импульс покупательской активности», «правовое и экономическое признание привычек покупателей»¹⁵. С ним связывается тенден-

⁶ Sakulin W. Trademark Protection and Freedom of Expression: an Inquiry into the Conflict between Trademark Rights and Freedom of Expression under European Law. Rotterdam, 2011. P. 47.

⁷ Cohen T. European Trademark Law: Community Trademark Law and Harmonized National Trademark Law. Netherland, 2010. P. 14.

⁸ В немецкоязычной литературе, текстах судебных решений используются два термина – «goodwill» и «Firmenwert». Как правило, они рассматриваются в качестве синонимов. Вместе с тем встречается и подход, согласно которому последнее понятие охватывается объемом первого.

⁹ VG KBln Urteil vom 12. April 2011 Az. 7 K 4284/09.

¹⁰ BPatG Beschluss vom 1. Oktober 2004 Az. 25 W (pat) 85/02.

¹¹ OLG Frankfurt am Main Urteil vom 29. November 2001 Az. 6 U 130/00.

¹² Premier-Pabst Corp. v. Elm City Brewing Co, 9 F. Supp. 754, 757 (D. Conn. 1935).

¹³ See: Foreman C.J. Economies and Profits of Good-Will, 13 AM. ECON. REV. 209, 209 (1923).

¹⁴ See: Preinreich G.A.D. The Law of Goodwill // The Accounting Review. Vol. 11. N 4 (Dec). 1936. P. 317; Simon S.I. Court Decisions Concerning Goodwill // The Accounting Review. Vol. 31. N 2 (April). 1956. P. 272.

¹⁵ Comm'rs of Inland Revenue v. Muller & Co's Margarine, Ltd. [1901]. A.C. 217, 223; A. Bourjois & Co. v. Katzel, 260 U.S.

ция «возвращения» потребителей к *продуктам*, которые ими уже были приобретены (приобретались в прошлом), или к *компаниям*, с которой они сотрудничали¹⁶ и т. д. По метафорическому замечанию М. Спенса, гудвилл представляет собой «силу притяжения»¹⁷, которой обладает конкретный бизнес.

На основе бихевиористско-психологического подхода к пониманию гудвилл сложилась классификация поведения клиентов в соответствии с их привязанностью и лояльностью. Были выделены четыре разновидности гудвилл: кошачий, собачий, крысиный и кроличий. Такая «зоологическая» классификация связана с поведением названных животных. Кошачий гудвилл (привязанность к дому) признается в случае, когда потребители остаются клиентами той же компании и после ухода из этой компании обладателя личного гудвилл (в качестве примеров обычно рассматриваются рестораны, гостиницы, магазины). Собачий гудвилл (привязанность к хозяину) – это гудвилл, создание которого влечет уход потребителей из компании вслед за обладателем личного гудвилл, во вновь созданную им компанию (обладателем личного гудвилл может выступать известный изобретатель, повар, модельер и т. п.). Крысиный гудвилл (отсутствие привязанности к человеку или месту) – это гудвилл, сформировавшийся случайно, без учета каких-либо критериев (в литературе отмечается, что он не имеет ценности). Кроличий – это гудвилл, обусловленный близостью (удобством) расположения бизнеса компании (его ценность также невелика, поскольку признается, что здесь существует только вероятность того, что старые клиенты будут привязаны к старому месту).

Второй подход подразумевает оценку гудвилл с *позиции его содержания*: в рамках этого подхода гудвилл раскрывается через указание на входящие в его состав элементы. Этот подход находит отражение в судебной практике, например в решении по делу *CIT v. B. C. Srinivasa Setty* гудвилл был определен как «все относимые к бизнесу показатели: личность собственников, природа и характер бизнеса, репутация, месторасположение, влияние на современный рынок и социально-экономический климат»¹⁸.

Здесь необходимо обратить внимание на следующее: в зарубежных правовых порядках под бизнесом *в широком смысле*, как правило, понимается вообще *любая профессиональная деятельность, даже если она не приносит прибыль*. Например, в деле *Rolls v. Miller* (1884) суд постановил, что дело, даже и не нацеленное на получение прибыли, является бизнесом: по определению лорда Линдли, «почти все, что представляет собой занятие, отличное от удовольствия, – все, что является профессией и обязанностью, что требует внимания, есть бизнес»¹⁹. В то же время термин «гудвилл» обычно используется применительно к *бизнесу в его узком значении* – как *предпринимательской деятельности, ставящей главными целями получение дохода и развитие собственного дела*.

Итак, в рамках второго подхода оценку получают различные составляющие гудвилл, совокупность которых позволяет компании получать различные преимущества и выгоды, а в идеале – дополнительную прибыль, которая превышает средний уровень (сверхприбыль). В связи с этим нельзя не процитировать известное высказывание судьи Стори, в котором он определил сущность гудвилл: «Преимущество, которое приобретается (компанией. – *M.R. A.B.*) за рамками самой стоимости активов, акций, денежных средств и имущества, как следствие общественной поддержки и поощрения, получаемых (этой компанией. – *M.R. A.B.*) от постоянных и приохотившихся клиентов из-за своего месторасположения или общеизвестности, или

689 (1923); McCarthy J.T. McCarthy on Trademarks and Unfair Competition. § 2:15 (4th ed. 2004).

¹⁶ Crutwell v. Lye, 34 Eng. Rep. 129, 134 (1810); Dodge Stationery Co v. Dodge, 78. P. 879, 882 (Cal. 1904); Moreau v. Edwards, 2 Tenn. Ch. Rep. 347, 349 (1875).

¹⁷ Spence M. Intellectual Property. Oxford, 2007. P. 225.

¹⁸ CIT v. B. C. Srinivasa Setty (SC) Supreme Court Decision dt. 19-02-1981. 128 ITR 294(SC). 21 CTR 138(SC).

¹⁹ See the Meaning of «Enterprise», «Business» and «Business Profits» Under Tax Treaties and EU Tax Law. Guglielmo Maisto, IBFD. 2011. P. 517–518.

профессиональной репутации, или благосостояния, или пунктуальности, или любых других случайных обстоятельств или потребностей (клиентов. – М.Р., А.В.), или даже вследствие пристрастий или предрассудков»²⁰.

Важно заметить, что мнения ученых по поводу состава гудвилл кардинально разнятся, поэтому даже краткий обзор позиций ученых, обосновывающих тот или иной состав гудвилл, займет не одну страницу²¹.

Например, Е.А. Ершова упоминает работу Р.Х. Нельсона «Теория момента гудвилл»²², в которой в качестве составляющих гудвилл названы: 1) список клиентов; 2) организационные расходы; 3) расходы на развитие бизнеса; 4) товарные знаки, фирменные наименования и бренды; 5) секреты производства и секретные формулы; 6) патенты; 7) авторские права; 8) лицензии; 9) договоры франчайзинга; 10) возможность получения сверхприбылей. Кроме того, ею названа работа Дж. Р. Кэтлетт и Н.О. Олсон «Бухгалтерский учет гудвилл»²³, где к элементам гудвилл отнесены: 1) сильная управленческая команда; 2) выдающийся менеджер по продажам или отдел продаж; 3) слабость менеджмента конкурирующих компаний; 4) эффективная реклама; 5) наличие секретных производственных процессов; 6) доброжелательные трудовые отношения; 7) высокие кредитные рейтинги, полученные вследствие установившейся репутации; 8) устойчивое положение в районе вследствие благотворительных пожертвований и участия руководящего состава в общественных мероприятиях; 9) неблагоприятное развитие бизнеса конкурентов; 10) первоклассные тренинговые программы для сотрудников; 11) благоприятное сотрудничество с другими компаниями; 12) стратегическое местоположение; 13) благоприятные условия налогообложения; 14) благоприятное для бизнеса нормативно-правовое регулирование. Особое значение Е.А. Ершова придает работе «Несовершенные рынки и природа гудвилл» (авторы – Х. Фок и Л.А. Гордон), в которой сформулированы четыре основных фактора, каждый из которых включает в себя несколько параметров гудвилл. К ним отнесены:

А – увеличение кратковременных денежных потоков:

- благоприятный налоговый режим;
- экономия на производстве;
- запасы наличности;
- освоение новых фондов;
- низкая стоимость фондов и пр.

В – стабильность:

- уверенность в поставках;
- хорошие связи с административными органами и пр.

С – человеческий фактор:

- талантливый управленческий состав;
- хорошие трудовые отношения;
- хорошие тренинговые программы;
- организационная структура;
- хорошие отношения с общественностью и пр.

D – исключительность:

- доступ к высоким технологиям;

²⁰ See: *Preinreich G.A.D.* The Law of Goodwill // *The Accounting Review* Vol. 11. N 4 (Dec). 1936. P. 319.

²¹ Обзор различных подходов см.: *Bone R. G.* Hunting Goodwill: a History of the Concept of Goodwill in Trademark Law // *Boston University Law Review*. 2006. Vol. 86:547. P. 583–585; *Calboli I.* Trademark Assignment «With Goodwill»: a Concept whose Time Has Gone (2005). Faculty Publications. Paper 542 (<http://scholarship.law.marquette.edu/facpub/542>).

²² *Nelson R.H.* The Momentum Theory of Goodwill // *The Accounting Review*. 1953. Vol. 28. N 4. P. 491–499.

²³ *Catlett G.R., Olson N. O.* Accounting for Goodwill. AICPA; Accounting Research Study. 1968. N 10.

– созданные бренды²⁴.

С учетом проведенных изысканий представляется целесообразным назвать наиболее часто упоминаемые элементы, составляющие гудвилл. К ним обычно относят:

- репутацию (что особенно ценно в рамках настоящей работы);
- высокий профессионализм команды менеджеров;
- отличные отношения в трудовом коллективе;
- существование качественных тренинговых программ для персонала;
- клиентулу (прочные связи с клиентами и контрагентами);
- хорошие связи с административными органами (административный ресурс);
- удачность места расположения бизнеса;
- знание новых технологий;
- права на товарные знаки, созданные бренды и т. д.

Оба обозначенных выше подхода приближают к пониманию сущности гудвилл, но не раскрывают ее должным образом. Это связано с тем, что в рамках первого подхода раскрываются лишь *последствия создания гудвилл, степень его влияния на бизнес, но не его сущность*. В то же время в рамках второго подхода *не учитываются основания подведения самых разнообразных характеристик бизнеса под общее понятие «гудвилл»*, критерий их отнесения к элементам подобного актива.

2

Правовая характеристика гудвилл может быть дана при рассмотрении его в качестве имущества.

Европейский Суд по правам человека традиционно рассматривает гудвилл как разновидность имущества, поясняя, что этот объект имеет определенную ценность, которая предопределена во многом сущностью частных прав, и, таким образом, представляет собой нематериальный актив, являющийся имуществом по смыслу ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции по правам человека²⁵.

Думается, что нет никаких объективных препятствий для признания гудвилл имуществом и с позиций отечественного гражданского права. При этом необходимо учитывать, что гудвилл является *нематериальным активом* (подобно входящей в его состав репутации), вследствие чего недопустимы попытки подвести его под понятие «вещи» и распространить на него положения о праве собственности. Отсутствие нормативного определения понятия «нематериальный актив» позволяет для целей уяснения сущности этой категории обратиться к Международному стандарту финансовой отчетности (IAS) 38 «Нематериальные активы», согласно которому под нематериальным активом предлагается понимать «идентифицируемый немонетарный²⁶ актив, не имеющий материальной формы».

Являясь нематериальным активом (не имеющим материальной формы), гудвилл в силу естественных свойств не допускает его переход от одного лица к другому – переходить от одного лица к другому могут только субъективные гражданские права на него. В связи со сказанным нельзя не вспомнить слова Э. Рочерса, который еще в далеком 1909 г. подчеркнул, что «в современных правовых условиях за каждым коммерсантом признаются имущественные права на связанный с его бизнесом гудвилл...»²⁷.

²⁴ Еришова Е.А. Гудвилл бизнеса.

²⁵ Buzescu v. Romania, judgment of 24 May 2005. § 80. See also Van Marie and Others v. the Netherlands, judgment of 26 June 1986. Series A. N 101. P. 13. § 41.

²⁶ Под монетарными активами в том же МСФО понимаются «имеющиеся денежные средства и активы, подлежащие получению в виде фиксированных или определяемых сумм денежных средств».

²⁷ Rogers E.S. Comments on the Modern Law of Unfair Trade // Illinois Law Review. 1909. N3. P. 551, 556.

Обратившись к содержанию ст. 132 ГК РФ, регулирующей *предприятие* как имущественный комплекс, который используется для осуществления предпринимательской деятельности, нельзя не отметить следующее. Включение этой статьи в ГК РФ обусловлено необходимостью создать правовое регулирование для ситуаций перехода (передачи) не совокупности вещей, а именно «дела» (в Германском торговом уложении для этого используется термин «торговый промысел»²⁸) или, иначе, бизнеса в целом (далее для целей облегчения восприятия вместо термина «предприятие»²⁹ будет использоваться термин «бизнес»³⁰). В рамках продажи бизнеса от одного лица к другому переходит единый имущественный комплекс, позволяющий вести предпринимательскую деятельность в определенной сфере (например, ресторан, интернет-магазин, туристическое агентство, мастерская по изготовлению ключей и т. п.). Вследствие этого передача бизнеса предполагает переход к новому владельцу не только и не столько материальных вещей (материальных активов – недвижимости и движимых вещей), которые используются в процессе осуществления предпринимательской деятельности, но и всего того имущества, которое предназначено для этого бизнеса и способствует его нормальному (успешному) осуществлению. К такому *нематериальному* имуществу может быть отнесено, например, исключительное право на коммерческое обозначение этого торгового, промышленного или иного предприятия (бизнеса), право на доменное имя, а также «наработанные» деловая репутация, деловые связи и сложившаяся клиентура, входящие в состав гудвилл и зачастую составляющие даже большую ценность, нежели передаваемые движимые и недвижимые вещи. Передача именно единого имущественного комплекса (включающего материальные и нематериальные активы), а не только вещей (или их совокупности), и создает условия для дальнейшего осуществления новым владельцем бизнеса, который был начат прежним его владельцем.

Абзац 2 п. 2 ст. 132 ГК РФ указывает на то, что в состав предприятия (бизнеса) предполагается включение:

- объектов недвижимости (земельных участков, зданий, сооружений и проч.);
- движимого имущества (оборудования, инвентаря, сырья, продукции и проч.);
- имущественных прав (исключительных прав на средства индивидуализации производимых товаров, выполняемых работ, оказываемых услуг (товарные знаки и знаки обслуживания), а также самого предприятия (коммерческое обозначение), прав требования и проч.);
- любого другого имущества, необходимого для осуществления соответствующей деятельности – это вытекает из содержащегося в данном абзаце указания: «В состав предприятия как имущественного комплекса входят *все виды имущества, предназначенные для его деятельности...*» (курсив наш. – М.Р., А.В.).³¹

²⁸ Германское торговое уложение не содержит понятия «предприятие» (*Untemehmeri*) – в параграфах, посвященных непосредственно деятельности субъекта коммерческой деятельности, используется термин «торговое дело» (*Handelsgeschäft*) (Сидоров А.Е. Предприятие как объект гражданских прав в Германии, Австрии, Швейцарии: Автореф. дис... к.ю.н. М., 2014. С. 12). Г.Ф. Шершеневич, сравнивая системы торговых сделок, так определял купца на основании современного ему Германского торгового уложения: «...купцом признается: 1) тот, кто производит в виде промысла сделки, перечисленные в законе; 2) кто ведет предприятие, которое по свойству и объему его должно быть Ведено порядком, принятым для торгового предприятия; 3) кто ведет предприятие, побочное при сельском или лесном хозяйстве, и пожелает внести свою фирму в торговый реестр» (Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т.1: Введение. Торговые деятели. М., 2003. С. 106).

²⁹ Использование в ГК РФ для обозначения бизнеса термина «предприятие» объяснялось нежеланием разработчиков использовать «англицизм». В итоге же действующий ГК РФ использует термин «предприятие» в двух значениях: во-первых, для обозначения субъектов гражданского права – государственных и муниципальных предприятий (ст. 113–115 ГК); во-вторых, для обозначения определенного объекта гражданских прав – предприятия как имущественного комплекса (ст. 132 и ст. 1538–1541 ГК). Такой подход сложно признать удовлетворительным, поскольку он создает проблему подмены понятий.

³⁰ Нельзя не вспомнить здесь работу М.Г. Пискуновой, в которой она подчеркивает: «Другое название имущественного комплекса, предназначенного для осуществления предпринимательской деятельности, – «бизнес» дано в ст. 85 Федерального закона от 8 января 1998 г. № 6-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»» (Пискунова М.Г. Понятие имущественного комплекса в законодательстве и правовой режим объектов в его составе // Недвижимость и инвестиции. Правовое регулирование. 2002. № 1 (http://dpr.ru/journal/journal_8_14.htm)).

³¹ Кроме перечисленного, абз. 2 п. 2 комментируемой статьи включает в рассматриваемый имущественный комплекс также

Исходя из посылки, что в состав предприятия входят «все виды имущества, предназначенные для его деятельности», можно заключить, что в состав предприятия может быть включен и существующий гудвилл бизнеса (как *нематериальный активу предназначенный для осуществления предпринимательской деятельности и получения более высоких доходов, субъективные гражданские права на который обладают значительной экономической ценностью*).

Впрочем, значимость данного заключения для отечественного права серьезно «смазывается» проблемой применения ст. 132 ГК РФ на практике³².

Как следует из абз. 2 п. 1 названной статьи, предприятие в целом как имущественный комплекс признается *недвижимым имуществом*, что влечет распространение на него общего для всей недвижимости режима. В п. 3.2 разд. II Концепции развития гражданского законодательства отмечалось, что данное положение на практике фактически не работает. Это объяснялось следующим: «Входящие в состав предприятия здания, строения, сооружения регистрируются как отдельные объекты недвижимости, а регистрация предприятия в качестве недвижимости порождает трудно разрешимые вопросы, какое именно имущество входит в состав этой недвижимости». По этой причине, как подчеркивалось в Концепции, предприятие практически выбыло из оборота недвижимости.

Неработоспособность названного положения объясняется и тем, что регистрация единого имущественного комплекса в качестве предприятия (бизнеса), не отменяющая обязательности регистрации входящих в этот имущественный комплекс объектов недвижимости и иного имущества, требующего учета и регистрации, влечет для нового владельца бизнеса двойные траты. По сути, он должен дублировать регистрацию одного и того же имущества (в качестве самостоятельных объектов и как единого имущественного комплекса), что накладывает на него дополнительные денежные и временные расходы.

Обнаруженная проблема могла быть решена путем введения специального реестра для предприятий (бизнеса), который исключал бы необходимость дублирующей регистрации всех входящих в состав имущественного комплекса объектов либо, напротив, данные из такого реестра автоматически переносились бы в соответствующие реестры.

Между тем данную проблему было решено устранить путем исключения из ст. 132 ГК РФ положения о признании предприятия недвижимой вещью. При этом предлагалось сохранить нормы «о возможности совершения сделок с предприятием как целым (что не исключает различного учета и оформления прав на входящие в состав предприятия вещи и имущество, права и обязанности)» (п. 1.8, 2.8 разд. III проекта Концепции совершенствования общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации³³). Кроме того, для решения известных на практике проблем было разработано предложение о включении в ГК РФ нового особого объекта гражданских прав – технологического имущественного комплекса недвижимости (п. 3.4 разд. II Концепции развития гражданского законодательства).

С сожалением надо констатировать, что норма, признающая предприятие (бизнес) недвижимостью, в Кодексе сохранена, вследствие чего и конструкция предприятия как единого имущественного комплекса, по всей видимости, так и останется неэффективной и невостребованной отечественной практикой.

В зарубежной литературе можно встретить указания на невозможность передачи гудвилл отдельно от бизнеса, что, по мнению авторов, позволяет оспаривать ценность гудвилл в качестве имущества. Например, отмечается, что «при так называемой «покупке» гудвилл в действительности происходит то, что продавец бизнеса принимает на себя обязательство не осу-

и долги, которые являются имуществом со знаком минус, отрицательно влияя на общую стоимость предприятия (бизнеса).

³² См. комментарий к данной статье в работе: Гражданский кодекс Российской Федерации: Постатейный комментарий к главам 6—12 / Под ред. Л.В. Санниковой. М., 2014 (автор комментария – М.А. Рожкова) (СПС «КонсультантПлюс»).

³³ http://www.privlaw.ru/files/concep_11_2009.pdf

ществлять свою предпринимательскую деятельность таким образом, что это может повлиять на способность покупателя бизнеса поддерживать лояльность своих клиентов»³⁴. По утверждению Пеннера, «в случае с гудвилл никакого имущества не возникает... в качестве товарного актива гудвилл является исключительно договорным творением, в отношении которого у всех иных лиц (за исключением сторон договора) не возникает каких-либо прав и обязанностей»³⁵.

Между тем думается, что подобные высказывания делаются исходя из экономического понимания гудвилл.

Дело в том, что в соответствии с требованиями Международных стандартов финансовой отчетности (МСФО)³⁶ стоимость гудвилл компании подлежит отражению в финансовой отчетности только в том случае, если бизнес *переходит от одного лица к другому*, например, по сделке купли-продажи. В этом случае гудвилл рассчитывается как разница между рыночной стоимостью бизнеса в целом (как единого имущественного комплекса) и суммарной стоимостью его чистых активов. В дальнейшем стоимость такого гудвилл (он называется *приобретенным*) учитывается в балансе компании отдельной строкой – ведь уплата за него соответствующей суммы стала реально свершившимся фактом – и подлежит амортизации. В ситуации, когда бизнес не продавался, гудвилл компании (такой гудвилл называется *внутренне созданным*) может быть определен, но это будет гипотетическая, а не реальная стоимость гудвилл, которую не принято отражать в финансовой отчетности и указывать в балансе.

Такой подход – отсутствие реальной стоимости у внутренне созданного гудвилл – дает основания *экономистам и бухгалтерам* говорить об отсутствии экономической ценности внутренне созданного гудвилл. Между тем с юридической точки зрения как внутренне созданный, так и приобретенный гудвилл (хотя он и «обладает гораздо менее твердым фундаментом, чем имущественным титулом»³⁷) должны быть рассматриваемы как создаваемый компанией *нематериальный актив, имущественные права на который могут быть реализованы*.

Ценность данного актива говорит сама за себя: в литературе указывается, что соотношение материальных и нематериальных активов может достигать до 90:10. Так, Е.А. Ершова приводит следующие примеры: «...90 % суммы сделки (12,9 млрд долл.) компания *Philip Morris* заплатила за гудвилл компании *Kraft Inc.* в сделке по ее приобретению. В сделке по слиянию *Time Warner Inc.* 80 % из 14 млрд долл. США пришлось на долю гудвилл»³⁸.

Вместе с тем более частым стало соотношение стоимости материальных и нематериальных активов как 50:50. Например, в 2008 г. немецким деловым периодическим изданием «*Handelsblatt*» было проведено исследование активов 127 немецких компаний, действующих на рынке капитала, результатом чего стал вывод о том, что у 26,8 % компаний доля гудвилл в составе активов превышает 50 %³⁹. Подтверждением данной статистики могут стать, например, приобретение компанией *AstraZeneca PLC* бизнеса *Medimmune Inc.* за 15,7 миллиардов долл., причем в балансовом отчете *AstraZeneca PLC* стоимость гудвилл была определена в 8,8 миллиардов долл. Другой иллюстрацией может быть приобретение компанией *Johnson & Johnson's US* бизнеса *Pfizer Consumer Healthcare business* за 16,6 миллиардов долларов, причем в Ежегодном отчете, раскрывающим принадлежащие компании активы, приобретатель указал гудвилл, оцениваемый в 6,5 миллиардов долл.⁴⁰

³⁴ Pinto v. Badman (1891) RPC 181; Warwick Tyre Co Ltd v. New Motor & General Rubber Co Ltd. [1910]. 1. Ch. 248.

³⁵ Penner J.E. The Idea of Property in Law. Oxford: Clarendon, 1997. P. 120.

³⁶ О введении в отечественную практику МСФО см. подробнее: Рожкова М.Л. О проекте Федерального закона «О бухгалтерском учете» // СПС «КонсультантПлюс».

³⁷ Цит. по: Calboli I. Op. cit.

³⁸ Ершова Е.Л. Гудвилл бизнеса.

³⁹ Handelsblatt Firmencheck Altlasten bedrohen deutsche Firmen // Handelsblatt N 195 from 8 October 2008. S. 1.

⁴⁰ In Tangible Assets and Goodwill in the Context of Business Combinations an Industry Study (<https://www.kpmg.com/PT/pt/IssuesAndInsights/Documents/Intangible-assets-and-goodwill.pdf>).

Резюмируя, можно сказать следующее. Признание имущественных прав на гудвилл отвечает сущности современных экономических отношений, в соответствии с которой ценность бизнеса компаний измеряется как минимум не только принадлежащими им материальными ресурсами. Для целей настоящей работы особой значимостью обладает вывод о том, что *репутация* является обязательной составляющей гудвилл, причем необходимо принимать во внимание, что учету подлежит как *корпоративная репутация* (создаваемая собственно компанией), так и *личная репутация*, обладателем которой является соответствующий профессионал (известная личность) в компании.

3

В целях настоящей работы нельзя обойти вниманием тот факт, что в состав гудвилл входят также товарные знаки и коммерческие обозначения (подробнее о них будет говориться в гл. 3). При этом в зарубежной литературе обычно отмечается тесная связь гудвилл с товарными знаками и коммерческими обозначениями и даже указывается на то, что «торговый знак или коммерческое обозначение символизируют гудвилл, принадлежащий бизнесу»⁴¹. Более того, по мнению большинства американских, а равным образом и многих европейских авторов, товарные знаки существуют не сами по себе, а только как символы гудвилл, который расширяется по мере их использования⁴². В частности, Ю. Хандельманн подчеркивает: «...товарный знак – резервуар гудвилл. Он символизирует навыки, репутацию, опыт правообладателя, качество предлагаемых им товаров и услуг. Защитить товарный знак, значит защитить связанный с ним гудвилл, который обычно расширяется с течением времени»⁴³.

Прочная связь гудвилл с товарными знаками нашла отражение в Парижской конвенции: ст. б-quarter предусматривает возможность государств-членов устанавливать на уровне национального законодательства правило о том, что *передача прав на товарный знак возможна только с одновременной передачей гудвилл или бизнеса*.

Соединенные Штаты Америки реализовали данную возможность: в соответствии со ст. 10 Федерального закона о товарных знаках (1946; Закон Лэнхема) зарегистрированный товарный знак или знак, на регистрацию которого была подана заявка, может отчуждаться только со связанным с бизнесом гудвилл или с частью гудвилл, который символизируется данным знаком⁴⁴. Руководствуясь данной нормой, американские судьи неоднократно признавали недействительными договоры о передаче прав на товарный знак, которые не предусматривали передачу гудвилл.

Так, в спорах *Sugar Busters L.L.C. v. Brennan*⁴⁵, *Pilates Inc. v. Current Concepts Inc.*⁴⁶, *McGraw-Hill Companies Inc. v. Vanguard Index Trust*⁴⁷ договоры об отчуждении исключительного права на товарный знак были признаны недействительными ввиду того, что приобретатели прав на товарные знаки использовали соответствующие обозначения отличным от правообладателей образом и данный факт мог привести к нарушению ожиданий потребителей.

А при рассмотрении спора *Archer Daniels Midland Co. v. Narula*⁴⁸ суд констатировал следующее: «...отчуждение прав на товарный знак обязывает правоприобретателя «примерить на себя обувь» первоначального правообладателя. В тех случаях, когда товарный знак передается

⁴¹ *Defiance Button Machine Co. v. C & C Metal Prod. Corp.* 759 F.2d 1053 (2^d Cir. 1985).

⁴² *Aplin T, Davis J.* Intellectual Property Law: Text, Cases and Materials. Oxford, 2009. P. 322.

⁴³ *Handelmann J.* Guide to TTABV practice. New York, 2013. P. 8.

⁴⁴ Lanham Act. § 45. 15 U.S.C. § 1127.

⁴⁵ *Sugar Busters, L.L.C. v. Brennan*, 48 U.S.P.Q.2d 1511, 1512 (E.D.La. 1998).

⁴⁶ *Pilates, Inc. v. Current Concepts*. N 96 Civ. 0043. 1996 WL 599654.

⁴⁷ *McGraw-Hill Companies, Inc. v. Vanguard Index Trust*, 139 F.Supp.2d 544 552 (S.D.N.Y.2001).

⁴⁸ *Archer Daniels Midland Co. v. Narula*. 2001 WL 804025 (N.D. 111. 2001).

без связанного с ним гудвилл, соглашение является недействительным, поскольку в отсутствие гудвилл товарные знаки лишены какого-либо значения. Гудвилл представляет собой преимущество, создаваемое при использовании товарных знаков, в том числе общественного доверия к качеству продукта, и гарантии, сделанные относительно продукта... Использование товарного знака новым правообладателем в связи с другими продуктами и гудвилл может привести к заблуждениям потребителей, которые разумно предполагают, что торговая марка по-прежнему символизирует природу и качество товаров или услуг».

Бесспорно, гудвилл связан не только с товарными знаками, но и с другими различительными обозначениями – знаками обслуживания, коммерческими обозначениями и проч. Но большинство исследователей традиционно рассматривает гудвилл в тандеме именно с товарными знаками.

Завершая данный параграф настоящей книги, необходимо отметить, что понятие «гудвилл» является достаточно сложным для анализа с позиций юридического формализма. В связи с чем не вызывает удивления то, что оно вовсе игнорируется отечественной правовой системой. Более того, нельзя не упомянуть такой удивительный факт: в русскоязычной версии Парижской конвенции из упомянутой ст. 6-*quarter* было вообще исключено указание на гудвилл⁴⁹.

⁴⁹ В русскоязычной версии Парижской конвенции ст. 6-*quarter* сформулирована следующим образом: «когда в соответствии с законодательством страны Союза передача знака является действительной лишь в том случае, если она происходит одновременно с передачей промышленного или торгового предприятия (*в англоязычной и франкоязычной версии в данном месте указывается «...или гудвилл».* – М.Р., А.В.), которому принадлежит этот знак, то для признания такой передачи действительной достаточно, чтобы часть промышленного или торгового предприятия, расположенная в этой стране, была передана приобретателю вместе с исключительным правом изготовления или продажи там продуктов, снабженных переданным знаком».

§ 1.2. Понятие деловой репутации, содержание прав на деловую репутацию

Разбор того, что следует понимать под деловой репутацией, представляется верным предварить небольшим отступлением, посвященным *концепции имущества*, которая была сформулирована в практике Европейского Суда, с учетом ее понимания отечественными юристами.

Освещение вопроса необходимо начать с указания на то, что официальный перевод на русский язык первоначальной редакции абз. 1 ст. I⁵⁰ Протокола № 1 к Конвенции по правам человека был дословно следующим: «Каждое физическое или юридическое лицо имеет право беспрепятственно пользоваться своим имуществом. Никто не может быть лишен своего имущества иначе как в интересах общества и на условиях, предусмотренных законом и общими принципами международного права»⁵¹.

Протоколом № 11⁵² к Конвенции по правам человека были внесены изменения в текст как самой Конвенции, так и Протоколов к ней, причем применительно к Протоколу № 1 изменения проявились лишь в том, что статьи Протокола получили наименования.

Так, ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции получила название «*Protection of property*», что в официальном переводе на русский язык стало звучать как «Защита собственности». И при том, что текстуально данная статья не претерпела никаких изменений⁵³, официальный перевод абз. 1 Сталиным: «Каждое физическое или юридическое лицо имеет право на уважение своей собственности. Никто не может быть лишен своего имущества, иначе как в интересах общества и на условиях, предусмотренных законом и общими принципами международного права»⁵⁴.

Использование при официальном переводе на русский язык слов «*property*» (в названии и абз. 2 ст. 1 Протокола) и «*possessions*» (в абз. 1 ст. 1 Протокола) *бытовизма «собственность»* вместо общепринятого термина «имущество» привело к тому, что отечественные юристы испытывали серьезные затруднения при уяснении сущности целого ряда правовых позиций, сформированных Европейским Судом. Поясняя сказанное, можно указать следующее⁵⁵.

Употребление термина «собственность» признается вполне допустимым для обозначения права собственности (как разновидности гражданского правоотношения⁵⁶). Так, в одной из работ С.С. Алексеев указывает: «Собственность – это всеобъемлющее вещное право, наиболее полное, абсолютное, опосредующее прямую связь («без посредников») человека с вещью,

⁵⁰ Article 1: Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law. The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.

⁵¹ Этот официальный перевод текста Протокола № 1 к Конвенции на русский язык был опубликован в: СЗ РФ. 1998. № 20. Ст. 2143.

⁵² Официальный перевод текста Протокола № 11 к Конвенции был опубликован в: СЗ РФ. 1998. № 44. Ст. 5400.

⁵³ Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocol N 11. Article 1 «Protection of property»: Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law. The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.

⁵⁴ Этот официальный перевод текста Протокола № 1 к Конвенции на русский язык был опубликован в: СЗ РФ. 2001. № 2. Ст. 163.

⁵⁵ См. об этом также: Рожкова М.Л. Понятие «имущество» в правоположениях Европейского суда по правам человека // Объекты гражданского оборота: Сборник статей / Отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2007. С. 95—112 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁵⁶ Аналогичным образом мы говорим не об обязательственном правоотношении, а об обязательстве, подразумевая именно отношения сторон.

иным благом»⁵⁷. Использование данного термина в указанном значении – как *права собственности* – характерно для многих работ отечественных цивилистов⁵⁸.

Вместе с тем нередко слово «собственность» используется в бытовом смысле – для обозначения разнообразных объектов гражданских прав. Иными словами, слово «собственность» *в быту* употребляется обычно для обозначения различных видов имущества, правами на которое обладает то или иное лицо. Причем речь может идти как о вещах, в отношении которых может устанавливаться право собственности, так и об ином имуществе, применительно к которому говорить о праве собственности недопустимо – исключительные права, деловая репутация и проч. В итоге *специальный термин «имущество» подменяется бытовизмом, который искажает смысл существующих правовых конструкций*.

Например, в неофициальном переводе постановления Европейского Суда по делу «Бурдов против России» указывалось: «Суд вновь напоминает, что «требование» может пониматься как «собственность» по смыслу статьи 1 Протокола № 1 к Конвенции в случае, если в достаточной мере установлено, что оно может быть юридически реализовано»⁵⁹. В переводах более поздних постановлений Европейского Суда также встречаются указания на то, «что «требование» (а в некоторых переводах «исковое требование». – *М.Р.*) может пониматься как «собственность» по смыслу статьи 1 Протокола № 1 к Конвенции»⁶⁰.

Является очевидным, что такой перевод препятствует пониманию действительной сущности сформулированного Европейским Судом заключения. И в самом деле, многие практикующие юристы трактовали процитированное положение как предусматривающее право собственности на иск, право собственности на судебное решение и проч.

Впрочем, не только практики, но и отечественные теоретики, опираясь на неточный перевод, в начале века предпринимали попытки «сгенерировать» новые правовые концепции.

Бесспорно, можно поддержать следующее утверждение Л. Лапача: «Практикой Европейского Суда по правам человека выработано довольно емкое понятие «имущество», которое получило широкое применение. В частности, в некоторых случаях Суд высказывал мнение о том, что термин «имущество» относится ко всем закрепленным правам, которые способен доказать заявитель...»⁶¹. Однако дальше он пишет о том, что «закрепленное в Конвенции экономическое право личности на имущество определяется как «право собственности» в широком смысле»⁶² и заключает: «Таким образом, исходя из сложившейся практики Европейского Суда по правам человека, можно сделать вывод, что в собственности лица может находиться любое имущество, как выраженное в материальной форме (вещи), так и представляющее собой права на вещи и обязательственные права требования с распространением на них проприетар-

⁵⁷ Алексеев С. С. Собственность и право: актуальные проблемы // Цивилистические записки. Вып. 2. М.; Екатеринбург, 2002. С. 61.

⁵⁸ См., например: Суханов Е.А. «Жилищная (этажная) собственность» в европейских правовых порядках // Основные проблемы частного права: Сборник статей к юбилею д.ю.н., проф. А.Л. Маковского / Отв. ред. В.В. Витрянский и Е.А. Суханов. М., 2010. С. 297–316; Крашенинников П.В. Общая собственность в кодифицированных и других законодательных актах // Там же. С. 104–120.

⁵⁹ Постановление Европейского Суда от 07.05.2002 по делу «Бурдов против России» (*Burdov v. Russia*; № 59498/00) (СПС «КонсультантПлюс»).

⁶⁰ См., например, постановления Европейского Суда от 23.10.2003 по делу «Тимофеев против России» (*Timofeyev v. Russia*; № 58263/00); от 18.11.2004 по делу «Вассерман против России» (*Wasserman v. Russia*; № 15021/02); от 24.02.2005 по делу «Макарова против России» (*Makarova v. Russia*; № 7023/03); от 24.02.2005 по делу «Плотниковы против России» (*Plotnikovy v. Russia*; № 43883/02); от 30.06.2005 по делу «Тетерины против России» (*Teteriny v. Russia*; № 11931/03); от 07.07.2005 по делу «Малиновский против России» (*Malinovskiy v. Russia*; № 41302/02); от 07.07.2005 по делу «Шпаковский против России» (*Shpakovskiy v. Russia*; № 41307/02); от 12.07.2005 по делу «Солодюк против России» (*Soloduk v. Russia*; № 67099/01) и др. (СПС «КонсультантПлюс»). Более ранние переводы некоторых из названных постановлений содержали ссылки на то, «что «исковое требование»... может составлять «собственность» по смыслу статьи 1 Протокола № 1 к Конвенции».

⁶¹ Лапач Л. Понятие «имущество» в российском праве и в Конвенции о защите прав человека и основных свобод // Российская юстиция. 2003. № 1 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁶² Там же.

ного режима. Собственность лица способна формироваться и за счет нереализованных требований, если в достаточной мере установлено, что оно может быть юридически реализовано»⁶³.

Еще дальше попытался развить эту позицию В.В. Старженецкий: «...категория права собственности в ЕКПЧ (Конвенции по правам человека. – М.А.) имеет автономное значение, которое может не совпадать с тем, которое принято в национальных правовых системах... Таким образом, на международном уровне действует особое, независимое от внутринациональной интерпретации, понятие права собственности»⁶⁴.

С учетом сказанного, думается, необходимо исключить использование слова «*собственность*» для обозначения имущества, что позволит избавиться от балласта в корне неправильных правовых конструкций, которых сегодня, к сожалению, достаточно⁶⁵.

Справившись с «трудностями перевода» (в условиях неверного использования слова «собственность»)⁶⁶ отечественные юристы сегодня исходят из того, что Европейским Судом разработана весьма новаторская концепция имущества⁶⁷, в которой обобщены передовые тенденции, иногда только намечающиеся в национальных правовых системах европейских стран. Следование этой концепции позволяет Европейскому Суду распространить положения ст. 1 Протокола № 1 на все активы, обладающие экономической ценностью (включая те, которые прямо не признаются объектами гражданских прав в большинстве национальных правовых систем). Именно об этой концепции упоминается, например, в постановлении Европейского Суда по делу «Васильев и Ковтун против России»⁶⁸ (перевод О.Л. Ветровой): «Концепция «имущества», отраженная в первом абзаце статьи 1 Протокола № 1 к Конвенции, имеет автономное значение, которое не ограничивается правом собственности в отношении материальных вещей и не зависит от формальной классификации по национальному законодательству: некоторые иные права и интересы, представляющие собой активы, могут также рассматриваться как «имущественные права» и, следовательно, как «имущество» по смыслу данного положения. В каждом деле необходимо исследовать вопрос о том, был ли заявитель наделен при обстоятельствах дела, взятых в целом, титулом на действительный интерес, защищенный статьей 1 Протокола № 1 к Конвенции»⁶⁹.

Исходя из даваемой Европейским Судом широкой трактовки понятия «имущество»⁷⁰, можно говорить о том, что на сегодняшний день под это понятие подпадают не только матери-

⁶³ Там же.

⁶⁴ Старженецкий В.В. Россия и Совет Европы: право собственности. М., 2004. С. 46.

⁶⁵ В связи с этим нельзя не вспомнить и отечественный ГК РФ, в котором в качестве принципа гражданского права названа «неприкосновенность собственности», тогда как речь, по всей видимости, должна идти о «неприкосновенности имущества». Но особый интерес вызывает гл. 16 ГК РФ «Общая собственность», в рамках которой слово «собственность» подменяет и «право собственности», и «имущество», что создает весьма причудливые формулировки.

⁶⁶ Хотя это удастся не всем. Например, Е.А. Ершова, запутавшись в терминах «право собственности», «имущество», «собственность», затрудняется в определении сущности гудвилл: «В соответствии с наиболее распространенной точкой зрения гудвилл входит в состав активов, а следовательно, является объектом права собственности, способным к переходу от одного собственника к другому. Будем считать, что ключевым здесь является слово «собственность»... В любом случае либо в качестве части бизнеса, либо в качестве объекта, принадлежащего всему бизнесу в целом, гудвилл должен рассматриваться как единое целое и как собственность бизнеса» (Ершова Е.Л. Гудвилл: основные проблемы и противоречия. С. 251–252).

⁶⁷ Впрочем, встречаются и работы, авторы которых по старинке ссылаются на то, что «концепция «собственности» в ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции имеет автономное содержание, которое определено не ограничивается правом собственности на физические вещи: некоторые другие права и выгоды, образующие имущество, могут быть также рассмотрены как «права собственности» и, таким образом, как «собственность» для целей указанного положения» (Сагдеева Л.В. Право на защиту собственности в актах Европейского Суда (СПС «КонсультантПлюс»). См. также критику данной работы: Михайлов С.В. Рецензия на книгу Л.В. Сагдеевой «Право на защиту собственности в актах Европейского Суда по правам человека» // Российский ежегодник Европейской конвенции по правам человека. № 1 (2015); Европейская конвенция: новые «старые» права. М., 2015. С. 427–431.

⁶⁸ Постановление Европейского Суда от 13.12.2011 по делу «Васильев и Ковтун против России» (*Vasilyev and Kovtun v. Russia*; № 13703/04) (СПС «КонсультантПлюс»).

⁶⁹ СПС «КонсультантПлюс».

⁷⁰ В соответствии с ч. 4 ст. 15 Конституции РФ Конвенция по правам человека является составной частью правовой

альные объекты, находящиеся во владении гражданина или юридического лица (движимое и недвижимое имущество, документарные ценные бумаги, деньги и проч.), но также и:

- права требования, возникшие из договора или деликта (см., например, дела «АО «Прессос Компания Навьера» и другие против Бельгии» (*Pressos Compania Naviera S.A. and others v. Belgium*, № 17849/91) «Носов против России» (*Nosov v. Russia*, № 30877/02), «Герасимова против России» (*Gerasimova v. Russia*, № 24669/02) и «Компания «Регент» против Украины» (*Regent Company v. Ukraine*, № 773/03);

- будущие доходы, если они реальны и подтверждены (см., например, дела «Венденбург и другие против Германии» (*Wendenburg and others v. Germany*, № 71630/01), «Компания «Анхойзер-Буш Инк» против Португалии» (*Anheuser-Busch Inc. v. Portugal*, № 73049/01);

- право на заключение и продление договора (см., например, дело «Стретч против Соединенного Королевства» (*Stretch v. the United Kingdom*, № 44277/98);

- лицензии и разрешения на осуществление коммерческой деятельности и частной практики (см., например, «Компания «Мегадат. ком СРЛ» против Молдовы» (*Megadat. com SRL v. Moldova*, № 21151/04), «Компания «Бимер С.А.» против Молдовы» (*Bimer S.A. v. Moldova*, № 15084/03), «Компания «Розенцвейг энд Бондед Вэрхаусес Лтд» против Польши» (*Rosenzweig and Bonded Warehouses Ltd v. Poland*, № 51728/99);

- права на объекты интеллектуальных прав (интеллектуальная собственность) (дело «Компания «Анхойзер-Буш Инк» против Португалии» (*Anheuser-Busch Inc. v. Portugal*, № 73049/01) и др.

Для целей настоящей работы важность представляет то, что Европейский Суд стабильно распространяет положения ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции по правам человека, защищающей *право на имущество*, на гудвилл (см. дела «Ван Марле и другие против Нидерландов» (*Van Marie and Others v. Netherlands*, № 8543/79), «Бузеску против Румынии» (*Buzescu v. Romania*, № 61302/00), *включающий, как известно, в качестве одной из составляющих репутацию*. Вследствие сказанного есть все основания рассматривать репутацию в качестве *нематериального актива*⁷¹, бесспорно, обладающего экономической ценностью.

1

Необходимость понимания деловой репутации именно как имущества вытекает и из смысла п. 2 ст. 1027 ГК РФ о договоре коммерческой концессии, в котором предусматривается право использования одной стороной (пользователем) деловой репутации другой стороны (правообладателя). Позиция признания за деловой репутацией экономического значения прослеживается и в ст. 1042 ГК РФ, согласно которой товарищ вправе вносить в общее дело не только деньги, иное имущество, знания, навыки и умения, но и деловую репутацию, и деловые связи.

Вместе с тем даже произошедшие новации гражданского законодательства не привели к изменению общих положений ГК РФ: их содержание свидетельствует о сохраняющемся

системы Российской Федерации, причем, если она предусматривает иные правила, нежели предусмотрены отечественным законом, применению подлежат правила Конвенции. В силу п. 2 ст. 7 ГК РФ Конвенция по правам человека применяется к отношениям, регулируемым Кодексом, непосредственно. При этом правоположения, формулируемые Европейским Судом по вопросам применения Конвенции по правам человека и Протоколов к ней, подлежат исполнению государствами – участниками Конвенции с тем, чтобы исключить возможность нарушений Конвенции, которые уже были предметом рассмотрения Суда. Следовательно, эти правоположения должны учитываться государством – участником Конвенции даже и в тех случаях, когда окончательное постановление Европейского Суда было принято по делу против другого государства (см. об этом абз. 2 п. 2 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27.06. 2013 № 21 «О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и Протоколов к ней»).

⁷¹ Как уже указывалось в предыдущем параграфе, Международный стандарт финансовой отчетности (IAS) 38 «Нематериальные активы» предлагает понимать под нематериальным активом «идентифицируемый немонетарный актив, не имеющий материальной формы».

«советском» подходе к пониманию деловой репутации и, как и прежде, она отнесена к *нематериальным благам* (см. ст. 150 ГК РФ), которые по общему правилу не подлежат денежной оценке и, следовательно, не имеют экономического значения⁷². Такой подход, бесспорно, нуждается в изменении.

При этом надо признать, что отечественный законодатель обычно не слишком последователен и точен в терминологии, устанавливая положения, касающиеся репутации и связанных с ней категорий. Так, согласно ч. 1 ст. 23 Конституции РФ каждый имеет право на защиту своих *чести и доброго имени*. В п. 1 ст. 150 ГК РФ в качестве нематериальных благ наряду с *достоинством личности* названы *честь, доброе имя и деловая репутация* гражданина, а в ст. 152 ГК РФ упоминаются защита *чести, достоинства и деловой репутации*.

Данные понятия надобно разграничить, с тем чтобы понимать, о чем идет речь в том или ином случае.

Под *достоинством* принято понимать позитивное представление самого лица о самом себе, положительная самооценка личности, уважение высоких моральных качеств в самом себе (чувство собственного достоинства)⁷³. В толковом словаре В.И. Даля «достойный» – это «стоящий, заслуживающий, надлежащий, должный, приличный, сообразный с требованиями правды, чести»⁷⁴. С.В. Позднышев, исходя из единства человеческого рода и идеи нравственной личности, нравственного достоинства человека, признавал за всеми людьми нравственное достоинство, даже за погрязшими в пороке и преступлениях: «Один нравственно выше, достойнее, другой ниже, но достоинство человеческой личности все-таки принадлежит всякому»⁷⁵.

Честь обычно понимается в виде определенной положительной оценки, данной человеку со стороны общества; она напрямую связана с достоинством, но включает в себя и оценку других качеств личности. У В.И. Даля читаем: «Честный, в ком или в чем есть честь, достоинство, благородство, доблесть и правда, – *человек*, прямой, правдивый, неуклонный по совести своей и долгу; надежный в слове, кому во всем можно доверять»⁷⁶. С.В. Позднышев, ссылаясь на

⁷² При характеристике нематериальных благ обычно подчеркивается, что они: 1) лишены экономического содержания и не подлежат денежной оценке; 2) неразрывно связаны с личностью их обладателя вследствие чего не могут ни передаваться другим лицам, ни прекращаться по каким-либо основаниям, не допускают возможность отчуждения; 3) ограничены одним требованием, суть которого состоит в том, чтобы осуществление этих прав одним лицом не нарушало прав другого лица (ст. 17 Конституции РФ).

⁷³ Достоинство принято определять как «совокупность высоких моральных качеств, а также уважение этих качеств в самом себе» (Ожегов С.И. Словарь русского языка / Под ред. Н.Ю. Шведовой. М.: Рус. яз., 1991. С. 180).

⁷⁴ Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка. Т. 1. М., 1981–1982. С. 479–480. Тут же надо отметить, что понятие «достоинство» В.И. Даль раскрывает совсем в другом ключе – в сравнении с такими понятиями, как «стоимость», «ценность», «добротность», «степень годности», – и говорит о том, что под достоинством следует понимать «отличное качество или превосходство; сан, звание чин, значение и пр. Это сукно посредственного достоинства. Достоинство этого споса выделки известно, качество. Он достигнет высоких достоинств» (там же. С. 480).

⁷⁵ Позднышев С.В. Особенная часть русского уголовного права: Сравнительный очерк важнейших отделов особенной части старого и нового уложений. 3-е изд. 1912 (http://allpravo.ru/library/doc/10_Ip0/instrum3668/item4713.html).

⁷⁶ Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка. Т. 4. С. 600. Правда, слово «честь» в словаре В.И. Даля имеет множество значений. Во-первых, это «внутреннее нравственное достоинство человека, доблесть, честность, благородство души и чистая совесть. Человек с честью, незапятнанной честью. По чести, уверяю вас честью, заверенье, утверждение. Поступок несовместный с честью. Чести к коже не пришьешь, коли нет. Знал бы ты честь, посовестился бы». Во-вторых, В.И. Даль указывал, что под честью можно понимать и «условное, светское, житейское благородство, нередко ложное, минимое. Честь моя этим обижена. Поле чести, поле брани, сражение. Честь моя требует крови. Не платишь долгов можно, но честь требует уплаты карточных долгов». В-третьих, это «высокое звание, сан, чин, должность. И временицки он, да высоко стоит, в чести. Прибавят чести, и дадут жалованья немало, Котошихин. В чести, что в шерсти – тепло. Честью сибирские царевичи бояр выше, а в думе ни в какой не сидят, Котошихин...». Четвертое значение слова «честь» по Далю – это «внешнее доказательство отличия; почет, почесть, почтение, чествование, изъявление уважения, признание чьего-либо превосходства. Несть пророк без чести, токмо в отечестве своем, Матф. Многими честями почтоша нас, Деян. Праздник, пир в честь кого. Отдать честь, военное: сделать на караул, преклонить шпагу, знамя, пробить дробь, поход, приложиться к козырьку и пр., поклониться старшему почетно, как установлено. Академия оказала мне честь своим избранием. Я уже имел честь явиться начальнику. Имею честь быть вашим и пр. обычная подпись» (там же. С. 599).

германскую доктрину, указывал: «...честь есть нравственное достоинство, присущее каждому лицу, независимо от его государственного положения, но в различном объеме, смотря по принадлежности лица к тому или иному общественному классу: позорное для рыцаря не всегда было позорно для горожанина»⁷⁷.

Таким образом, различия между названными двумя нравственными категориями – в используемом подходе: в первом случае речь идет о субъективной оценке человека, а во втором – об объективной оценке, но в обоих случаях *положительно оценивается личность человека*.

В развитие сказанного необходимо обратить внимание на то, что честь и достоинство – те категории, наличие которых в отечественной литературе традиционно признавалась за *человеком*, но никак не за *юридическим лицом*. Например, З.В. Каменева пишет: «...в ст. 57 Закона РФ «О средствах массовой информации» упоминается о распространении сведений, «не соответствующих действительности и порочащих честь и достоинство граждан и организаций», т. е. из смысла названной статьи следует, что честь и достоинство присущи и юридическим лицам. Данная формулировка ст. 57 Закона о СМИ представляется ошибочной, т. к. она находится в противоречии с нормой ст. 152 ГК РФ. Честь и достоинство – категории морально-правовые, обозначающие свойства, которые не могут быть присущи юридическому лицу, поскольку оно представляет собой с точки теории гражданского права правовую фикцию»⁷⁸. В то же время законодатель не всегда вдавался в подобные тонкости: например, ст. 7 ГК РСФСР устанавливала право на защиту *чести и достоинства* как граждан, так и *организаций*.

2

Категорией, требующей более подробного рассмотрения в рамках темы настоящей книги, вне всяких сомнений, является *репутация*.

Репутация (от лат. *reputatio* – обдумывание, размышление) – это сложившееся представление (мнение) о человеке, основанное на объективной оценке его личностных качеств и поведения, значимых в соответствующих социальных группах: семье, группе друзей, студенческом сообществе, трудовом коллективе, интернет-сообществе и проч. В.И. Даль раскрывал понятие «репутация» следующим образом: «слава человека, добрая или дурная, как и чем кто слывет, общее мнение о ком»⁷⁹.

Отличие от чести репутация допускает ее оценку и в качестве положительной, и в качестве отрицательной: один и тот же человек может иметь репутацию хорошего семьянина и прилежного студента и одновременно – слыть неприятным в общении в трудовом коллективе. Следовательно, можно сделать вывод о том, что репутация представляет собой более широкое понятие, которое обнимает и категорию «честь»⁸⁰, признаваемую за лицом только при положительной оценке моральных качеств этого лица. Здесь же следует отметить, что выражение «*доброе имя*» нередко используется как синоним понятия «репутация», хотя, по всей видимости, о добром имени можно говорить только в условиях наличия положительной (но не отрицательной) репутации.

Формирование репутации любого лица должно быть результатом объективной общественной оценки⁸¹, а не унылым следствием злонамеренных действий каких-либо лиц. Вслед-

⁷⁷ Позднышев С.В. Указ. соч.

⁷⁸ Каменева З.В. Деловая репутация как объект гражданского права // Адвокат. 2014. № 5 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁷⁹ Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка. Т. 4. С. 93.

⁸⁰ Под честью понимаются: «1. Достойные уважения и гордости моральные качества человека; его соответствующие принципы... 2. Хорошая незапятнанная репутация, доброе имя... 3. Целомудрие, непорочность... 4. Почет и уважение» (там же. С. 880).

⁸¹ Репутация может быть определена как приобретаемая кем-либо (или чем-нибудь) «общественная оценка, общее мнение о качествах, достоинствах и недостатках кого-чего-н.» (там же. С. 676).

ствие этого за каждым лицом с рождения признается неотъемлемое *право создавать себе положительную репутацию (доброе имя) и защищать ее допустимым законом способом – право на защиту репутации (доброго имени)*, гарантированное Конституцией РФ и являющееся **неотчуждаемым (конституционным) правом человека**.

В силу п. 2 ст. 2 ГК РФ *неотчуждаемые права человека* защищаются гражданским законодательством. То есть гражданское законодательство не предусматривает (да и не может предусматривать) правовое регулирование конституционных прав, однако оно закрепляет именно гражданско-правовые механизмы их защиты: например, денежное возмещение морального вреда, причиненного действиями, нарушающими конституционное право гражданина на создание репутации, опровержение сведений, порочащих репутацию гражданина. Сказанное подтверждает хотя и не совсем точное, но верное по посылу указание, содержащееся в п. 1 Постановления Пленума ВС РФ № 3: «...право граждан на защиту чести, достоинства и <...>⁸² репутации является их конституционным правом, а деловая репутация юридических лиц – одним из условий их успешной деятельности».

В действительности деловая репутация, возникающая в связи с профессиональной деятельностью лица⁸³, хотя и признается в отечественной литературе частным случаем репутации вообще, требует ее более подробного рассмотрения, что обусловлено рядом факторов.

Прежде всего необходимо коснуться вопроса использования термина «деловая репутация» в отношении нескольких ее разновидностей.

Во-первых, термином «деловая репутация» часто обозначают **профессиональную репутацию**, под которой понимается авторитет гражданина или организации в профессиональной среде. Такой авторитет (профессиональная репутация) «зарабатывается»⁸⁴ в сообществе специалистов в соответствующей области (наука, искусство, ремесло, промысел и проч.), которые и могут дать реальную оценку профессиональным знаниям и навыкам (компетенции) упомянутых лиц.

Во-вторых, тем же термином принято именовать и **репутацию в бизнес-среде**. Эта разновидность деловой репутации характерна только для субъектов коммерческой (предпринимательской) деятельности и обычно включает в себя не только (и не столько) оценку управленческих способностей коммерсанта (либо команды менеджеров компании), но и вышеназванную профессиональную репутацию как самой организации, так и ее менеджмента, а также и лица, олицетворяющего эту организацию (создателя основного продукта компании, главы компании и т. п.).

В-третьих, термин «деловая репутация» используется и в отношении **служебной репутации**, под которой понимается оценка соответствующих профессиональных качеств граждан, деятельность которых не связана с предпринимательством, т. е., как правило, государственных служащих, сотрудников организаций различных форм собственности, государственных и муниципальных учреждений и проч.⁸⁵

⁸² Здесь: купюра слова «деловой» будет специально поясняться в той части настоящей книги, которая посвящена допустимости компенсации морального вреда при умалении деловой репутации.

⁸³ Я.В. Складорова отмечает существование нескольких определений деловой репутации, среди которых она упоминает, в частности, следующие: «сложившееся общественное мнение о профессиональных достоинствах и недостатках лица», «сопровожающееся оценкой общества отражение деловых качеств лица в общественном сознании» (Складорова Я.В. Возмещение убытков как способ защиты деловой репутации // Убытки и практика их возмещения: Сборник статей / Отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2006 (СПС «КонсультантПлюс»)).

⁸⁴ В зарубежной литературе нередко указывается на то, что репутация именно зарабатывается, а не создается (см., например: Уэллс У., Вернет Дж., Мориарти С. Реклама: принципы и практика. СПб., 1999. С. 156).

⁸⁵ Утрата служебной репутации, бесспорно, влечет для ее бывшего «обладателя» негативные последствия, но, как отмечалось в литературе, «в случае невозможности ее восстановления человек, даже приобретший отрицательную репутацию или утративший всякую репутацию, может свободно продолжать свое существование» (Астахов П. О защите чести и деловой репутации юридических лиц // Современное право. 2005. № 12).

В-четвертых, законодатель говорит о **деловой репутации гражданина** (например, п. 1 ст. 152 ГК РФ закрепляет право гражданина требовать по суду опровержения порочащих его честь, достоинство или деловую репутацию сведений), не уточняя, идет ли речь о *гражданине-предпринимателе* либо об *обычном гражданине*. Это создает неопределенность в отношении субъектного состава лиц, обладающих правом требовать защиты деловой репутации.

Как показывает практика, суды исходят из того, что защиты деловой репутации может требовать любое лицо, являющееся субъектом права⁸⁶.

В то же время в научной среде подобного единства не наблюдается, причем литература пестрит разнообразными, иногда очень своеобразными, мнениями.

Например, соглашаясь с А.В. Беспаловым, высказавшимся в пользу того, что деловой репутацией могут обладать только лица, осуществляющие социально-значимую деятельность⁸⁷, З.В. Каменева считает важным уточнить следующее: «...эта социально значимая деятельность могла осуществляться и в прошлом. Например, гражданин работал по трудовому договору, а достигнув пенсионного возраста, вышел на пенсию. Представляется, что в данном случае деловая репутация у гражданина не исчезла, поскольку иначе у него отсутствовала бы возможность защитить свою деловую репутацию перед вступлением в гражданские правоотношения, а также в нормах трудового права отсутствовала бы норма ст. 3 Трудового кодекса Российской Федерации о возможности получения преимуществ в связи с деловыми качествами работника, к которым можно отнести и деловую репутацию»⁸⁸. По смыслу высказываний З.В. Каменевой можно заключить, что только возможность защиты деловой репутации и соответствующее упоминание в ст. 3 Трудового кодекса РФ дает основания признавать за гражданином наличие деловой репутации.

В.В. Килинкар по сути отождествляет профессиональную репутацию и репутацию в бизнес-среде, указывая: «...деловая репутация... представляет собой динамичное профессиональное «я» лица, совокупность положительных, а также отрицательных деловых качеств и оценок, отраженных в сложившемся у окружающих (общераспространенном) мнении, которое основывается на информации о лице и его профессиональной деятельности»⁸⁹.

Е.В. Михалевич понимает деловую репутацию как деловые и профессиональные качества в сфере предпринимательской и иной профессиональной деятельности, отражающиеся в общественной оценке, причем автор признает наличие деловой репутации за гражданами (в том числе общественными и политическими деятелями), юридическими лицами (как коммерческими, так и не коммерческими организациями), государственными и муниципальными органами⁹⁰.

Весьма общо определяет понятие деловой репутации А.Л. Анисимов: «...деловая репутация (или социальный престиж) – это сравнительная оценка социальной значимости индивида, группы людей или социального института, юридического лица, его положения в обществе, закреплённая в общественном мнении»⁹¹. Схожее по абстрактности определение сформулировано М.Н. Малеиной, которая предлагает понимать деловую репутацию как «набор качеств и

⁸⁶ З.В. Каменева описывает анекдотичный случай, обнаруженный в судебной практике: «...из Апелляционного определения № 33-14359/2013 Санкт-Петербургского городского суда: «Нанесение ущерба репутации собаки, на которое ссылаются истцы в силу вышеприведенных норм, не может быть отнесено к нарушению личных нематериальных благ гражданина» (Каменева З.В. Деловая репутация как объект гражданского права // Адвокат. 2014. № 5 (СПС «КонсультантПлюс»)).

⁸⁷ Беспалов А.В. Честь, достоинство и деловая репутация как объекты гражданских прав: Дис.... к.ю.н. Краснодар, 2004. С. 100

⁸⁸ Каменева З.В. Деловая репутация как объект гражданского права.

⁸⁹ Килинкар В. В. Право на деловую репутацию субъектов предпринимательской деятельности: Автореф. дис.... к.ю.н. СПб., 2011. С. 4.

⁹⁰ Михалевич Е.В. Деловая репутация: субъекты гражданских правоотношений, имеющие право на ее защиту // Юрист. 2012. № 4. С. 34–41.

⁹¹ Анисимов А.Л. Честь, достоинство, деловая репутация под защитой закона. М., 2004 (СПС «КонсультантПлюс»).

оценок, с которыми их носитель ассоциируется в глазах своих контрагентов, клиентов, потребителей, коллег по работе, поклонников (для шоу-бизнеса), избирателей (для выборных должностей) и персонифицируется среди других профессионалов в этой области деятельности»⁹².

Вышеизложенные мнения позволяют говорить о крайней неудачности введения в отечественное законодательство термина «деловая репутация» – этот термин используется законодателем (а затем и учеными, и практиками) для обозначения не только собственно деловой репутации (репутации в бизнес-среде), но и служебной, и профессиональной репутации, да и репутации вообще, при том что формально положения о деловой репутации должны применяться только к лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность.

Представляется, что в ГК РФ и других законодательных актах следовало бы отказаться от использования выражения «деловая репутация», заменив его термином «репутация». Такой подход позволил бы эффективно использовать законодательные положения в соответствии с заложенным в них смыслом.

В поддержку сказанного следует заметить, что в праве большинства зарубежных стран в качестве составляющей гудвилл рассматривают *репутацию* вообще, не квалифицируя ее в качестве «деловой». Это обусловлено тем, что на гудвилл компании влияет не только профессиональная репутация самой компании и ее менеджмента, а также репутация олицетворяющих эту компанию лиц (см. заключение § 1.1 настоящей книги), но совокупность представлений об этой компании, ее руководстве и сотрудниках, складывающихся в результате оценки профессиональных и иных качеств и поведения в различных социальных сферах.

Вместе с тем, поскольку термин «деловая репутация» используется в действующем российском законодательстве, отказ от его использования *в рамках настоящей работы* был бы нецелесообразным. Поэтому, исходя из целей настоящей работы, **далее под понятием «деловая репутация» будет пониматься репутация в бизнесе-среде.**

3

В отличие от репутации, которая «сопровождает» обычного гражданина на протяжении всей его жизни, деловая репутация коммерсанта возникает только в связи с осуществлением им предпринимательства, являясь *неимущественным результатом успешной коммерческой деятельности* и одновременно – *одним из условий такой деятельности*. То есть в отличие от обычной репутации, которая априори признается за всяким и каждым (а уже от личных качеств и поведения человека зависит характеристика этой репутации как положительной или отрицательной), деловая репутация требует ее «зарабатывания», т. е. *представляет собой неовеществленный (нематериальный) результат коммерческой деятельности*, который сложно определить и оценить в денежном выражении.

Как уже указывалось в § 1.1 настоящей книги, стоимость гудвилл компании (но не отдельно *деловой репутации*) подлежит отражению в финансовой отчетности в том случае, если бизнес *переходит от одного лица к другому* на основании гражданско-правовой сделки. Стоимость гудвилл определяется путем вычитания из рыночной стоимости продаваемого бизнеса суммарной стоимости его чистых активов (недвижимости, движимых вещей и проч.). Установленная таким образом стоимость *приобретенного* гудвилл впоследствии учитывается в балансе компании отдельной строкой (поскольку гудвилл был реально оплачен). В ситуации, когда бизнес не продавался, речь может вестись о *внутренне созданном* гудвилл компании, который может иметь только гипотетическую стоимость (которая в финансовой отчетности и балансе не указывается).

⁹² Малеша М.Н. Защита чести, достоинства, деловой репутации предпринимателя // Законодательство и экономика. 1993. № 23.

Правилами российского бухгалтерского учета **деловая репутация** отнесена к нематериальным активам компании (см. п. 55 приказа Минфина России от 29.07.1998 г. № 34н «Об утверждении Положения по ведению бухгалтерского учета и бухгалтерской отчетности в Российской Федерации»). В силу п. 4 Положения по бухгалтерскому учету «Учет нематериальных активов»⁹³ (ПБУ 14/2007) в составе нематериальных активов учитывается также деловая репутация, возникшая в связи с приобретением предприятия как единого имущественного комплекса. При этом *«приобретенная»* деловая репутация (получившая денежную оценку при переходе бизнеса от одного лица к другому) должна быть скорректирована в течение 20 лет; амортизационные отчисления по положительной деловой репутации отражаются в бухгалтерском учете путем уменьшения ее первоначальной стоимости; отрицательная – в полной сумме списывается на финансовые результаты организации как прочие доходы (п. 56 того же приказа Минфина России). В то же время, как и гудвилл, *«внутренне созданная»* деловая репутация не подлежит оценке и не включается в бухгалтерский баланс: «Она не может быть признана объектом учета, поскольку ни факты хозяйственной деятельности, ни связанные с ними и порождаемые ими затраты, приводящие к ее возникновению и росту, не могут быть вычленены из общего хозяйственного процесса»⁹⁴.

Сказанное свидетельствует о существовании проблемы определения стоимости «внутренне созданной» деловой репутации, что и порождает определенные вопросы на практике, которым будет уделено некоторое внимание в гл. 2 настоящей книги.

4

Проведенные исследования⁹⁵ показали, что к имуществу следует относить:

– *объекты, обладающие экономической ценностью для участников гражданского оборота и допускающие передачу (переход) этих объектов от одного лица к другому* (это, в частности, вещи, результаты работы, оказание услуг, различные имущественные права (включая права требования, исключительные права на объекты интеллектуальной собственности, права на заключение договора и проч.), имущественные комплексы);

– *объекты, обладающие экономической ценностью для участников гражданского оборота, предусматривающие возникновение в отношении них субъективных гражданских прав и допускающие передачу (переход) от одного субъекта к другому только прав на эти объекты, но не самих этих объектов по причине нематериального характера последних*. К таким объектам относятся результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, деловая репутация, индивидуализирующие человека черты и проч.;

– *объекты, обладающие безусловной экономической ценностью, но не являющиеся объектами гражданских прав вследствие прямого запрещения возможности принадлежать частным лицам, недопустимости выступать объектами гражданско-правовых сделок и проч.* Изъятие этих объектов из гражданского оборота (такие объекты традиционно обозначаются как «объекты, изъятые из оборота») влечет исключение их из числа объектов гражданских прав: подтверждением этого стало исключение Федеральным законом от 02.06.2013 № 142-ФЗ «О внесении изменений в подраздел 3 раздела I части первой Гражданского кодекса

Российской Федерации» упоминания об объектах, изъятых из оборота, из текста ст. 129 ГК РФ⁹⁶. Вместе с тем такие объекты продолжают оставаться имуществом.

⁹³ Утверждены приказом Минфина России от 27.12.2007 № 153н.

⁹⁴ *Сугаитова И.В., Юрханян К.А.* Оценка и отражение деловой репутации в учете и отчетности // Вестник Адыгейского гос. ун-та. 2012. № 1 (<http://www.vestnik.adygnet.ru/files/2012.1/1622/sugaipova20121.pdf>).

⁹⁵ См. подробнее: *Рожкова М.Л.* Новеллы Гражданского кодекса Российской Федерации: расширен ли круг объектов гражданских прав // Хозяйство и право. 2014. № 3. С. 11.

⁹⁶ Из текста данной статьи упомянутым Федеральным законом № 142-ФЗ исключено упоминание об объектах, изъятых из

Как уже указывалось, деловая репутация является нематериальным активом, который получает реальную стоимостную оценку только при условии купли-продажи бизнеса в целом (как имущественного комплекса; ст. 132 ГК РФ).

Вместе с тем, исходя из того, что деловая репутация относится к объектам, которые не допускают переход их от одного лица к другому, а только переход прав на них, *в составе бизнеса переходит не сама деловая репутация, а только субъективные гражданские права на нее*. Сама же деловая репутация, являясь нематериальным результатом коммерческой деятельности, в силу своих естественных свойств – являясь *нематериальным объектом* – не предусматривает возможность ее передачи (перехода). Это подтверждается п. 2 ст. 1027 ГК РФ⁹⁷, закрепляющим возможность предоставления права на использование деловой репутации и коммерческого опыта «создателя» этой репутации и обладателя такого опыта.

Даже и в тех случаях, когда законодатель говорит о передаче самой деловой репутации (см. п. 1 ст. 1042 ГК РФ⁹⁸), речь все же идет о передаче *права на использование* созданной деловой репутации. Иное понимание данной нормы приводило бы к абсурдному заключению о возможности отчуждения деловой репутации (подобные утверждения – о допустимости отчуждения самой деловой репутации – встречаются в литературе⁹⁹).

Характеризуя субъективные гражданские права на деловую репутацию, прежде всего следует отметить, что это *имущественные права*, которые имеют экономическое (имущественное) содержание и допускают переход (передачу) от одного лица к другому, что прямо подтверждается упомянутыми нормами п. 2 ст. 1027 и п. 1 ст. 1042 ГК РФ. Эти права возникают с момента возникновения самой деловой репутации, т. е. «заработав» ее, данное лицо может использовать ее и распоряжаться правами на нее.

Сказанное требует подробнее остановиться на правомочиях, составляющих субъективное гражданское право на деловую репутацию, к которым можно отнести следующие.

Первое – это правомочие *обладания правом на деловую репутацию*, которое означает возможность для субъекта иметь в распоряжении (обладать) имущественные права на деловую репутацию. В отличие от правомочия владения вещью, которое подразумевает ее реальное «держание», правомочие обладания правом на деловую репутацию подразумевает существование у лица права на этот нематериальный объект, так как абсурдно даже предполагать возможность «держания» неовещественного объекта прав.

Второе – это *правомочие использования деловой репутации*, которое подразумевает возможность для правообладателя (обладателя прав на деловую репутацию) извлекать выгоду из

оборота, что, бесспорно, не означает ликвидацию самого этого понятия: к объектам, изъятым из оборота, следует относить: 1) объекты, которые являются таковыми в силу естественных свойств (например, континентальный шельф, животный мир и т. д.); 2) государственное имущество, обладающее большой публичной значимостью (например, государственный фонд драгоценных металлов и драгоценных камней России; Алмазный фонд Российской Федерации как собрание уникальных самородков драгоценных металлов и уникальных драгоценных камней, имеющих историческое и художественное значение, а также собрание уникальных ювелирных и иных изделий из драгоценных металлов и драгоценных камней; Золотой запас Российской Федерации, состоящий из аффинированного золота в слитках и проч.); 3) объекты, изъятые из оборота из соображений общественной безопасности, (например, химическое оружие, наркотические средства и психотропные вещества и проч.).

⁹⁷ В силу п. 2 ст. 1027 ГК РФ договор коммерческой концессии предусматривает использование комплекса исключительных прав, деловой репутации и коммерческого опыта правообладателя в определенном объеме (в частности, с установлением минимального и (или) максимального объема использования), с указанием или без указания территории использования применительно к определенной сфере предпринимательской деятельности (продаже товаров, полученных от правообладателя или произведенных пользователем, осуществлению иной торговой деятельности, выполнению работ, оказанию услуг).

⁹⁸ Согласно п. 1 ст. 1042 ГК РФ вкладом товарища признается все то, что он вносит в общее дело, в том числе деньги, иное имущество, профессиональные и иные знания, навыки и умения, а также деловая репутация и деловые связи.

⁹⁹ См., например: *Фроловский Н.Г.* Защита деловой репутации юридического лица // *Законы России: опыт, анализ, практика.* 2012. № 4 (СПС «КонсультантПлюс»). Автор пишет о том, что в отличие от деловой репутации «обычных» граждан, которая как нематериальное благо не имеет экономического содержания, неотчуждаема и непередаваема, деловая репутация юридического лица предусматривает возможность отчуждения и, соответственно, является отчуждаемой и подлежащей оценке.

использования своей деловой репутации. Это может проявляться, например, в том, что правообладатель, исходя из высокой оценки его профессиональных качеств, устанавливает расценки оплаты выполняемых им работ или оказываемых им услуг, превышающие средний уровень.

Третье – это *правомочие распоряжения правом на деловую репутацию*, которое означает возможность для правообладателя (обладателя прав на деловую репутацию) предоставлять другим лицам право использования деловой репутации¹⁰⁰. Это правомочие может быть реализовано путем:

1) полного отчуждения права на деловую репутацию в составе бизнеса (как имущественного комплекса), в результате чего обладателем права на деловую репутацию становится другое лицо;

2) предоставления разрешения иному лицу использовать деловую репутацию правообладателя в установленных соответствующим договором пределах (концессионное соглашение, соглашение о простом товариществе, лицензионное соглашение и проч.).

Изложенное свидетельствует о значительном сходстве прав на деловую репутацию с исключительными (имущественными) правами на объекты интеллектуальной собственности¹⁰¹

¹⁰⁰ Отчуждение самой деловой репутации (учитывая ее нематериальную природу) недопустимо.

¹⁰¹ См. об исключительных правах подробнее в работе: Рожкова М.А. Интеллектуальная собственность: к вопросу об основных понятиях //Вестник ВАС РФ. 2013. № 11. С. 59–65; Она же. Интеллектуальная собственность: основные аспекты охраны и защиты (учебное пособие). М., 2015. С. 16–21 и далее.

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.