

ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ



Науково-практичний журнал

4 (78) ' 2014

ISSN 2308-0361

УДК 347.(77+78)

ЗАСНОВНИК

*Науково-дослідний інститут
інтелектуальної власності
Національної академії
правових наук України*

Свідectво про державну реєстрацію
КВ № 10573 від 07.11.2005 року.

Рекомендовано до друку вченою
радою НДІ інтелектуальної
власності НАПрН України
(прогокол № 6 від 24.06.2014 року).

Редакція:

Орлюк О. П. — головний редактор,
Петренко С. А. — заступник головного
редактора,
Мацкевич О. О. — редактор,
Осіпова А. О. — літературний
редактор,
Петренко І. І. — відповідальний
секретар.

Адреса редакції:

03680, МСП, м. Київ-150,
вул. Боженка, 11, корп. 4
Тел.: 228-21-37, 228-22-16
Тел./факс: 200-08-76
www.ndiiv.org.ua
e-mail: letter@i.kiev.ua

Надруковано з оригінал-макета
в ТОВ «НВП “Інтерсервіс”»,
вул. Бориспільська, 9.
Свідectво: серія ДК № 3534
від 24.07.2009 року.

Здано до набору 24.07.2014 року.
Підписано до друку 11.08.2014 року.
Формат 70x108/16. Папір офсетний.
Друк офсетний.
Наклад 300 примірників.

ЗМІСТ

Реформування законодавства

Кашинцева О. Права людини та патентування
методів діагностики та лікування людини
в контексті реформування сфери охорони
здоров'я 5

Коваль І. Проблеми комерціалізації вищими
навчальними закладами прав на об'єкти
інтелектуальної власності 11

Авторське право

Троцька В. Сутність вільного використання
об'єктів авторського права і суміжних
прав 19

Федорова Н. Телеформат як об'єкт правової
охорони 29

Захист прав

Коваленко Т. Плагіат: види
та відповідальність 35

Погляд науковця

Зайківський О., Оністрат О., Лотоха Л.
Інтелектуальна власність і держава 41

Романюк В. Особливості оподаткування дохо-
дів фізичних осіб-нерезидентів, отриманих від

Наукова рада журналу:

Довгерт А. С., чл.-кор. НАПрНУ, д.ю.н., проф; Кузнєцова Н. С., акад. НАПрНУ, д.ю.н., проф.; Майданик Р. А., чл.-кор. НАПрНУ, д.ю.н., проф.; Малишева Н. Р., д.ю.н., проф.; Патон Б. Є., през. НАНУ, д.т.н.; Притика Д. М., акад. НАПрНУ, д.ю.н.; Редько В. В., д. с.-г. н.; Стефанчук Р. О., чл.-кор. НАПрНУ, д.ю.н.; Тацій В. Я., през. НАПрНУ, д.ю.н.; Шемшученко Ю. С., акад. НАНУ, акад. НАПрНУ, д.ю.н.

Редакційна колегія журналу:

Мироненко Н. М. (голова редакційної колегії), Дорошенко О. Ф. (заступник голови редакційної колегії), Андросчук Г. О., Бутнік-Сіверський О. Б., Васильєва В. А., Галиця І. О., Гетманцев Д. О., Дроб'язко В. С., Захарченко Т. Г., Канзафарова І. С., Копиленко О. Л., Коссак В. М., Крупчан О. Д., Москаленко В. С., Нежиборець В. І., Панов М. І., Петришин О. В., Пічкур О. В., Святоцький О. Д., Семчик В. І., Сидоров І. Ф., Солощук М. М., Теплюк М. О., Тихий В. П., Юрченко О. М., Армаза-Армаза Е. Х. (Іспанія), Пеліова Я. (Словаччина), Цвікла Л. (Польща).

Журнал засновано в лютому 2002 року, перейменовано у листопаді 2005 року, внесено до переліку фахових видань ВАК України з юридичних наук

операцій з об'єктами права інтелектуальної власності53

Пацурія Н. Господарсько-правовий дискурс щодо проблематики визначення споживача страхової послуги 61

Куровський С. До питання про вплив банківського законодавства та судової практики на банківську діяльність в Україні 72

Чередник Н. Інститут вільного використання об'єктів авторського права в Україні та зарубіжних країнах – проблеми та перспективи розвитку. Порівняльно-правовий аналіз.....81

Ми раді повідомити, що наш журнал внесено до бази даних Index Copernicus Journals Master List.

База Index Copernicus Journals Master List налічує понад 13 000 наукових журналів з усього світу, які позитивно оцінені за багатьма параметрами, що свідчить про їхню високу наукову цінність.

THEORY AND PRACTICE OF INTELLECTUAL PROPERTY



Scientific and practical journal

4 (78) ' 2014

ISSN 2308-0361

UDC 347.(77+78)

FOUNDER

*The Scientific and Research
Institute of Intellectual Property
of the NALS of Ukraine*

Certificate of state registration
KV № 10573 issued 07.11.2005.

The issue is recommended by the
Scientific Council of the S&R IIP
of the NALS of Ukraine (Minutes
№ 6 of the 24.06.2014).

Editorial:

O. Orlyuk — Chief Editor,
S. Petrenko — Deputy Chief Editor,
O. Matskevych — Editor and
Layout Designer,
A. Osypova — Proofreader,
I. Petrenko — Administrative
Secretary.

Editorial address:

11 Bozhenka Str., 13th floor, Kyiv,
Ukraine, 03680
Tel./fax: 200-08-76
Tel.: 228-21-36
www.ndiiv.org.ua
e-mail: letter@i.kiev.ua

Printed at "Interservis". 9 Boryspilska vul.
Certificate DK № 3534 issued
24.07.2009.

Sended to the printer 24.07.2014.
Passed for printing 11.08.2014. Format
70x108/16. Offset paper. Offset print-
ing.
Circulaion 300 ex.

CONTENT

Legislation Reforming

Kashyntseva O. The human rights and
patenting of medical methods of diagnostic
and treatment of human body and
the reforming of healthcare system 5

Koval I. Problems of commercialization
of rights on the objects of intellectual property
by higher educational establishments 11

Copyright

Trotska V. The essence of the free use
of copyright and related rights 19

Fedorova N. TV-format as an object of legal
protection 29

Defense and Remedies

Kovalenko T. Plagiarism: types
and responsibility 35

Scientist's view

Zaykivskiy O., Onistrat O., Lotokha L.
Intellectual property and the state 41

Romanyuk V. Peculiarities of taxation of incomes
of non-resident-individuals received from
dealing with intellectual property rights 53

Scientific Council

A. Dovgert, associate member of the NALSU, PhD hab., prof.;
N. Kuznetsova, academician of the NALSU, PhD hab., prof.;
R. Maydanyk, associate member of the NALSU, PhD hab., prof.;
N. Malysheva, PhD hab., prof.;
B. Paton, the President of NASU, PhD hab.; D. Prytyka, academician of the NALSU, PhD hab.; V. Redko, PhD hab.; R. Stefanchuk, associate member of the NALSU, PhD hab.;
V. Tatsiy, the President of the NALSU, PhD hab.;
Y. Shemshuchenko, academician of the NANU and NALSU, PhD hab.

Editorial board

N. Myronenko (head of the editorial board), O. Doroshenko (deputy of the head of the editorial board), G. Androschuk, O. Butnik-Siverskyi, V. Vasylyeva, I. Halytsya, D. Hetmantsev, V. Drobyazko, I. Kanzafarova, O. Kopylenko, V. Kossak, O. Krupchan, V. Moskalenko, V. Nezhyborets, M. Panov, O. Petryshyn, O. Pichkur, V. Semchyk, I. Sydorov, M. Soloschuk, M. Teplyuk, B. Tykhyi, O. Yurchenko, E. J. Armaza-Armaza, PhD (*Spain*), I. J. Péliová, PhD (*Slovak Republic*), L. Ćwikła, Ph.D. hab. (*Poland*)

Patsuriia N. Economic and legal discourse regarding the problems determining the consumer of insurance services61

Kurowski S. On the effect of the banking legislation and judicial practice on banking activities in Ukraine 72

Cherednyk N. Institute for the free use of copyrighted works in Ukraine and foreign countries - the problems and prospects of development. Comparative legal analysis... 81

The magazine is founded in February 2002, renamed in November 2005, included in the list of specialized publications on legal sciences of HAC of Ukraine



ПРАВА ЛЮДИНИ ТА ПАТЕНТУВАННЯ МЕТОДІВ ДІАГНОСТИКИ Й ЛІКУВАННЯ ЛЮДИНИ В КОНТЕКСТІ РЕФОРМУВАННЯ СФЕРИ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я

Оксана Кашинцева,

завідувач відділу промислової власності НДІ інтелектуальної власності НАПрН України, кандидат юридичних наук

Українське законодавство з інтелектуальної власності, дозволяючи патентувати способи лікування, йде у розріз з європейською доктриною інтелектуальної власності. НДІ інтелектуальної власності НАПрН України неодноразово піднімалося питання про необхідність переосмислення правової природи об'єктів патентування у сфері охорони здоров'я. За цим напрямом ведуться дослідження Центром гармонізації прав людини та прав інтелектуальної власності НДІ інтелектуальної власності НАПрН України

Ключові слова: інтелектуальна власність, права людини, патент, спосіб лікування, спосіб діагностики

У травні 2014 року Міністерством охорони здоров'я України (далі — МОЗ України) на громадське обговорення було винесено Концепцію побудови нової національної системи охорони здоров'я [1]. Представлений проект суттєво вирізняється від попередніх концепцій лаконічним окресленням мети та способів її досягнення. Як члену Громадської Ради МОЗ України, авторці є очевидною необхідність винесення на громадський розсуд положень реформування законодавства інтелектуальної власності щодо сфери охорони здоров'я.

НДІ інтелектуальної власності НАПрН України неодноразово піднімалося питання необхідності переосмислення правової природи об'єктів патентування у сфері охорони здоров'я [2, 3]. За цим напрямом проводяться дослідження Центром гармонізації прав людини та прав інтелектуальної власності НДІ інтелектуальної власності НАПрН України [4].

Оскільки сферою охорони здоров'я, відповідно до Закону України «Основи

законодавства України про охорону здоров'я» [5], охоплюється медицина та фармація, в цій статті авторка зупиниться лише на сфері медицини з огляду на відмінності предмета правового аналізу зазначених галузей.

Аналізуючи вітчизняну практику патентування методів діагностики та лікування людей, авторка формулює питання: чим є така можливість — науковим прагматизмом або порушенням прав людини?

Метою статті є не лише в котре повернути увагу правової спільноти до зазначеної проблеми, але й схилити читача до певної наукової позиції для спільного формування теоретичного зачину для подальших правових кроків.

Свого часу Україна, не маючи власного досвіду розвитку патентного законодавства поза межами імперського законодавства СРСР, ще певний час перебувала під ідеологічним впливом північного сусіда. Подібний досвід мала й решта республік колишнього СРСР. Проте деякі одразу адаптували



свою патентну систему до вимог європейського законодавства (країни Балтії) [7, 8], вилучивши методи лікування та способи діагностики людини з-поміж патентозданих об'єктів, чи зробили це дещо пізніше (Грузія) [9]. Набутий міжнародний досвід гармонізації прав винахідника та прав пацієнта є наразі недостатньо оцінений Україною.

Отже, що нам дозволяє вітчизняне законодавство?

Як свідчить статистика Державної служби інтелектуальної власності України, відсоток заявок для отримання патенту на винахід у галузі медицини у співвідношенні до загальної кількості заявок коливається приблизно у межах 10–12%, решта галузей мають відповідно значно нижчі відсотки [10]. Це є доволі значний показник, що змушує визнати монополізацію знання в медицині, а отже, можливість диктувати його ціну на ринку медичних послуг.

Відповідно до статей 1, 6 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» [11], винахід — це результат інтелектуальної діяльності людини в будь-якій сфері технології. Об'єктом винаходу (корисної моделі), може бути:

- продукт (пристрій, речовина, штам мікроорганізму, культура клітин рослини та тварини тощо);
- процес (спосіб), а також нове застосування відомого продукту чи процесу.

Зауважимо і правову безпідставність втручання законодавства з інтелектуальної власності до сфери правового регулювання медичного законодавства. Так, відповідно до п. 11.2.9 Правил складання і подання заявок на винаходи і корисні моделі [12], якщо винахід є засобом для лікування, профілактики чи діагностики певного захворювання, то наводять достовірні дані, котрі підтверджують його придатність для лікування, профілактики чи діагностики зазначеного захворювання.

Авторка дотримується позиції, що таке законодавче положення не належить до предмета правового регулювання законодавством у сфері інтелектуальної власності. Патент не може бути гарантією доведеності терапевтичного ефекту чи безпеки певного способу діагностики або лікування, тому що їхні вітальні показники не є статичними, вони можуть змінюватись у процесі клінічного застосування відповідного винаходу.

Відповідно до Міжнародної патентної класифікації [13] (див., зокрема, Розділ А — «Життєві потреби людини»), до медичних пристроїв можуть належати:

- пристрої та апарати для діагностичних і лікувальних цілей; механічні, оптичні, електричні медичні пристрої та пристрої для реєстрації, наприклад для запису біострумів (патент України № 7866 на корисну модель «Пристрій для електрофізіологічних досліджень біооб'єктів»);
- хірургічні, офтальмологічні, гінекологічні й інші спеціальні інструменти (патент України № 70394 на корисну модель «Хірургічний інструмент для формування міжкишкового анастомозу», патент України № 90953 на винахід «Офтальмологічний тренажер» тощо);
- обладнання операційних, лабораторій, діагностичних та інших кабінетів, пристрої для фізіотерапії та масажу, рентгенівська та інша апаратура, що випромінює, пристрої для дезінфекції і стерилізації, пристрої для транспортування і розміщення хворих, медичні вироби: протези, шини, бандажі, слухові апарати тощо (патент України № 44902 на винахід «Безшарнірна штучна стопа для протезу стопи», патент України № 38359 на корисну модель «Пристрій для транспортування та перекладання постраждалих і хворих»).



У сфері медицини винаходи у формі способу поділяються авторкою на три основні групи: способи лікування, способи діагностики та способи обслуговування.

Способи лікування спрямовані на досягнення певного терапевтичного ефекту: симптоматичного полегшення перебігу хвороби, усунення причин виникнення захворювання та певну стабілізацію стану пацієнта. Підтвердженням досягнення такого терапевтичного ефекту можуть бути протоколи клінічних спостережень щодо застосування відповідного способу лікування як складової договору. Такі протоколи можуть міститись і у рефераті винаходу, фрагментом такого протоколу в рефераті до хірургічного серкляжного бандажу (Патент RU 2393809): «Хворий С., 36 років. Діагноз — остеосаркома великогомілкової кістки, ускладнена патологічним переломом і стоненням картікалу. Проведена резекція дистального відділу великогомілкової кістки разом з пухлиною та виконано заміщення дефекту великогомілкової метадіафізарних компонентом довжиною 120 мм з накладенням 3-х серкляжних бандажів з титанового сплаву ВТ-1. Один бандаж — з ділянкою стрічки, що прилягає до сполучного елемента, хвилеподібного профілю довжиною 120 мм з полірованою поверхнею з шорсткістю Ra 0,1 мкм і поверхневозміцненим до мікротвердості 5800 МПа (за другим варіантом), і два бандажі — з ділянкою стрічки, що примикає до з'єднувального елемента, довжиною 140 мм, та має профіль, який становить чергування елементів, які складаються з вигнутої та прямої ділянок з полірованою поверхнею з шорсткістю Ra 0,1 мкм і поверхневозміцнених до мікротвердості 5500 МПа (по третьому варіанту) (Фіг. 4). Операція проводилась у відділенні кісткової патології дорослих ім. М. М. Пріорова. Післяопераційне спостереження показало стабільну фіксацію великоберцевого ме-

тафізарного компоненту, надійне кріплення кісткових структур, уникнення розтріскування і руйнування кістки при великих функціональних навантаженнях без порушення умов харчування кісткових структур».

Зауважимо, що деякі способи лікування важко вписуються в технологічне визначення винаходу, проте є предметом договору на створення та використання об'єктів патентування в сфері медицини наприклад:

- патент 67555 «Спосіб профілактики повторної суїцидальної поведінки в ранній постуїцидальний період»;
- патент 71857 «Спосіб лікування алкогольної залежності»;
- патент 69222 «Спосіб рефлексотерапії хворих з відділеними наслідками черепно-мозкової травми».

Крім цього, аналізуючи правову природу об'єктів патентування у сфері медицини, зіштовхуємося з певною юридичною аномалією — способи лікування захищені в режимі корисної моделі. Корисна модель у сфері медицини набула абсурдних форм. Недосконалість вітчизняного законодавства дала можливість патентувати способи лікування в правовому режимі корисної моделі, що напрямо суперечить її правовій природі та впливає на ціну договору. Відповідно до ст. 7 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», під корисною моделлю розуміють той самий винахід, але без необхідності доведення винахідницького рівня як умови патентоздатності. Вітчизняна патентна практика надає нам такі приклади:

- патент України на корисну модель № 5621, незалежний пункт якого стосується «Способу лікування серцевих захворювань, переважно серцевої недостатності, який передбачає парентеральне введення розчину полівінілпіролідону у комплексі з кверцетином в терапевтичній дозі протягом перших



трьох діб, половину терапевтичної дози протягом четвертої та п'ятої діб, який відрізняється тим, що після парентерального введення розчину полівінілпіролідону у комплексі з кверцетином застосовують пероральну форму кверцетину протягом наступних 15–30 діб»;

- патент України на корисну модель № 18888, незалежний пункт якого стосується «Способу лікування виразкової хвороби шлунка і дванадцятипалої кишки, що включає застосування загальноприйнятої ерадикаційної протихелікобактерної терапії, який відрізняється тим, що додатково призначають препарат мумію по 0,1 г три рази на день протягом 14 днів».

Усі наведені вище способи охороняються в режимі корисної моделі. Про недоречність і правовий абсурд такого явища неодноразово зазначалося у вітчизняній правовій науці та практиці.

Наступним підвидом винаходів-способів у сфері медицини є способи діагностики:

- патент 97195 Україна, МПК8 А61В10/00 «Спосіб діагностики ураження інтестинального бар'єру при запальних захворюваннях кишечника у дітей»;
- патент 93436 Україна, МПК8 А61К10/00 «Спосіб діагностики темпу росту лейоміоми матки»;
- патент 93967 Україна, МПК8 А61В10/00 «Спосіб прогнозування вірогідності виникнення загрози переривання вагітності у вагітних з трубно-перитонеальною безплідністю в анамнезі»;
- патент 101821 Україна, МПК8 А61В10/00 «Спосіб прогнозування результату екстракорпорального запліднення».

Обслуговучі винаходи-способи в сфері медицини стосуються технічного обслуговування пристроїв, виробів медичного призначення, отримання

необхідних реакцій тощо. Такими прикладами є:

- деклараційний патент України № 14675 на корисну модель «Ультразвуковий очищувач контактних лінз» (Підкреслимо, що режим деклараційного патенту суттєво знижує ціну договору);
- патент 68348 «Кріохірургічна установка»;
- патент 11896 «Штатив для трансфузійної системи»;
- патент 9141 «Пристрій для ініціювання рефлексу блювання»;
- патент 9401 «Спосіб моделювання токсичного ураження міокарда токсинами блідої поганки»;
- патент 9074 «Спосіб визначення здатності організму до інтерференоутворення».

Отже, українське законодавство інтелектуальної власності, дозволяючи патентувати способи лікування, йде у розріз з європейською доктриною інтелектуальної власності з цього приводу. Відсутність способів лікування серед патентоздатних об'єктів у європейському законодавстві не ставить медичного працівника в неконкурентоспроможне становище. Існують інші правові механізми отримання бенефіцій від застосування свого інтелектуального продукту на ринку медичних послуг. Підписання економічної частини Угоди про асоціацію з ЄС ставить перед вітчизняним ринком медичних послуг нові виклики. ♦

**Список використаних джерел**

1. Проект розпорядження Кабінету Міністрів України «Про схвалення Концепції побудови нової національної системи охорони здоров'я України» [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.moz.gov.ua/ua/portal/Pro_20140612_0.html
2. Работягова Л. Способи лікування і діагностики людини: проблеми патентування / Л. Работягова // Інтелектуальна власність. — 2014. — № 2.
3. Работягова Л. Патентування способів лікування людини: морально правовий аспект / Л. Работягова // Збірник тез Четвертого Національного конгресу з біоетики. — 2010. — С. 210.
4. Кашинцева О. Права людини та права інтелектуальної власності крізь призму сучасного наукового етосу / О. Кашинцева // Теорія і практика інтелектуальної власності. — 2012. — № 6.
5. Концепція розвитку наукового напрямку «Гармонізація прав людини та прав інтелектуальної власності в сфері медицини та фармації» [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.ndiiv.org.ua/ua/kontseptsija.html>
6. Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2801-12>
7. Patent Law of Lithuania [Electronic resource]. — Access mode: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=7173>
8. Patent Law of Latvia [Electronic resource]. — Access mode: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=7173>
9. Patent Law of Georgia [Electronic resource]. — Access mode: http://www.sakpatenti.org.ge/index.php?lang_id=ENG&sec_id=69
10. Державна служба інтелектуальної власності : річні звіти (2010–2013 роки) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://sips.gov.ua/ua/info_resurses.htmlPe
11. Закон України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3687-12>.
12. Наказ МОН України Про затвердження Правил складання та подання заявки на винахід та заявки на корисну модель [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0173-01>.
13. Міжнародна патентна класифікація, затверджена Комітетом експертів МПК Всесвітньої організації інтелектуальної власності [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://base.ukrpatent.org/mpk2009/index.html?level=c>.

Надійшла до редакції 22.06.2014 року.

Кашинцева О. Права человека и патентование методов диагностики и лечения человека в контексте реформы сферы охраны здоровья. Украинское законодательство по интеллектуальной собственности, позволяя патентовать способы лечения,



идет в разрез с европейской доктриной интеллектуальной собственности. НИИ интеллектуальной собственности НАПрН Украины неоднократно поднимался вопрос о необходимости переосмысления правовой природы объектов патентования в сфере здравоохранения. По данному направлению проводятся исследования Центром гармонизации прав человека и прав интеллектуальной собственности НИИ интеллектуальной собственности НАПрН Украины.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, права человека, патент, способы лечения, способы диагностики

Kashyntseva O. The Human Rights and Patenting of Medical Methods of Diagnostic and Treatment of Human Body and the Reforming of Healthcare System. Ukrainian legislation of intellectual property allows the patents to the methods of medical treatments and diagnostic of human body. Such provisions of Ukrainian legislation contradict the European doctrine of Intellectual Property. Intellectual Property Research Institute of National Academy of Law Sciences of Ukraine has repeatedly raised the issue of the need to reconsider the legal nature of the objects of patenting in the healthcare sector. The Center for Harmonization of Human Rights and Intellectual Property Rights of Intellectual Property Research Institute of National Academy of Law Sciences of Ukraine determined this legal issues as very actual and important for Ukraine in its Scientific and Research Conception on Harmonization of Human Rights and Intellectual Property Rights in the Sphere of Medicine and Pharmacy.

In May 2014 the Ministry of Health of Ukraine presented the Concept of Reforming of New National Public Health System. This Project is uniquely distinguished from earlier providing clear goals and ways to achieve it. As a member of the Public Council of the Ministry of Health of Ukraine, the author stressed the need of reforming the Intellectual Property Legislation in the sphere of patenting of methods of medical treatments of human bodies and diagnostics of human diseases. According to the analytic researches of the practice of patenting of the methods of diagnosis and treatment of human bodies in Ukraine it is arising the question: what is this feature — the scientific pragmatism or human rights violation?

The purpose of the author of this article is not only to attract the attention of the scientific legal community to this problem, but also to persuade the colleagues in the necessity to create the theoretical background for further legal steps on providing the reform of Intellectual Property Legislation in the mentioned sphere.

Keywords: intellectual property, human rights, patents, method of treatment, method of diagnosis



ПРОБЛЕМИ КОМЕРЦІАЛІЗАЦІЇ ВИЩИМИ НАВЧАЛЬНИМИ ЗАКЛАДАМИ ПРАВ НА ОБ'ЄКТИ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ*

Грина Коваль,

доцент кафедри цивільного права і процесу Донецького національного університету, доктор юридичних наук, доцент

Проаналізовано чинне законодавство України та проект Закону України «Про вищу освіту» щодо правового режиму прав інтелектуальної власності, створених у вищих навчальних закладах, та їхньої комерціалізації. Виявлені проблеми правового, організаційного, фінансового забезпечення комерціалізації прав інтелектуальної власності вищими навчальними закладами та запропоновані шляхи їх вирішення.

Ключові слова: проект закону, вища освіта, комерціалізація

У сучасних економічних умовах уже вкорінилося розуміння того факту, що власне володіння належно оформленими правами на результати інтелектуальної діяльності не гарантує правовласникові й державі отримання очікуваних економічних переваг. Ця теза влучно проілюстрована головою американської Асоціації виробників комп'ютерів і засобів комунікацій США Е. Блеком, який наголосив, що «Вісім мільйонів американських патентів — це не вісім мільйонів інноваційних ідей». Сьогодні стає очевидним, що система правової охорони інтелектуальної власності має забезпечувати не лише процедуру набуття та підтримки дії виключних прав на об'єкти інтелектуальної власності, а й створювати належні економічні, фінансові, організаційно-управлінські умови для всебічної реалізації цих прав у сфері виробництва й реалізації конкурентоспроможної продукції шляхом їхньої комерціалізації.

Важливу роль у процесі створення та доведення результатів наукової і науково-технічної діяльності до стану

інноваційного продукту відіграють вищі навчальні заклади. Відповідно до Національного плану дій щодо впровадження Програми економічних реформ «Заможне суспільство, конкурентоспроможна економіка, ефективна держава», до напрямів підвищення конкурентоспроможності національної економіки віднесено розвиток науки й інноваційної діяльності, забезпечення доступності, підвищення якості та конкурентоспроможності освіти, розвиток науково-технічної сфери, реформування освіти тощо. Певні кроки з реалізації цих напрямів закладено в Концепції реформування державної політики в інноваційній сфері, схваленої Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 10.09.2012 року № 691-р, зокрема через створення системи інформаційно-аналітичного забезпечення реалізації державної інноваційної політики та проведення моніторингу стану інноваційного розвитку економіки на основі структурних підрозділів з питань трансферу технологій, інноваційної діяльності та інтелектуальної

* На момент підготовки номеру нова редакція Закону України «Про освіту» набрала чинності — прим. ред.



РЕФОРМУВАННЯ ЗАКОНОДАВСТВА

власності наукових установ і навчальних закладів.

Водночас, аналіз сучасного стану реалізації задекларованих державою напрямів розвитку сфери інтелектуальної власності за участю суб'єктів науково-освітньої діяльності свідчить, що заявлені пріоритети ще не знайшли свого належного розвитку на рівні чітких законодавчо визначених механізмів комерціалізації прав інтелектуальної власності. Нормативно-правова основа регулювання зазначених відносин представлена розгалуженим масивом законодавчих актів, які характеризуються неточністю понятійно-термінологічного апарату, неузгодженістю базових положень цивільного, господарського, фінансового законодавства щодо регламентації відносин у сфері освіти, науки, інтелектуальної власності, інноваційної діяльності. Неврегульованим залишається правовий режим прав інтелектуальної власності вищих навчальних закладів і безпосередньо механізм їх комерціалізації⁴. Перспективне законодавство, зокрема проект Закону України «Про вищу освіту» (нова редакція), також не вирішує остаточно означених проблем.

Вітчизняна юридична доктрина приділяє значну увагу широкій проблематиці у сфері інтелектуальної власності. Водночас особливості реалізації правовідносин інтелектуальної власності за участю вищих навчальних закладів досліджено не достатньо повно й комплексно. Бракує активних обговорень і наукових дискусій щодо вирішення проблемних питань. Як найбільш ґрунтовні праці у зазначеному напрямі варто назвати дослідження Ю. Атаманової [1], О. Орлюк [2],

Б. Падучака [3], Н. Рязанової [4] та інших авторів.

З огляду на зазначене, **метою статті** є виокремлення проблем у сфері комерціалізації прав на об'єкти інтелектуальної власності вищими навчальними закладами й обґрунтування на цій основі напрямів подальшого удосконалення національного законодавства щодо правового забезпечення зазначених відносин.

З'ясування наявних проблем доцільно почати з аналізу різних законодавчих підходів до правового режиму майнових прав інтелектуальної власності, що підлягають комерціалізації вищими навчальними закладами. Насамперед, варто зауважити, що в цивільному та господарському законодавстві України по-різному визначається правовий режим майна державних і комунальних установ. Відповідно до Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) юридичні особи визнаються суб'єктами права приватної власності (ч. 1 ст. 325). При цьому, з огляду на запровадження в ЦК України категорії «юридичні особи публічного права», до котрої належать зокрема й навчальні заклади (ст. 81, ч. 2 ст. 167, ч. 2 ст. 169 ЦК України), можна припустити, що за логікою ЦК України, навчальні заклади як юридичні особи, визнаються повноцінними суб'єктами права приватної власності. Щодо правовідносин інтелектуальної власності, то ст. 421 ЦК України суб'єктами прав інтелектуальної власності називає творця об'єкта й інших осіб, яким належать особисті немайнові та (чи) майнові права інтелектуальної власності *відповідно до ЦК України, іншого закону*

⁴ Спроба врегулювання цих питань була здійснена в 2004 році у проекті Закону України «Про особливості введення в цивільний оборот об'єктів права інтелектуальної власності, створених з використанням коштів державного та/або місцевих бюджетів, спеціальних та державних фондів цільового призначення». У законопроекті пропонувалося, щоб фінансування науково-дослідних, дослідно-конструкторських і технологічних робіт з державного бюджету визнавалося підставою для закріплення майнових прав на створені об'єкти інтелектуальної власності за державою.



або договору. Натомість ні ЦК України, ні «інший закон» не визнають вищі навчальні заклади суб'єктами виключних прав на об'єкти інтелектуальної власності.

Господарський кодекс України (далі — ГК України) питання правового режиму майнових прав інтелектуальної власності не регулює. При цьому за державними та комунальними навчальними закладами як суб'єктами некомерційної господарської діяльності цей законодавчий акт закріплює обмежене речове право — право оперативного управління — щодо володіння, користування, розпорядження матеріальними об'єктами (речами), власником яких залишається держава чи територіальна громада (ст. 52, 137 ГК України). Втім потрібно зауважити, що права на об'єкти інтелектуальної власності становлять самостійну, відмінну від речових, категорію майнових прав — виключні права, зміст і механізми реалізації яких мають суттєві особливості, пов'язані з властивостями нематеріального об'єкта (незнищуваність, здатність до необмеженого одночасного використання різними особами тощо). З огляду на це конструкція права оперативного управління не може бути повною мірою застосована до такого виду майна, як майнові права на об'єкти інтелектуальної власності. Зазначене підтверджується і Законом України «Про управління об'єктами державної власності», в якому прямо закріплено, що «дія цього Закону не поширюється на здійснення прав інтелектуальної власності» (ч. 2 ст. 3).

Закон України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій» в ч. 1 ст. 11 встановлює, що майнові права на технологію та (чи) її складові, що створені у процесі виконання науково-дослідних і дослідно-конструкторських робіт, які фінансуються за рахунок бюджетних коштів, належать *установам, організаціям та підприємствам* — виконав-

цям цих робіт відповідно до ЦК України, крім випадків, передбачених ч. 2 ст. 11. З аналізу наведеної норми можна дійти висновку, що законодавець визнає вищі навчальні заклади, що виконують науково-дослідні та дослідно-конструкторські роботи, які фінансуються за рахунок бюджетних коштів, *суб'єктами майнових прав на технологію*. Водночас, не зовсім зрозумілою є можливість поширення наведеного правила і стосовно майнових прав на об'єкти інтелектуальної власності, належні до складу технології, а також обсягу цих прав (виключне право загалом або право на використання об'єкта). Прийнята у розвиток цього закону Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку і напрямів використання коштів, одержаних у результаті трансферу технологій, створених за рахунок коштів державного бюджету» від 22.04.2013 року № 300 також не дає відповіді на це запитання.

Часткове вирішення проблемних питань правового режиму прав інтелектуальної власності щодо вищих навчальних закладів запропоновано в проекті Закону України «Про вищу освіту» (нова редакція), який прийнято за основу Верховною Радою України 08.04.2014 року [5]. У цьому Проекті правам інтелектуальної власності присвячено дві статті: ст. 70 «Права інтелектуальної власності та їх захист» і ст. 71 «Матеріально-технічна база і правовий режим майна вищих навчальних закладів». У ч. 3 ст. 71 Проекту закріплено, що вищий навчальний заклад у порядку, визначеному законом, і відповідно до статуту має право власності на об'єкти права інтелектуальної власності, створені за власні кошти або кошти державного чи місцевих бюджетів (крім випадків, визначених законом). Такі заклади можуть брати участь у формуванні статутного капіталу наукового парку та інших інноваційних структур й утворених за участю вищих навчальних за-



РЕФОРМУВАННЯ ЗАКОНОДАВСТВА

кладів малих підприємств, які розробляють і впроваджують інноваційну продукцію шляхом внесення до них нематеріальних активів (майнових прав на об'єкти права інтелектуальної власності) (ч. 11 ст. 71 Проекту).

Відповідно до положень ст. 70 вказаного Проекту, вищі навчальні заклади мають право впроваджувати результати власної наукової та науково-технічної діяльності (об'єкти права інтелектуальної власності), що передбачає використання об'єктів права інтелектуальної власності у власній освітній (науковій) діяльності та (чи) в освітній (науковій) діяльності іншого вищого навчального закладу (наукової установи) (ч. 2); передавати об'єкти права інтелектуальної власності іншій юридичній або фізичній особі для використання в економічній діяльності шляхом продажу чи внесення до статутного капіталу підприємства з метою отримання прибутку за рахунок їх використання (ч. 3).

Аналіз положень законопроекту стосовно питань інтелектуальної власності однозначно свідчить про намір його розробників визнати вищі навчальні заклади повноцінними суб'єктами виключних прав з можливістю вільно укладати різноманітні договори щодо прав інтелектуальної власності, вносити ці права до статутного капіталу підприємств. Однак термінологічна та редакційна частина нововведень, які вносяться законопроектом, викликає певні зауваження, позаяк може ускладнити реалізацію зазначеної ідеї на практиці.

Так, по-перше, не зовсім логічним видається розрізнене закріплення базових приписів про особливості виникнення та реалізації прав на об'єкти інтелектуальної власності у статтях, які містяться в різних розділах, серед інших положень про правовий режим майна, що належить вищим навчальним закладам. Такий підхід ускладнює сприйняття та тлумачення відповідного нормативного матеріалу.

По-друге, на тлі наявної в чинному законодавстві невідповідності термінологічних варіацій щодо позначення прав на об'єкти інтелектуальної власності («право інтелектуальної власності», «виключне право», «право власності»), а також договорів, пов'язаних з розпорядженням правами на ці об'єкти, навряд чи сприятимуть юридичній визначеності правових норм такі формулювання, що вживаються в цьому законопроекті: «вищі навчальні заклади мають право передавати об'єкти інтелектуальної власності», «передавати об'єкти інтелектуальної власності шляхом продажу», «вищий навчальний заклад має право власності на об'єкти права інтелектуальної власності» тощо.

По-третє, в п. 3 ч. 4 ст. 70 Проекту вищим навчальним закладам дається право «надання дозволу на впровадження об'єктів права інтелектуальної власності у навчально-виховний процес». Така конкретизація сфери впровадження належних вищому навчальному закладу прав («навчально-виховний процес») може бути сприйнята на практиці як обмеження договірної свободи цих закладів щодо розпорядження правами інтелектуальної власності.

По-четверте, закріплюючи за вищим навчальним закладом «право власності на об'єкти права інтелектуальної власності, створені за власні кошти або кошти державного чи місцевих бюджетів» (п. 1 ч. 3 ст. 71 Проекту), законопроект встановлює виключення з цього правила («крім випадків, визначених законом»). Натомість коло таких випадків сьогодні законодавчо не встановлено, зокрема й у досліджуваному законопроекті. Виходячи із зарубіжного досвіду, до винятків з монополії навчального закладу можуть належати, зокрема, випадки, коли результат інтелектуальної діяльності безпосередньо пов'язаний із забезпеченням національної безпеки й оборони; держава прийняла на себе зо-



бов'язання з фінансування робіт по доведенню охоронюваного результату науково-технічної діяльності до стану практичного застосування; об'єкт має використовуватися для суспільно важливих потреб або життєвого необхідних потреб людини, суб'єкт господарювання — виконавець робіт за державним контрактом не забезпечив протягом нормативно встановленого строку необхідних заходів для набуття правової охорони результатами інтелектуальної діяльності.

Доопрацювання наведених положень законопроекту з урахуванням запропонованих уточнень сприятиме визначеності нормативного матеріалу й узгодженості відповідних приписів із законодавством про інтелектуальну власність.

Продовжуючи дослідження проблем комерціалізації прав інтелектуальної власності важливо звернути увагу на питання організаційно-інституційного та фінансового забезпечення зв'язків у ланцюгу «фундаментальні дослідження — прикладні дослідження — дослідно-конструкторські роботи — промислове виробництво». Передусім це стосується неврегульованості правового механізму створення державними вищими навчальними закладами підприємств типу *spin-off* із внесенням майнових прав інтелектуальної власності до їхнього статутного капіталу. Крім цього, створювані малі науково-технологічні та впроваджувальні підприємства, й наукові парки університетів також, не стимулюються сьогодні державою та не мають фінансових пільг (звільнення від сплати податку, державного безпроцентного кредитування) для стартового розвитку.

Часткове врегулювання зазначеної проблеми запропоновано в аналізованому Проекті. Так, згідно із п. 11 ч. 3 ст. 71 Проекту «Вищий навчальний заклад у порядку, визначеному законом, та відповідно до статуту має право: ...брати участь у формуванні статутного капіталу наукового парку

та інших інноваційних структур і утворених за участю вищих навчальних закладів малих підприємств, що розробляють і впроваджують інноваційну продукцію шляхом внесення до них нематеріальних активів (майнових прав на об'єкти права інтелектуальної власності)». Отже для практичної реалізації зазначеного положення необхідним є визначений законом порядок внесення прав інтелектуальної власності до уставного капіталу юридичних осіб. Крім цього, без підкріплення такої можливості фінансовими інструментами реальна участь вищих навчальних закладів у корпоративних правовідносинах може бути проблематичною.

Стимує комерціалізаційні процеси й відсутність бюджетного фінансування важливого етапу комерціалізації — проведення дослідно-конструкторських робіт, та відсутність державної підтримки центрів трансферу технологій. На виконання етапу «дослідно-конструкторська робота» зазвичай витрачається до 70 % коштів, необхідних для просування технології на ринок (30 % коштів витрачається на виконання фундаментальних і прикладних науково-дослідних робіт). Таких ресурсів державні вищі навчальні заклади у своєму розпорядженні не мають, а зацікавленим підприємствам виявляється простіше, швидше та дешевше купити аналогічні технології в зарубіжних розробників.

Для вирішення зазначеної проблеми доцільно закріпити в абз. 6 ст. 34 та ч. 3 ст. 42 Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність» положення щодо забезпечення базового фінансового забезпечення проведення прикладних досліджень і дослідно-конструкторських робіт, доведення створених технологій до стану промислового застосування (інновацій); у ч. 3 ст. 6 Закону України «Про пріоритетні напрями інноваційної діяльності в Україні» — положення щодо прямого бюджетного фінансування інновацій-



ної інфраструктури (центрів трансферу технологій тощо), створеної в національних вищих навчальних закладах, та державної підтримки проведення експертизи технологій та (або) їхніх складових, кон'юнктурних досліджень, доведення технологій до промислового зразка тощо; в ч. 2 ст. 24 Закону України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій» — щодо державного фінансового забезпечення створення національної мережі трансферу технологій, центрів трансферу технологій у вищих навчальних закладах.

Наступною є проблема відсутності правового механізму використання державними вищими навчальними закладами коштів, одержаних від комерціалізації технологій. Для вирішення даної проблеми необхідним є удосконалення бюджетного законодавства України, а саме: доповнення ст. 29 Бюджетного кодексу України чч. 6–8, які дозволять виключити кошти, одержані вищими навчальними закладами у результаті трансферу технологій та/або їх складових, в тому числі об'єктів права інтелектуальної власності, з джерел формування спеціального фонду Державного бюджету України, зараховувати такі кошти на окремий рахунок із подальшим самостійним розпорядженням вищими навчальними закладами відповідно до напрямів, визначених законом.

На розвиток вказаної пропозиції пропонується також внести зміни до Порядку і напрямів використання коштів, одержаних у результаті трансферу технологій, створених за рахунок коштів державного бюджету, затверджених Постановою Кабінету Міністрів України від 22.04.2013 року № 300), щодо надання права вищим навчальним закладам *зараховувати кошти, одержані від комерціалізації технологій, на окремий рахунок, відкритий у банківських установах України, з наступним самостійним*

розпорядженням ними відповідно до напрямів, визначених законом.

Наступною є проблема використання коштів, отриманих за рахунок надходжень від надання платних освітніх послуг, для фінансування наукової та інноваційної діяльності. Державні вищі навчальні заклади не мають можливості розпоряджатися коштами спеціального фонду державного бюджету, отриманих за рахунок надання платних освітніх послуг, у напрямках здійснення наукової, науково-технічної та інноваційної діяльності (придбання наукового обладнання, фінансування діяльності центрів трансферу технологій, центрів колективного користування науковим обладнанням, інноваційних центрів тощо). Отож, з огляду на те, що система підготовки сучасних фахівців базується на принципі єдності освіти та науки, доцільно *скорегувати зміст складових витрат, які формують вартість платних освітніх послуг, і додати окрему складову — «витрати на проведення наукових досліджень і провадження інноваційної діяльності»* (п. 2.2 ч. II Порядку надання платних освітніх послуг державними та комунальними навчальними закладами (спільний наказ Міністерства освіти і науки України, Міністерства економіки України, Міністерства фінансів України від 23.07.2010 року № 736/902/758 «Про затвердження порядку надання платних послуг державними та комунальними навчальними закладами»)). Це дозволить спрямовувати частину доходів вищих навчальних закладів, одержаних від надання платних освітніх послуг, на фінансування наукової, науково-технічної та інноваційної діяльності.

Вирішення вимагає проблема державної фінансової підтримки закордонного патентування об'єктів промислової власності вищими навчальними закладами. Відсутність такої підтримки стримує комерціалізаційні процеси, створює умови для патентування



вітчизняних розробок іншими особами за кордоном. З метою вирішення зазначеної проблеми доцільно доповнити ч. 1 ст. 13 та ч. 2 ст. 24 Закону України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій» нормою щодо проведення закордонного патентування розроблених технологій або їхніх складових, створених за кошти державного бюджету України.

З метою запровадження нових організаційно-структурних форм наукової, науково-технічної та інноваційної діяльності, міждисциплінарної підготовки висококваліфікованих фахівців, виконання конкурентоспроможних наукових досліджень і розробок та на виконання завдань Державної цільової науково-технічної і соціальної програми «Наука в університетах», в Україні з 2008 року розпочато створення Науково-навчальних центрів як структурних наукових і навчальних підрозділів університетів (академій) (Наказ Міністерства освіти і науки України від 27.10.2008 року № 978). З огляду на це *потребують відповідного нормативного забезпечення питання фінансування діяльності зазначених науково-навчальних центрів (штатний розклад, іннова-*

ційна інфраструктура тощо). Сьогодні ця діяльність стримується відсутністю матеріальних стимулів, які були задекларовані Міністерством освіти і науки України під час створення таких центрів у п.п. 7.1–7.3 Примірного положення про науково-навчальний центр університету (академії), затвердженого Наказом Міністерства освіти і науки України від 27.10.2008 року № 978.

Викладені пропозиції спрямовані на комплексне вдосконалення законодавчого підґрунтя щодо правового режиму майнових прав на об'єкти інтелектуальної власності, котрі комерціалізуються вищими навчальними закладами, а також фінансового й організаційного забезпечення цих процесів. Впровадження цих пропозицій у законотворчу практику сприятиме визначеності й узгодженості законодавчих підходів до правового регулювання відносин у сфері комерціалізації прав інтелектуальної власності вищими навчальними закладами. ♦

Список використаних джерел

1. Атаманова Ю. *Методологічні засади формування системи засобів реалізації державної інноваційної політики* / Ю. Атаманова // *Підприємництво, господарство і право*. — 2008. — № 3. — С. 49–53.
2. Орлюк О. П. *Залучення у господарський оборот результатів науково-технічної діяльності: визначення пріоритетів та принципів державної політики* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Traeiv/2008/4.pdf.
3. Падучак Б. *Майнові права інтелектуальної власності на технологію, що створена за рахунок коштів Державного бюджету* / Б. Падучак // *Теорія і практика інтелектуальної власності*. — 2009. — № 6. — С. 38–49.
4. Рязанова Н. *Пріоритетні напрями вдосконалення законодавчого регулювання прав на об'єкти інтелектуальної власності, створених за кошти держави* / Н. Рязанова // *Теорія і практика інтелектуальної власності*. — 2011. — № 3. — С. 15–21.



5. Про прийняття за основу проекту Закону України про вищу освіту (нова редакція): Постанова Верховної Ради України від 08.04.2014 року № 1189-VII [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1189-vii>.

Надійшла до редакції 15.06.2014 року

Коваль І. Проблеми комерціалізації висшимими навчальними закладами прав на об'єкти інтелектуальної власності. Проаналізовано діюче законодавство України і проект Закону України «Про вищу освіту» стосовно правового режиму прав інтелектуальної власності, створених в вищих навчальних закладах, і їх комерціалізації. Виявлені проблеми правового, організаційного, фінансового забезпечення комерціалізації прав інтелектуальної власності висшимими навчальними закладами і пропонуються шляхи їх вирішення.

Ключевые слова: проект закону, вища освіта, комерціалізація

Koval I. Problems of commercialization of rights on the objects of intellectual property by higher educational establishments. The current legislation of Ukraine and project of Law of Ukraine is analysed «On higher education» in relation to the legal mode of intellectual property rights, created in higher educational establishments, and their commercialization. The problems of the legal, organizational, financial providing of commercialization of intellectual ownership rights are exposed by higher educational establishments and the ways of their decision are offered.

Key-words: project of a law, higher education, commercialization



СУТНІСТЬ ВІЛЬНОГО ВИКОРИСТАННЯ ОБ'ЄКТІВ АВТОРСЬКОГО ПРАВА ТА СУМІЖНИХ ПРАВ

Валентина Троцька,

*старший науковий співробітник НДІ інтелектуальної власності НАПрН
України*

У статті розглянуті проблемні аспекти термінології законодавства, що стосується вільного використання об'єктів авторського права та суміжних прав. Крім цього, розглянуті наукові підходи різних учених до визначення цього поняття. На підставі наведеного запропоновано авторське визначення поняття «вільне використання».

Ключові слова: вільне використання, термінологія, авторське право

Актуальність теми дослідження. Коректне застосування юридичних термінів має ключову роль як у законодавстві, так і в правозастосовній практиці. До таких термінів належить «вільне використання об'єктів авторського права та суміжних прав» (далі — вільне використання). Аналіз наукової літератури, законодавства та практики його застосування свідчить, що поряд із терміном «вільне використання» вживаються й інші: «правомірне використання», «обмеження майнових прав», «винятки та обмеження», «вилучення з авторського права», «допустиме використання». Сьогодні питання застосування термінологічного апарату у сфері авторського права і суміжних прав залишається доволі дискусійним. Пов'язано це з тим, що «не сформована загальна позиція про те, як співвідносяться обмеження та винятки, що їх охоплює поняття вільного використання творів» [1], а також не вироблено єдиних підходів до формулювання власне поняття. Як справедливо зазначає В. Жеребкін, «доти, доки відсутнє наукове визначення того чи іншого поняття, немає

й точного знання істотності предмета, що відображається цим поняттям, відсутній і критерій для відокремлення одних предметів від інших» [2]. Згідно з філософським ученням наукове пізнання як система знань про закони природи, суспільства, мислення сприяє отриманню відповідей на проблемні питання, вирішення яких становить теоретичний і практичний інтерес. На думку німецького філософа Х.-Г. Гадамера, «наявність поняття полягає в прагненні знайти вичерпну визначеність, однозначність...» [3]. Отож наукове дослідження сутності та визначення поняття вільного використання є актуальним як для подальшого розвитку теоретичних основ авторського права та суміжних прав, звернення до них під час законопроектної роботи щодо вдосконалення законодавства, так і для практичної реалізації норм законодавства при захисті прав й інтересів усіх сторін процесу, пов'язаного з вільним використанням.

Стан наукової розробки проблеми. Деякі питання визначення поняття вільного використання розглядалися в роботах таких іноземних і вітчизня-



них вчених: І. Близнеця, С. Бородіна, Е. Гаврилова, Л. Гібо, О. Дозорцева, С. Дюсолє, О. Зайця, В. Калятіна, Д. Ліпчик, А. Луцкера, Н. Макагонової, А. Малиновського, В. Наумова, В. Нерсесянца, І. Панкеева, О. А. Підпригори, О. О. Підпригори, Л. Подшибіхіна, О. Сергеева, Є. Суханова, О. Тулікова, Л. Бентлі, Б. Шермана та ін. Водночас у науці авторського права та суміжних прав відсутнє спеціальне комплексне монографічне дослідження, присвячене проблемі вільного використання об'єктів цих прав, а фрагментарне висвітлення деяких її аспектів не вирішує проблеми цілком. Як наслідок — поза увагою вчених залишилося дослідження різних підходів до визначення суттєвих ознак поняття «вільне використання», його співвідношення з іншими спорідненими поняттями, а також питання порівняльно-правового аналізу вирішення проблеми термінології як на міжнародному рівні, так і в законодавстві певних країн, зокрема й в Україні, та на цій основі вироблення єдиної системи термінів.

Метою статті є розкриття проблемних питань застосування термінології у законодавстві; дослідження характерних ознак поняття вільного використання; розробка відповідної дефініції на підставі аналізу результатів наукових досліджень, законодавства та практики його застосування.

Першоосною будь-якого законодавчого акта є термінологічний апарат, який складається з відповідних юридичних термінів. На думку Н. Артикуці, «юридичний термін (від лат. *terminus* — межа, кордон) — слово або словосполучення, що виражає поняття з правової сфери суспільного життя і має визначення (дефініцію) у юридичній літературі (законодавчих актах, юридичних словниках, науково-правових працях)» [4, 35].

Зазвичай, заснування термінологічної системи в законодавстві країн базується на нормах міжнародних договорів у відповідній сфері. Характерно,

що в перших міжнародних договорах, прийнятих у галузі авторського права та суміжних прав, узагальнені терміни не застосовуються, а лише передбачені певні положення, що визначають спеціальні випадки дозволеного використання об'єктів цих прав. Зокрема, в Бернській конвенції про охорону літературних і художніх творів [5] встановлені спеціальні положення щодо використання новин, цитат із твору, творів з навчальною та інформаційною метою тощо. У Міжнародній конвенції про охорону виконавців, виробників фонограм, організацій мовлення [6] передбачені винятки щодо: використання в особистих цілях; використання коротких уривків з метою повідомлення про поточні події; короткочасного звукового запису, здійснюваного організацією мовлення; використання об'єктів суміжних прав у наукових цілях, із зазначенням того, що в національному законодавстві можуть бути встановлені обмеження охорони прав виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення, які передбачені стосовно охорони авторського права на твори літератури та мистецтва. Подібні положення встановлені й в Конвенції про охорону інтересів виробників фонограм від незаконного відтворення їхніх фонограм [7]. У Договорах Всесвітньої організації інтелектуальної власності (далі — ВОІВ), Угоді про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (Угоді TRIPS), прийнятих пізніше наведених конвенціях уже застосовується термін «обмеження та винятки» (ст. 10 Договору ВОІВ про авторське право [8], ст. 16 Договору ВОІВ про виконання і фонограми [9], ст. 13 Угоди TRIPS [10]).

Стосовно європейського законодавства, то найбільш повно випадки вільного використання визначені в ст. 5 Директиви ЄС 2001/29/ЄС Європейського парламенту та Ради від 22.05.2001 року про гармонізацію певних аспектів авторського права та суміжних прав у інформаційному суспільстві [11]. Цією



статтею Директиви ЄС встановлені вичерпні випадки, коли допускається вільне відтворення: без дозволу суб'єктів авторського права та суміжних прав без виплати винагороди і в деяких випадках з виплатою справедливої винагороди суб'єктам цих прав. Зазначена стаття Директиви ЄС іменується: «Винятки та обмеження» («*Exceptions and limitations*»).

Отже, в міжнародних договорах, які мають пізнішу дату прийняття, спостерігається тенденція до застосування терміна «винятки та обмеження». Водночас згідно із законодавством іноземних країн такий термін використовується не завжди. Найпоширенішими є: «добросовісна поведінка» — *fair dealing* (наприклад, Австралія, Ізраїль, Канада), «добросовісне використання» — *fair use* (США, Великобританія), «вільне використання» — *free use* (Болгарія, Словенія, Португалія); «обмеження авторських прав» — *limitations on copyright rights* (Фінляндія, Швеція, Литва, Латвія, Албанія, Іспанія, Бразилія, Китай), «винятки з майнових прав» — *exceptions to the economic rights* (Бельгія), допустиме використання — *permissible use* (Польща). Як бачимо в законодавстві іноземних країн не встановлено уніфікованого терміна. Кожна країна вибирає термінологію, що найбільш підходить до її усталеної практики охорони авторського права та суміжних прав або як зазначено у роз'ясненні ВОІВ «відповідно до конкретних соціальних, економічних та історичних умов» [12].

Як наведено в міжнародних договорах у сфері авторського права та суміжних прав, застосовується термін «винятки та обмеження», проте, на жаль, формулювання понять, які б давали відповідь на запитання, що належить до «винятків», а що до «обмежень» відсутнє. На рівні роз'яснень ВОІВ [13], обмеження розділені: по-перше, на винятки з творів, на які не поширюється авторсько-правова охорона; по-друге, на певні випадки, пе-

редбачені законом, згідно з яким допускається бездозвільне (оплатне, безоплатне) використання об'єктів авторського права та суміжних прав. Зазначене підтверджено у визначенні поняття «обмеження авторського права», наведене у Глосарії термінів ВОІВ, яке доповнюється тим, що «основними формами таких обмежень є випадки вільного використання, примусові ліцензії та ліцензії за законом» [14]. Отож, обмеження майнових прав пов'язують із випадками вільного використання.

Для законодавства України характерним є одночасне застосування різних термінів. Доказом цього є наведені нижче норми. Відповідно до ч. 2 ст. 424 ЦК України передбачено, що законом можуть бути встановлені винятки та обмеження в майнових правах інтелектуальної власності за умови, що такі обмеження та винятки не створюють істотних перешкод для нормальної реалізації майнових прав інтелектуальної власності та здійснення законних інтересів суб'єктів цих прав. Водночас, за приписами ст. 426 ЦК України використання об'єкта права інтелектуальної власності іншою особою здійснюється з дозволу особи, яка має виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності, крім випадків правомірного використання без такого дозволу, передбачених ЦК України та іншим законом. Статтею 444 ЦК України «Випадки правомірного використання твору без згоди автора» передбачено, що твір може бути вільно, без згоди автора та інших осіб, та безоплатно використаний будь-якою особою, зокрема шляхом цитування творів, відтворення їх у судовому та адміністративному провадженні, що відповідає випадкам, встановленим чч. 1, 7 ст. 21 Закону України «Про авторське право і суміжні права» (далі — Закон), які згідно з назвою цієї статті визначені як випадки вільного використання. Тож спостерігається явна неузгодже-



ність термінів, використовуваних у ЦК України. Не узгоджене вживання термінів помічаємо і власне в Законі. Так, згідно з ч. 6 ст. 15 Закону здійснюється посилання на статті 21–25 Закону як на статті, що передбачають обмеження майнових прав, хоча назви статей вказані як вільне використання творів. Щодо суміжних прав, то назва ст. 42 Закону визначена як «Обмеження майнових прав виконавців, виробників фонограм, відеограм і організацій мовлення», на відміну від назв подібних статей, що стосуються вільного використання об'єктів авторського права, на які міститься посилання в цій же статті Закону. Як бачимо, в законодавстві відсутній уніфікований підхід до застосування термінів, що приводить до плутанини, спричиненою безсистемністю та термінологічною неузгодженістю. Як справедливо зазначають С. Гусарев та О. Тихомиров, «невдалі формулювання, неточне вживання термінів, неправильні посилання та інші термінологічні помилки породжують додаткові запити, суперечки, необхідність додаткового тлумачення і роз'яснення» [15]. А філософ Ф. Бекон підкреслював: якщо власне поняття, будучи основою всього, спутані та необдуманно абстраговані від речей, то немає нічого міцного в тому, що побудовано на них [16].

Поняття «вільний» розглядається у тлумачних словниках, зокрема, як «необмежений, що не має примусу ззовні, незалежний, самостійний, що має свободу. Не обмежений межами, заборонами, безперешкодний» [17]. Тобто для третіх осіб, використання об'єктів авторського права та суміжних прав може бути безперешкодним, дозволеним у певних випадках, визначених законом, тобто вільним. У науковій літературі вчені неодноразово здійснювали спроби визначити поняття «вільне використання творів». На основі детального аналізу цих визначень можливо виділити основні підходи до досліджуваного питання.

Так, концептуально позиції вчених зводилися до:

- 1) врахування при визначенні поняття характерних ознак (цієї думки дотримуються О. Святоцький, В. Дроб'язко, О. Підпригора, А. Мільчин, Д. Ліпчик, І. Панкеев, О. Заєць, І. Якубівський, О. Дзера, Н. Кузнецова);
- 2) додаткового уточнення у визначенні поняття цілей вільного використання (таке трактування пропонують О. Святоцький, В. Дроб'язко);
- 3) акцентування уваги на бездоговірному використанні (представником такого підходу є О. Луткова);
- 4) включення до визначення поняття крім характерних ознак іншої спорідненої інформації (такої думки дотримується С. Бородін).

Стосовно першої позиції, то у Словнику термінів з інтелектуальної власності поняття «вільне використання творів» розглядається як «визначені законом випадки можливого використання твору без згоди правовласника та без виплати авторської винагороди» [18]. Такі визначення наводять Д. Ліпчик, І. Панкеев. Під вільним використанням творів розуміють: «можливість у певних випадках використовувати охоронювані твори вільно та безкоштовно (без дозволу та без виплати винагороди власнику авторського права» [19]; «таке використання, коли користувач не повинен заручатися згодою автора чи іншого правовласника та виплачувати винагороду» [20]. Аналогічної думки дотримується О. Заєць, вважаючи, що це право «особи вільно, без згоди автора чи інших володільців прав вільно та безоплатно використати твір» [21]. На правомірному використанні твору без згоди автора чи іншої особи, яка має авторське право, у випадках, коли це допускається законом, акцентує увагу у своєму визначенні І. Якубівський [22]. Ще простішим є визначення, наведене О. Дзєрою та Н. Кузнецовою: «використання твору без згоди автора закон називає віль-



ним використанням» [23]. Переваги наведених понять полягають у лаконічності визначення, доступності для сприйняття. Недоліком є те, що не враховані всі основні ознаки поняття, що дає підстави вважати запропоновані визначення неповними.

Наступний підхід сформульовано у словнику-довіднику за редакцією О. Святоцького, В. Дроб'язка, де вільне використання розглядається як «можливість використання твору, що випливає з обмежень авторського права, безоплатне використання твору в певних випадках без одержання дозволу, однак з дотриманням умов, встановлених законодавством, які, в основному, стосуються використання і охорони особистих немайнових прав автора» [24, 57]. Подібне визначення також запропоновано О. А. Підпригорою та О. Святоцьким [25, 580]. У видавничому словнику-довіднику (за авторством А. Мільчина) вільним вважається «використання творів (наприклад, їх видання) без дозволу на це автора та без виплати авторської винагороди, але з дотриманням прав авторства, права на ім'я та захисту репутації автора» [26]. На відміну від попередніх визначень, в останньому здійснена спроба акцентувати увагу на дотриманні особистих немайнових прав. Проте, особисті немайнові права, встановлені ст. 14 Закону, є значно ширшими за своїм змістом, аніж зазначено у наведеному понятті. Крім цього, вільне використання можливе при дотриманні й інших умов (правомірне оприлюднення об'єктів авторського права та суміжних прав; вичерпні випадки вільного використання цих об'єктів, дотримання вимог триступеневого тесту). Отже, з таким підходом також не можна погодитися, адже в наведених поняттях не враховуються характерні ознаки.

Ще одним підходом до визначення поняття є уточнення цілей вільного використання. Так, у вищезгаданому словнику-довіднику за редакцією О. Святоцького, В. Дроб'язка поняття доповнюється: «вільне використання мотивується переважно інформаційними цілями або ж потребами розвитку освіти, науки і культури» [24, 57]. Однак, крім зазначених цілей, що без сумніву, є визначальними, проте не єдиними, вільне використання передбачається, наприклад, із соціальною метою (можливість дозволеного використання творів сліпими й іншими особами з обмеженими фізичними можливостями); для адміністративних потреб (відтворення творів для судового й адміністративного провадження); з метою вільного копіювання, модифікації і декомпіляції комп'ютерних програм; відтворення творів в особистих цілях. Отож, при визначенні поняття доречно відмовитися від перерахування цілей, з огляду на їх широкий перелік.

При формулюванні визначення поняття О. Луткова акцентує увагу на бездоговірному використанні творів, окремо зупиняючись на примусових ліцензіях. На думку вченої, «під вільним використанням творів потрібно розуміти не пов'язане з необхідністю отримання від правовласника дозволу чи примусової ліцензії на використання опублікованого авторського твору будь-якою третьою особою» [27]. Згідно з цим визначенням, вільне використання поширюється на всі випадки, передбачені Законом, не залежно від того, чи підпадають вони під примусове ліцензування (коли дозвіл не є обхідним, а передбачено лише право на винагороду)*. Основною вадою цього визначення є неврахування інших суттєвих ознак, що характеризують вільне використання

* Під примусовим ліцензуванням розуміють «надання користувачам права на певне використання твору, що охороняється авторським правом, без чітко вираженого дозволу праволодильця, але з виплатою йому встановленої компенсації» [24, 183].



твору, а наголошення уваги лише на одній з них.

Найбільш широким серед досліджених визначень є поняття, розроблене С. Бородіним. На його думку, вільне використання — це використання творів науки, літератури та мистецтва, здійснюване третіми особами без чиєсь згоди або дозволу, без сплати користувачем винагороди, засноване на винятках з авторського права, ліцензіях за законом, закінчення строку дії виключних прав, введеноз метою розвитку культури, підтримки стійкого доступу до культурних цінностей, нормалізації цивільного обороту за наявності юридичної монополії, що не перешкоджає автору отримувати винагороду за свою діяльність і не позбавляє іншого правовласника стимулу до господарської діяльності у сфері інтелектуальної власності» [1]. Наведене визначення є досить інформативним. Воно охоплює випадки дозволеного використання, цілі його запровадження та містить інформацію про переваги такого використання для різних сторін. Однак, на нашу думку, поняття має характеризуватися точністю й однозначністю, вказувати на головні, суттєві ознаки досліджуваного поняття.

Наведений аналіз дає підстави дійти висновку, що жодне із запропонованих визначень поняття «вільне використання» не може бути визнане універсальним, адже не дає повної уяви про предмет дослідження. На думку А. Конверського «...мати поняття про предмет, означає знати, які ознаки йому притаманні, в яких зв'язках і відношеннях він знаходиться з іншими предметами і чим він від

них відрізняється» [28]. Цим вимогам не відповідає жодне запропоноване у спеціальній літературі визначення «вільного використання».

Правовий аналіз норм статей 21–25, 42* Закону дає можливість визначити ознаки, за яких використання об'єктів авторського права та суміжних прав будь-якими особами можливе:

- 1) без згоди суб'єктів авторського права і суміжних прав;
- 2) без виплати винагороди суб'єктам цих прав;
- 3) з дотримання певних умов, передбачених законом;
- 4) лише у випадках, спеціально передбачених законом.

Першою ознакою є бездозвільне використання об'єктів авторського права і суміжних прав. Ця ознака вважається визначальною, тому що пов'язана з принципом свободи використання об'єктів авторського права і суміжних прав іншими особами без дозволу суб'єктів цих прав (без укладення з ними відповідного договору). Вона базується на винятках з концепції виключних майнових прав**.

Другою ознакою є безкоштовне використання об'єктів авторського права та суміжних прав. Ця ознака прямо пов'язана з першою. У разі відсутності потреби в отриманні дозволу від уповноваженої особи на використання об'єкта авторського права й суміжних прав відпадає необхідність виплати їй винагороди. Винятком з зазначеного правила є право на винагороду, встановлене ч. 2 ст. 25 Закону, згідно з якою твори й виконання, зафіксовані у фонограмах, відеограмах, їхніх примірниках, а також аудіовізуальні твори та їхні примірники

* Стаття 42 Закону, хоч і названа «Обмеження майнових прав виконавців, виробників фонограм, відеограм і організацій мовлення», проте має подібні положення та відсилає до статей 21–25 Закону, що дає підстави теоретично долучити її до статей Закону щодо вільного використання творів.

** Згідно зі ст. 1 Закону виключні майнові права полягають у використанні об'єктів авторського права та суміжних прав лише особою, якій належать права, і видачі лише нею дозволу чи заборони на їх використання іншим особам у межах строку, встановленого законом.



ки допускається відтворювати в домашніх умовах виключно в особистих цілях або для кола сім'ї без дозволу автора (авторів), виконавців, виробників фонограм, виробників відеограм, але з виплатою їм винагороди. Особливості виплати винагороди в цьому випадку визначені ст. 42 Закону.

Третьою ознакою є обов'язковість дотримання умов, передбачених законом. Ця ознака має уточнювальний характер, що полягає у встановленні певних меж вільного використання. Такими умовами є: правомірне оприлюднення об'єктів авторського права та суміжних прав; дотримання особистих немайнових прав. Водночас використання не має завдавати шкоди використанню об'єктів авторського права й суміжних прав і не обмежувати безпідставно законні інтереси суб'єктів цих прав (ч. 6 ст. 15, ч. 3 ст. 42 Закону).

Четвертою ознакою є використання об'єктів авторського права та суміжних прав у випадках, передбачених законом. Ця ознака визначає, що лише законом можуть бути встановлені спеціальні випадки вільного використання. Вони не можуть бути широкими та вільно тлумачитися, мають бути вичерпними, оскільки зачіпають водночас приватні та суспільні інтереси⁴.

Узагальнюючи наведені ознаки, пропонуємо таке визначення поняття: *під вільним потрібно розуміти використання будь-якими особами об'єктів авторського права і суміжних прав без дозволу суб'єктів цих прав і без виплати їм винагороди у спеціально визначених законом вичерпних випадках з дотриманням умов такого використання.*

Наведене визначення відповідає низці концептуальних положень. По-перше, воно містить всі основні ознаки досліджуваного поняття. По-друге, у запропонованому визначенні вказано про

обмеженість таких випадків, що є встановленням певних законодавчих меж, спрямованим на недопущення широкого обмеження прав творців. По-третє, у визначенні акцентовано увагу на необхідність дотримання умов, встановлених законом, що є застереженням для користувачів об'єктів цих прав. Насамкінець, поняття охоплює як сферу авторського права, так і суміжних прав.

Проведене дослідження дає підстави для таких **висновків**:

- 1) інститут вільного використання об'єктів авторського права та суміжних прав відіграє ключову роль у встановленні балансу приватних та суспільних інтересів;
- 2) уніфікована термінологія як на рівні міжнародного, так і на рівні національного законодавства відсутня. Кожна країна вибирає термінологію, що найбільш підходить до усталеної системи охорони авторського права і суміжних прав і відповідних умов. Водночас, згідно з останніми тенденціями у міжнародному законодавстві більш вживаним стає термін «винятки та обмеження»;
- 3) для законодавства України характерним є одночасне застосування різних термінів, що негативно позначається на практиці;
- 4) норми Цивільного кодексу України та Закону України «Про авторське право і суміжні права» щодо вільного використання доцільно узгодити між собою з урахуванням запропонованого у роботі визначення поняття, що сприятиме чіткому розумінню норм законодавства й ефективному застосуванню їх на практиці. ♦

⁴ Четверту ознаку можливо віднести й до умов вільного використання, проте в дослідженні з метою акцентувати на ній увагу, запропоновано розглядати її окремо.



Список використаних джерел

1. Бородин С. С. Свободное использование произведений в аспекте системного взаимодействия принципов авторского права : автореф. дис... канд. юр. наук : 12.00.03 / С. С. Бородин [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://dis.rgiis.ru/files/dis/d40100102/borodin-200314/borodin-200314-a.pdf>.
2. Жеребкін В. Є. Логіка [Електронний ресурс] / В. Є. Жеребкін. — Х. : Основа, 1995. — Режим доступу : <http://thales2002.narod.ru/zher3.html>.
3. Вишневський М. І. Філософія : навч. посібник [Електронний ресурс] / М. І. Вишневський. — Мінськ : Виш. шк., 2008. — 479 с. — Режим доступу : <http://uch.teximas.com/filosofiya-ucheb-posobie-vishnevskiy-minsk.html>.
4. Артикуца Н. В. Основи вчення про юридичний термін і юридичну термінологію / Н. В. Артикуца // Українська термінологія і сучасність : зб. наук. праць КНЕУ. — К., 2005. — С. 35–42.
5. Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_051.
6. Міжнародна конвенція про охорону виконавців, виробників фонограм, організацій мовлення (Рим, 26.10.1961 року) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_763.
7. Конвенція про охорону інтересів виробників фонограм від незаконного відтворення їхніх фонограм від 29.10.1971 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_124.
8. Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право, прийнятий Дипломатичною конференцією 20.12.1996 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_770.
9. Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності про виконання і фонограми, прийнятий Дипломатичною конференцією 20.12.1996 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_769.
10. Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/981_018.
11. Директива ЄС 2001/29/ЄС Європейського парламенту та Ради від 22.05.2001 року про гармонізацію певних аспектів авторського права та суміжних прав у інформаційному суспільстві (Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society) OJ L 167. — 22.06.2001. — P. 10–19.
12. WIPO. Limitations and Exceptions. [Electronic resource]. — Acces mode : <http://www.wipo.int/copyright/en/limitations>.
13. WIPO. Understanding Copyright and Related Rights. Limitations on Rights. [Electronic resource]. — Acces mode : http://www.wipo.int/freepublications/ru/intproperty/909/wipo_pub_909.html.
14. Обмеження авторського права. Глосарій : терміни та їх тлумачення. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://udec.ntukpi.kiev.ua/lspac/osnov_intel_vlasn_udec_demo/schedule.nsf/d862e82eafb758368525663c004f385c/c51a291582a2cf78c2256e2a003ba2dc?OpenDocument#.
15. Гусарев С. Д. Юридична деонтологія (Основи юридичної діяльності) : навч. посібн. [Електронний ресурс] / С. Д. Гусарев, О. Д. Тихомиров. — К. : Знання, 2005. — Режим доступу : http://www.biglib.com/book/16_Uridichna_deontologiya_Osnovi_uridichnoi_diyalnosti.



16. Горлач М. І. Філософія [Електронний ресурс] / М. І. Горлач. — Режим доступу : <http://readbookz.com/books/179.html>.
17. «Свободный» : понятие // Толковый словарь Ушакова [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://dic.academic.ru/dic.nsf/ushakov/1018650>.
18. Краткий словарь терминов по интеллектуальной собственности : термин «свободное использование» [Электронный ресурс]. — Режим доступа : http://www.pravo.vuzlib.org/book_z885_page_20.html.
19. Липцик Д. Авторское право и смежные права / Д. Липцик ; пер. с фр.; предисловие М. Федотова. — М. : Ладомир; Издательство ЮНЕСКО, 2002. — 788 с.
20. Панкеев И. О. Свободное использование произведений в журналистской деятельности / И. О. Панкеев [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://mediascope.ru/node/1015>.
21. Заець О. В. До проблеми вільного використання об'єктів авторського права [Електронний ресурс] / О. В. Заець. — Режим доступу : http://visnyk.univd.edu.ua/?action=publications&pub_name=visnik&pub_id=179387&year=2006&pub_article=200404.
22. Якубівський І. Є. Юридична природа права на плату (винагороду) в авторському праві / І. Є. Якубівський // Теорія і практика інтелектуальної власності. — 2012. — № 5. — С. 12.
23. Цивільне право України / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.vuzlib.org/beta3/html/1/11011>.
24. Інтелектуальна власність : словник-довідник / за заг. ред. О. Д. Святоцького. — У 2-х т. : Том 1. Авторське право і суміжні права / за ред. О. Д. Святоцького, В. С. Дроб'язко ; уклад. : В. С. Дроб'язко, Р. В. Дроб'язко. — К. : Ін Юре, 2000. — 356 с.
25. Право інтелектуальної власності : підруч. для студ. вищих навч. закл. / за ред. : О. А. Підпригори, О. Д. Святоцького. — К. : Ін Юре, 2002. — 624 с.
26. Мильчин А. Э. Издательский словарь-справочник [Электронный ресурс] / Мильчин А. Э. — 3-е изд., испр. и доп. — М. : ОЛМА-Пресс, 2006. — Режим доступа : <http://slovari.yandex.ua>.
27. Луткова О. Конвенционное регулирование свободного использования произведений в трансграничном коммерческом обороте / О. Луткова [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://www.kiarp.com/press-centr/public/konvencionnoe-regulirovanie.html>.
28. Конверський А. Є. Логіка [Електронний ресурс] / А. Є. Конверський. — К. : Центр учбової літератури, 2012. — Режим доступу : http://pidruchniki.ws/15220809/logika/logika_-_konverskiy_aye.

Надійшла до редакції 24.06.2014 року

В. Троцька. Сущность свободного использования объектов авторского права и смежных прав. В статье рассмотрены проблемные аспекты терминологии законодательства, касающиеся свободного использования объектов авторского права и смежных прав. Кроме того, рассмотрены научные подходы различных ученых к определению данного понятия. Определены и проанализированы характерные признаки свободного использования.

Ключевые слова: свободное использование, терминология, авторское право



Trotska V. The essence of the free use of copyright and related rights. The article contemplates the problematic aspects of legislation terminologies, touching the free use of copyright objects and related rights. Research showed there are different terms in the legislation, scientific literature, practical activities such as: the «free use», «fair use», «limitation of property rights», «exception and limitation», «withdrawal from a copyright», «permissible use».

It has been analysed the corresponding norms of international agreements and legislation of countries. Based on the conducted analysis has been made the conclusion in relation to the tendencies of application of terms.

However, it has been contemplated the scientific ways of different scientists to the definition of this concept. In spite of numerous researches it has been made a conclusion that terminology on affected questions requires a revision.

The characteristic signs of the free use are defined and analysed. It has been made a conclusion that signs of the use of copyright objects and related rights by any persons are:

- 1) without the permission of copyright subjects and related rights;
- 2) without paying the compensations to the subjects of these rights;
- 3) with the observance of certain conditions which are envisaged by a law;
- 4) only in special cases which are envisaged by a law.

Based on this signs it was proposed an author's definition «the free use».

Proposed definition has got same positive moments. Firstly, it covers all signs of concept. Secondly, it contemplates about the case limits of the free use. Thirdly, it provides the term observance of the free use, which are defined in a law. And finally, the concept spreads not only on works but also objects of the related rights.

Keywords: free use, terminology, copyright



ТЕЛЕФОРМАТ ЯК ОБ'ЄКТ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ

Надія Федорова,

аспірант НДІ інтелектуальної власності НАПрН України

Одним з найпотужніших технологічних винаходів сучасного світу є телебачення та його організаційно-інтелектуальний творчий продукт, який на практиці отримав назву «телевізійний формат». Як об'єкт законодавчого регулювання, на жаль, телеформат не існує в жодній країні світу. Метою дослідження є розгляд законних способів захисту, які застосовуються в телеіндустрії для охорони телеформатів.

Ключові слова: телеформат, телебачення, законодавче регулювання

Право інтелектуальної власності постійно змінюється під впливом нових суспільних факторів, що призводить до виникнення нових цікавих результатів інтелектуальної творчої діяльності людини. Одним з найпотужніших технологічних винаходів сучасного світу є телебачення та його організаційно-інтелектуальний творчий продукт, який на практиці отримав назву «телевізійний формат».

З технічного боку «телевізійний формат» означає сукупність характеристик телевізійного сповіщення, таких як кількість строкової розгортки, частота кадрів тощо.

З економічного, — це певний нематеріальний об'єкт права, що може приносити суттєвий дохід телекомпаніям та іншим суб'єктам правовідносин, які виникають у галузі телевізійного виробництва й мовлення. Так, згідно зі звітом за 2009 рік міжнародної організації *FRAPA (Format Recognition and Protection Association)* (Асоціація Визнання та Охорони Форматів), обсяг коштів, залучених до сфери розпорядження правами на телевізійні формати у світі зросли з 6,4 млрд євро у 2002–2004 роках до 9,3 млрд євро у 2006–2008 роках [1]. У звіті наво-

дяться показники 12 країн світу, зокрема Австралії, Канади, Франції, Німеччини, Італії, Японії, Голландії, Великобританії, США тощо. Отже, відносини, що виникають з приводу телевізійних форматів, є досить поширеними та залучають значні грошові кошти, що, безумовно, позитивно відбивається на економіці відповідних країн.

Як об'єкт законодавчого регулювання, на жаль, телеформат не існує в жодній країні світу. Хоча спроби узаконити цей термін були: у Великобританії одним законопроектом передбачалися два визначення — «форматна програма» та «форматна пропозиція». *Форматна програма* — телепередача, що створюється для повторення і розпізнавання як серії, що має певний рівень оригінальності. *Форматна пропозиція* — записаний план для форматної програми. Проте цей законопроект так і не був ухвалений.

Отже, незважаючи на поширеність відносин щодо розпорядження правами на телевізійні формати, про що свідчать наведені дані, законодавчі норми, котрі б містили прямі вказівки на можливість надання їм охорони як об'єктам прав, зокрема і права інте-



лектуальної власності, зазвичай відсутні. Водночас судова практика країн світу має певний доробок щодо захисту прав на цей продукт людської творчості.

Телевізійний формат був визнаний у 2004 році об'єктом права інтелектуальної власності згідно з рішенням суду в Бразилії у справі щодо формату телевізійної програми «Великий Брат» (*Big Brother*). У цьому хрестоматійному рішенні зазначається, що телевізійний формат є набагато ширшим поняттям, яке не лише охоплює центральну ідею програми, а й численну групу технічної, артистичної, економічної, ділової інформації. Телевізійний формат є не лише ідеєю, він є ідеєю та багато чим іншим [2].

У 2003 році Верховний суд Німеччини у справі *Sendeformat* зазначив, що формат телевізійної програми — це сукупність її характерних ознак, здатних слугувати загальним шаблоном, що формує кожну окрему програму, роблячи можливим для публіки легко впізнати кожну передачу, незалежно від її змінюваного змісту, як частину серії телевізійних програм [3].

Отже, телевізійний формат — це складний об'єкт телевізійного виробництва, що становить сукупність певних елементів, комбінація яких є характерною саме для певного телевізійного продукту, та яка надає йому здатності до ідентифікації серед інших однорідних об'єктів.

Виходячи з наведеного, можна виокремити певні основні ознаки телевізійного формату, що має як теоретичне, так і практичне значення, оскільки елементи, що відрізняють той або той конкретний формат, є різними за своїм змістом, але універсальними за структурою.

Отже, телеформат складається з таких елементів:

- містить унікальну комбінацію елементів, які складають цілісну сукупність;

- має певну загальну ідею, сюжет, який виражається у об'єктивній формі;
- становить шаблон для відтворення як у різних епізодах певної серії програм, так і у різноманітних втіленнях формату (у інших програмах);
- призначений для багаторазового втілення різноманітними способами.

Водночас у своїй сукупності такі елементи мають відображати унікальність і неповторність такого продукту як телеформат, що дає підстави ставити питання про можливість віднесення цього продукту творчої діяльності до об'єктів охорони права інтелектуальної власності.

Можливість практичного застосування виокремлених елементів (ознак) при розгляді спірних правовідносин можна розглянути на прикладі судової справи щодо захисту формату програми «Караоке на Майдані». Одним з доказів у справі був висновок спеціального дослідження об'єктів інтелектуальної власності, підготований НДІ інтелектуальної власності НАПрН України. Згідно з цим висновком, «автором сценарію «Караоке у фонтана» було запозичено елементи внутрішньої форми сценарію «Караоке на Майдані», його творчий задум, тобто юридично значущі елементи твору...» [4]. За словами Н. Суботи, «Із посиленням на відповідне наукове джерело та доктринальні тлумачення спеціалісти зазначають, що творчий задум автора твору складається із системи художніх образів та взаємозв'язків між ними, а вони співпадають в обох сценаріях:

- на вулиці збирається натовп; кожен є потенційним учасником гри;
- спочатку ведучий співає пісню разом з усіма;
- далі на власний розсуд обирає для подальшої гри декількох із тих, хто найкраще заспівав запропоновану пісню;



- серед обраних співаків визначаються фіналісти програми;
- фіналісти збирають гроші для визначення переможця;
- хто з фіналістів зібрав більше грошей, той і переміг» [1].

Вказані художні образи були характерними для телеформату програми «Караоке на Майдані» та збігалися із елементами програми «Караоке у фонтана». Отже, можна говорити про наявність основних рис телевізійного формату в цій справі:

- усі основні елементи об'єкта мають значення саме в унікальній комбінації, в якій їх поєднано (схожа назва, сценарій, інші елементи права інтелектуальної власності);
- творчий задум автора формату був виражений в об'єктивній формі — у розглядуваному випадку в сценарії;
- наведені ознаки творчого задуму в своїй сукупності та у поєднанні з іншими об'єктами права інтелектуальної власності (наприклад ноу-хау) формують шаблон, придатний для втілення у різних телепрограмах;
- цей об'єкт був призначений для багаторазового втілення в телепрограмах різними суб'єктами (про це, зокрема, свідчить наявність договору між учасниками спору).

Сьогодні на українському телебаченні успішно демонструються адаптовані зарубіжні телевізійні формати, прикладом яких є соціальні реаліті-шоу: «Міняю жінку» (*Wife Swap*, Велика Британія), «Кохана, ми вбиваємо дітей» (*Honey, we're killing the kids*, Велика Британія), «Детектор брехні» (*The Moment of Truth*, США на основі *Nada más que la verdad*, Колумбія); «Один за всіх» (*Happy Family Plan*, Японія). Або, наприклад, реаліті-шоу шоу випробувань: «Острів спокус» (*L'Ole de la tentation*, Франція), «Гарем» (*Harem*, Швеція), «Битва

екстрасенсів» (*Britain's Psychic Challenge*, Велика Британія), «Останній герой» (*Survivor*, США). Водночас, національне телебачення пропонує і власні оригінальні телевізійні формати:

- телеканал «Інтер»: «Ключовий момент», «Караоке на Майдані» «Квадратний метр», «Все для тебе»;
- телеканал «1+1»: «Без мандата»;
- телеканал «Україна»: «Народна зірка»;
- «Новий канал»: «Ревізор», «Хто проти блондинок?», «Україна сльозам не вірить»;
- студія «95 квартал»: «Розсміши коміка», ситком «Свати» «Майдан's», «Джентльмени на дачі», «Вечірній квартал»;
- канал СТБ: народна премія «Гордість країни»; «Шустер Studio»: «Свобода слова», «Шустер live. Адреналін»;
- компанія «Стар Медіа»: серіал «Острів непотрібних людей».

Незважаючи на поширеність вказаного виду продукту творчої інтелектуальної діяльності його кваліфікація як об'єкта правової охорони достатньо складна та неоднозначна про що свідчить судова практика, насамперед зарубіжна.

Історично склалося, що формати часто намагаються захистити як самостійний об'єкт авторського права. Та це достатньо проблематично. Одним з недоліків такого захисту є поширення авторського права тільки на форму вираження твору, а не на ідеї, теорії, концепції, процедури, навіть якщо вони виражені, описані, пояснені в творі. Водночас суди схильні «підтримувати думку, що оригінальний формат — це, зазвичай ідея, а не творчий результат, який здатний потрапити під захист авторського права» [6]. Наприклад, у судовому рішенні у справі *Green v. Broadcasting Corporation of New Zealand* щодо шоу *Opportunity Knocks* (дослівно перекладається як «можливість достукатися») (1989 рік,



Великобританія) аргументи позивача щодо захисту формату як літературного твору були відхилені, тому що в основу опису шоу була покладена тільки загальна концепція, що не захищається авторським правом.

Другий підводний камінь — це складність віднесення телеформатів до об'єктів авторського права. Були спроби захистити подібні шоу навіть як драматичні твори. Та й ця стратегія не завжди виграшна — у вищезгаданій справі суд вказав, що формат шоу *Opportunity Knocks* позбавлений цілісності драматичного твору.

У 2004 році Данський верховний суд у справі *Castaway Television Productions Ltd i Planet 24 Production Ltd проти Endemol* усе ж визначив, що данська версія *Survivor* є об'єктом авторського права, хоча елементи програми окремо такими не були, але їх поєднання та використання було результатом творчої діяльності. Проте це не допомогло позивачам захистити свій формат. Суд відхилив позов на підставі того, що однакові ідеї, покладені в основу форматів *Big Brother i Survivor*, не є основою для визнання факту порушення.

Оскільки телеформат є складним об'єктом, до складу якого входять різноманітні самостійні елементи авторського права, практиці відомі спроби захистити телеформат як сукупність об'єктів авторського права. Та формат на рівні з охоронюваними елементами містить об'єкти, які не охороняються, які у випадку запозичення для телевізійника буде означати часткове копіювання його формату.

Застосовуючи комплексний підхід до захисту телеформату, більшість правоволодільців реєструють як торгові знаки назву телевізійного формату. Та на практиці існують певні труднощі захисту назви формату як торгового знака. Придумуючи назву, важливо, щоб вона не було описовим позначенням. Наприклад, у справі *AETN Television Network v Channel Four*

Television Corporation суд відмовив узабороні використання назви реаліти-шоу *Intervention* у назві іншого реаліти-шоу *Intervention: We're coming to get you*, аргументуючи тим, що «*intervention*» є поняття описове. Аналогічно і зі словами «танці», «голос», «талант» і багатьма іншими, що часто використовуються в назвах шоу. Тому й існує багато різних форматів з однаковими так званими коренями «Танцюють всі», «Танці із зірками», «Танці на льоду». На відміну від шоу *Intervention*, творці шоу *American Idol* змогли в Канаді опротестувати реєстрацію торгової марки *Canadian Idol*.

Окрім описаного, існують й інші труднощі при захисті назви телеформату як торговельної марки. Порівняно з авторським правом, яке охороняється без реєстрації в усіх країнах-учасниках Бернської конвенції, торговельну марку необхідно зареєструвати в країнах, які цікавлять власника марки. Більше того, законодавство багатьох держав вимагає обов'язкового використання назви впродовж певного часу з моменту реєстрації.

У деяких випадках копіювання телеформату в судовій практиці розглядається як акт недобросовісної конкуренції.

Отже, існує декілька законних способів захисту, що застосовуються в телеіндустрії для охорони телеформатів. Але не завжди за їх допомогою можна досягти бажаного результату — захистити права всіх осіб, творчою інтелектуальною працею яких був створений телевізійний формат. Саме тому актуальним лишається пошук ефективних шляхів вирішення цієї проблеми.

Одним з методологічних підходів до вирішення вказаної проблеми є розгляд телевізійного формату як складного за своєю структурою і змістом об'єкта правової охорони, зокрема й об'єкта права інтелектуальної власності. Це надасть можливість з'ясувати, які саме самостійні об'єкти (елементи)



належні до його структури, оцінити їх з позиції можливої правової охорони та захисту.

Як свідчить практика, у процесі виробництва телевізійної програми на основі телеформату відбувається використання багатьох об'єктів права інтелектуальної власності. Так, базою для зйомок програми є сценарій (літературний твір). Назва програми може охоронятись і як об'єкт авторського права (назва сценарію), і як торговельна марка (зокрема в разі її реєстрації у встановленому законом порядку). Також під час зйомок використовуються методичні вказівки та рекомендації розробників телеформату, що є результатом практичного досвіду створення телепрограм і фактично становлять ноу-хау, що, за вітчизняним законодавством, можна віднести до комерційної таємниці.

Отже, на основі практики можна виокремити такі елементи телевізійного формату як складного об'єкта

права інтелектуальної власності, що є найбільш поширеними:

- об'єкти авторських та суміжних з ними прав (сценарій програми, декорації, виконання тощо);
- засоби індивідуалізації товарів та послуг (торговельні марки, географічні зазначення, комерційні найменування);
- нетрадиційні об'єкти права інтелектуальної власності (комерційна таємниця, ноу-хау) [1].

Вказані об'єкти мають свій режим правової охорони та захисту, що сукупно можуть певною мірою забезпечити охорону та захист окремих елементів, з яких складається телеформат, але цілком проблема охорони та захисту щодо вказаного об'єкта творчої діяльності таким способом не вирішується. ♦

Список використаних джерел

1. Субота Н. «Караоке на Майдані» і... в суді [Електронний ресурс] / Н. Субота // Юридичний журнал. — 2005. — № 8. — Режим доступу : <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=1852>.
2. Klement U. Protecting television show formats under copyright law — new developments in common law and civil law countries / Ute Klement // *European Intellectual Property Review*. — 2007.
3. Моцный И. Авторское право на ТВ: чужой против хищника [Электронный ресурс] / И. Моцный. — Режим доступа: [Http://www.gblplaw.ru/news/articles/3351](http://www.gblplaw.ru/news/articles/3351).
4. Logan L. The Emperor's New Clothes? TheWay Forward: TV Format Protection under Unfair Competition Law in the United States, United Kingdom and France: Part 1 / Lisa Logan // *Entertainment Law Review*. — № 3. — Thomson Reuters (Legal) Limited And Contributors, 2009.
5. Coad J. Endemol Wins Copyright Protection For Big Brother In Brazil [Electronic resource] / Jonathan Coad. — Access mode : <http://www.swanurton.com/ebulletins/archive/JKCBigBrotherFormat.aspx?template=articlesprinter.aspx>.
6. Netali E. Gottlieb Free to air? Legal protection for TV Program Formats / E. Netali // *Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper*. — №. 513. — (2d series). — Feb. 2010.



Надійшла до редакції 24.06.2014 року

Федорова Н. Телеформат как объект правовой охраны. Одним из самых мощных технологических изобретений современного мира является телевидение и его организационно-интеллектуальный творческий продукт, который на практике получил название «телевизионный формат». Как объект законодательного регулирования, к сожалению, телеформат не существует ни в какой стране мира. Целью данного исследования является рассмотрение законных способов защиты, которые применяются в телеиндустрии для охраны телеформатов.

Ключовые слова: телеформат, телевидение, законодательное регулирование

Fedorova N. TV-format as an object of legal protection. One of the most powerful technological inventions of the modern world is the television and its organizational and intellectual creative product, which in practice is called «TV-format». As to legislative regulation, unfortunately, not teleformat exist in any country of the world.

The purpose of of this study is to examine the legal protection methods are applied in the television industry for the protection teleformat.

Practice shows that in the production of TV programs based on teleformat going to use many intellectual property rights. Thus, the basis for the filming of the program is the script (literary work). The name of the program can be protected as a copyright object (the name of the script), and as a trademark (such as in the case of registration in the manner prescribed by law). Also used during the filming of guidelines and recommendations of teleformat that are the result of practical experience in creating television and actually make the know-how, according to domestic law, can be classified as a trade secret. But it is not always possible to use them to achieve the desired result — to protect the rights of all people, creative intellectual work which was created by the television format. It therefore remains important to find effective ways to solve this problem.

So, based on practice, you can identify the following elements of television format as a complex object of intellectual property rights, which are the most common:

- objects of copyright and related rights to them (screenplay programs, decorations, performance, etc.);
- means of individualization of goods and services (trade marks, geographical indications, trade names);
- non-traditional intellectual property rights (trade secrets, know-how)

These objects have a mode of legal protection and that, taken together, may to some extent to ensure the safety and protection of the individual elements that make up Teleformat, but the full problem of security and protection on the specified object of creative activity in a manner not solved.

Keywords: TV-format, television, legislative regulation



ПЛАГІАТ: ВИДИ ТА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ

Тетяна Коваленко,
старший науковий співробітник Центру експертних досліджень НДІ інтелектуальної власності НАПрН України

Автор статті робить загальний висновок про те, що порушення авторського права відбувається тоді, коли твір, який охороняється авторським правом, використовують шляхом відтворення, перекладу, адаптування, демонстрування, публічного виконання, розповсюдження, транслювання без згоди чи дозволу правовласника. Авторським правом не охороняються власне ідеї або факти. Авторське право надає охорону способу вираження таких ідей. Щоб уникнути плагіату, необхідно виражати цю ідею власним, унікальним, оригінальним стилем.

Ключові слова: плагіат, порушення авторського права, відповідальність

Порушення авторського права відбувається тоді, коли твір, який охороняється авторським правом, використовують шляхом відтворення, перекладу, адаптування, демонстрування, публічного виконання, розповсюдження, транслювання без згоди чи без дозволу правовласника.

Відповідно до ст. 439 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) автор має право протидіяти будь-якому перекрученню, спотворенню чи іншій зміні твору або будь-якому іншому посяганню на твір, що може зашкодити честі та репутації автора, а також супроводженню твору без його згоди ілюстраціями, передмовами, післямовами, коментарями тощо [1].

Законодавство всіх країн світу у сфері авторського права намагається знайти рівновагу між правами, що надаються авторам, і правами суспільства на доступ до цих творів та їх використання. Такий підхід надає можливість і авторам отримувати користь від доступу до їхніх робіт.

Насамперед необхідно з'ясувати, хто є суб'єктом авторського права та що є об'єктом авторського права.

Відповідно до ст. 7 Закону України «Про авторське право і суміжні права» (далі — Закон) «Суб'єктами авторського права є автори творів, зазначених у частині першій статті 8 цього Закону, їх спадкоємці та особи, яким автори чи їх спадкоємці передали свої авторські майнові права» [2].

А саме об'єктами авторського права, відповідно до ст. 8 Закону є «твори у галузі науки, літератури і мистецтва, а саме: 1) літературні письмові твори белетристичного, публіцистичного, наукового, технічного або іншого характеру (книги, брошури, статті тощо); 2) виступи, лекції, промови, проповіді та інші усні твори; 3) комп'ютерні програми; 4) бази даних; 5) музичні твори з текстом і без тексту; 6) драматичні, музично-драматичні твори, пантоміми, хореографічні та інші твори, створені для сценічного показу, та їх постановки; 7) аудіовізуальні твори; 8) твори образотворчого мистецтва; 9) твори архітектури, містобудування і садово-паркового мистецтва; 10) фотографічні твори, у тому числі твори, виконані способами, подібними до фотографії»;



11) твори ужиткового мистецтва, у тому числі твори декоративного ткацтва, кераміки, різьблення, ливарства, з художнього скла, ювелірні вироби тощо; 12) ілюстрації, карти, плани, креслення, ескізи, пластичні твори, що стосуються географії, геології, топографії, техніки, архітектури та інших сфер діяльності; 13) сценічні обробки творів і обробки фольклору, придатні для сценічного показу; 14) похідні твори; 15) збірники творів, збірники обробок фольклору, енциклопедії та антології, збірники звичайних даних, інші складені твори за умови, що вони є результатом творчої праці за добром, координацією або упорядкуванням змісту без порушення авторських прав на твори, що входять до них як складові частини; 16) тексти перекладів для дублювання, озвучення, субтитрування українською та іншими мовами іноземних аудіовізуальних творів; 17) інші твори» [2].

Охороні підлягають всі перелічені об'єкти авторського права (твори) — оприлюднені чи не оприлюднені, завершені або ні, незалежно від їх призначення, жанру, мети, обсягу тощо. Правова охорона цих творів поширюється лише на форму їх вираження, проте не поширюється на будь-які ідеї, теорії, методи, процеси, способи, теорії тощо, навіть якщо вони відтворені у творі.

Порушення авторського права не дає змоги авторові одержати належний прибуток від своїх творів.

Плагіат (від латинського *plagio* — викрадають) — умисне привласнення авторства на чужий твір науки, літератури, мистецтва чи на чуже відкриття, винахід або раціоналізаторську пропозицію, а також використання у своїх працях чужого твору без посилання на автора [3].

Відповідно до ст. 50, Закону про плагіат — оприлюднення (опублікування), повністю або частково, чужого твору під іменем особи, що не є автором цього твору [2].

Як зазначено вище, авторським правом не охороняються власне ідеї чи факти. Авторське право надає охорону способу вираження таких ідей. Це вираження є унікальним поєднанням слів, музичних символів (нот), кольорів, форм тощо. Саме вираження робить твір оригінальним. Це означає, що основою багатьох творів може бути однакова ідея й усі вони будуть охоронятися авторським правом, одже кожний автор виражає цю однакову ідею своїм неповторним оригінальним способом. У більшості випадків єдиною умовою, котрій має відповідати твір, щоб набути охорони авторським правом, є оригінальність. Це означає, що твір не має бути простою копією іншого твору.

Отже, власне ідеї не охороняються авторським правом, і в тому, що в іншому творі розкривається така ж сама ідея іншого автора, немає нічого нечесного. Щоб уникнути плагіату, необхідно виражати цю ідею власним, унікальним, оригінальним стилем.

Однак створений іншим автором твір може вважатися порушенням авторського права, навіть якщо він не є ідентичним оригінальному твору. Порушення прав визнається тоді, коли копія є суттєво схожою на оригінальний твір. Цей факт зазвичай встановлюється судом, який порівнює мову, формат, послідовність, звучання та інші риси, притаманні оригінальному твору й твору, що вважається скопійованим з нього. Щоб звинуватити автора в плагіаті, необхідно довести, що він мав доступ до оригінального твору та є достатні підстави й дані вважати знов створений твір плагіатом. Якщо звинувачений створив схожий твір зовсім випадково, ніколи не бачивши оригінального твору, факту плагіату немає.

Відповідно до ст. 444 ЦК України, твір може бути вільно, без згоди автора й інших осіб, і безоплатно використаний будь-якою особою:

- як цитата з правомірно опублікованого твору або як ілюстрація у



виданнях, радіо- і телепередачах, фонограмах та відеограмах, призначених для навчання, за умови дотримання звичаїв, зазначення джерела запозичення та імені автора, якщо воно вказане в такому джерелі, та в обсязі, виправданому поставленою метою;

- для відтворення у судовому та адміністративному провадженні в обсязі, виправданому цією метою;
- в інших випадках, передбачених законом.

Особа, котра використовує твір, зобов'язана зазначити ім'я автора твору та джерело запозичення [1].

А також, як зазначено у ст. 21 Закону, без згоди автора (чи іншої особи, яка має авторське право), але з обов'язковим зазначенням імені автора і джерела запозичення, допускається:

- 1) використання цитат (коротких уривків) з опублікованих творів в обсязі, виправданому поставленою метою, в тому числі цитування статей з газет і журналів у формі оглядів преси, якщо воно зумовлено критичним, полемічним, науковим або інформаційним характером твору, до якого цитати включаються; вільне використання цитат у формі коротких уривків з виступів і творів, включених до фонограми (відеограми) або програми мовлення;
- 2) використання літературних і художніх творів в обсязі, виправданому поставленою метою, як ілюстрацій у виданнях, передачах мовлення, звукозаписах чи відеозаписах навчального характеру;
- 3) відтворення у пресі, публічне виконання чи публічне сповіщення попередньо опублікованих у газетах або журналах статей з поточних економічних, політичних, релігійних та соціальних питань чи публічно сповіщених творів такого ж самого характеру у випадках, коли право на таке відтворення, публічне сповіщення або

- інше публічне повідомлення спеціально не заборонено автором;
- 4) відтворення з метою висвітлення поточних подій засобами фотографії або кінематографії, публічне сповіщення або інше публічне повідомлення творів, побачених або почутих під час перебігу таких подій, в обсязі, виправданому інформаційною метою;
- 5) відтворення у каталогах творів, виставлених на доступних публіці виставках, аукціонах, ярмарках або у колекціях для висвітлення зазначених заходів, без використання цих каталогів у комерційних цілях;
- 6) видання випущених у світ творів рельєфно-крапковим шрифтом для сліпих;
- 7) відтворення творів для судового і адміністративного провадження в обсязі, виправданому цією метою;
- 8) публічне виконання музичних творів під час офіційних і релігійних церемоній, а також похоронів в обсязі, виправданому характером таких церемоній;
- 9) відтворення з інформаційною метою у газетах та інших періодичних виданнях, передача в ефір або інше публічне сповіщення публічно виголошених промов, звернень, доповідей та інших подібних творів у обсязі, виправданому поставленою метою;
- 10) відтворення твору в цілях і за умов, передбачених статтями 22–25 Закону.

Цей перелік вільного використання творів є вичерпним [2].

На практиці виділяють такі види плагіату:

- копіювання чужої роботи як без відома, так і з відома автора й оприлюднення її під своїм іменем;
- компіляція власних і запозичених з інших творів фраз без належного цитування джерел;
- перефразування чужої роботи без належно оформленого поси-



лання на оригінального автора чи видавця.

Залежно від кожного конкретного правопорушення за плагіат передбачено адміністративну, кримінальну та цивільну відповідальність.

Адміністративна відповідальність у вигляді штрафу передбачена ст. 51-2 Кодексу України про адміністративні правопорушення за незаконне використання об'єкта права інтелектуальної власності — «Незаконне використання об'єкта права інтелектуальної власності (літературного чи художнього твору, їх виконання, фонограми, передачі організації мовлення, комп'ютерної програми, бази даних, наукового відкриття, винаходу, корисної моделі, промислового зразка, знака для товарів і послуг, топографії інтегральної мікросхеми, раціоналізаторської пропозиції, сорту рослин тощо), привласнення авторства на такий об'єкт або інше умисне порушення прав на об'єкт права інтелектуальної власності, що охороняється законом, тягне за собою накладення штрафу від десяти до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з конфіскацією незаконно виготовленої продукції та обладнання і матеріалів, які призначені для її виготовлення» [4].

Кримінальну відповідальність за плагіат передбачено ст. 176 Кримінального кодексу України, а саме: за незаконне відтворення, розповсюдження творів науки, літератури і мистецтва, комп'ютерних програм і баз даних, а так само незаконне відтворення, розповсюдження виконань, фонограм, відеограм і програм мовлення, їх незаконне тиражування та розповсюдження на аудіо- та відеокасетах, дискетах, інших носіях інформації, або інше умисне порушення авторського права і суміжних прав, якщо це завдало матеріальної шкоди у значному розмірі, — караються штрафом від 200 до 1000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до 2 років, або позбавленням

волі на той самий строк, з конфіскацією та знищенням всіх примірників творів, матеріальних носіїв комп'ютерних програм, баз даних, виконань, фонограм, відеограм, програм мовлення та знарядь і матеріалів, які спеціально використовувались для їх виготовлення.

Ті самі дії, якщо вони вчинені повторно, або за попередньою змовою групою осіб, або завдали матеріальної шкоди у великому розмірі, — караються штрафом від 1000 до 2000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправними роботами на строк до двох років, або позбавленням волі на строк від 2 до 5 років, з конфіскацією та знищенням всіх примірників творів, матеріальних носіїв комп'ютерних програм, баз даних, виконань, фонограм, відеограм, програм мовлення та знарядь і матеріалів, які спеціально використовувались для їх виготовлення.

Дії, передбачені ч. 1 або ч. 2 ст. 176 Кримінального кодексу України, вчинені службовою особою з використанням службового становища або організованою групою, або якщо вони завдали матеріальної шкоди в особливо великому розмірі, караються штрафом від 2000 до 3000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням волі на строк від 3 до 6 років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до 3 років або без такого та з конфіскацією та знищенням всіх примірників творів, матеріальних носіїв комп'ютерних програм, баз даних, виконань, фонограм, відеограм, програм мовлення та знарядь і матеріалів, які спеціально використовувались для їх виготовлення» [5].

Найчастіше винна за створення плагіату особа притягається до цивільної відповідальності.

Відповідно до ст. 432 ЦК України, кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого права інтелектуальної власності відповідно до ст. 16 ЦК України («Захист цивіль-



них прав та інтересів судом»). Суд у випадках і в порядку, встановленими законом, може постановити рішення, зокрема, про:

- 1) застосування негайних заходів щодо запобігання порушенню права інтелектуальної власності та збереження відповідних доказів;
- 2) зупинення пропуску через митний кордон України товарів, імпорту чи експорту яких здійснюється з порушенням права інтелектуальної власності;
- 3) вилучення з цивільного обороту товарів, виготовлених або введених у цивільний оборот з порушенням права інтелектуальної власності;
- 4) вилучення з цивільного обороту матеріалів та знарядь, які використовувалися переважно для виготовлення товарів з порушенням права інтелектуальної власності;
- 5) застосування разового грошового стягнення замість відшкодування збитків за неправомірне використання об'єкта права інтелектуальної власності. Розмір стягнення визначається відповідно до закону з урахуванням вини особи та інших обставин, що мають істотне значення;
- 6) опублікування в засобах масової інформації відомостей про порушення права інтелектуальної власності та зміст судового рішення щодо такого порушення [1].

Закон дозволяє використання без згоди автора, але із зазначенням імені автора та джерела запозичення, цитат з опублікованих творів у обсязі, який виправданій поставленою метою. Проблемним є те, що виправданість обсягу вільного використання чужого твору в кожному конкретному випадку може бути різною і досить важко встановити наявність або відсутність такого порушення. Навіть використання чужого твору із зазначенням імені автора і джерела можна вважати плагіатом у широкому значенні цього поняття,

якщо суттєво перевищений потенційний обсяг такого запозичення відповідно до поставленої мети.

Цитування має використовуватися у всіх випадках, коли в роботі використовуються дані, взяті зі сторонніх джерел, а не отримані або створені безпосередньо автором. Вказані нижче правила та їх дотримання мають стати для авторів своєрідною аксіомою при створенні робіт [3]:

- якщо думка автора наводиться дослівно, то її необхідно взяти в лапки;
- якщо цитується великий уривок тексту, то він може не братися в лапки, натомість він має виділятися чи відокремлюватися від решти тексту певним засобом, наприклад, набиратися іншим шрифтом, накресленням, відбиватися від основного тексту більшими абзацними відступами тощо;
- допускається скорочення цитати, яке не веде до викривлення думки автора. Місце скорочення має бути позначене в цитаті квадратними чи круглими дужками з трьома крапками всередині;
- допускається перефразування цитати, зміна слів або відмінків певних слів. У такому разі, цитата в лапки не береться, але в квадратних дужках обов'язково ставиться посилання на джерело, його порядковий номер зі списку використаної літератури, який додається до роботи;
- в списку використаної літератури завжди необхідно вказувати навіть ті джерела, котрі використовувалися під час підготовки роботи та вивчення теми, навіть якщо прямих посилань або цитувань цих джерел в роботі немає.

Порушення вказаних вище правил і їх недотримання має розцінюватись як плагіат. ♦



Список використаних джерел

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 року № 435-IV // *Голос України*. — 2008. — № 195.
2. Закон України «Про авторське право і суміжні права» // *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. — 1994. — № 13. — Ст. 64.
3. Плагіат [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://uk.wikipedia.org/wiki/плагіат>
4. Кодекс України про адміністративні правопорушення [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/80731-10/page>.
5. Кримінальний кодекс України [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/page5>.

Надійшла до редакції 04.06.2014 року

Коваленко Т. Плагіат: види и ответственность. Автор статьи делает общий вывод о том, что нарушение авторского права происходит тогда, когда произведение, охраняемое авторским правом, используют путем воспроизведения, перевода, адаптации, демонстрации, публичного исполнения, распространения, транслирования без согласия или разрешения владельца права. Авторским правом не охраняются собственно идеи или факты. Авторское право предоставляет охрану способу выражения таких идей. Во избежание плагиата необходимо выражать эту идею собственным, уникальным, оригинальным стилем.

Ключевые слова: плагиат, нарушение прав, ответственность

Kovalenko T. Plagiarism: types and responsibility. The author makes a general conclusion that copyright infringement occurs when a work that is copyrighted, use by reproduction, translation, adaptation, demonstration, public performance, distribution, broadcast, without the consent or permission. Copyright is not protected by their own ideas or facts. Copyright protection gives way to express these ideas. To avoid plagiarism, one must express this idea your own, unique, original style.

Key-words: plagiarism, copyright infringement, responsibility



ІНТЕЛЕКТУАЛЬНА ВЛАСНІСТЬ І ДЕРЖАВА

О. Зайківський,

старший науковий співробітник Центрального науково-дослідного інституту озброєння та військової техніки ЗС України

О. Оністрат,

старший науковий співробітник, начальник відділу Центрального науково-дослідного інституту озброєння та військової техніки ЗС України, кандидат технічних наук

Л. Лотоха,

науковий співробітник Центрального науково-дослідного інституту озброєння та військової техніки ЗС України

У статті обґрунтовується актуальність і пріоритетне значення питань охорони інтелектуальної власності, що належить державі, аналізуються вимоги Конституції України, Господарського та Цивільного кодексів України, інших законодавчих і нормативно-правових актів, міжнародного законодавства щодо врегулювання власності держави на об'єкти права інтелектуальної власності, що створені за бюджетні кошти або стосуються сфери національної безпеки й оборони.

Авторами статті доводиться необхідність визначення: спеціального статусу об'єктів інтелектуальної власності воєнного, спеціального та подвійного призначення; структурного підрозділу, що визначатиме об'єкти права інтелектуальної власності, які стосуються державної безпеки, умови набуття та здійснення права власності на об'єкти права інтелектуальної власності, причетні до цієї сфери.

Ключові слова: безпека держави, інтелектуальна власність, бюджетні кошти

Динаміка розвитку науки й техніки у світі свідчить, що економічний розвиток держав значною мірою залежить від створення та ефективного використання новітніх технологій, розроблених на основі об'єктів права інтелектуальної власності (далі — ОПВ).

Незважаючи на труднощі перехідного періоду до ринкових відносин, Україна зберегла значний науково-технічний та інтелектуальний потенціал, достатньо розвинену промисловість, зокрема й такі наукомісткі її галузі, як космічна техніка й технології, ракетно- та літакобудування, судно- та танкобудування, розробка та виробництво синтетичних матеріалів тощо. Багато наукових напрямів становлять інтерес і для світової спільноти. Проте конкурентоспромож-

на науково-технічна продукція може бути виготовлена лише за допомогою наукомістких технологій, основою яких є ОПВ: винаходи, корисні моделі, промислові зразки, топографії інтегральних мікросхем тощо.

Такі об'єкти формують і збагачують науково-технічну скарбницю кожної держави. Однак у сфері інтелектуальної власності України існують певні проблемні питання правового характеру, що потребують дослідження та якнайшвидшого вирішення. До них належать визначення ролі та місця самої держави у сфері інтелектуальної власності.

Конституція України декларує: кожен має право володіти, користуватися та розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуаль-



ної, творчої діяльності [1]. А яким чином розпоряджається своєю власністю держава?

В умовах нечіткої визначеності замовника в особі держави на об'єкти права інтелектуальної власності основний сегмент ринку інтелектуальних послуг у державі починають займати іноземні споживачі ОПІВ, що мають відповідну фінансову підтримку та можливість безперешкодного доступу до науково-технологічного потенціалу України. Недооцінка з боку держави економічних показників відупродження дієвих механізмів володіння й управління правами на ОПІВ, створених здебільшого за рахунок коштів державного бюджету, залучення об'єктів цієї діяльності до цивільного обігу вже сьогодні призводить до втрат державою високих прибутків.

Зазначені процеси не минули і стратегічно важливі сектори економіки, результатами роботи яких забезпечується економічний прорив і національна безпека держави. Зокрема, в оборонно-промисловому комплексі, що визначає позицію держави як спецекспортера на міжнародному ринку озброєнь, забезпечує значні за обсягами валютні надходження, належний рівень обороноздатності Збройних Сил України.

Отже, питання щодо охорони інтелектуальної власності, зокрема тієї, що належить державі, досить актуальне та набуває пріоритетного значення.

Розглянемо, яким чином це питання врегульоване у вітчизняному законодавстві.

Правові норми щодо надання, використання та захисту прав на ОПІВ в Україні викладені в Конституції України, Цивільному та Господарському кодексах України, спеціальних законах у сфері охорони інтелектуальної власності, кримінальному, адміністративному та митному законодавствах, підзаконних актах, які діють у цій сфері, а також у міжнародних договорах, учасницею яких є Україна. Усь-

ого у галузі охорони інтелектуальної власності в Україні діє більш ніж 40 законів і понад 100 підзаконних актів.

Відповідно до Цивільного кодексу України (далі — ЦК України), держава Україна є учасником цивільних відносин і суб'єктом права власності [2].

До об'єктів цивільних прав належить, серед іншого, майно, майнові права, результати інтелектуальної, творчої діяльності, а також інші матеріальні й нематеріальні блага [2].

Господарський кодекс України (далі — ГК України) визначає майно як сукупність речей та інших цінностей (і нематеріальні активи також), які мають вартісне визначення, виробляються чи використовуються у діяльності суб'єктів господарювання та відображаються в їхньому балансі або враховуються в інших передбачених законом формах обліку майна цих суб'єктів [3].

Більш детально визначення майна, що може оцінюватися, наводиться у Законі України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» — це об'єкти в матеріальній формі (...); паї, цінні папери; нематеріальні активи, зокрема й об'єкти права інтелектуальної власності; цілісні майнові комплекси всіх форм власності [4].

У державній власності перебуває майно, зокрема й грошові кошти. Від імені та в інтересах держави право власності здійснюють відповідно органи державної влади. Держава набуває та здійснює цивільні права й обов'язки через органи державної влади в межах їхньої компетенції, встановленої законом. Суб'єктами права власності є Український народ та інші учасники цивільних відносин, зокрема й держава [2].

Цивільний кодекс України визначає, що всі суб'єкти права власності є рівними перед законом, проте із суб'єктів права інтелектуальної власності держава чомусь виключена — суб'єктами права інтелектуальної



власності є творець (творці) об'єкта права інтелектуальної власності (автор, виконавець, винахідник тощо) й інші особи, котрим належать особисті немайнові та (або) майнові права інтелектуальної власності [2].

Це стосується особливо інтелектуальної власності військового, спеціального та подвійного призначення. І хоча держава, безсумнівно, зацікавлена в наявності міцних і конкурентоспроможних суб'єктів господарювання, у специфічній галузі розробки та виробництва нових зразків озброєння і військової техніки вона повинна забезпечити свій повний контроль. Насамперед в інтересах всього суспільства. А з огляду на сучасний рівень їхньої високої технологічності, це можливо тільки при реалізації права держави на відповідну інтелектуальну власність. Тим паче, що держава не тільки може бути власником ОПІВ, але навіть у багатьох випадках вже ними володіє, сама того не визнаючи. Розглянемо ці можливі випадки відповідно до чинного законодавства України.

Право інтелектуальної власності виникає (набувається) з підстав, встановлених ЦК України, іншим законом або договором [2].

Перша підстава, на основі якої держава набуває права власності на ОПІВ, — це **реалізація права власника**.

До державного майна у сфері господарювання належать цілісні майнові комплекси державних підприємств або їхніх структурних підрозділів, акції (частки, паї) держави у майні суб'єктів господарювання різних форм власності [3]. А майно підприємств — це також і нематеріальні активи, зокрема ОПІВ.

Крім цього, держава може створювати (і створює) юридичні особи публічного права (державні підприємства), юридичні особи приватного права (підприємницькі товариства) [2].

Вкладами учасників та засновників господарського товариства можуть

бути, зокрема майнові права (включаючи майнові права на ОПІВ) [3].

Реалізуючи корпоративні права, держава отримує певну частку прибутку (дивідендів) такої організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону. Майно державного підприємства перебуває в державній власності та закріплюється за таким підприємством на праві господарського відання чи праві оперативного управління. Орендодавцями щодо майнових комплексів, які належать до державної власності, є Фонд державного майна України. Передача в оренду майнових комплексів не припиняє права власності на це майно [3].

Отже, держава володіє нематеріальними активами (зокрема й ОПІВ) державних підприємств і відповідною часткою цих активів у майні господарських товариств у разі, якщо вона є серед їхніх засновників.

Крім цього, відповідно до ЦК України, право власності припиняється, серед іншого, у разі:

- відмови власника від права власності;
- звернення стягнення на майно за зобов'язаннями власника;
- припинення юридичної особи чи смерті власника;
- відчуження майна;
- реквізиції;
- конфіскації [2].

Відмова власника від права власності. Особа може відмовитися від свого майнового права, а також може за договором передати своє майнове право, яким дарувальник володіє або яке може виникнути в нього в майбутньому, іншій особі. Сторонами в договорі дарування можуть бути фізичні особи, юридичні особи, держава Україна [2].

Припинення юридичної особи чи смерті власника. У разі припинення юридичної особи чи смерті власника права й обов'язки переходять до спадкоємців, якими можуть бути фізичні, юридичні особи, а також держава [2].



Припинення права власності на майно, що за законом не може належати цій особі. Якщо особа набула права власності на майно, котре за законом не може їй належати, або на набуття якого за законом, який був прийнятий пізніше, потрібен особливий дозвіл, а в його видачі цій особі було відмовлено, це майно підлягає відчуженню чи продажу в порядку, встановленому ЦК України. Якщо майно не було продане, воно за рішенням суду передається у власність держави [2].

Звернення стягнення на майно за зобов'язаннями власника. У разі нездатності суб'єкта підприємництва виконати свої грошові зобов'язання перед іншими особами чи державою інакше, ніж через відновлення його платоспроможності цей суб'єкт (боржник) визнається неспроможним. З метою врегулювання заборгованості неплатоспроможного боржника використовуються майнові активи, що належать йому на підставі речових і зобов'язальних прав, а також права інтелектуальної власності [3].

Ще одну групу становлять ОПВ, право на які виникає в держави у виняткових випадках

Відчуження майна. Ст. 41 Конституції України визначає, що примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосоване лише як виняток з мотивів суспільної необхідності та за умови попереднього й повного відшкодування їхньої вартості. В умовах воєнного чи надзвичайного стану примусове відчуження таких об'єктів допускається з наступним повним відшкодуванням їхньої вартості [1].

Власник секретної інформації або її матеріальних носіїв здійснює своє право власності з урахуванням обмежень, установлених в інтересах національної безпеки України. Якщо власник секретної інформації чи її матеріальних носіїв відмовляється від укладення договору чи порушує його,

за рішенням суду, ця інформація чи її матеріальні носії можуть бути вилучені у власність держави за умови попереднього і повного відшкодування власникові їхньої вартості [5].

Реквізиція. У разі стихійного лиха, аварії та за інших надзвичайних обставин з метою суспільної необхідності майно може бути примусово відчужене у власника на підставі та в порядку, встановлених законом, за умови попереднього й повного відшкодування його вартості (реквізиція).

В умовах воєнного чи надзвичайного стану майно може бути примусово відчужене у власника з наступним повним відшкодуванням його вартості. Реквізоване майно переходить у власність держави чи знищується [2].

В умовах воєнного стану, відповідно до закону допускається примусове вилучення приватного майна та відчуження об'єктів права приватної власності громадян з наступним повним відшкодуванням їхньої вартості у порядку й терміни, встановлені Кабінетом Міністрів України [6].

Конфіскація. До особи може бути застосовано позбавлення права власності на майно за рішенням суду як санкція за вчинення правопорушення (конфіскація) у випадках, встановлених законом. Конфісковане майно переходить у власність держави безоплатно [2].

Порядок обліку, зберігання, оцінки конфіскованого й іншого майна, що переходить у власність держави, і розпорядження ним визначено постановою Кабінету Міністрів України від 25.08.1998 року № 1340 [7].

Дія цього Порядку, зокрема, поширюється на майно:

- конфісковане на підставі рішення суду;
- визнане безхазяйним відповідно до законодавства;
- що за правом успадкування перейшло у власність держави;
- подароване державі власником тощо.



Проте механізму реалізації цього права держави, особливо на ОПІВ, не розроблено, а найголовніше — ще навіть не визначено державний орган, який повинен здійснювати право власності на ці об'єкти.

Найбільш значні з погляду національної безпеки й оборони та здатності приносити прибуток можуть бути ОПІВ з іншої групи, право на які виникає у держави в таких випадках.

Реалізація права роботодавця. Центральні органи виконавчої влади, реалізуючи право роботодавця, можуть володіти майновими правами інтелектуальної власності на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору чи на замовлення [2], мають право на одержання патенту на службовий винахід (корисну модель) [8], можуть володіти майновими правами інтелектуальної власності на об'єкт, створений за замовленням, а також виключне майнове право на службовий твір [9].

Реалізації права замовника. Відповідно до ЦК та ГК України за договором на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт (далі — НДДКТР) підрядник (виконавець) зобов'язується провести за завданням замовника наукові дослідження, розробити зразок нового виробу та конструкторську документацію на нього, нову технологію тощо, а замовник зобов'язується прийняти виконану роботу та оплатити її. Замовник за договором на виконання НДДКТР має право використовувати передані йому результати робіт у межах і на умовах, встановлених договором [2; 3].

Обов'язковими умовами договору (контракту), на підставі якого виконуються НДДКТР, що фінансуються за рахунок коштів державного бюджету України, є визначення суб'єктів права інтелектуальної власності, зобов'язання сторін щодо забезпечення охорони прав на створені ОПІВ, визначення сторони, яка буде сплачува-

ти винагороду авторам ОПІВ згідно із законодавством України [10].

Ще більш конкретизує право власності держави Закон України «Про державне оборонне замовлення»: власником виробничих потужностей, створених за державні кошти в результаті виконання оборонного замовлення, є держава в особі державних замовників. Володіння, розпоряджання та використання, зокрема й на умовах оренди, об'єктів, продукції та потужностей, створених в результаті виконання оборонного замовлення, здійснюється в порядку, визначеному законодавством України, з дотриманням зобов'язань щодо охорони прав на створені об'єкти права інтелектуальної власності [11].

Договори за державним замовленням укладаються між визначеними законом суб'єктами господарювання: виконавцями державного замовлення та державними замовниками, що уповноважені від імені держави укладати договори (державні контракти), в яких визначаються господарські зобов'язання сторін і регулюються відносини замовника з виконавцем щодо виконання державного замовлення [3].

Господарським визнається зобов'язання, що виникає між суб'єктом господарювання й іншим учасником (учасниками) відносин у сфері господарювання з підстав, передбачених ЦК України, в силу якого один суб'єкт (зобов'язана сторона, боржник також) зобов'язаний вчинити певну дію господарського чи управлінсько-господарського характеру на користь іншого суб'єкта (виконати роботу, передати майно, сплатити гроші, надати інформацію тощо) або утриматися від певних дій, а другий суб'єкт (управлена сторона, й кредитор також) має право вимагати від зобов'язаної сторони виконання її обов'язку.

Основними видами господарських зобов'язань є майново-господарські зобов'язання й організаційно-господарські зобов'язання [3].



Господарські зобов'язання можуть виникати:

- безпосередньо із закону чи іншого нормативно-правового акта, що регулює господарську діяльність;
- з господарського договору та інших угод, передбачених законом;
- у результаті створення об'єктів інтелектуальної власності [3].

Майново-господарськими визнаються цивільно-правові зобов'язання, що виникають між учасниками господарських відносин при здійсненні господарської діяльності, в силу яких зобов'язана сторона повинна вчинити певну господарську дію на користь другої сторони чи утриматися від певної дії, а управнена сторона має право вимагати від зобов'язаної сторони виконання її обов'язку.

Суб'єктами майново-господарських зобов'язань можуть бути суб'єкти господарювання, а також органи державної влади, наділені господарською компетенцією [3].

Отже, при укладенні державного контракту на виконання НДДКТР за державні кошти держава в особі державного замовника зобов'язана врегулювати питання щодо розподілу прав на створені ОПІВ.

Тож ОПІВ можуть бути подаровані, успадковані державою, а також передані у власність держави за результатами виконання НДДКТР або за рішенням суду. Серед зазначених ОПІВ можуть бути й дуже значні з погляду національної безпеки та оборони.

Тобто у цих випадках держава фактично є власником ОПІВ. Проте юридичне закріплення права власності держави на ці об'єкти в чинному законодавстві України відсутнє, тому що держава виключена з переліку суб'єктів права інтелектуальної власності.

Крім цього, держава набуває цивільних прав і обов'язків та здійснює їх через органи державної влади у межах компетенції цих органів, встановленої законом [2], а управління

об'єктами державної власності відповідно до закону здійснюють Кабінет Міністрів України і за його уповноваженням центральні органи виконавчої влади [3].

Проте держава, органи державної влади, відповідно до ЦК України, не є суб'єктами господарювання [2], тобто фактично не можуть здійснювати функції власника.

Для реалізації зазначених прав на ОПІВ необхідно прийняти відповідний закон (законо), як того вимагає Конституція України — щодо примусового відчуження та конфіскації об'єктів права приватної власності; ЦК України — стосовно особливості здійснення майнових прав інтелектуальної власності на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору; ГК України — щодо видів майна, що може перебувати виключно у державній власності, а також додаткові обмеження щодо розпоряджання певними видами майна, належними до основних фондів державних підприємств, установ і організацій.

Порядок та терміни відшкодуванням вартості відчужених об'єктів права приватної власності мають бути встановлені Кабінетом Міністрів України.

Проте ні закону, ні Постанови Кабінету Міністрів України досі немає, що не дозволяє органам державної влади, які є представниками власника (держави), ефективно виконувати функції державного замовника, роботодавця та розпорядника правами на ОПІВ.

Чинні закони не забезпечують належної правової охорони інтелектуальної власності, що стосується національної безпеки:

- законодавчі та нормативно-правові акти, які стосуються сфери інтелектуальної власності, не містять однозначної норми щодо закріплення за державою права власності на ОПІВ, створені за бюджетні кошти або належні до сфери національної безпеки й оборони;



- не визначено правовий статус ОПІВ, які створено за рахунок коштів державного бюджету України чи стосуються сфери національної безпеки і оборони;
- відсутні закони про службові винаходи та винаходи, створені при виконанні державних замовлень;
- не врегульовані нормами прямої дії відносини між державними замовниками, виконавцями оборонного замовлення й авторами об'єктів промислової власності щодо розподілу прав на інтелектуальну власність при виконанні НДДКТР воєнного, спеціального та подвійного призначення;
- не визначено практичного механізму реалізації права держави на інтелектуальну власність і можливості вилучення інтелектуальної власності, що віднесена до державної таємниці, у власність держави;
- не визначений конкретний орган, який від імені держави та в її інтересах може здійснювати права власника патентів;
- не визначений механізм передачі державним органом, уповноваженим управляти державним майном, прав на розпорядження об'єктами інтелектуальної власності підприємствам, організаціям і установам у міністерствах та органах виконавчої влади,

Не можна сказати, що ці проблеми не турбували суб'єктів законодавчої ініціативи.

Указом Президента України «Про заходи щодо охорони інтелектуальної власності» [12] ще в квітні 2001 року передбачалися конкретні заходи щодо розвитку державної системи правової охорони інтелектуальної власності в Україні. Зокрема Кабінету Міністрів України доручалося підготувати та внести на розгляд Верховної Ради України низку законопроектів, зокрема й про порядок набуття прав інтелектуальної власності на об'єкти,

створені за рахунок коштів державного бюджету та державних цільових фондів.

Натомість Кабінет Міністрів України в червні 2002 року затверджує Концепцію розвитку національної системи правової охорони інтелектуальної власності [13]. Серед шляхів реалізації Концепції передбачалось і врегулювання питань щодо набуття прав інтелектуальної власності на об'єкти, створені за рахунок коштів державного бюджету та державних цільових фондів. Реалізація Концепції мала сприяти активізації винахідницької діяльності, забезпеченню захисту інтелектуальної власності від її неправного використання, забезпеченню та розвитку інтелектуального потенціалу нації для зміцнення державності й незалежності України.

Закон України «Про основи національної безпеки України», прийнятий 19.07.2003 року, до основних реальних і потенційних загроз національній безпеці України, стабільності в суспільстві на сучасному етапі у науково-технологічній сфері відносить і недосконалість механізмів захисту прав інтелектуальної власності, а до основних напрямів державної політики з питань національної безпеки України у науково-технологічній сфері — забезпечення необхідних умов для реалізації прав інтелектуальної власності [14].

Проте ці завдання не були виконані. Навіть навпаки, нова Концепція розвитку державної системи правової охорони інтелектуальної власності на 2009–2014 роки [15], схвалена рішенням Колегії Державного департаменту інтелектуальної власності (протокол від 11.03.2009 року № 11), та розроблена на її основі Програма розвитку державної системи правової охорони інтелектуальної власності в Україні на 2010–2014 роки [16], схвалена рішенням Колегії Державного департаменту інтелектуальної власності (протокол від 14.12.2009 року № 14), не містять жодного натяку щодо розроб-



ку законопроектів стосовно вирішення проблеми набуття прав інтелектуальної власності на об'єкти, створені за рахунок коштів державного бюджету й інші об'єкти, що мають належати державі.

Невизнання держави суб'єктом права на об'єкти права інтелектуальної власності в ЦК України деякі фахівці в галузі інтелектуальної власності [17] пояснюють тим, що в Угоді TRIPS від 15.04.1994 року [18] визначено, що права інтелектуальної власності є приватними правами.

Проте в зазначеній Угоді TRIPS [18], яка була прийнята з метою зменшення викривлень і перешкод у міжнародній торгівлі та через необхідність сприяти ефективній і належній охороні прав інтелектуальної власності, є суттєві винятки щодо національної безпеки держав-учасників. Угодою TRIPS передбачається загальне виключення об'єктів, що визнаються істотними для інтересів національної безпеки. Зокрема, член Угоди TRIPS може здійснювати будь-які дії, що він вважає необхідними для охорони своїх істотних інтересів безпеки, стосовно матеріалів, які розщеплюються, або матеріалів, з яких вони отримані, що пов'язано з торгівлею зброєю, боеприпасами й військовою технікою і до такої торгівлі іншими товарами й матеріалами, що здійснюється безпосередньо або побічно для цілей постачання збройних сил, або починається у военний час, або в інших надзвичайних обставинах у міжнародних відносинах (ст. 73) [18].

Багато країн використовують цю норму для захисту своїх національних інтересів. Так, у законодавствах таких провідних країн світу, які є членами СОТ, як США, Великобританія, Федеративна Республіка Німеччина, Італія, Франція, Канада, Австрія, Швейцарія, Норвегія, Фінляндія, Швеція та ін., передбачені норми, що дозволяють державі захищати свої інтереси, тобто передбачають одержання урядом прав

на винаходи, примусове відчуження патентів в інтересах збройних сил або суспільного добробуту.

Отож, міжнародне законодавство дозволяє державі на законодавчому рівні забезпечувати захист своїх національних інтересів на об'єкти права інтелектуальної власності, що стосуються державної безпеки й оборони, а законодавство розвинених країн світу показує, як це застосовується на практиці.

Законодавство України, як ми вже з'ясували, не вирішує зазначені проблеми, проте дозволяє це зробити через прийняття відповідних законів.

Так, Конституція України, гарантуючи непорушність права приватної власності, проте зазначає, що використання власності не може завдавати шкоди інтересам суспільства. Навіть більше того встановлює можливість примусового відчуження об'єктів права приватної власності, яке може бути застосоване лише як виняток з мотивів суспільної необхідності, на підставі й у порядку, встановлених законом. Примусове відчуження таких об'єктів з наступним повним відшкодуванням їхньої вартості допускається лише в умовах воєнного чи надзвичайного стану. Конфіскація майна може бути застосована виключно за рішенням суду у випадках, обсязі та порядку, встановлених законом [1].

Цивільний кодекс України теж визначає неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законами. При цьому наголошується, що власник не може використовувати право власності на шкоду інтересам суспільства та його діяльність може бути обмежена чи припинена лише у випадках і в порядку, встановлених законами, а примусове відчуження об'єктів права власності може бути застосоване лише як виняток з мотивів суспільної необхідності на підставі і в порядку, встановлених законами, та за умови попереднього й повного відшкодування їхньої вартості [2].



Навіть більше того, ст. 325 ЦК України, визначаючи можливість обмеження права приватної власності фізичних і юридичних осіб на певні види майна, яке відповідно до закону не можуть їм належати, встановлює пряму вимогу законодавцям: види об'єктів цивільних прав, перебування яких у цивільному обороті не допускається (об'єкти, вилучені з цивільного обороту), **мають бути прямо встановлені в законі**, а також «види об'єктів цивільних прав, які можуть належати лише певним учасникам обороту або перебування яких у цивільному обороті допускається за спеціальним дозволом (об'єкти обмежено оборотоздатні), встановлюються законом» [2].

Господарський кодекс України, визначаючи, що державне регулювання економічних процесів обмежується лише необхідністю забезпечення безпеки суспільства та держави, наголошує, що «види майна, що може перебувати виключно у державній власності, відчуження якого недержавним суб'єктам господарювання не допускається, а також додаткові обмеження щодо розпорядження окремими видами майна, яке належить до основних фондів державних підприємств, установ і організацій, визначаються законом. Вилучення державою у суб'єкта господарювання його майна допускається не інакше як у випадках, на підставах і в порядку, передбачених законом» [3].

Отже, і законодавство України, і міжнародне законодавство дозволяє державі на законодавчому рівні забезпечувати захист своїх національних інтересів на ОПІВ.

Особливої уваги заслуговує проблема впровадження в законодавство України концепції охорони інтелектуальної власності, що безпосередньо стосується національної безпеки України та захисту інтересів держави при створенні ОПІВ в оборонній сфері, зокрема і на всіх етапах розробки та

виробництва озброєння й військової техніки.

Власником таких ОПІВ має бути держава, а розпорядником майновими правами на таку інтелектуальну власність — державний орган з делегованими йому для цього правами. Такий орган повинен мати виключні права на ОПІВ, створені за державним контрактом на державні кошти при виконанні державного оборонного замовлення, отримувати обмежені права на технічні дані, що стосуються національної безпеки та отримані на кошти підрядника, для їх використання тільки державними органами для державних потреб.

Законодавство має містити докладно розроблені положення щодо прав автора чи заявника такого ОПІВ на виплату компенсації за збитки, які пов'язані із заборонаю вільного використання такого ОПІВ, на весь термін існування заборони. Авторів чи заявників повинно бути заборонено розкривати суть такого об'єкта третім особам, ініціювати його патентування за кордоном, а також необхідні визначити санкції щодо осіб, які допустили дії, що призвели до несанкціонованого розкриття суті ОПІВ.

Висновки

1. В Україні відсутні закони щодо здійснення державою майнових прав інтелектуальної власності, дієві механізми захисту державою своїх прав на ОПІВ, належні до сфери національної безпеки й оборони чи створені за рахунок бюджетних коштів:

- держава, що фактично є власником ОПІВ, не визнається суб'єктом права інтелектуальної власності;
- відсутній порядок і механізм відчуження прав на ОПІВ, які відносяться до сфери національної безпеки та оборони держави;
- не визначено державний орган, який від імені держави має здійснювати право власності на ці об'єкти;



- не визначений статус об'єкта державної інтелектуальної власності, статус об'єкта інтелектуальної власності, створеного за рахунок коштів державного бюджету.

2. Потребує спеціального статусу права охорона об'єктів інтелектуальної власності воєнного, спеціального та подвійного призначення, зокрема визначення:

- ОПІВ, які можуть бути віднесені до сфери державної безпеки;
- який орган визначатиме ОПІВ, що стосуються державної безпеки;
- умови набуття і здійснення права власності на ОПІВ, належні до сфери державної безпеки.

Вирішення визначених питань, які враховують можливості й інтереси всіх суб'єктів інноваційної діяльності, економічні, соціальні та політичні пріоритети, дасть можливість

створити умови для забезпечення правового захисту інтересів держави в процесі використання результатів НДДКТР воєнного, спеціального та подвійного призначення, а головне — забезпечити обороноздатність держави, конкурентоспроможність вітчизняних товарів військового призначення та сприятиме використанню ОПІВ у національних інтересах України. ♦

Список використаних джерел

1. Конституція України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : zakon.rada.gov.ua.
2. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 року № 435 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : zakon.rada.gov.ua.
3. Господарський кодекс України від 16.01.2003 року № 436 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : zakon.rada.gov.ua.
4. Закон України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» від 12.07.2001 року № 2658 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : zakon.rada.gov.ua.
5. Закон України «Про державну таємницю Закон України» від 21.01.1994 року № 3855 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : zakon.rada.gov.ua.
6. Закон України «Про внесення змін до Закону України “Про оборону України”» Закон України від 05.10.2000 року № 2020 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : zakon.rada.gov.ua.
7. Постанова Кабінету Міністрів України «Про Порядок обліку, зберігання, оцінки конфіскованого та іншого майна, що переходить у власність держави, і розпорядження ним» від 25.08.1998 року № 1340 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : zakon.rada.gov.ua.
8. Закон України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» від 25.06.2003 року № 3687 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : zakon.rada.gov.ua.
9. Закон України «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 року № 3792 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : zakon.rada.gov.ua.



10. Закон України «Про наукову і науково-технічну діяльність» від 13.12.1991 року № 1977 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : zakon.rada.gov.ua.
11. Закон України «Про державне оборонне замовлення» від 03.03.1999 року № 464 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : zakon.rada.gov.ua.
12. Указ Президента України «Про заходи щодо охорони інтелектуальної власності в Україні» від 27.04.2001 року № 285 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : zakon.rada.gov.ua.
13. Розпорядження Кабінету Міністрів України «Концепція розвитку національної системи правової охорони інтелектуальної власності» від 13.06.2002 року № 321-р [Електронний ресурс]. — Режим доступу : zakon.rada.gov.ua.
14. Закон України «Про основи національної безпеки України» від 19.06.2003 року № 964 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : zakon.rada.gov.ua.
15. Рішення Колегії Державного департаменту інтелектуальної власності «Концепція розвитку державної системи правової охорони інтелектуальної власності на 2009–2014 роки» від 11.03.2009 року № 11 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : zakon.rada.gov.ua.
16. Рішення Колегії Державного департаменту інтелектуальної власності «Програма розвитку державної системи правової охорони інтелектуальної власності в Україні на 2010–2014 роки» від 14.12.2009 року № 14 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : zakon.rada.gov.ua.
17. Управління інтелектуальною власністю монографія / за ред. П. М. Цибульова. — К. : К.І.С., 2005. — 448 с.
18. Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності // Система світової торгівлі ГАТТ/СОТ в документах. — К. : УАЗТ, 2000.

Надійшла до редакції 12.05.2014 року

О. Зайковський, А. Оністрат, Л. Лотоха. Интеллектуальная собственность и государство. В статье обосновывается актуальность и приоритетное значение вопросов охраны интеллектуальной собственности, принадлежащей государству, анализируются требования Конституции Украины, Хозяйственного и Гражданского кодексов Украины, других законодательных и нормативно-правовых актов по урегулированию собственности государства на объекты интеллектуальной собственности, созданных за бюджетные средства или которые относятся к сфере национальной безопасности и обороны. В частности, согласно действующему законодательству Украины государство не признается субъектом права интеллектуальной собственности, однако объекты интеллектуальной собственности могут быть подарены, унаследованы государством, а также переданы в собственность государства по результатам выполнения научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ или по решению суда.

Вместе с тем международное законодательство дает возможность государству на законодательном уровне обеспечивать защиту своих национальных интересов на объекты интеллектуальной собственности, что касается государственной безопасности и обороны, и это отображается в законодательстве многих развитых стран мира.



Авторами статті обосновується необхідність визначення спеціального статусу об'єктів інтелектуальної власності військового, спеціального і подвійного призначення, в частині об'єктів, які можуть бути віднесені до сфери державної безпеки, а також структурного підрозділу, який буде визначати об'єкти інтелектуальної власності, що стосуються державної безпеки, а також умов придбання і реалізації права власності на об'єкти інтелектуальної власності, що належать до сфери державної безпеки. Розв'язання вказаних питань дозволить забезпечити захист державних інтересів в процесі використання результатів науково-дослідницьких, конструкторських і технологічних робіт військового, спеціального і подвійного призначення, що, в свою чергу, сприятиме забезпеченню обороноздатності держави.

Ключові слова: безпека держави, інтелектуальна власність, бюджетні засоби

O. Zaykivskiy, O. Onistrat, L. Lotokha. Intellectual property and the state. The article explains the relevance and priority of the protection of intellectual property owned by the State, examines the requirements of the Constitution of Ukraine, the Commercial and Civil Codes of Ukraine, other legislative and normative — legal acts for the settlement of state ownership of intellectual property created for the budget or that relate to national security and defense. In particular, according to the current legislation of Ukraine the state is not recognized as a subject of intellectual property rights, however, intellectual property can be gifted, inherited by the state and transferred to the State on the results of research, development and technological works, or by court order.

Simultaneously, the international law allows the state at the legislative level to protect its national interests on intellectual property, with regard to national security and defense, which appears in the laws of many developed countries.

The authors justified the need to define a special status of intellectual property of the military, special and dual purpose, in particular objects, which can be attributed to the sphere of national security, as well as the structural unit which will determine the intellectual property relating to national security, as well as the conditions for the acquisition and exercise of the right of ownership of intellectual property rights relating to the field of national security. Addressing these issues will ensure the protection of the public interest in the use of the results of research, development and technological works of military, special and dual purpose, which in turn will contribute to the state's defenses.

Key-words: state security, intellectual property, budget funds



УДК 347.73

ОСОБЛИВОСТІ ОПОДАТКУВАННЯ ДОХОДІВ ФІЗИЧНИХ ОСІБ-НЕРЕЗИДЕНТІВ, ОТРИМАНИХ ВІД ОПЕРАЦІЙ З ОБ'ЄКТАМИ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ*

Віктор Романюк,

здобувач Київського міжнародного університету права

У статті підіймаються теоретичні та практичні питання оподаткування доходів нерезидентів-фізичних осіб, які вони отримують від операцій з об'єктами права інтелектуальної власності. Розглядаються вихідні засади щодо міжнародних податкових угод, укладених Україною, та особливості їх застосування. Аналізуються положення чинного податкового законодавства України у сфері оподаткування доходів, нарахування роялті, паушальних платежів, тощо, та надаються рекомендації щодо удосконалення такого законодавства.

Ключові слова: подвійне оподаткування, нерезидент, роялті, інтелектуальна власність, паушальний платіж.

Україна у 2014 році підписала Угоду про Асоціацію щодо зони вільної торгівлі з Європейським Союзом, що тягне за собою істотне реформування усіх сфер життєдіяльності держави, у тому числі й оподаткування. В якому серед низки суттєвих проблем, з якими стикається національна економіка, існує й проблема якісного правового забезпечення оподаткування доходів фізичних осіб – нерезидентів. У даному разі мова йде про використання механізмів усунення подвійного оподаткування. Адже проблеми подвійного оподаткування відносяться до питань, які загалом потребують розв'язання як на практичному, так і теоретичному рівні. Адже ці проблеми, зазвичай, започатковуються на стику таких категорій як «об'єкт оподаткування» та «платник». На ці проблеми звертають увагу представники різних наук, як економічних, так і юридичних [1; 2].

У цілому, якщо положення податкового права в Україні знайшли широ-

кого дослідження, на користь чого слугують роботи таких провідних учених як Воронова Л.К., Касьяненко Л.М., Кучерявенко М.П., Криницький І.Є., Орлюк О.П., Пришва Н.Ю., Пацурківський П.С., Савченко Л.А. та інші, то безпосередньо питання оподаткування нерезидентів досліджено недостатньо. Предметом дисертаційних досліджень, наприклад, Дмитренка Г.В., Нонко А.В., Яценко К.В. виступають питання порівняльно-правового аналізу або гармонізації чи адаптації податкового законодавства із законодавством ЄС.

Існує цілий ряд інших проблем, пов'язаних з реалізацією правового статусу нерезидентів, які виникли на стику податкового права та права інтелектуальної власності. Так, із 1 квітня 2011 р. суб'єкти підприємницької діяльності України зіткнулися з обмеженнями по віднесенню роялті, нарахованого на користь нерезидента, на витрати підприємства.

* Стаття друкується в авторській редакції



Адже чинним Податковим кодексом України (далі – ПКУ) після змін, внесених Законом України від 07.07.2011 р. № 3609-VI [3], під роялті розуміється будь-який платіж, отриманий як винагорода за користування або за надання права на користування будь-яким авторським та суміжним правом на літературні твори, твори мистецтва або науки, включаючи комп'ютерні програми, інші записи на носіях інформації, відео- або аудіокасети, кінематографічні фільми або плівки для радіо- чи телевізійного мовлення, передачі (програми) організації мовлення, будь-яким патентом, зареєстрованим знаком на товари і послуги чи торговельною маркою, дизайном, секретним кресленням, моделлю, формулою, процесом, правом на інформацію щодо промислового, комерційного або наукового досвіду (ноу-хау) (п. 14.1.225 ст. 14 ПКУ [4]). Зазначений перелік порівняно з початковою редакцією даної статті розширений таким об'єктом інтелектуальної власності (а саме об'єктом авторського права) як передачі (програм) організацій мовлення.

Не вважаються роялті платежі за отримання об'єктів власності, визначених вище, у володіння або розпорядження чи власність особи або, якщо умови користування такими об'єктами власності надають право користувачу продати або здійснити відчуження в інший спосіб такого об'єкта власності або оприлюднити (розголосити) секретні креслення, моделі, формули, процеси, права на інформацію щодо промислового, комерційного або наукового досвіду (ноу-хау), за винятком випадків, коли таке оприлюднення (розголошення) є обов'язковим згідно із законодавством України.

Доцільно відзначити, що подібне визначення терміну «роялті» закріплено у п. 3 ст. 12 Конвенції між Урядом України і Урядом Республіки Польща про уникнення подвійного оподаткування доходів і майна та по-

передження податкових ухилень [5]. Водночас зазначене визначення не узгоджується з положеннями законодавства України у сфері інтелектуальної власності, зокрема зі ст. 420 ЦК України [6] та Законом України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» [7], якими закріплені види об'єктів інтелектуальної власності. Так, зокрема, зареєстрований знак на товари і послуги чи торговельна марка – це той же самий об'єкт інтелектуальної власності.

Роз'яснення, що свого часу надавалися податковими органами (до 2011 року, тобто до вступу у чинність Податкового кодексу України), свідчили, що термін «роялті», що використовувався раніше на підставі положень Закону України «Про оподаткування прибутку підприємств», не поширюється на всі види об'єктів інтелектуальної власності, зокрема, не поширюється на такі об'єкти суміжних прав як виконання, фонограми, відеограми, передачі (програми) організацій мовлення.

Доцільно зауважити, що під час обговорення процесу кодифікації податкового законодавства до Верховної Ради України надавалося декілька проектів Податкового кодексу. Так, згідно з проектом Податкового кодексу № 6509-1 від 16.06.2010, внесеним на розгляд Верховної Ради України народним депутатом України Катеринчуком М.Д. [8], відповідно до ч. 3 ст. 218, до загального доходу платника податку пропонувалося включати, зокрема, доходи від продажу об'єктів прав інтелектуальної (промислової) власності; доходи у вигляді сум авторської винагороди, іншої плати за надання права на користування або порядкування іншим особам нематеріальним активом (творами науки, мистецтва, літератури або іншими нематеріальними активами) (далі – роялті). Таке визначення значно відрізняється від прийнятого нині, водночас, також потребує удосконалення.



Натомість вважаємо за доцільне підтримати позицію, яка неодноразово висловлювалася представниками НДІ інтелектуальної власності НА-ПрНУ. Зокрема, к.е.н. Борко Ю.В. вважає, що було б за доцільно у Податковому кодексі передбачити, що роялті – це будь-які платежі, що їх одержано у вигляді винагород (компенсацій) за використання або надання дозволу на використання об'єктів права інтелектуальної власності. Таке визначення узгоджується, зокрема, з п. 4 Положення (стандарту) бухгалтерського обліку 15 «Дохід», згідно якого роялті – платежі за право користування об'єктами права інтелектуальної власності [9, с. 181-182].

Аналіз податкового законодавства та законодавства у сфері інтелектуальної власності, а також монографічних джерел дозволяє розглядати поняття роялті як будь-якого платежу (платежів) будь-якого виду, одержаного (одержаних) як винагорода за користування або за надання права на користування будь-яким авторським та суміжним правом на літературні твори, твори мистецтва або науки, включаючи комп'ютерні програми, інші записи на носіях інформації, відео- або аудіокасети, кінематографічні фільми або плівки для радіо- чи телевізійного мовлення, передачі (програми) організацій мовлення, будь-яким патентом, зареєстрованим знаком на товари і послуги, дизайном, секретним кресленням, моделлю, формулою, процесом, правом на інформацію щодо промислового, комерційного або наукового досвіду (ноу-хау). При цьому не вважатимуться роялті платежі за отримання об'єктів власності, визначених у частині першій цього пункту, у володіння чи власність особи або якщо умови користування такими об'єктами власності надають право користувачу продати або відчужити іншим способом такий об'єкт власності або оприлюднити (розголосити) секретні креслення, моделі,

формули, процеси, права на інформацію щодо промислового, комерційного або наукового досвіду (ноу-хау), за винятком випадків, коли таке оприлюднення (розголошування) є обов'язковим згідно із законодавством України.

Повертаючись до проблем віднесення роялті до собівартості продукції, зазначимо наступне. Так, згідно п. 138.1. ст. 138 ПКУ роялті включається до складу витрат, що враховуються при численні об'єкту оподаткування, а саме до складу: витрат операційної діяльності, в які включається собівартість реалізованих товарів, виконаних робіт, наданих послуг; інших витрат, визначених згідно з переліком статей ПКУ; крім витрат, визначених у п. 138.3 ст. 138 та у ст. 139 ПКУ.

Податковим кодексом передбачені обмеження на включення роялті, нараховане на користь нерезидента, в інші витрати підприємства (п. 140.1.2 ст. 140 ПКУ). Це обмеження спрямоване на припинення використання роялті для цілей мінімізації податку на прибуток. Річ у тому, що інші витрати визнаються витратами того звітного періоду, в якому вони були здійснені (п. 138.5 ст. 138 ПКУ). Це означає, що за відсутності обмежень роялті, нараховане на користь нерезидента, наприклад, за використання запатентованого промислового зразка у фірмовому стилі підприємства торгівлі, можна відносити у будь-якому розмірі на витрати платника податку, зменшуючи, таким чином, податок на прибуток підприємства.

Аналіз чинного законодавства та практики його застосування дозволяє виявити деякі обмеження у частині застосування роялті.

По-перше, обмеження за розміром нарахованого роялті. Відповідно до підпункту 1) п.140.1.2 ст. 140 ПКУ в звітному періоді у витрати платника податку не включається нараховане роялті в об'ємі, який перевищує 4 відсотки доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за



рік, передуючий звітному (за вирахуванням податку на додану вартість і акцизного податку). Таким чином, якщо розмір нарахованого роялті, наприклад, за використання торгової марки, менше 4 відсотків вказаного об'єму доходу, те підприємство може працювати з нерезидентом.

Необхідно відмітити, що це обмеження також не поширюється на нараховане роялті:

- на користь постійного представництва нерезидента, підмета оподаткування відповідно до п.160.8 ст. 160 ПКУ;
- суб'єктами господарювання у сфері телебачення і радіомовлення, відповідно до Закону України «Про телебачення і радіомовлення»;
- за надання права на користування авторським, суміжним правом на кінематографічні фільми іноземного виробництва;
- за надання права на користування авторським, суміжним правом на музичні і літературні твори.

По-друге, обмеження для нерезидента, що має офшорний статус, тобто для нерезидента, розташованого на території офшорної зони (п. а) п. 1) п.140.1.2 ст. 140 ПКУ), перелік яких затверджений Розпорядженням КМУ від 23.02.2011 р. № 143-р і набрав чинності з 01 квітня 2011 р. Зрозуміло, що зазначені обмеження роблять роботу з нерезидентами, починаючи з 1 квітня 2011 року, не вигідними для вітчизняного суб'єкта підприємницької діяльності. Зазвичай, зазначене потребує зміни у правовому регулюванні. Водночас слід зауважити, що дане обмеження не поширюється на нерезидентів, розташованих на території офшорних зон, і що мають звичайний (неофшорний) статус (п.161.3 ст. 161 ПКУ).

По-третє, обмеження для нерезидента, який не є особою, на користь якої нараховано роялті (п. б) п.1) п. 140.1.2 ст. 140 ПКУ). У зв'язку з тим, що такий нерезидент не є ліцен-

зіаром, тобто стороною в ліцензійному договорі, яка надала підприємству право на використання твору, винаходу, торгової марки або іншого об'єкту права інтелектуальної власності, то з 1 квітня 2011 р. з таким нерезидентом працювати стало не можливо.

По-четверте, нерезидент не підлягає оподаткуванню відносно роялті в державі, резидентом якої він є (п. г) п. 1) п.140.1.2 ст. 140 ПКУ). До таких нерезидентів відносяться компанії, які розташовані в офшорних зонах, в яких немає податків з прибутку, доходу або обороту. Така компанія щорічно перераховує до бюджету фіксовану суму від декілька сотень до декількох тисяч доларів. Практично це обмеження дублює обмеження для нерезидента, що має офшорний статус (п. а) п. 1) п.140.1.2 ст. 140 ПКУ).

По-п'яте, обмеження на роялті, нараховане за використання об'єктів права інтелектуальної власності, права на які уперше виникли у резидента України (п. в) п.1) п.140.1.2 ст. 140 ПКУ). Необхідно відмітити, що права інтелектуальної власності можуть виникати спочатку як у фізичної особи, так і в юридичної. Наприклад, автори творів і виконавці є особами, у яких права інтелектуальної власності виникли первинно. Причому чинне законодавство у сфері інтелектуальної власності навіть не вимагає обов'язкової реєстрації авторських прав на твір. Авторські права виникають з моменту створення твору. Отже, застосування зазначеного вище обмеження безпосередньо залежить від резидентства таких фізичних осіб. Виробником фонограми (відеограми) є особа, яка першим здійснила запис фонограми (відеограми). Організація мовлення є особою, у якої права на програму (передачу) виникли спочатку.

Власник охоронного документу (патенту або свідоцтва), з яким укладений ліцензійний договір, не завжди є особою, у якої права інтелектуальної власності виникли первинно. Адже



права на охоронний документ можуть передаватися від однієї особи до іншої (невиключна ліцензія або субліцензія). Для того, щоб виявити першого власника охоронного документу, необхідно здійснити перевірку у відповідному державному реєстрі за типом того об'єкта права інтелектуальної власності, на який така ліцензія видана. Зазначені реєстри ведуться Державною службою інтелектуальної власності України.

Оподаткування роялті, нараховане на користь нерезидента. При нарахуванні роялті неминуче встає питання про подвійне оподаткування цієї винагороди: в країні походження доходів і в країні резидентства нерезидента. Для того, щоб виключити таку несправедливість, застосовуються міжнародні договори про уникнення подвійного оподаткування. Як відзначають практики, для платника податку найбільший інтерес представляють наступні норми договору про уникнення подвійного оподаткування: порядок звільнення від оподаткування доходів нерезидента, отримані в країні їх походження; види податків, на які поширюється договір про уникнення подвійного оподаткування; ставки податку на доходи нерезидента; об'єкти права інтелектуальної власності, на які поширюється порядок зменшення ставок податку на доходи нерезидента [10].

Необхідно відмітити, що якщо договір про уникнення подвійного оподаткування по якій-небудь з причин, викладених в ст. 103 ПКУ не застосовується, то роялті з джерелом їх походження з України оподатковуються в порядку і по ставках, визначених статтею 160 ПКУ. Це означає, що резидент зобов'язаний утримувати податок з роялті за ставкою 15 відсотків з суми і за їх рахунок (п.160.2 ст. 160 ПКУ).

Відповідно до останнього резидент або постійне представництво нерезидента, що здійснюють на користь не-

резидента або уповноваженої ним особи (крім постійного представництва на території України) будь-яку виплату з доходу з джерелом його походження в Україні, отриманого таким нерезидентом від провадження господарської діяльності (у тому числі на рахунки нерезидента, що ведуться в національній валюті), крім доходів, зазначених у пунктах 160.3-160.6 ст. 160 ПКУ, зобов'язані утримувати податок з таких доходів, зазначених у п. 160.1. ст. 160 ПКУ, за ставкою в розмірі 15 відсотків їх суми та за їх рахунок, який сплачується до бюджету під час такої виплати, якщо інше не передбачено положеннями міжнародних договорів з країнами резиденції осіб, на користь яких здійснюються виплати, що набрали чинності.

Зауважимо, що питання оподаткування роялті є невід'ємною складовою міжнародних угод про усунення подвійного оподаткування. Наприклад, статтею 12 «Роялті» Конвенції між Урядом України і Урядом Республіки Польща про уникнення подвійного оподаткування доходів і майна та попередження податкових ухилень [11] визначено, що роялті, які виникають в одній Договірній Державі і сплачуються резиденту другої Договірної Держави, можуть оподатковуватися в цій другій Державі, якщо цей резидент є фактичним бенефіціаром цих роялті і підлягає оподаткуванню стосовно роялті в цій другій Договірній Державі. Однак, ці доходи можуть також оподатковуватись у Договірній Державі, в якій вони виникають, і відповідно до законодавства цієї Держави, але податок, що визначається таким чином, не може перевищувати 10 процентів загальної суми надходжень.

При цьому сам термін «роялті» при використанні в цій статті означає платежі будь-якого виду, що одержуються як відшкодування за користування або за надання права користування будь-яким авторським правом на літе-



ратурні твори, твори мистецтва або науки (включаючи кінематографічні фільми, будь-які фільми або плівки для радіо чи телевізійного мовлення), будь-які патенти, торгові марки, дизайн або модель, план, таємну формулу або процес, або за користування, або за надання права користування промисловим, комерційним або науковим обладнанням, або за інформацію («ноу-хау»), що стосується промислового, комерційного або наукового досвіду.

У Конвенції деталізується, що положення пункту 1 і 2 цієї статті не застосовуються, якщо фактичний бенефіціар роялті, який є резидентом однієї Договірної Держави, проводить комерційну діяльність у другій Договірній Державі, в якій виникають роялті, через розташоване там постійне представництво, або надає в цій другій Державі незалежні особисті послуги з розташованої там постійної бази, і право або майно, стосовно яких сплачуються роялті, дійсно пов'язані з цим постійним представництвом чи постійною базою. У такому випадку застосовуються положення статті 7 або 14 цієї Конвенції, в залежності від обставин.

У свою чергу, якщо з причини особливих відносин між платником і фактичним бенефіціаром, або між ними обома і будь-якою третьою особою, сума роялті, яка відноситься до використання, права або інформації, на підставі яких вони сплачуються, перевищує, з будь-яких причин, суму, яка була б узгоджена між платником і фактичним бенефіціаром за відсутності таких відносин, положення цієї статті буде застосовуватися тільки до останньої згаданої суми. У цьому випадку надмірна частина платежу, як і раніше, підлягає оподаткуванню відповідно до законодавства кожної Договірної Держави, з належним урахуванням інших положень цієї Конвенції.

Також положення цієї статті не застосовуються, якщо головною метою

або однією із головних цілей будь-якої особи, що має відношення до утворення або передачі прав, стосовно яких сплачуються роялті, було одержання переваг цієї статті шляхом цього створення або передачі.

Подібні положення щодо оподаткування операцій із роялті містяться і в інших міжнародних угодах, укладених Україною. Зокрема, в Угоді між Україною і Федеративною Республікою Німеччина про уникнення подвійного оподаткування стосовно податків на доход і майно (дата підписання: 03.07.95 р., дата ратифікації Україною: 22.11.95 р., дата набрання чинності для України: 04.10.96 р.) [12], передбачено, що роялті, які виникають у Договірній Державі і сплачуються резиденту другої Договірної Держави, підлягають оподаткуванню тільки у цій другій Державі, якщо цей резидент є фактичним власником роялті (стаття 12 «Роялті»). Водночас такі роялті можуть також оподатковуватись у тій Договірній Державі, в якій вони виникають, і відповідно до законодавства цієї Держави, але якщо одержувач є фактичним власником роялті, то податок, що стягується таким чином, не повинен перевищувати 5 процентів валової суми роялті у межах значення пункту 4 підпункту а) цієї статті.

Незважаючи на положення пункту 2 цієї статті, роялті, що виникають у Договірній Державі і сплачуються резиденту другої Договірної Держави, підлягають оподаткуванню тільки в другій Договірній Державі, якщо цей резидент є фактичним власником роялті, та якщо роялті є виплатами в межах значення пункту 4 підпункту б) цієї статті.

Відповідно до п. 4 ст. 12 термін «роялті» при використанні в цій статті означає платежі будь-якого виду, що одержуються як відшкодування «а) за користування або за надання права користування будь-яким авторським правом на літературні твори



або твори мистецтва, включаючи кінематографічні фільми і фільми або плівки для радіомовлення чи телебачення; і b) за користування або за надання права користування будь-яким авторським правом на наукову працю, патент, торгово марку, дизайн або модель, план, таємну формулу або процес, або за інформацію, що стосується промислового, комерційного або наукового досвіду».

У цілому аналіз вищезазначених положень міжнародних угод та чинного податкового законодавства України, а також монографічних джерел, дозволяє зробити висновок про необхідність доповнення Податкового кодексу України, по-перше, поняттям паушального платежу, під яким слід розуміти одноразовий платіж (винаго-

рода) ліцензіару, не пов'язаний в часі з фактичним використанням ліцензії на використання об'єктів права інтелектуальної власності, який розглядається як вартість наданої ліцензії по ліцензійному договору, яка є нематеріальним активом ліцензіата». По-друге, слід змінити ставку оподаткування роялті, шляхом розширення переліку доходів, щодо яких застосовується ставка податку на доходи фізичних осіб у розмірі 5 відсотків. Зазначену ставку доцільно застосовувати і по відношенню до паушального платежу. ♦

Список використаних джерел

1. Лазебник Л.Л. Міжнародне фінансове право: Навч. пос. / Л.Л. Лазебник. – К.: ЦУЛ, 2008. – 312 с.
2. Орлюк О.П. Фінансове право: Академічний курс / О.П. Орлюк. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 808 с.
3. Закон України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких інших законодавчих актів України щодо вдосконалення окремих норм Податкового кодексу України» від 7 липня 2011 р. № 3609-VI // Офіційний вісник України. – 2011. – № 60. – Ст. 2403.
4. Податковий кодекс України: Закон від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2011. – № 13–14, № 15–16, № 17. – Ст. 112 (зі змінами).
5. Конвенція між Урядом України і Урядом Республіки Польща про уникнення подвійного оподаткування доходів і майна та попередження податкових ухилень (дата підписання: 12.01.1993, дата набуття чинності для України: 11.03.1994) // Офіційний вісник України від 10.05.2006. – 2006. – № 17. – Ст. 1315.
6. Цивільний кодекс України, Закон від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2003. – № № 40–44. – Ст. 356 (зі змінами).
7. Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15 грудня 1993 р. № 3689-XII // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1994. – № 7. – Ст. 36 (зі змінами).
8. Проект Податкового кодексу № 6509-1 від 16.06.2010, внесений на розгляд Верховної Ради України народним депутатом України Катеринчуком М.Д // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України – [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=38011
9. Теоретико-прикладні проблеми кодифікації законодавства у сфері інтелектуальної власності : Монографія / За заг. ред. О. П. Орлюк. – К. : НДІПВ АПрНУ, 2011. – 352 с.



10. Роялті для нерезидента: проблеми і їх вирішення – [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://kopovalenko.zr.ua/?p=2088>
11. Конвенція між Урядом України і Урядом Республіки Польща про уникнення подвійного оподаткування доходів і майна та попередження податкових ухилень (дата підписання: 12.01.1993, дата набуття чинності для України: 11.03.1994) // Офіційний вісник України від 10.05.2006. – 2006. – № 17. – Ст. 1315.
12. Угода між Україною і Федеративною Республікою Німеччина про уникнення подвійного оподаткування стосовно податків на доход і майно (дата підписання: 03.07.1995 р., дата ратифікації Україною: 22.11.1995 р., дата набрання чинності для України: 04.10.1996 р.). Угоду ратифіковано Законом України № 449/95-ВР від 22.11.1995 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1995. – № 44. – Ст. 323.

Надійшла до редакції 24.06.2014 року

В. Романюк. Особенности налогообложения доходов физических лиц-нерезидентов, полученных от операций с объектами права интеллектуальной собственности. В статье поднимаются теоретические и практические вопросы налогообложения доходов нерезидентов - физических лиц, которые они получают от операций с объектами права интеллектуальной собственности. Рассматриваются исходные принципы в отношении международных налоговых соглашений, заключенных Украиной, и особенности их применения. Анализируются положения действующего налогового законодательства Украины в сфере налогообложения доходов, начисления роялти, паушальных платежей и т.д., и даются рекомендации по совершенствованию этого законодательства.

Ключевые слова: двойное налогообложение, нерезидент, роялти, интеллектуальная собственность, паушальный платеж.

V. Romanyuk. Peculiarities of taxation of incomes of non-resident-individuals received from dealing with intellectual property rights. Article mount theoretical and practical issues of income tax non-residents - individuals that they get from dealing with intellectual property rights. We consider the initial foundations for international tax treaties concluded by Ukraine, and their uses. Analyzes the provisions of the current tax laws of Ukraine in the income tax, the calculation of royalties, lump payments, etc., and recommendations for improvement of legislation.

The problems referring to the cost of production royalties. Determined that the Tax Code provides a limitation on the inclusion of royalties earned by non-residents in other costs. This approach means that in the absence of restrictions royalties accrued to non-residents, such as the use of a patented industrial design in the corporate style retail, be attributed in any amount to the cost of the taxpayer, thus decreasing the tax on profits.

Analysis of current legislation and practice reveals some limitations in the use of royalties.

Identified the following limitations: limits on the size of accrued royalties; restrictions for non-residents, having offshore status, ie for non-residents located in the territory offshore area; limit for non-resident who is not a person to whom accrued royalties; non-resident is liable to tax in respect of royalties to the state, of which he is a national; restrictions on royalties charged for the use of intellectual property rights which first emerged in Ukraine resident.

Keywords: double taxation, non-resident royalty, intellectual property, lump-sum payment.



УДК 347.764 (477)

ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВИЙ ДИСКУРС ЩОДО ПРОБЛЕМАТИКИ ВИЗНАЧЕННЯ СПОЖИВАЧА СТРАХОВОЇ ПОСЛУГИ

Ніно Пацурія,

доцент кафедри господарського права, юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка, доктор юридичних наук

У статті досліджуються теоретико-практичні питання визнання суб'єкта господарювання споживачем страхової послуги.

Ключові слова: безпека держави, інтелектуальна власність, бюджетні кошти

Проблемні питання поширення Закону України «Про захист прав споживачів» на правовідносини із страхування мають два аспекти практичного втілення: загальноюридичний і галузевий.

Загальноюридичний аспект знаходить свій прояв при застосуванні судами загальної юрисдикції положень Закону України «Про захист прав споживачів» до вказаних правовідносин. Галузевий аспект полягає у можливості визначення за суб'єктом господарювання статусу споживача страхової послуги та поширювати на нього передбачені законодавством особливі інструменти захисту порушених прав та інтересів.

Актуальність досліджуваної теми. Питання щодо можливості поширення на правовідносини із страхування норм Закону «Про захист прав споживачів» є наразі актуальними перш за все у проавзастосовчій діяльності.

У Листі Верховного Суду України «Про судову практика розгляду ци-

вільних справ, що виникають з договорів страхування» від 19 липня 2011 року вказано, що деякі суди, вирішуючи спори такої категорії, не поширюють на спірні правовідносини, що впливають з договорів страхування та відповідно врегульовані спеціальними законами (законом України «Про страхування» [13] та Законом України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» [15]), положення Закону України «Про захист прав споживачів» з огляду на те, що предметом спору є не якість страхових послуг, а права та обов'язки сторін згідно з умовами договору страхування [14]. На нашу думку, судова позиція щодо не поширення дії Закону України «Про захист прав споживачів» на правовідносини із страхування є помилковою, виходячи із наступного. Відповідно до Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» до ринків фінансових послуг належать страхові

* Стаття друкується в авторській редакції



послуги, які безпосередньо надаються фінансовими установами, до кола яких входять страхові компанії. Метою зазначеного Закону є створення правових основ для захисту інтересів споживачів фінансових послуг (ст. 1). Згідно Закону України «Про захист прав споживачів» захист прав споживачів, передбачених законодавством, здійснюється судом, і при цьому споживачі звільняються від сплати судового збору за позовами, що пов'язані з порушенням їх прав (ст. 24). З огляду на те, що Закон України «Про захист прав споживачів» не визначає певних меж своєї дії, то згідно правозастосовної практики судів загальної юрисдикції України, до відносин, які ним регулюються, належать, зокрема, ті, що виникають із договорів страхування.

Погоджуючись з цією позицією, Судова Колегія в Цивільних Справах Верховного Суду України в Узагальненні практики вирішення судами спорів, що виникають із договорів про надання громадянам фінансово-кредитних послуг недержавними структурами підприємницької діяльності від 1 грудня 1997 року [16] звертає увагу на те, що правовідносини в справах за позовами громадян до страхових товариств, регулюються загальними нормами зобов'язального права, відповідними актами, що регулюють діяльність такої структури (Закон України «Про страхування»), укладеними договорами про надання послуг і при вирішенні таких справ визнає за необхідне враховувати роз'яснення, п. 2 постанови Пленуму Верховного Суду України від 12 квітня 1996 року «Про практику розгляду цивільних справ за позовами про захист прав споживачів», яким передбачено, що правовідносини, які регулює Закон «Про захист прав споживачів» [12], поширюються, зокрема, на відносини, що виникли із договорів страхування. І зазначає, що положення Закону України «Про захист прав

споживачів» та вказане роз'яснення Пленуму Верховного Суду стосуються і інших питань, зокрема, підсудності цих спорів, звільнення від сплати судового збору позовних заяв. З огляду на викладене, вважаємо, що є всі законодавчі підстави для поширення на страхові правовідносини положень Закону України «Про захист прав споживачів», що певною мірою підтверджується і позитивними випадками правозастосування.

Теоретичну основу для написання статті становлять праці: Алексеева С. С., Беккіна Р. І., Беяневич О. А., Бобкової А. Г., Васильєва А. М., Граве К. А., Діденка А. Г., Єлкіна М. А., Ідельсона В. Р., Іпатова А. Б., Корчевської Л. І., Лунца Л. А., Мамедова А. А., Мена Е. М., Райхера В. К., Серебровського В. І., Смірної М. Б., Сорокіна В. Д., Сулейменова М. К., Тарабаріна Б. С., Ульяніцева В. Г., Урманцева Ю. А., Черданцева А. Ф., Шалагіної М. А., Шимінової М. Я., Янішена В. П. та інших вчених.

Цілями статті є дослідження теоретико-практичних питань визнання суб'єкта господарювання споживачем страхової послуги.

Основний зміст. Галузевий аспект аналізованої проблеми полягає в тому, що споживачем страхової послуги як сторони за договором страхування в розумінні Закону України «Про захист прав споживачів» [11] виступає фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних із підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника (п. 22 ст. 1).

Наведене визначення встановлює такі легальні ознаки споживача страхової послуги:

- за суб'єктним складом споживач — це фізична особа;
- вступає у договірні правовідносини із страховиком щодо придбання специфічних страхових послуг



(при цьому конструкція послуг визначається через поняття продукції, яке вміщено у п. 19 ч. 1 Закону України «Про захист прав споживачів», відповідно до якої продукція — це будь-які виріб (товар), робота чи послуга, що виготовляються, виконуються чи надаються для задоволення суспільних потреб);

- мета споживання — особисті потреби, безпосередньо не пов'язані з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника.

З огляду на наведені поняття та ознаки законодавець виводить «за межі» кола споживачів юридичних осіб за фізичних осіб — підприємців. З огляду на те, що поняття «споживач» вказує на тих суб'єктів, які користуються «підвищеним» захистом з боку держави, це фактично позбавляє їх можливості на захист своїх порушених прав та законних інтересів тими засобами, які зазначеним законом передбачені.

Суб'єкт господарювання на рівних із фізичними особами умовах, передбачених страховим законодавством, укладає договори страхування, вносить страхові платежі, виконує інші умови договору страхування, знаходиться під страховим захистом протягом терміну дії договору страхування — тобто споживає страхову послугу. Проте у разі невиконання або не належного виконання страховиком своїх зобов'язань за договором страхування, що тягне за собою порушення прав та законних інтересів, суб'єкт господарювання як споживач страхової послуги позбавлений права на спеціальні засоби захисту, передбачені законодавством про захист прав споживачів.

Дослідження сутності та правового становища споживача у відносинах із добровільного страхування не є метою цієї роботи. Проте вважаємо за потрібне зупинитися на деяких ключових аспектах цього дискусійного питання

та навести власні висновки стосовно проблематики визнання за суб'єктом господарювання статусу споживача страхової послуги.

Дослідження історії виникнення «споживацького руху» доводять, що ідея захисту прав споживачів набула поширення в результаті переходу від натурального до індустріального типу господарювання, коли споживачі вже не могли задовольняти власні потреби своїми силами і були вимушені вступати у відносини обміну [5, с. 150].

Д. Д. Безрукова у своєму дослідженні доводить, що підприємець і споживач — це дві частини одного цілого, що знаходяться у стані боротьби один з одним. І саме така боротьба є основою ринкової економіки та характеризується *нерівністю сторін* [курсив наш. — П. Н.] [2, с. 4].

Як зазначає російський вчений Ю. Б. Фогельсон, правовий інститут захисту споживачів припускає, що право займає позицію обмежувача економічної свободи учасників ринків на користь найслабшої сторони. В іншому випадку диспропорції, що існують на профільних ринках, ускладнюють процес задоволення потреб членами суспільства [5, с. 152].

На нашу думку, у вказаному аспекті слід говорити не про обмеження свободи, а про можливі механізми захисту порушених прав та законних інтересів найслабшої сторони у відповідних правовідносинах. Вказані механізми на сьогодні передбачені спеціальним Законом України «Про захист прав споживачів», норми якого з огляду на їх зміст та системне тлумачення належать до сфери публічно-правового регулювання. Адже держава на підставі Закону встановлює права споживачів, підстави, форми та види відповідальності суб'єктів господарювання, що виконують роботу та/або надають послугу; встановлює особливості судового захисту прав споживачів; визначає систему органів державного нагляду у сфері захисту



прав споживачів, правові форми та засоби державного регулювання у цій сфері; визначає мету діяльності громадських об'єднань у сфері захисту прав споживачів та встановлює їх права.

Публічно-правове регулювання сфери захисту прав споживачів надає підстави для звернення до норм Господарського кодексу України (далі — ГК України) [3], відповідно до ст. 2 якого споживачі відповідних товарів, робіт та послуг є учасниками господарських відносин. З огляду на це слід наголосити, що доктрина господарського права визначає, що термін «суб'єкти господарської діяльності» є вужчим від терміна «учасник господарських відносин» і таким чином ним поглинається. Тобто всі суб'єкти господарської діяльності є учасниками господарських відносин, проте не всі учасники — суб'єктами [18, с. 9–10].

Беручи до уваги викладене вище та сферу реалізації страхових правовідносин — економіка України (страховий ринок), а також той факт, що страхове законодавство дозволяє юридичним особам та фізичним особам — підприємцям укладати договори страхування із страховиками, і як наслідок споживати страхові послуги, є підстави для поширення дії норм Закону України «Про захист прав споживачів» і на суб'єктів господарювання як страхувальників за договором страхування у сфері господарювання.

Проте невирішеним залишається одне ключове питання, саме щодо якого розгорається найбільша наукова полеміка і яке деякими авторами зводить нанівець намагання розширення кола споживачів і включення до нього юридичних осіб та фізичних осіб — підприємців. Ідеться про визнання / невизнання за суб'єктами господарювання статусу «слабкої сторони» у правовідносинах певного виду, в тому числі й страхових.

Аргументи прибічників визнання юридичних осіб та фізичних осіб —

підприємців споживачами обумовлюються таким.

І. Суб'єкт господарювання може бути слабкою стороною у правовідносинах певного виду. Виходячи на непрофільний для себе ринок у якості споживача страхової послуги (товару, робіт), юридична особа або фізична особа — підприємець не позбавлені можливості зазнати як інформаційної, так і договірної диспропорції, і як наслідок — зазнати порушення своїх прав та законних інтересів.

Вказане досить яскраво унаочнюється вітчизняною правозастосовною практикою.

Так, Вищий Господарський Суд України Постановою від 22 лютого 2005 року у справі № 20-3/308-9/099 залишив касаційну скаргу НАСК «Оранта» (Відповідач) без задоволення із таких підстав.

Позивач звернувся до господарського суду м. Севастополя з позовом до Відповідача про стягнення страхового відшкодування за договором від 24 січня 2003 року в обґрунтування позовних вимог Позивач посилався на неналежне виконання Відповідачем норм чинного законодавства та зобов'язань за договором при настанні страхового випадку.

Рішенням господарського суду м. Севастополя від 25 жовтня 2004 року позов задоволено та постановлено стягнути з Відповідача на користь Позивача страхове відшкодування в повному обсязі. Рішення господарського суду м. Севастополя мотивоване тим, що Відповідачем не доведено наявності підстав для звільнення його від виплати Позивачу страхового відшкодування.

Постановою Севастопольського апеляційного господарського суду від 10 грудня 2004 року рішення господарського суду м. Севастополя від 25 жовтня 2004 року залишено без змін, а апеляційна скарга Відповідача залишена без задоволення. Постанова Севастопольського апеляційного госпо-



дарського суду мотивована тим, що під час апеляційного перегляду справи судом не виявлено підстав для звільнення Відповідача від виплати страхового відшкодування. Не погоджуючись із зазначеною постановою Севастопольського апеляційного господарського суду, Відповідач звернувся до Вищого господарського суду України з касаційною скаргою, в якій просить рішення господарського суду м. Севастополя від 25 жовтня 2004 року та постанову Севастопольського апеляційного господарського суду 10 грудня 2004 року скасувати, у позові відмовити.

Розглянувши матеріали справи і доводи касаційної скарги, перевіривши правильність застосування судами першої та апеляційної інстанцій норм матеріального і процесуального права у вирішенні цього спору, колегія суддів вважає, що касаційна скарга підлягає залишенню без задоволення з наступних підстав. Як вбачається з матеріалів справи, 24 січня 2003 року між Позивачем (Страховальник) та Відповідачем (Страховик) укладено договір страхування.

Умовами Договору також передбачено, що страховими ризиками за Договором є збитки від усіх ризиків загибелі чи пошкодження всього або частини вантажу, крім випадків, передбачених п. 4 Договору. Під час судового розгляду судами попередніх інстанцій встановлено, що 8 лютого 2003 року в районі протоки Босфор унаслідок сильного шторму судно загибло разом із застрахованим вантажем. Як вбачається з матеріалів справи, вказана ситуація підпадає під ознаки страхового випадку, передбаченого розділом 3 Договору. Відповідно до п. 15.4 Договору Відповідач зобов'язаний прийняти рішення про сплату страхового відшкодування після надання Позивачем документів, вказаних у п. 15.3 Договору та перелік яких значно перевищує перелік, встановлений у ст. 25 Закону.

Судами попередніх інстанцій встановлено, що Позивачем додержано вимоги ст. 25 Закону та п. 15.4 Договору та двічі надано необхідний для виплати страхового відшкодування пакет документів. Проте, як вбачається з матеріалів справи, Відповідачем страхове відшкодування Позивачу не виплачено. Задовольняючи позовні вимоги, суд першої інстанції виходив із того, що Відповідачем не надано суду доказів на підтвердження його права на зменшення суми або звільнення від сплати страхового відшкодування. Під час судового розгляду справи судами попередніх інстанцій не встановлено факту наявності жодних із перелічених підстав для звільнення відповідача від виплати Позивачу страхового відшкодування.

Беручи до уваги всі наведені обставини в їх сукупності, судова колегія дійшла висновку, що під час розгляду справи господарським судом м. Севастополя та Севастопольським апеляційним господарським судом фактичні обставини справи встановлено на основі всебічного, повного й об'єктивного дослідження поданих доказів, висновки суду відповідають цим обставинам і їм надана правильна юридична оцінка [9].

Вищий Господарський Суд України Постановою від 24 жовтня 2006 року у справі № 24/67 касаційну скаргу ТОВ (Позивач) про стягнення страхового відшкодування із АТЗТ «Страхова компанія «Лемма» (Відповідач) задовольнив повністю виходячи з наступного.

Рішенням господарського суду м. Києва від 14 березня 2006 року позовні вимоги задоволено частково, стягнуто з Відповідача страхове відшкодування не в повному обсязі. Рішення господарського суду першої інстанції мотивовано приписами статей 8, 25, 26 Закону України «Про страхування», ст. 991 ЦК України та тими обставинами, що згідно із схемою пригоди страховий випадок (пошкодження транспортного засобу) мав місце, а



отже, страховик зобов'язаний здійснити виплату страхового відшкодування.

Постановою Київського апеляційного господарського суду від 26 квітня 2006 року рішення господарського суду першої інстанції скасовано, в позові відмовлено. Підставами скасування судового рішення господарського суду першої інстанції стало неврахування ряду обставин, передбачених Законом України «Про страхування» та умовами договору, які надають страховику право відмовити у виплаті страхового відшкодування при настанні страхового випадку. Такими обставинами за висновками апеляційної інстанції було подання страхувальником завідомо неправдивих відомостей про факт та обставини настання страхового випадку; неповідомлення та/або надання неправильної (свідомо неправдивої або неповної) інформації при укладенні договору страхування.

Так, з метою перевірки обставин щодо настання страхового випадку за заявою Відповідача КНДІСЕ було проведено транспортно-трасологічне дослідження, за висновком якого отримані автомобілем позивача пошкодження характерні для контактування з транспортним засобом, а не з електроопорами (бетонними стовпами); наявні на автомобілі пошкодження не відповідають із технічної точки зору механізму ДТП відповідно до пояснень, наданих [...]. При укладенні договору страхування в заяві на страхування транспортного засобу позивачем було зазначено, що автомобіль не передається у прокат, оренду, майновий найм, лізинг. Однак матеріалами справи підтверджується, що на момент укладення договору страхування автомобіль було передано позивачем в оренду гр. [...] за договором оренди від 20 листопада 2003 року.

Вищий господарський суд України у відкритому судовому засіданні дослідив матеріали справи, доводи касаційної скарги та вважає, що вона під-

лягає задоволенню, виходячи з наступного.

За умовами укладеного договору страхування передбачено, зокрема, покриття такого з ризиків, як пошкодження чи знищення транспортного засобу внаслідок дорожньо-транспортної пригоди (п. 1.2 договору). Господарськими судами встановлено факт настання страхового випадку, що вбачається з матеріалів справи, — схеми пригоди, складеної співробітниками окремого батальйону ДПС УДАІ Черкаської області, а також підтверджено самим відповідачем у п. 3.1 страхового акта.

Задовольняючи позовні вимоги, судом першої інстанції взято до уваги акт автотоварознавчого дослідження № 78/08 від 15 грудня 2005 року для визначення матеріального збитку, заподіяного майну позивача внаслідок ДТП.

Таким чином, господарським судом першої інстанції на підставі встановлених фактичних обставин справи правильно встановлено підстави для зобов'язання відповідача здійснити страхове відшкодування, вірно застосовано норми матеріального права, які підлягали застосуванню до даних правовідносин, висновки суду першої інстанції відповідають встановленим обставинам та нормам чинного законодавства. Скасовуючи рішення господарського суду першої інстанції та ухвалюючи постанову про відмову в позовних вимогах, господарський суд апеляційної інстанції вважав, що судом неправильно застосовано норми матеріального права, не взято до уваги обставини, які є підставою для відмови у виплаті страхового відшкодування.

Разом із тим з такими висновками погодитися не можна з огляду на таке. Підстави для відмови страховика у здійсненні страхових виплат або страхового відшкодування передбачені ст. 991 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) [17], ст. 26



Закону України «Про страхування». Згідно з ч. 2 ст. 26 Закону України «Про страхування» умовами договору страхування можуть бути передбачені інші підстави для відмови у здійсненні страхових виплат, якщо це не суперечить законодавству України. Оцінюючи встановлені обставини як підстави для відмови у виплаті страхового відшкодування, суду необхідно виходити з приписів зазначених норм закону. Як вбачається із змісту листа Відповідача, підставами для відмови у виплаті страхового відшкодування стало надання страхувальником (позивачем) неправдивої інформації про об'єкт страхування та обставини, що мають суттєве значення для оцінки страхового ризику (пп. 2.2.1 договору).

Беручи до уваги встановлені обставини, апеляційна інстанція не надала цим обставинам відповідної оцінки, зокрема, на предмет того, яке значення мають неповідомлені страхувальником факти. Апеляційна інстанція не звернула увагу на те, що такі факти повинні мати істотне значення для оцінки страхового ризику, як це обумовлено приписами ст. 989 ЦК України та умовами договору (пп. 2.2.1 договору).

Господарським судом першої інстанції зазначено, що факт існування договору оренди на застрахований об'єкт не можна розцінювати як обставину, яка має істотне значення для оцінки страхового ризику. Характер отриманих пошкоджень і механізм їх заподіяння застрахованому об'єкту в розглядуваному випадку значення не мають, а тому не можуть розцінюватися як підстава для відмови у виплаті страхового відшкодування.

З огляду на те, що підставою скасування рішення господарського суду першої інстанції стало неправильне застосування апеляційною інстанцією приписів Закону України «Про страхування», а судом першої інстанції з достовірністю встановлено наявність

підстав для виконання страховиком зобов'язань із виплати страхового відшкодування, і ці обставини не спростовано апеляційним господарським судом, рішення господарського суду першої інстанції про задоволення позову є правомірним та підлягає залишенню без змін [10].

Наведені рішення доводять наявність договірної диспропорції у договорах добровільного страхування, де на боці страхувальника виступає юридична особа, що споживала страхову послугу та права і законні інтереси якої було порушено. Страховики в обох наведених випадках «маскували» договірну диспропорцію під невиконання страхувальником зобов'язань, прийнятих на себе за договором страхування, обґрунтовуючи це положення ст. 26 Закону України «Про страхування», яка визначає підстави відмови у виплаті страхового відшкодування, ставлячи таким чином страхувальника — суб'єкта господарювання «в позицію» слабкої сторони за договором.

II. Споживач, виходячи із змісту Закону України «Про захист прав споживачів», здійснює кінцеве споживання товару, роботи, послуги. На нашу думку, вказаний аргумент є слабким, адже і юридична особа і фізична особа можуть бути кінцевими споживачами.

Сучасні вітчизняні наукові дослідження в цій частині, вивчаючи питання захисту прав споживачів, доводять таке.

1) Л. Р. Левчук у роботі «Господарсько-правова відповідальність підприємців за порушення на споживчому ринку» [7, с. 4] зазначає про:

- необхідність розкриття змісту захисту прав споживачів як принципу господарської діяльності, що полягає у дотриманні підприємцями у своїй діяльності прав та інтересів усіх учасників споживчого ринку, соціальної спрямованості бізнесу, виробництві та реалізації



якісної продукції, дотриманні звичаїв ділового обороту тощо;

- доцільність запровадження терміна «виробничий споживач» — як суб'єкт господарювання, що споживає (використовує, купує) ті чи інші товари, роботи, послуги у процесі своєї господарської діяльності.

2) М. М. Казаков у дослідженні «Методичні особливості розбудови механізму захисту прав споживачів в Україні» [6, с. 7] вказує на:

- необхідність надання національній політиці сучасного змісту, який полягає у визнанні пріоритету інтересів споживачів, збалансованості запитів споживачів і можливостей економіки, узгодженості взаємовідносин між виробником, підприємцем, торговцем і споживачем, тісній взаємодії державних органів та широкої громадськості;
- актуальність питання розширення сфери дії Закону «Про захист прав споживачів» на суб'єктів господарювання.

3) Г. А. Осетинська у дисертації «Цивільно-правовий захист прав споживачів за законодавством України» [8, с. 18] доводить:

- доцільність поширення законодавства про захист прав споживачів на відносини фізичної особи — підприємця, які виникли з договорів, спрямованих на придбання, замовлення ним товарів (робіт, послуг) із метою задоволення особистих, сімейних, домашніх, культурно-побутових та інших особистих побутових потреб, не пов'язаних із здійсненням ним підприємницької діяльності;
- необхідність розширення змісту поняття «споживач», яким має вважатися фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити товари (роботи, послуги) для задоволення особистих, у тому числі сімейних, домашніх,

культурно-побутових, фінансових та інших особистих потреб, не пов'язаних із підприємницькою діяльністю;

- обґрунтованість положення про те, що усі споживчі договори є публічними договорами, на які мають поширюватися, зокрема, положення ст. 633 ЦК України;
- обґрунтованість положення про те, що дія принципу свободи договору при укладенні споживчих договорів, формуванні їх умов істотно обмежена, адже і порядок укладення і формування умов договору визначають переважно імперативними нормами законодавства про захист прав споживачів, причому таким чином, що встановлюються привілейовані умови для споживача і додаткові обов'язки для підприємця.

В обґрунтування нашого підходу варто навести положення законодавства ЄС в галузі захисту прав споживачів. Необхідно застережити, що Директиви ЄС так само, як і законодавство України, спрямовані на захист фізичних осіб. Так, п. 20 Директиви 2007/64/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 13 листопада 2007 року «Про платіжні послуги на внутрішньому ринку, а також захисту прав споживачів банківських послуг у сфері електронних платежів» [4] встановлює, що оскільки споживачі та підприємці займають різні позиції, вони не потребують однакового рівня захисту». При цьому в західній доктрині висловлювалися думки про необхідність поширення в ряді випадків статусу споживача і на юридичних осіб. Проте така ініціатива не віднайшла поширення з тих самих підстав, що й у вітчизняному законодавстві [5, с. 233].

Питання щодо визначення кола суб'єктів споживачів розглядалося Судом Європейських Співтовариств у справі № С-541/99 від 22 листопада 2001 року. У рішенні, винесеному за



результатами розгляду, судом було зроблено висновок про те, що особа, яка не є фізичною і уклала договір із продавцем, не може бути визнана споживачем. Проте у вказаному рішенні суд зробив визначальне застереження про те, що визначене поняття «споживач» не позбавляє країн-учасниць права можливості розглядати юридичних осіб як споживачів у їх національному законодавстві [1].

З огляду на це, країни-учасниці ЄС мають можливість застосовувати принцип мінімальної гармонізації, відповідно до якого Директивами встановлюються лише мінімальні вимоги до захисту прав споживачів, а країни-учасниці мають можливість переформулювати дефініцію поняття «споживач» у такий спосіб, аби розширити коло суб'єктів, що підлягає захисту. Як зазначає Ю. Б. Фогельсон, з успіхом такі правила застосовуються у законодавстві Мальти та Великобританії, слід зазначити, що з деякими застереженнями [5, с. 234].

Висновок. Наведені системні тлумачення норм чинного законодавства України, матеріали правозастосовної практики, положення права ЄС, практика Європейського суду та положення наукової доктрини доводять можливість і необхідність поширення норм законодавства України про захист прав споживачів на суб'єктів господарювання. Вказане дозволить ві-

дійти від «вузького» законодавчого підходу до тлумачення терміна «споживач» і поширити дію спеціального законодавства на тих осіб, які фактично споживають будь-яку послугу (роботи, товари). Йдеться про юридичних та/або фізичних осіб-підприємців, до яких можуть застосовуватися умови інформаційної та договірної диспропорції у процесі споживання, що ставить їх у положення «слабкої сторони за договором» страхування. Вказаний підхід надасть можливість застосовувати до таких осіб особливості захисту прав споживачів, які полягають у домінуванні спеціальних способів захисту (Закон України «Про захист прав споживачів») над загальними.

Перспективи подальших розвідок у напрямку дослідження проблемних питань визнання суб'єкта господарювання споживачем страхової послуги повинні сприяти розвитку науки страхового права та активізації наукових досліджень. ♦

Список використаних джерел

1. *Judgment of the Court of Justice of the European Communities (Third Chamber) of 22 November 2001. — No. C-541/99 (Cape Snc v. IdealserviceSrL) and No. C-542/99 (Idealservice MN RE Sas v. OMAI Srl) // European Court Reports. — 2001. — P. I-09049.*
2. Безрукова Д. Д. *Формирование института защиты интересов и прав потребителей в России с использованием мирового опыта : автореф. дис. ... канд. экон. наук : спец. 08.00.14 «Мировая экономика»; 08.00.05 «Экономика и управление народным хозяйством (экономика труда)» / Д. Д. Безрукова. — М., 2005. — 20 с.*
3. *Господарський кодекс України : від 16 січня 2003 року / Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 462.*



4. Директива 2007/64/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 13 листопада 2007 року «Про платіжні послуги на внутрішньому ринку, а також захисту прав споживачів банківських послуг у сфері електронних платежів» // *Official Journal*. — 2007. — 5 Dec. — № L 319. — P. 1—36.
5. *Защита прав потребителей финансовых услуг* / [отв. ред. Ю. Б. Фогельсон]. — М. : Норма : ИНФРА-М, 2010. — 368 с.
6. Казаков М. М. *Методичні особливості розбудови механізму захисту прав споживачів в Україні* : автореф. дис. ... канд. економ. наук : спец. 08.06.01 «Економіка, організація і управління підприємствами» / М. М. Казаков. — К., 2004. — 20 с.
7. Левчук Л. Р. *Господарсько-правова відповідальність підприємців за порушення на споживчому ринку* : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 «Господарське право, господарсько-процесуальне право» / Л. Р. Левчук. — Донецьк, 2007. — 23 с.
8. Осетинська Г. А. *Цивільно-правовий захист прав споживачів за законодавством України* : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Г. А. Осетинська. — К., 2006. — 20 с.
9. *Постанова Вищого Господарського Суду України від 22 лютого 2005 року у справі № 20-3/308-9/099* [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.poraduypravni.com.ua/vyshchuj_gospodarskij_sud_postanova_sprava_vid_22022005_no_20_3_308_9_099-2747.html.
10. *Постанова Вищого Господарського Суду України від 24 жовтня 2006 року у справі № 24/67* [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://melnik81a-sud-7.skif.com.ua/news/627>.
11. *Про захист прав споживачів* : Закон України від 12 травня 1991 року № 1023-XII // *Відомості Верховної Ради УРСР*. — 1991. — № 30. — Ст. 379.
12. *Про практику розгляду цивільних справ за позовами про захист прав споживачів* : Постанова Пленуму Верховного Суду України № 5 від 12 квітня 1996 року / *Юридичний вісник України*. — 2005. — № 2.
13. *Про страхування* : Закон України від 7 березня 1996 року / *Відомості Верховної Ради України*. — 1996. — № 18. — Ст. 78.
14. *Про судову практику розгляду цивільних справ, що виникають з договорів страхування* : Лист Верховного Суду України від 19 липня 2011 року // *Вісник Верховного Суду України*. — 2011. — № 8 (132).
15. *Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг* : Закон України від 12 липня 2001 року № 2664-III / *Відомості Верховної Ради України*. — 2002. — № 1. — Ст. 1.
16. *Узагальнення практики вирішення судами спорів, що виникають із договорів про надання громадянам фінансово-кредитних послуг недержавними структурами підприємницької діяльності від 1 грудня 1997 року* [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/n0002700-97>
17. *Цивільний кодекс України* : від 16 січня 2003 року // *Офіційний вісник України*. — 2003. — № 11. — Ст. 461.
18. Щербина В. С. *Суб'єкти господарського права* : моногр. / В. С. Щербина. — К. : Юрінком Інтер, 2008. — 264 с.

Надійшла до редакції 24.06.2014 року



Н. Пацурія. Хозяйственно-правовой дискурс относительно проблематики определения потребителя страховых услуг. В статье исследуются теоретико-практические вопросы признания субъекта хозяйствования потребителем страховой услуги
Ключевые слова: потребитель, страховая услуга, субъект хозяйствования

N. Patsuriia. Economic and legal discourse regarding the problems determining the consumer of insurance services. This article concerns the possible extension of legal insurance provisions of the Law «On Protection of Consumers' Rights» which are actually implemented during the relevant law enforcement.

The Letter of the Supreme Court of Ukraine «On judicial practice civil proceedings arising out of insurance contracts» from July 19, 2011 indicates that some courts during the deciding of disputes of this category do not apply to the cases, arising from insurance contracts, the provisions of the Law of Ukraine «On protection of consumers' rights». The courts considers that the subject of the dispute is not the subject of the insurance services, therefore the rights and obligations of the parties under the terms of the insurance contract are not regulated by the mentioned Law.

The author proves that the legal position of non-extending of the Law of Ukraine «On Protection of Consumers' Rights» to legal insurance is incorrect. Indeed, in accordance with the Law of Ukraine «On Financial Services and State Regulation of Financial Markets» the insurance services, which are directly provided by financial institutions, the insurance companies are belongs to the market of financial services. The purpose of this Law is to create a legal framework to protect the consumer's rights of financial services. According to the Law of Ukraine «On Protection of Consumers'» consumer are protecting by the law, by the court, and at the same time consumers are protected by the way of exempting from payment of court fee for claims related to the violation of their rights. Given that the Law of Ukraine «On Protection of Consumers' Rights» does not define the limits of the action, according to the legal enforcement practice of courts of general jurisdiction of Ukraine, to the relationship which are arising of the insurance contracts are under the jurisdiction of the mentioned Law.

The presented in this article system of interpretation of the current legislation of Ukraine, the court practice, the provisions of EU law, the European Court and the provisions of the scientific doctrine and the arguments of the necessity to improve the norms of the protection of the consumer's rights to the protection of the subjects of entrepreneurial activity. The mentioned arguments will allow to move away from the «narrow» legislative approach to the interpretation of the term «consumer» and to extend the special legislation for those who actually consume any service (work items). These are legal and / or individuals, which can be used under conditions of information and contractual imbalances in the process of consumption, which puts them in a position of «weak party to the contract» insurance. This approach will allow to apply to the mentioned persons the specific general instruments of the legislation in the sphere of protection of consumer's rights to the subjects of the insurance activity (Law of Ukraine «On Protection of Consumers' Rights») under the specific legal instruments of the insurance market.

Keywords: consumer, insurance service, a business entity



ДО ПИТАННЯ ПРО ВПЛИВ БАНКІВСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА ТА СУДОВОЇ ПРАКТИКИ НА БАНКІВСЬКУ ДІЯЛЬНІСТЬ В УКРАЇНІ*

Сергій Куровський,

здобувач Київського міжнародного університету

У статті розглядаються питання щодо комплексного характеру банківського законодавства, його впливу на формування банківського права як комплексної галузі права. Досліджуються положення теорії банківського права та норми банківського законодавства України у частині визначення особливостей регулювання банківської діяльності. Визначаються риси банківського законодавства та місце нормативно-правових актів Національного банку України у системі банківського законодавства. Досліджується значення судової практики у частині регулювання банківської діяльності.

Ключові слова: банківське законодавство, банківське право, Національний банк України, судова практика.

Фінансова енциклопедія визначає банківське законодавство як систему упорядкованих певним чином нормативно-правових актів, що регулюють суспільні відносини у сфері банківської діяльності [1, с. 35 – 36]. Банківське законодавство слід розглядати як зовнішню форму банківського права, що відображає його внутрішню сутність, внутрішню структуру. Банківське законодавство також може розглядатися як вихідна складова джерел банківського права, під якими розуміють систему зовнішніх форм, що регулюють суспільні відносини у сфері створення та функціонування банківської системи, здійснення банківських операцій, а також організації та здійснення банківського регулювання й нагляду центральним банком, органами державної влади, банківськими установами та об'єднаннями в межах їхньої компетенції [2, с. 26].

На сьогоднішній день вже не виникає питань щодо розгляду банківського права як комплексної правової галузі. Адже на цій позиції стоїть більшість вітчизняних вчених, які займаються проблематикою банківського права. Для цього достатньо поди-

витися публікації останніх років професорів Латковської Т.А., Орлюк О.П., Селіванова А.А. та багатьох інших. Відповідно, банківське законодавство відображає структуру банківського права як комплексної галузі, й наділено усіма характеристиками, притаманними внутрішній структурі комплексної правової галузі. Заради справедливості слід зазначити, що зародження банківського законодавства як комплексної галузі законодавства передувало (що цілком логічно) сприйняттю банківського права як комплексної галузі права. На підтвердження комплексного характеру банківського законодавства свідчили роботи представників різних галузей права, зокрема, фінансового, цивільного, господарського, в роботах яких зачіпалися проблеми банківсько-правового регулювання ще у період наприкінці 90-х років ХХ століття та початку ХХІ століття. Підтвердження цьому будуть праці Ващенко Ю.О., Гетманцева Д.О., Карманова Є.В., Кротюка В.Л., Орлюк О.П., Пасічника В.В., Селіванова А.О., Селезнєвої О.М. та інших. У цих працях підкреслювався комплексний характер банківського

* Стаття друкується в авторській редакції



законодавства як законодавства, що поєднує у собі норми різних галузевих законодавств – публічних галузей (фінансове, адміністративне), приватних (цивільне), комплексних (господарське) тощо. Поєднання принципів та методів правового регулювання, закладених у різні галузі законодавства, що об'єднувалися єдиною сферою регулювання – а саме суспільними відносинами у сфері банківської діяльності – у кінцевому рахунку й створило підстави для зародження банківського права як комплексної правової галузі, яка поєднує у собі елементи публічно-правового та приватно-правового регулювання. Відповідним є й правовий інструментарій, що використовується у процесі регулювання банківських відносин.

Істотне місце у процесі регулювання банківських відносин посідає Національний банк України, адже саме в його діяльності уособлюються функції як регулятора банківської діяльності, нормотворця, так і наглядової інстанції. Відповідно, оцінка місця його актів у системі банківського законодавства, а також визначення впливу судової практики на здійснення банківської діяльності, мають не лише теоретичний, але й практичний інтерес. Саме ці напрями й обрано в якості мети даної наукової статті.

Аналіз монографічних джерел дозволяє говорити, що метою банківського законодавства виступає закріплення на належному рівні регулювання банківських правовідносин, які характеризуються, у свою чергу, цілою низкою специфічних ознак. До таких ознак відносять наявність специфічного виду діяльності, щодо якої виникають суспільні відносини – а саме банківської діяльності, спеціального суб'єкта – банківської установи, а також спеціального об'єкта – фінансових інструментів, з якими безпосередньо здійснюється банківська діяльність. Серед особливостей правового регулювання банківських відносин на-

зивають також наявність імперативного методу правового регулювання, який обумовлює відсутність вільного вибору у сторін щодо визначення форм правовідносин та правил їх реалізації [3, с. 29]. При цьому в юридичній літературі підкреслюють, що переважна більшість суспільних відносин, що регулюються нормами Закону України «Про банки і банківську діяльність», мають публічно-правовий характер (адміністративно-правовий, фінансово-правовий) та виникають під час заснування, реєстрації, діяльності, реорганізації та ліквідації банківських установ [4, с. 458]. Такі правовідносини є специфічними через характерні риси та особливості правового статусу їх учасників, якими можуть бути Національний банк України, банки та їх об'єднання, філії та представництва іноземних банків, філії та представництва українських банків за кордоном, пов'язані з банком особи, власники істотної участі у банку [5, с. 47].

Зазвичай, до особливостей банківських відносин, які знаходять своє закріплення у нормах банківського законодавства, є те, що на банки покладено певні публічні функції у відносинах із клієнтами. До таких функцій можна віднести функції агентів валютного контролю, контролю за проведенням касових операцій тощо. Наявності таких особливостей наголошують не один десяток років [3, с. 21; 6, с. 30; 7, с. 36].

Так, серед властивостей банківського законодавства називають:

- 1) міжгалузевий характер законодавства, що регулює банківську діяльність;
- 2) комплексність банківського законодавства;
- 3) одночасна належність окремих актів банківського законодавства до інших галузей законодавства;
- 4) значна кількість нормативно-правових актів у сфері банківської діяльності, переважно підзаконних [1, с. 36; 8, с. 27].



Якщо дивитися на зазначені властивості, можна дійти висновку про наявність такої якості банківського законодавства як системність. Адже перелічені вище положення свідчать не лише про ієрархію актів банківського законодавства, але й про наявність загальних підходів до його побудови.

Так, на сферу функціонування банківських посередників здійснюють вплив положення загальних законів, зокрема, Цивільного та Господарського кодексів України, Податкового кодексу, законодавства у сфері підприємницької діяльності. Значна роль відведена їй міжнародним стандартам та звичаям у сфері банківської діяльності. Такі стандарти запроваджувалися у національне законодавство ще із часів започаткування незалежної національної банківської системи України, адже остання входить до глобальних фінансових потоків, які мають регулюватися уніфікованими правилами. Значної ролі банківська уніфікація набула у зв'язку зі вступом України до СОТ у 2008 році. Актуальним це питання залишається й у зв'язку з необхідністю дотримання вимог, визначених Асоціацією України з Європейським Союзом, внаслідок чого має подовжитися імплементація норм європейського банківського законодавства.

Водночас основний вплив на цю сферу мають норми спеціального законодавства. Слід зауважити, що на відміну від стану законодавчого регулювання банківської діяльності початку двотисячних років, коли на цю сферу свій вплив розповсюджувало менше десяти спеціальних законів, нині зазначені відносини підпадають під регулювання цілої низки спеціальних законів, пов'язаних із функціонуванням фінансових посередників або здійсненням операцій з фінансовими інструментами. Зокрема, в якості прикладів можна назвати наступні закони України: «Про банки і банківську діяльність» від 7.12.2000 р. № 2121-III [9], «Про Національний банк України» від

20.05.1999 р. № 679-XIV [10], «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» від 5.04.2001 р. № 2346-III, «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12.07.2001 р. № 2664-III, «Про електронні документи та електронний документообіг» від 22.05.2003 № 851-IV, «Про електронний цифровий підпис» від 5.06.2003 р. № 898-IV тощо. При цьому слід зауважити, що зазначені закони постійно перебувають у процесі змін, що свідчить з одного боку про нестабільність банківського законодавства, а з іншого – про оперативне реагування на якісні зміни, що відбуваються у сфері банківської діяльності з позицій її правового врегулювання.

У цьому сенсі слід підтримати позицію, яка висловлювалася у процесі дослідження доктринальних проблем українського права, згідно з якою визначається, що на банківське законодавство покладається завдання «більш або менш адекватно виразити внутрішню суть банківської системи, забезпечити її стабільність, і в той же час мати можливість достатньо гнучко реагувати на постійні зміни» [11, с. 631].

Особливості здійснення банківської діяльності, визначені банківським законодавством, мають враховуватися й при застосуванні норм іншого законодавства, наприклад, кримінального. Зокрема, у постанові Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами законодавства про відповідальність за окремі злочини у сфері господарської діяльності» від 25.04.2003 р. № 3 [12] підкреслювався взаємозв'язок між відсутністю спеціального дозволу (ліцензії) на здійснення банківської діяльності та настанням кримінальної відповідальності. Зокрема, відповідно до п. 7 згаданої постанови кримінальна відповідальність за діяльність та операції, зазначені в диспозиції ч. 2 ст. 202 КК України, настає за умови, що вони здійснюються без державної реєстрації або без спеціального дозволу (ліцензії)



чи з порушенням умов ліцензування, якщо внаслідок такої діяльності та операцій отримано дохід у великих розмірах. Відповідальність за цей злочин несуть службові особи суб'єкта господарської діяльності. Таку відповідальність можуть нести і громадяни-підприємці (наприклад, у випадках, коли особа здійснює відповідну діяльність чи операції без державної реєстрації). Таким чином, ВСУ вказує на специфіку банківської діяльності та необхідність дотримання умов, визначених банківським законодавством, щодо можливості її здійснення.

До банківських належать операції, перелік яких наведено у ст. 47 Закону України «Про банки і банківську діяльність» [9]. Банківська діяльність – це діяльність із залучення у вклади коштів у грошовому вираженні фізичних і юридичних осіб та розміщення зазначених коштів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик, відкриття і ведення банківських рахунків фізичних та юридичних осіб, що може здійснюватися банками – юридичними особами, які мають виключне право на проведення таких операцій на підставі ліцензії Національного банку України. При цьому потрібно враховувати, що операції, визначені в пунктах 1 – 3 ч.1 ст. 47 названого Закону, є виключно банківськими операціями, здійснювати які в сукупності можуть лише юридичні особи, котрі мають банківську ліцензію.

У свою чергу згідно зі статтями 1, 4 Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» професійною діяльністю на ринку цінних паперів, у тому числі посередницькою, визнається діяльність з випуску та обігу цінних паперів, яку можуть здійснювати юридичні та фізичні особи виключно на підставі ліцензій, що видаються в порядку, встановленому чинним законодавством. Небанківською фінансовою установою є юридична особа, яка

відповідно до законодавства надає одну чи декілька фінансових послуг та внесена до відповідного реєстру в установленому законом порядку. Зокрема, до таких установ належать ті, що названі в п. 1 ч.1 ст. 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг». Під операціями таких установ слід розуміти ті з них, що здійснюються під час надання фінансових послуг, перелік яких міститься в ст. 4 зазначеного Закону.

Істотне місце у забезпеченні банківської діяльності відіграють й акти безпосередньо Національного банку України, які він видає в межах виконання своєї основної функції. Конституцією України та Законом України «Про Національний банк України» [10] такою функцією визначено забезпечення стабільності грошової одиниці України. З метою її реалізації центральний банк реалізує сукупність інших взаємопов'язаних функцій, які впливають на функціонування банківської системи, серед яких істотне місце посідає функція банківського регулювання й нагляду. Адже її метою, відповідно до ч. 1 ст. 55 даного Закону, виступають безпека та фінансова стабільність банківської системи, захист інтересів вкладників і кредиторів.

У межах своїх повноважень Національний банк здійснює постійний нагляд за дотриманням банками, їх підрозділами, афілійованими та спорідненими особами банків на території України та за кордоном, банківськими групами, представництвами та філіями іноземних банків в Україні, а також іншими юридичними та фізичними особами банківського законодавства, нормативно-правових актів Національного банку і економічних нормативів. При цьому НБУ не здійснює перевірок і ревізій фінансово-господарської діяльності зазначених вище суб'єктів. Таким чином реалізується принцип не втручання центробанку у підприємницьку діяльність суб'єктів



господарювання, якими виступають банки. Що й дає підстав говорити про те, що НБУ здійснює банківський нагляд, а не контроль в його класичному розумінні (оскільки банки не є підконтрольними у своїй діяльності центральному банку у розумінні підвідомчого контролю).

Відповідно до статті 56 Закону «Про Національний банк України» НБУ видає нормативно-правові акти з питань, віднесених до його повноважень, які є обов'язковими для органів державної влади і органів місцевого самоврядування, банків, підприємств, організацій та установ незалежно від форм власності, а також для фізичних осіб. Такі акти видаються у формі постанов Правління Національного банку, а також інструкцій, положень, правил, що затверджуються постановами Правління Національного банку.

Латковська Т.А., досліджуючи правову природу центральних банків, пропонує наступне визначення правового акту НБУ – це офіційно оформлений правовий документ волевиявлення Національного банку, здійснюваний в односторонньому порядку з питань законодавчо встановленої компетенції у сфері регулювання грошово-кредитних відносин за допомогою правових норм, а також установа (зміни, припинення) на основі цих норм прав та обов'язків учасників конкретних правовідносин та міри відповідальності за порушення відповідних норм [13, с. 177]. При цьому до правових актів центрбанку вчена включає нормативно-правові акти, інтерпретаційні акти, правозастосовні акти, договірні акти. Доцільно погодитися із такою позицією, однак зазначити, що для суб'єктів банківських правовідносин обов'язковим буде дотримання саме нормативно-правових актів НБУ, як це визначено чинним законодавством. Натомість правозастосовні або договірні акти матимуть обов'язкову юридичну силу для самого центрбанку як ініціатора

таких актів або сторони у відповідних договірних відносинах.

Зрозуміло, що як і будь-які інші підзаконні акти, акти НБУ не можуть суперечити законам України та іншим законодавчим актам України і не мають зворотної сили, крім випадків, коли вони згідно з законом пом'якшують або скасовують відповідальність. Крім того, нормативно-правові акти НБУ, які відповідно до закону є регуляторними актами, мають розроблятися, розглядатися, прийматися та оприлюднюватися з урахуванням вимог Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності». Наш погляд, такий підхід законодавця, який набув обов'язкового порядку набагато пізніше, ніж був прийнятий сам закон про центрбанк, є свідченням щодо розповсюдження на акти центрбанку загальних принципів нормотворчості, прийнятих в Україні. Крім того, враховуючи істотне значення актів центрбанку для юридичних та фізичних осіб в країні у цілому (достатньо згадати норми щодо обороту готівки, роботи із картками або валютні обмеження), оприлюднення проектів актів НБУ створює реальні підстави, аби мати можливість попередити прийняття завідомо неправомірних норм або таких, що можуть суперечити публічним інтересам чи інтересам банківської системи держави у цілому.

Відповідно до визначених законодавством вимог нормативно-правові акти Національного банку набирають чинності з дня їх офіційного опублікування, якщо більш пізній строк набрання чинності не передбачений у такому акті. При цьому офіційним опублікуванням нормативно-правового акта НБУ вважається перше опублікування його повного тексту в одному з періодичних друкованих видань – «Офіційному віснику України», газетах «Урядовий кур'єр», «Голос України» або перше розміщення на сторінці



Офіційного інтернет-представництва Національного банку України. Як й будь-які інші акти, нормативно-правові акти Національного банку можуть бути оскаржені відповідно до законодавства України [10; 14, с. 38].

Враховуючи характер діяльності центробанку та підходи щодо його нормативно-правових актів, статтею 63 Закону також закріплено обмеження вимог НБУ. Адже центробанк не має права вимагати від банків виконання операцій та інших дій, не передбачених законами України та нормативними актами Національного банку. На наш погляд, саме зазначена норма й визначає місце Національного банку України у процесі дотримання банківського законодавства.

Зазначені обмеження із боку втручання НБУ в діяльність банківських установ можна простежити на прикладі підходів щодо внесення змін до кредитних договорів та договорів вкладу банками, які зазнали істотних змін. Якщо раніше банки могли вносити зміни щодо ставок кредитних договорів, посилаючись на зміни економічних нормативів та ставок з боку Національного банку України, то із 10 січня 2009 року така ситуація змінилася. Це відбулося внаслідок прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо заборони банкам змінювати умови договору банківського вкладу та кредитного договору в односторонньому порядку» від 12.12.2008 р. № 661-IV [15]. Ним було внесено відповідні зміни до Цивільного кодексу України (ст. 1056-1), а також до Закону України «Про банки і банківську діяльність». Стаття 55 останнього була доповнена частиною четвертою, згідно з якою банкам було заборонено в односторонньому порядку змінювати умови укладених з клієнтами договорів, зокрема, збільшувати розмір процентної ставки за кредитними договорами або зменшувати її розмір за договорами банківського вкладу (крім вкладу на

вимогу), за винятком випадків, встановлених законом.

У цьому контексті у постанові «Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин» від 30.03.2012 р. № 5 (зі змінами від 07.02.2014 р.) Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ [16] було зазначено, що всі рішення банку в будь-якій формі (постанова, рішення, інформаційний лист) щодо підвищення процентної ставки в односторонньому порядку є неправомірними лише з 10 січня 2009 року. Зазначений підхід базувався як на закріпленому Конституцією України принципі незворотності дії в часі законів та інших нормативно-правових актів (частина перша статті 58), так і на Рішенні Конституційного Суду України від 9 лютого 1999 р. № 1-рп/99 у справі про зворотню дію в часі законів та інших нормативно-правових актів.

Разом із тим, при вирішенні питання щодо правомірності підвищення банком чи іншою фінансовою установою процентної ставки суди також повинні розрізняти умови кредитного договору, які встановлюють односторонню зміну умов договору, від умов договору, що встановлюють погоджену сторонами процедуру зміни договору шляхом прийняття позичальником пропозиції кредитора про зміну умов договору відповідно до вимог статей 641 – 642 ЦК або в порядку, визначеному частиною шостою статті 1056-1 ЦК. Наприклад, не є односторонньою зміною умов договору та не суперечить статті 1056-1 ЦК зміна розміру фіксованої процентної ставки залежно від зміни обставин кредитного ризику (неукладення договору страхування, припинення договору застави/іпотеки тощо), якщо в кредитному договорі визначено обставини, за якими застосовується інша фіксована процентна ставка, та її розмір. При підвищенні процентної ставки з'ясуванню підля-



гають визначена договором процедура підвищення процентної ставки (лише повідомлення позичальника чи підписання додаткової угоди тощо); дії позичальника щодо прийняття пропозиції кредитора тощо.

Також у згадуваній вище постанові Пленуму наголошувалося, що при вирішенні спорів щодо розірвання кредитного договору з посиланням, зокрема, на світову фінансову кризу чи інші суттєві обставини суд має враховувати положення частини другої статті 652 ЦК і виходити з того, що закон пов'язує можливість розірвання договору безпосередньо не з наявністю істотної зміни обставин, а з наявністю одночасно чотирьох умов, визначених частиною другою цієї статті, при істотній зміні обставин.

Істотне місце у даній постанові відводилося й проблемам розв'язання спорів, пов'язаних зі зміною валютного курсу по кредитних договорах. У п. 16 постанови визначалося, що саме по собі зростання/коливання курсу іноземної валюти не є достатньою підставою для розірвання кредитного договору на підставі статті 652 ЦК, оскільки зазначене стосується обох сторін договору й позичальник при належній завбачливості міг, виходячи з динаміки зміни курсів валют із моменту введення в обіг національної валюти та її девальвації, передбачити в момент укладення договору можливість зміни курсу гривні України до іноземної валюти, а також можливість отримання кредиту в національній валюті.

При цьому суди повинні з'ясувати виконання банками чи іншими фінансовими установами положення статей 11, 18, 21 Закону України «Про захист прав споживачів», а також пункту 3.8 Правил надання банками України інформації споживачу про умови кредитування та сукупну вартість кредиту, затверджених постановою Правління Національного банку України від 10 травня 2007 року № 168 (щодо договорів, укладених після

набрання постановою чинності), де передбачено обов'язок банків у разі надання кредиту в іноземній валюті під час укладення кредитного договору попередити споживача, що валютні ризики під час виконання зобов'язань за цим договором несе споживач. При розгляді таких справ суди повинні враховувати, зокрема, висновки, викладені у Рішенні Конституційного Суду України від 10 листопада 2011 року № 15-рп/2011 (справа про захист прав споживачів кредитних послуг).

Використання даних рекомендацій мало істотне значення у процесі розв'язання спорів, що виникали із порушення норм банківського законодавства (зокрема, у частині виконання кредитних договорів та договорів вкладу). При цьому ініціаторами спорів виступали й кредитори, і банківські установи (якщо мова йшла про кредитні договори). Можливість застосування одноманітних підходів у процесі розв'язання таких спорів із боку судів створила підстави не лише для якісного розв'язання таких спорів різними інстанціями, але й сприяла в цілому скороченню порушень виконання умов кредитних договорів усіма їх учасниками. Водночас нині залишаються такими, що потребують подальших узагальнень на рівні судової практики питання розв'язання конфліктів у банківській сфері, що стосуються валютних ставок, здійснення валютних операцій, повернення банківських рахунків тощо.

Усі ці спірні питання, викликані переважно економічними та фінансовими труднощами, з якими зіткнулася країна протягом останніх років, свідчать про певні явища об'єктивного та суб'єктивного характеру. Зокрема, це стосується удосконалення якості банківського законодавства, у першу чергу – необхідності прийняття закону про валютні відносини та валютний контроль. А також якісного підзаконного масиву, що видається Національним банком України та має забезпечу-



вати якісний правовий інструментарій для застосування положень, визначених Цивільним кодексом України та нормами спеціальних законів у частині здійснення банківської діяльності. Крім того, враховуючи кількість справ, пов'язаних із розглядом судами різних ланок та юрисдикцій спорів стосовно банківських операцій, що мають тен-

денцію до зростання, нагальним є прийняття узагальнень та роз'яснень з боку вищих судових інстанцій. ♦

Список використаних джерел

1. Фінансова енциклопедія / О. П. Орлюк, Л. К. Воронова, І. Б. Заверуха [та ін.] ; за заг. ред. О. П. Орлюк. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – 472 с.
2. Орлюк О. П. Банківське право : навч. посібник / О. П. Орлюк ; [2-ге вид., доп. і перероб.] – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 389 с.
3. Орлюк О. П. Теоретичні питання банківського права і банківського законодавства : монографія / О. П. Орлюк. – К. : Юрінком Інтер, 2003. – 104 с.
4. Правова система України: історія, стан та перспективи : у 5 т. Т. 2 : Конституційні засади правової системи України і проблеми її вдосконалення / за заг. ред. Ю. П. Битяка. – Х. : Право, 2008. – 576 с.
5. Закон України «Про банки і банківську діяльність» : Науково-практичний коментар / За заг. ред. В. С. Стельмаха. – К. : Ін Юре, 2006. – 520 с.
6. Карманов Є. В. Банківське право України : навч. посібник / Є. В. Карманов. – Харків, 2000. – 464 с.
7. Ващенко Ю. В. Банківське право : навч. посібник / Ю. В. Ващенко. – К. : ЦЛН, 2006. – 344 с.
8. Гетманцев Д. О. Банківське право України : навч. посібник / Д. О. Гетманцев, Н. Г. Шукліна. – К. : ЦНЛ, 2007. – 360 с.
9. Закон України «Про банки і банківську діяльність» в редакції від 7.12.2000 р. № 2121-III (зі змінами) – [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2121-14>
10. Закон України «Про Національний банк України» від 20.05.1999 р. № 679-XIV (зі змінами) – [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/679-14>
11. Правова доктрина України : у 5 т. Т. 2. Публічно-правова доктрина України / Ю. П. Битяк, Ю. Г. Барабаш, М. П. Кучерявенко та ін.; за заг. ред. Ю. П. Битяка. – Х. : Право, 2013. – 864 с.
12. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами законодавства про відповідальність за окремі злочини у сфері господарської діяльності» від 25.04.2003 р. № 3 – [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/va003700-03>
13. Латковська Т. А. Фінансово-правові питання формування центральних та державних банків в Україні, країнах центральноєвропейської та англосаксонської систем права : монографія / Т. А. Латковська. – Одеса : Юрид. л-ра, 2007. – 280 с.
14. Міщенко В. І. Центральні банки : організаційно-правові засади / В. І. Міщенко, В. Л. Кротюк. – К. : Знання, 2004. – 372 с.



15. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо заборони банкам змінювати умови договору банківського вкладу та кредитного договору в односторонньому порядку» від 12.12.2008 р. № 661-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2009, № 15, ст. 190.
16. Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин» від 30.03.2012 р. № 5 (зі змінами, внесеними постановою № 7 від 07.02.2014 р.) – [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0005740-12>

Надійшла до редакції 24.06.2014 року

Куровский С. К вопросу о влиянии банковского законодательства и судебной практики на банковскую деятельность в Украине. В статье рассматриваются вопросы комплексного характера банковского законодательства, его влияния на формирование банковского права как комплексной отрасли права. Исследуются положения теории банковского права и нормы банковского законодательства Украины в части определения особенностей регулирования банковской деятельности. Определяются черты банковского законодательства и место нормативно-правовых актов Национального банка Украины в системе банковского законодательства. Исследуется значение судебной практики в части регулирования банковской деятельности.

Ключевые слова: банковское законодательство, банковское право, Национальный банк Украины, судебная практика.

Kurowski S. On the effect of the banking legislation and judicial practice on banking activities in Ukraine. This article examines the complex nature of banking legislation, its impact on the formation of the banking law as a complex area of law. We study the theory of banking law and regulations of the banking legislation of Ukraine in terms of determining the features of banking regulation. Defining feature of the banking legislation and the place of legal acts of the National Bank of Ukraine in the system of banking legislation. Essential place in the management of banking relationship holds National Bank of Ukraine, because in his work implemented function as a regulator of banking, drafter, and the supervisory authority. For business banking relationships will be compulsory compliance of normative acts of the National Bank of Ukraine. Instead, enforcement and contractual acts of the NBU are legally binding for the central bank as the initiator of such acts or parties in the relevant contractual relations. Emphasized systemic banking legislation. Explores the importance of judicial practice in the regulation of banking activities. We analyze the jurisprudence in dealing with disputes concerning breach of performance of credit agreements and deposit agreement. The conclusion on how to improve banking legislation and the need for further generalization of judicial practice in dealing with disputes in violation of banking legislation.

Keywords: banking law, banking law, the National Bank of Ukraine, the judicial practice.



ІНСТИТУТ ВІЛЬНОГО ВИКОРИСТАННЯ ОБ'ЄКТІВ АВТОРСЬКОГО ПРАВА В УКРАЇНІ ТА ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ – ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ. ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ*

Наталія Чередник,
магістр права

У даній статті проаналізовано законодавче закріплення інституту вільного використання об'єктів авторського права у міжнародно-правових актах, законодавстві США, Сполученого Королівства, України, проведено порівняльний аналіз досвіду застосування в контексті виникнення нових форм такого використання.

Ключові слова: інтелектуальна власність, об'єкти авторського права, вільне використання.

У зв'язку із зростанням інтересу до захисту інтелектуальної власності, з одного боку, та необхідністю стимулювання інтелектуального розвитку суспільства, з іншого, як основи для економічного розвитку України, особливої уваги заслуговує інститут вільного використання об'єктів авторського права. Разом із тим застосування вищевказаного інституту має певні особливості, що стає надзвичайно помітним при аналізі законодавства та практики розгляду справ про захист авторських прав у судовому порядку в різних країнах.

Викладені в статті теоретичні висновки щодо правового регулювання вільного використання об'єктів авторського права ґрунтуються на результатах досліджень таких вітчизняних та зарубіжних вчених як С.А. Сударикова, О.А. Підпригори, О. П. Сергєєва, Є. О. Харитоновна, Р. Б. Шишки, О.В. Заєць, О.О. Штефан, Л. Бенті, Б. Шерман та ін. Однак, зважаючи на динаміку застосування законодавства у сфері вільного використання об'єктів авторського права та постійно зростаючі потреби суспільства у більш гнучкому підході до даного питання, виникає потреба у його додатковому вивченні.

Метою цієї статті є проведення порівняльно-правового аналізу законодавчого закріплення інституту вільного використання у міжнародно-правових актах, законодавстві США, Сполученого Королівства, України, а також розробка рекомендацій щодо використання позитивного зарубіжного досвіду в процесі удосконалення законодавчих підходів України у цій сфері.

Вільне використання об'єктів авторського права є окремим інститутом права, наявність якого притаманна більшості країн світу. Поява даного інституту обумовлена потребою створення балансу між інтересами авторів та суспільства. По-перше, вільне використання не має завдавати шкоди авторам і тим самим ставати на заваді інтелектуальним досягненням, по-друге, воно повинне надавати змогу суспільству розвиватися шляхом використання творів без дозволу автора, у визначених законом межах.

Право вільного використання об'єктів авторського права – це нематеріальне немайнове благо особливого роду, яке нерозривно пов'язане із забезпеченням права на гідний рівень життя, та інтересом суспільства до по-

* Стаття друкується в авторській редакції



дальшого розвитку його інтелектуального ресурсу з виникненням і закінченням, яке проявляється як особисте немайнове благо [1, с. 6].

Зважаючи на те, що принципи Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів (Паризький Акт від 24 липня 1971 року, змінений 2 жовтня 1979 року) складають основу сучасного законодавства про авторське право більшості країн світу, важливо звернутися до закріплених в ній принципів вільного використання об'єктів авторського права.

Так, у п. 1, 2 ст. 9 Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів закріплено: «(1) Автори літературних і художніх творів, охороняються цією Конвенцією, користуються виключним правом дозволяти відтворення цих творів будь-яким чином і в будь-якій формі. (2) За законодавством країн Союзу зберігається право дозволяти відтворення таких творів у певних особливих випадках за умови, що таке відтворення не завдає шкоди нормальному використанню твору і не зачіпає будь-яким необґрунтованим способом законні інтереси автора.»

Таким чином, Конвенцією передбачено право країн дозволяти вільне відтворення творів нормами національного законодавства у разі, якщо: відтворення відбувається лише у певних особливих випадках; відтворення творів не завдає шкоди нормальному використанню твору; відтворення творів не зачіпає будь-яким необґрунтованим способом інтереси автора.

Стаття 13 Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (Угода ТРІПС) від 15.04.1994 року поширила зазначені принципи щодо можливих обмежень виключних авторських прав на всі об'єкти інтелектуальної власності, які підпадають під дію її положень. Вищеперераховані принципи обмежень майнових прав авторів творів, передбачені Бернською конвенцією, також були закріплені у

Договорі ВОІВ про авторське право, від 20 грудня 1996 року та Договорі ВОІВ про виконання і фонограми від 20 грудня 1996 року.

В юридичній літературі дотримання трьох принципів вищевказаних міжнародно-правових актів щодо вільного відтворення творів без згоди автора отримало назву трирівневого тесту (the three-step test) [2]. Країни, що приєдналися до Бернської конвенції, зважаючи на особливості власного національного законодавства та практики, що склалась при вирішенні таких питань, по різному імплементують принципи трирівневого тесту до норм національного законодавства щодо вільного використання об'єктів авторського права.

Так, у зв'язку із суттєвою відмінністю від принципів вільного використання авторського права, закріплених у Бернській конвенції, слід приділити окрему увагу підходу до законодавчого закріплення інституту вільного використання об'єктів авторського права, що застосовується у США.

Інститут вільного використання об'єктів авторського права у США сформувався на основі доктрини «добросовісного використання» (Fair Use). Доктрина «добросовісного використання» виникла як результат вагомості кількості багаторічної судової практики, з урахуванням принципів міжнародно-правових актів та була кодифікована в розділах 107-118 Закону США «Про авторське право» 1976 р. (The Copyright Act of 1976 [3]).

У відповідності до розділу 107 Закону США «Про авторське право», добросовісне використання об'єкту авторського права не є порушенням у разі використання його з критичною метою, огляду новин, викладання, навчання, або іншою метою, визначення не обмежено виключно зазначеними сферами. Закон наводить чотири фактори, які мають бути враховані для визначення того, чи було конкретне



використання твору «добросовісним використанням»:

- мета та характер використання, включаючи визначення чи має таке використання комерційну мету або не спрямовану на отримання прибутку освітню мету;
- природа об'єкта авторського права;
- обсяг та значимість використаної частини у порівнянні з об'єктом авторського права в цілому (чи є вона великою чи короткою, чи є скопійованою в цілому, як це може бути у випадку із зображенням, або лише в частині, як це може бути у випадку з поемою);
- результат такого використання у відповідності до потенційного ринку або вартості об'єкту авторського права.

Слід взяти до уваги, що жоден фактор не може бути використаний окремо для визначення того, чи було конкретне використання «добросовісним». Всі чотири фактори повинні бути оцінені у сукупності у світлі конкретних умов [4, с. 59]. Судді завжди використовують чотири фактори, закріплені в Законі США «Про авторське право» для вирішення спорів про добросовісне використання, у відповідності до прикладів, наведених нижче. Однак, важливою рисою є те, що ці фактори є лише керівними напрямками, які суди вільні застосовувати до конкретних ситуацій у кожному окремому випадку [5].

Зважаючи на вищевикладене, слід звернутися до узагальнення судової практики США, що склалась для такого виду спорів – як віднесення конкретного використання до «добросовісного використання».

Фактор перевтілення: мета та характер використання. В судовій справі 1994 року, Верховний суд (Supreme Court) наголосив, що даний фактор є найважливішим при визначенні «добросовісного використання». Головним запитанням є чи був твір використа-

ний щоб допомогти створити щось нове або тільки дослівно скопійовано в іншу працю. У разі взяття частин з об'єкту авторського права, слід завжди задавати наступні питання:

- Чи був використаний з оригіналу матеріал трансформовано шляхом додавання нових формулювань або значень?
- Чи призвело використання оригіналу до створення нової інформації, поглядів, та розуміння?

Природа об'єкта авторського права. Більше шансів на віднесення до добросовісного використання буде мати справа, в якій розглядається використання з опублікованого твору, ніж з неопублікованого.

Обсяг та значимість використаної частини. Чим менше використання, тим більше можливостей, що його буде віднесене до добросовісного використання. Не зважаючи на це, навіть якщо буде використано маленьку частину роботи, таке копіювання не буде вважатись добросовісним використанням, якщо використана частина є «серцем» роботи. Іншими словами, більш вірогідно програти спір, якщо взято найбільш важливу (пам'ятну) частину роботи.

Вплив використання на потенційний ринок. Іншим важливим фактором добросовісного використання є чи призведе воно до зменшення прибутку власника об'єкта авторського права, або шкодить новому, чи потенційному ринку для такого об'єкта авторського права. Це є актуальним навіть якщо відсутня пряма конкуренція з оригінальною працею. На приклад, в судовій справі 1992 року, художником було використано фотографію, без дозволу фотографа, для створення дерев'яних скульптур, які повторювали усі елементи фотографії. Художник заробив кілька сотень тисяч доларів від продажу таких скульптур. Коли фотограф звернувся до суду, художник заявив, що таке використання було «добросовісним використанням»



у зв'язку із тим, що фотограф ніколи б не мав наміру створити скульптури. Однак суд не підтримав дану позицію, та зауважив, що не має значення для справи чи планував фотограф створювати скульптури; значення для справи мало те, що потенційний ринок для скульптур, створених на підставі фотографій автора, існує.

Крім того, найбільш помітними при аналізі судової практики США є певні додаткові фактори, якими керуються суди при віднесенні конкретного використання до добросовісного, а саме: фактор найменшого використання (*de minimis*), коли кількість використаного матеріалу настільки мала, що навіть не потребує проведення чотирьохступеневого тесту; фактор добросовісного використання – коли здійснюється оцінка відповідача, що здійснив конкретне використання, з точки зору його морального портрету.

На підставі вищевикладеного слід зазначити, що норми вільного використання об'єктів авторського права у США лише частково відповідають принципам Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів. А саме, доктрина добросовісного використання не є обмеженою цілями використання – вищевказані норми не містять вичерпного переліку цілей добросовісного використання, даний інститут регулює вільне використання творів, шляхом обов'язку здійснювати таке використання в межах визначених законодавством чотирьох факторів (чотирьохступеневим тестом, як зустрічається у науковій літературі).

Однак, дані фактори є лише керівними принципами для встановлення факту «добросовісності використання» та у кожному конкретному випадку у аналізі всіх чотирьох у сукупності, та зважаючи на оціночний характер кожної із них, кожний конкретний випадок використання розглядається судами США як особливий, та рішення по ньому буде індивідуальним, навіть у справах з однаковим предметом спору.

Отже, інститут «Добросовісного використання» (*Fair Use*) має дуже гнучку форму та не потребує перегляду або змін з появою невизначених в законі цілей використання, що відкриває широкі можливості для розвитку творчого потенціалу нації. Деякі країни світу імплементували дану доктрину до норм національного законодавства, а саме Філіппіни, Ізраїль, Сінгапур.

Зважаючи на спільність правової сім'ї законодавства США та Сполученого Королівства Великої Британії та Північної Ірландії (приналежність до англосаксонської правової системи), доктрина «добросовісного використання» (*Fair dealing*) притаманна також праву останньої. Однак, навіть зважаючи на цю спорідненість, правове регулювання та застосування права вільного використання об'єктів авторського права має свої особливості. Визначальною особливістю є те, що у Сполученому Королівстві законодавче регулювання вільного використання сформовано з повним дотриманням вимог Бернської конвенції.

«Добросовісне використання» (*Fair dealing*) – це правовий термін, що застосовується для встановлення чи було використання твору законним чи таким, що порушує авторські права. Відсутнє законодавче визначення «добросовісного використання» (*Fair dealing*) – це підхід, що застосовується для встановлення факту чи врання в кожній окремій справі. Головним питанням, на яке слід знайти відповідь: як могла б чесна і порядна людина використати такий твір? [6].

Нормативному закріпленню доктрини «добросовісного використання» присвячено гл. III Закону «Про авторське право, дизайн та патенти» 1988 року [7], що має назву «випадки вільного використання». У відповідності до норм ст. 20 та ст. 30 Закону, відповідальність за порушення авторського права не настає у випадку, якщо особа, що вчинила певну дію доведе, що вона: добросовісно використовувала



ла твір з метою дослідження чи самостійного вивчення (ст. 29 (1)); добросовісно використовувала твір з метою створення критичного нариса чи огляду (ст. 30 (1)); добросовісно використовувала твір з метою створення оглядів поточних потій (ст. 30 (2))».

Відмінною рисою правового режиму, що діє в Сполученому Королівстві, щодо вільного використання є його обмежувальний характер – усі види такого використання жорстко регламентуються Законом 1988 р. Іншими словами, використання визнається добросовісним тоді і тільки тоді, коли воно здійснювалось з метою дослідження, створення критичного твору або огляду поточних подій. У зв'язку із цим на юридичну кваліфікацію використання твору не діє та обставина, що воно здійснювалось добросовісно, але не за цілями, що перераховані в Законі, або було добросовісним з якоїсь іншої причини, не пов'язаної з такими цілями [8, с. 334 – 346]. Дана риса є відмінною від доктрини «добросовісного використання», що представлена у США, яка не обмежена метою використання.

Подолавши перше завдання, тобто довівши суду, що використання твору здійснювалось з визначеною в Законі метою, відповідач має довести, що дії по використанню твору носили добросовісний характер. Добросовісність – це оціночна категорія, при чому оцінка залежить від особливостей конкретного випадку. Однак слід зазначити, що суди Сполученого Королівства при вирішенні справ керуються схожими із наведеними вище підходами США при оцінці такої категорії, як добросовісність, у зв'язку із чим не потребують додаткових прикладів в межах цього дослідження.

Закріплення у законодавстві Сполученого Королівства виключного переліку цілей використання, що є обмеженням вільного використання у науковій літературі часто піддається критиці. Так, стверджується, що

будь-яка мета, що не визначена в законі, але яка є актуальною, у зв'язку із потребами часу та розвитком технологій, (пародія, форматування тощо) автоматично буде вважатися незаконними. Додатково звертається увага на те, що ідея США, а саме закріплення на законодавчому рівні факторів, які дозволяють віднести конкретне використання до добросовісного, але не обмежене цілями використання є дуже привабливою у зв'язку із гнучкістю такого підходу.

Однак це не означає, що проста імплементація доктрини США є панацеєю, а лише її ідея. Наголошується на необхідності виключення цілей використання із норм національного та Європейського законодавства або закріплення невиключних випадків вільного використання. Із метою забезпечення прогресу на належному рівні Сполучене Королівство наголошує на потребі залучення дворівневого підходу для вирішення такого питання: надавати в окремому порядку (судовому) виключення для вільного використання, здійсненого з іншою, не передбаченою в законі, метою. Та, у той же час розробляти на Європейському рівні новий механізм щодо вільного використання об'єктів інтелектуальної власності, щоб створити законодавчо-закріплену здатність до адаптації майбутніх технологій, які, за визначенням, не можуть бути чітко визначені сьогоденними нормативцями. «Держава має рішуче заперечувати проти зарегульованості дій (поведінки) які не завдають шкоди головній меті авторського права, а саме забезпечення заохочення до авторів до творчості. Сполучене Королівство повинно взяти на себе лідерство на рівні ЄС щодо розвитку наступних виключень із авторського права, створених для побудови в межах ЄС нормативної адаптації для нових технологій» [9].

Слід звернути увагу, що інститут вільного використання об'єктів авторського права в Україні також базу-



ється на принципах Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів, Угоди ТРІПС і договорів ВОІВ, зазначених раніше. В Україні в основу обмежень майнових прав інтелектуальної власності покладені принципи, відповідно до яких дозволяється використання об'єкта авторського права і суміжних прав, якщо це: не завдає шкоди нормальному використанню цього об'єкта; не порушує законні інтереси суб'єктів авторського права. При цьому принципи обмеження майнових прав автора твору повинні виконуватись тільки у сукупності і послідовно. Після встановлення першого принципу, і в разі доведення, що конкретне використання не завдає шкоди нормальному використанню цього об'єкта, має бути визначено, що таке використання об'єкта авторського права не порушує інтереси суб'єкта авторського права [10, с. 135].

Статтею 444 ЦКУ передбачено, що твір може бути вільно, без згоди автора та інших осіб, та безоплатно використаний будь-якою особою у наступних випадках: 1) як цитата з правомірно опублікованого твору або як ілюстрація у виданнях, радіо- і телепередачах, фонограмах та відеограмах, призначених для навчання, за умови дотримання звичаїв, зазначення джерела запозичення та імені автора, якщо воно вказане в такому джерелі, та в обсязі, виправданому поставленою метою; 2) для відтворення у судовому та адміністративному провадженні в обсязі, виправданому цією метою; 3) в інших випадках, передбачених законом. Слід звернути увагу, що ст. 444 містить невиключний перелік випадків вільного використання об'єктів авторського права без згоди автора.

Однак виключний перелік випадків вільного використання твору закріплений нормами ст. ст. 21 – 25 Закону України «Про авторське право та суміжні права». Згідно зі ст. 21 вказаного Закону без згоди автора (чи іншої особи, яка має авторське право), але з

обов'язковим зазначенням імені автора і джерела запозичення дозволяється використання творів за цілями згідно переліку. Відповідно до абз. 2 наведеної статті цей перелік вільного використання творів є вичерпним. Особливості вільного використання окремих об'єктів передбачено ст.ст. 22 – 25 Закону. Отже, стаття 21 Закону України «Про авторське право і суміжні права» прийнята з дотриманням принципу Бернської конвенції, згідно з яким відтворення відбувається лише у певних особливих випадках. Отже, в законодавстві України вбачається відповідність усім принципам Бернської конвенції.

У науковій літературі України, подібно досвіду Сполученого Королівства, такий підхід також піддавався критиці, та навіть пропонувалось запозичення підходів США. А саме закріплення чотирьох принципів, дотримання яких буде дозволяти вільне використання об'єктів авторського права: 1) мета та характер твору, який використовується (використовується не є комерційними, а для навчання чи творчості; 2) природа авторського твору передбачає його вільне використання; 3) кількість творів або частина авторського твору, які використовуються, є розумними; 4) ефект використання авторського твору відносно його вартості з урахуванням попиту та пропозиції на ринку є соціальним» [1, с. 12].

Підсумовуючи вищевикладене, слід зробити висновок, що проблема вільного використання об'єктів авторського права є надзвичайно важливою в усьому світі, у зв'язку із тим, що цей інститут є рушійною силою для розвитку інтелектуального потенціалу суспільства. Обмеження вільного використання об'єктів авторського права певними чітко визначеними цілями є перешкодою в такому розвитку. Виникнення нових форм використання (форматування, пародія тощо) автоматично будуть вважатися протиза-



конними. Цінність доктрини «добро-совісного використання», що використовується у США, полягає в гнучкості, що не потребує внесення змін до законодавства у зв'язку із постійно зростаючими потребами суспільства у нових формах вільного використання. У зв'язку із цим її принципи є важливими для вивчення. На прикладі інституту вільного використання Сполученого Королівства стало помітним, що дотримання Бернської Конвенції, та встановлення чітких цілей такого використання на законодавчому рівні викликає складнощі в адаптації до нових форм вільного використання, що можуть виникати в суспільстві, але не порушують авторські права.

Виникнення нових форм використання не повинно визнаватись незаконним, спираючись на виключний характер цілей використання, жорстко регламентованих на законодавчому рівні. Пошук та розробка нейтральних до цілей використання факторів, або наявність невичерпних переліків є актуальним та цікавим для подальшого вивчення, у зв'язку із постійно зростаючою потребою суспільства у нових формах вільного використання об'єктів авторського права. ♦

Список використаних джерел

1. Заєць О. В. *Право вільного використання об'єктів авторського права за цивільним законодавством України: Автореферат дис. канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. В. Заєць.* – К., 2009. – 19 с.
2. Tobias Schonwetter. *The three-step test within the copyright system.* – [Electronic resource]. – Acces mode: <http://pcf4.dec.uwi.edu/viewpaper.php?id=58&print=1>.
3. *Copyright Act of 1976.* From Wikipedia, the free encyclopedia. – [Electronic resource]. - Acces mode: http://en.wikipedia.org/wiki/Copyright_Act_of_1976.
4. *Focus on: Intellectual Property Rights/ U.S. Department of State Bureau of International Information Programs.* // -2006.- Vol. 108. – P.59
5. *Measuring Fair Use: The Four Factors* – Richard William Stim – [Electronic resource] – Acces mode: <http://fairuse.stanford.edu/overview/fair-use/four-factors/>
6. *Intellectual Property Office – Fair dealing* – [Electronic resource] – Acces mode: <http://www.ipo.gov.uk/c-exception-fairdealing.htm>
7. *Copyright, Designs and Patents Act 1988* – [Electronic resource] – Acces mode: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents>
8. Бентли Л., Шерман Б. *Право интеллектуальной собственности: Авторское право / Пер. С англ. В. Л. Вольфсона.* – Спб. : Уступка вимоги: доктрина, законодавство : Изательство «Юридический центр Пресс», 2004. – 535 с.
9. *Digital Opportunity - A review of Intellectual Property and Growth* – Ian Hargreaves [Electronic resource] – Acces mode: <http://www.ipo.gov.uk/ipreview-final-report.pdf>

¹¹ Заєць О.В. *Право вільного використання об'єктів авторського права за цивільним законодавством України.* Автореферат на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Київ. 2009



10. *Право інтелектуальної власності: Акад. курс: Підручник для студ. Вищих навч. закладів./ О.П. Орлюк, Г.О. Андрощук, О.Б. Бутнік-Сіверський та ін.; За ред. О.П. Орлюк, О.Д. Святоцького. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. – 696 с.*
11. *Copyright Office – Fair Use [Electronic resource] – Acces mode: <http://www.copyright.gov/fls/fl102.html>*

Надійшла до редакції 24.07.2014 року

Чередник Н. Институт свободного использования объектов авторского права в Украине и зарубежных странах – проблемы и перспективы развития. Сравнительно-правовой анализ. В данной статье проанализировано законодательное закрепление института свободного использования объектов авторского права в международно-правовых актах, законодательстве США, Соединенного Королевства, Украины, проведен сравнительный анализ опыта применения в контексте возникновения новых форм такого использования.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, объекты авторского права, свободное использование.

Cherednyk N. Institute for the free use of copyrighted works in Ukraine and foreign countries – the problems and prospects of development. Comparative legal analysis. In the article the legal analysis of the legislation on the free use of the Institute of treaties, legislation USA, UK, Ukraine. Free use of copyright law is a separate institution, whose presence is inherent in most countries. The emergence of this institution due to the need to balance the interests of authors and society.

Due to the significant difference from the principles of free use of copyright enshrined in the Berne Convention, special attention approach to the law on the institute of free use of copyrighted works used in the United States. Countries that joined the Berne Convention, given the peculiarities of its own national law and practice that has developed in dealing with these issues differently implement principles of three-tier test in national legislation on the free use of copyrighted works.

The emergence of new forms of use should not be recognized illegal, based on the exceptional nature of the purpose of use, tightly regulated by law. Search and development purposes to use neutral factors or the presence of non-exhaustive list is relevant and interesting for further study, due to the growing needs of society in new forms of free use of copyrighted works.

The recommendations for the use of positive international experience in the improvement of legislative approaches Ukraine in this area.

Key words: intellectual property, copyrights, free use.