

ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ



Науково-практичний журнал

2 (34) ' 2007

УДК 347.(77+78)

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

Зміст

Товарні знаки

- Т. Демченко** Проблематика визначення недобросовісності заявника при подачі заявки на реєстрацію товарного знаку 3
- Ю. Капіца** Судовий захист прав на торговельні марки в Європейському союзі 14
- Т. Коваленко** Товарний знак чи бренд 23

Авторське право

- О. Штефан** Деякі аспекти охорони прав на твори образотворчого та ужиткового мистецтва 27
- Є. Греков** Проектна документація як об'єктивна форма втілення творів архітектури 32

Право та інновації

- В. Нежиборець, С. Ревуцький** Теоретичні та практичні передумови довгострокового і середньострокового інноваційного прогнозування в економіці України 40

Судова експертиза

Н. Іващенко	Виявлення та аналіз особливостей судової експертизи об'єктів інтелектуальної власності 47
--------------------	---

Договірні відносини

І. Рудченко	Договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності 53
--------------------	---

ШАНОВНІ ЧИТАЧІ!

У 2007 році науково-практичний журнал Теорія і практика інтелектуальної власності виходитиме один раз на два місяці. Передплату нашого журналу ви зможете здійснити у будь-якому поштовому відділенні України.

Вартість передплати на 2007 рік					
	Індекс	2 міс/грн	4 міс/грн	6 міс/грн	12 міс/грн
Фізичні та юридичні особи	28594	12,84	25,78	38,47	76,44

Сподіваємося, що наш журнал стане корисним помічником у вашій справі!

З глибокою повагою
редакційна колегія



ПРОБЛЕМАТИКА ВИЗНАЧЕННЯ НЕДОБРОСОВІСНОСТІ ЗАЯВНИКА ПРИ ПОДАЧІ ЗАЯВКИ НА РЕЄСТРАЦІЮ ТОВАРНОГО ЗНАКУ

Тетяна Демченко,

*заступник директора з наукової роботи НДІ
інтелектуальної власності АПрН України, доктор права
Університету Париж XII, кандидат юридичних наук*

Протягом останнього століття законодавством різних країн світу було винайдено значну кількість різноманітних способів юридичного захисту прав власників товарних знаків¹. Однак людська кмітливість та винахідливість безмежна і може мати не лише позитивні, але й негативні наслідки, що проявляються у вигляді "оновлених" та з кожним разом все складніших форм правопорушень. За таких обставин концепція недобросовісності в законодавстві про товарні знаки відіграє надзвичайно важливу роль, оскільки дозволяє власникам знаків захистити свої права та законні інтереси навіть у тих ситуаціях, коли жоден з існуючих способів захисту з тих чи інших причин не може бути застосованим.

Зазначений результат досягається завдяки тому, що концепція недобросовісності є достатньою гнучкою для застосування та поширюється на будь-які ситуації, в яких проявляється недобросовісна поведінка певного суб'єкта. Інакше кажучи,

будь-яка особа, яка діє недобросовісно, ризикує бути притягнутою до відповідальності, навіть якщо вчинювані нею дії прямо не передбачені законом як такі, що порушують право на товарний знак.

В законодавстві про товарні знаки категорія недобросовісності згадується в контексті визначення характеру поведінки заявника при подачі ним заявки на реєстрацію знака, при встановленні неправомірності реєстрації чужих товарних знаків в складі доменних імен², а також при визначенні розміру збитків, заподіяних незаконним використанням чужих позначень. Оскільки кожна з вищезазначених ситуацій може бути об'єктом окремого дослідження, в даній роботі ми пропонуємо зосередитися лише на проблематиці недобросовісної подачі заявки на реєстрацію товарного знака³. Наш вибір зумовлюється тим, що концепція недобросовісності з точки зору поведінки заявника, хоча і не є новою в законодавстві та практиці, однак все ще залишає низку не-

¹ У даному дослідженні термін "товарний знак" вживається як синонім поняття знак для товарів і послуг, визначення якого міститься в ст. 1 Закону України "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг" 1993 р.

² З цього приводу див., зокрема, Єдину політику врегулювання спорів про доменні імена (UDRP), затверджену Інтернет корпорацією з присвоєння номерів та назв (ICANN).

³ Для цілей даного дослідження терміни "недобросовісна подача заявки на реєстрацію товарного знаку" та "недобросовісна реєстрація товарного знаку" вживаються як синонімічні поняття.

ТОВАРНІ ЗНАКИ

розв'язаних правових питань в різних юрисдикціях.

Що слід розуміти під недобросовісною реєстрацією товарного знаку? Наскільки необхідним є її визначення на рівні законодавства і чи взагалі можливо надати правове визначення цьому поняттю? Які критерії повинні прийматись до уваги при встановленні недобросовісної поведінки заявника? На якій стадії недобросовісність заявника може бути припинена — ще на стадії здійснення реєстраційної процедури чи виключно після видачі відповідного охоронного документу?

Дане дослідження є спробою знайти відповіді на поставлені питання та привернути увагу вітчизняної правозастосовчої практики до цієї проблематики, оскільки на сьогодні судові органи не висловлюють особливої довіри до концепції недобросовісної реєстрації як засобу захисту прав на товарні знаки. Для досягнення поставленої мети зупинимось спочатку на висвітленні основних підходів до розуміння недобросовісності заявника відповідно до законодавства різних країн (I), далі розглянемо яким чином дана концепція співвідноситься із загальним розумінням недобросовісності у правовій теорії (II), висвітлимо правові наслідки недобросовісності при подачі заявки на реєстрацію товарного знака (III) та врешті спробуємо з'ясувати стан досліджуваної проблематики у вітчизняному законодавстві (IV).

I. Недобросовісність заявника в законодавстві про товарні знаки: джерела правового регулювання та основні підходи у різних юрисдикціях

Перша спроба захистити права власників товарних знаків проти не-

добросовісної реєстрації або використання належних їм позначень третіми особами була зроблена на міжнародному рівні шляхом доповнення Паризької конвенції про охорону промислової власності статтями 6bis та 6septies.

Стаття 6bis передбачає правову охорону для загальновідомих знаків незалежно від факту їх реєстрації у відповідній країні. Зокрема, країни Паризького Союзу зобов'язуються відхиляти або визнавати недійсною реєстрацію та забороняти застосування товарного знаку, який здатний викликати змішування з іншим знаком, що вже є загальновідомим у цих країнах. Для подання вимоги про скасування такого знака надається строк не менше п'яти років від дати його реєстрації. Однак, як зазначено у § (3) ст. 6bis, *"строк не встановлюється для подання вимоги про скасування чи заборону застосування знаків, зареєстрованих чи таких, що використовуються недобросовісно"*.

На відміну від ст. 6bis, ст. 6septies не містить прямого посилання на недобросовісність, однак, фактично, її положення гарантують захист прав власника товарного знаку проти недобросовісної реєстрації або використання його позначення агентом чи представником власника без дозволу останнього.

Отже, вищевказані конвенційні положення згадують лише два специфічні випадки застосування концепції недобросовісності — недобросовісна реєстрація (використання) загальновідомого знаку та недобросовісна реєстрація (використання) товарного знаку, проведена агентом або представником власника без відповідного погодження з останнім. При цьому жодна з названих норм



не передбачає ані правового визначення недобросовісної реєстрації товарного знаку, ані будь-яких критеріїв, що повинні прийматись до уваги при встановленні недобросовісності в поведінці заявника, залишаючи врегулювання цих питань національному законодавству та судовій практиці країн-учасниць.

Необхідно відмітити, що подібна правова невизначеність відносно недобросовісності заявника існує не лише на міжнародному, але й на регіональному рівні. Європейський Союз є одним з найяскравіших прикладів, які свідчать на користь даного твердження. Як Директива Ради (ЄС) про зближення законодавств держав-членів про товарні знаки 1988 р. (далі — Директива про товарні знаки), так і Регламент Ради (ЄС) про товарний знак Співтовариства 1993 р. (далі — Регламент про товарний знак), згадуючи про категорію недобросовісності відносно поданих заявок на реєстрацію товарних знаків, не містять жодних чітких пояснень що саме слід вважати недобросовісністю заявника.

Директива про товарні знаки посилається на недобросовісність заявника у Преамбулі та основному тексті⁴. Посилання на недобросовісність у Преамбулі стосується так званої мовчазної згоди⁵ власника на використання або реєстрацію його позначення третьою особою. Згідно положень Директиви принцип мовчазної згоди не застосовується у випадку, якщо "заявку на пізніший товарний знак було подано недобросовісно".

Крім цього, ряд правових норм стосовно недобросовісності заявника включено до статей 3 та 4 Директиви про товарні знаки. Так, ст. 3(2)(d) зазначає, що: "Будь яка держава-член може передбачати, що товарний знак не повинен реєструватися або, якщо його вже зареєстровано, повинен визнаватись недійсним, якщо заявку на реєстрацію цього знаку було подано заявником недобросовісно". Крім того, "[...] будь-яка держава-член може передбачати, що товарний знак не повинен реєструватися або, якщо його вже зареєстровано, повинен визнаватись недійсним, якщо такий товарний знак можна сплутати із знаком, який використовувався за кордоном на дату подання заявки та який все ще використовується там, за умови, що на день подання заявки заявник діяв недобросовісно" (ст. 4(4)(g) Директиви). Оскільки вказані вище положення носять диспозитивний характер, питання їх імплементації до внутрішнього законодавства вирішується державами-членами ЄС.

Звіт, підготовлений у 2002 році підкомітетом з аналізу європейського законодавства Міжнародної асоціації товарних знаків (INTA), щодо правових норм, прийнятих у Європейському Союзі та країнах-кандидатах на вступ до ЄС відносно недобросовісності, підтверджує, що більшість європейських країн (у тому числі нові держави-члени) внесли до національного законодавства положення щодо недобросовісної реєстрації товарних знаків. Однак, не

⁴S. Middlemiss-J. Phillips, *Bad Faith in European Trade Mark Law and Practice in EIPR* 2003, at 397

⁵Мовчазна згода в законодавстві про товарні знаки означає, що власник товарного знаку не може вимагати скасування реєстрації або протидіяти використанню тотожного або схожого позначення у випадку, якщо він не заперечував проти такої реєстрації чи використання протягом певного, визначеного законом, строку (у європейських країнах зазначений строк становить у загальному п'ять років).

ТОВАРНІ ЗНАКИ

зважаючи на певну уніфікованість підходів в країнах спільного ринку до визначення правових наслідків недобросовісності заявника, основне питання щодо визначення сутності поняття недобросовісної реєстрації товарного знаку все ще не знайшло однозначного розуміння у законодавчій та судовій практиці.

Достатньо лише порівняти відповідні правові норми та судові рішення, прийняті у різних європейських країнах, щоб зрозуміти ту різницю, яка існує сьогодні щодо тлумачення недобросовісної подачі заявки на товарний знак в межах загального європейського простору. Загалом всі існуючі підходи до вирішення даного питання можуть бути розподілені на три групи:

- 1) коли ані законодавство, ані судова практика не надають визначення недобросовісної реєстрації товарного знаку; відповідне правове регулювання обмежується лише вказівкою на невичерпний перелік ситуацій, при яких заявку на реєстрацію товарного знаку слід вважати такою, що подана недобросовісно;
- 2) коли законодавством або судовою практикою надається надзвичайно узагальнене визначення недобросовісної реєстрації товарного знаку без жодних посилань на перелік конкретних ситуацій, при яких заявку на реєстрацію товарного знаку слід вважати поданою недобросовісно;
- 3) коли в законодавстві та судовій практиці відсутні як визначення недобросовісної реєстрації товарного знаку, так і узагальне-

ний перелік ситуацій, при яких заявка на реєстрацію знаку вважається поданою недобросовісно; відповідне правове регулювання обмежується тільки вказівкою на правові наслідки недобросовісності заявника при подачі заявки на товарний знак.

Єдиний Закон Бенілюксу про товарні знаки⁶ є одним з прикладів, що може бути віднесений до першої групи, оскільки в ньому передбачений лише невичерпний перелік ситуацій, коли заявка на реєстрацію товарного знаку вважається поданою недобросовісно. В загальному, вищезгаданий перелік містить посилення на два різновиди заявок:

1. Ті, що подані особами, які знали чи повинні були знати, що тотожний знак вже використовується третьою особою для схожих товарів чи послуг на території Бенілюксу; при цьому така третя особа не надавала дозволу на реєстрацію використовуваного позначення;
2. Ті, що подані особами, які внаслідок безпосередніх відносин з третьою особою були обізнані відносно того, що тотожне позначення вже використовується нею для схожих товарів чи послуг поза територією Бенілюксу.

Очевидно, що обставини, за яких заявник "знав або повинен був знати" про пріоритетні права третьої особи на заявлене позначення, повинні встановлюватися судом в процесі розгляду кожного конкретного спору. З огляду на невичерпний характер вищенаведеного переліку,

⁶ Прийнятий у березні 1962 року, із змінами та доповненнями, внесеними у серпні 1996 року (остання редакція набула чинності у січні 2000 року). Правові положення щодо недобросовісної реєстрації товарного знаку передбачені статтями 4(6) та 14(2) Закону Бенілюксу про товарні знаки.



будь-які інші обставини, що свідчать про недобросовісність заявника, також можуть та повинні бути прийняті до уваги.

Прикладом правового підходу, що відноситься до другої групи, є французьке законодавство, яке посилається на загальне розуміння обману⁷ і не містить переліку ситуацій, в яких проявляється недобросовісність заявника. Ст. L. 712-6 Кодексу інтелектуальної власності Франції⁸ зазначає, зокрема, що "у випадку, коли товарний знак зареєстровано обманним шляхом в порушення прав третьої особи або законних чи договірних зобов'язань, будь-яка особа, яка вважає, що має право на даний знак, може вимагати визнання свого права у судовому порядку".

Слід відзначити, що більшість європейських країн⁹ поділяє третій із вищезазначених підходів щодо недобросовісної реєстрації товарного знаку, посилаючись виключно на правові наслідки недобросовісності заявника, які полягають в анулюванні проведеної реєстрації. Очевидно, що за таких умов вирішальну роль при визначенні недобросовісної реєстрації знаку та виявленні конкретних ситуацій, в яких проявляється недобросовісність заявника, відіграє судова практика.

Одне з найбільш вдалих визначень недобросовісної реєстрації товарного знаку містить судова практика Великобританії. Зокрема, суддею Ліндсей (Lindsay) у справі *Gromax*¹⁰ з цього приводу зазначено наступне: "Мені не слід намагатися визначити недобросовісність [...]. Зрозуміло, що вона включає в себе нечесність та [...] охоплює також певні дії, які не відповідають стандартам прийнятої ділової поведінки, яких дотримуються особи розсудливі та досвідчені в окремій досліджуваній сфері". Це означає, що фактично "недобросовісність не обмежується справами, пов'язаними з нечесністю"¹¹. Підтверджуючи дане рішення, апеляційний суд звернув увагу також на те, що "формулювання "недобросовісність" не є придатним для визначення" та "повинно розглядатись у кожному конкретному випадку в світлі відповідних фактів"¹².

Перед тим, як сформулювати ряд попередніх висновків стосовно поняття недобросовісної реєстрації товарних знаків, пропонуємо повернутися до раніше згаданого Регламенту ЄС про товарний знак та проаналізувати основні критерії, покладені цим нормативним актом в основу врегулювання даного питання, та їх співвідношення з підходом,

⁷ У французькому законодавстві про товарні знаки термін "недобросовісність" замінений так званим "обманом" (французькою — fraude). Французька доктрина розуміє під обманом "навмисне перекручення правової норми для того, щоб забезпечити нечесну перевагу або, неправомірно, нанести збиток третій особі" (див. P. Mathely, *Le nouveau droit français des marques*, Editions J.N.A., Velizy, 1994, на стор. 151).

⁸ Прийнятий у липні 1992 року, із змінами та доповненнями, внесеними у лютому 1996 року.

⁹ Наприклад, такий підхід застосовується в Угорщині (див. Закон про товарні знаки та географічні зазначення 1997 року, чинний з першого липня 1997 року), Італії (див. Кодекс промислової власності 2005 року, чинний з 19 березня 2005 року), Мальті (див. Закон про товарні знаки 2000 року, чинний з першого січня 2001 року), Великобританії (див. Закон про товарні знаки 1994 року, чинний з 31 жовтня 1994 року).

¹⁰ *Gromax Plasticulture Ltd vs. Don & Low Nonwovens Ltd in RPC* 1999, at 367

¹¹ M. Holah, *The Cocktails Wars in Trademark World* 2005, at 36

¹² Там же, на стор. 37.



ТОВАРНІ ЗНАКИ

визначеним Директивою про товарні знаки та пізніше імплементованим у внутрішнє законодавство країн-учасниць ЄС.

Ст. 51(1)(b) Регламенту зазначає з цього приводу, що *"товарний знак Співтовариства може бути визнаний недійсним за заявою, поданою до Офісу¹³ або в порядку зустрічного позову у провадженні про порушення прав, якщо заявку на реєстрацію цього знаку було подано заявником недобросовісно"*. З цієї статті стає зрозумілим, що країни, які дотримуються третього з вищевказаних підходів до визначення недобросовісної реєстрації товарного знаку, фактично імплементували формулювання даного Регламенту.

За таких обставин цікаво також проаналізувати наскільки пояснення щодо недобросовісності заявника, надане Офісом з гармонізації внутрішнього ринку, співпадає з відповідним тлумаченням цієї правової категорії судовою практикою. Визначаючи недобросовісну реєстрацію товарного знаку, Офіс поділяє наступну позицію: *"[...] концепція недобросовісності в Регламенті має вузьке значення, передбачаючи та включаючи, але не обмежуючись, фактично здійсненням чи таким, що припускається, обманом, або наміром ввести в оману [...] іншу особу, або будь-яким іншим нечесним мотивом. Її слід розуміти як таку, що включає в себе нечесний замисел"*¹⁴.

Якщо порівняти всі вище наведені тлумачення недобросовісної реєстрації товарного знаку, можна

дійти висновку, що в основу загального розуміння цієї правової категорії в різних юрисдикціях покладено спільний принцип: нечесність та будь-яка інша поведінка, яка не відповідає існуючим стандартам ділової практики, є неприпустимою та не може залишатись безкарною.

Наступним цікавим питанням, яке постає у зв'язку з недобросовісністю заявника, є співвідношення визначення даного поняття у законодавстві про товарні знаки із загальним розумінням категорії недобросовісності в інших галузях приватного права. Наскільки законодавство про товарні знаки поділяє те розуміння недобросовісності, яке застосовується в інших правових сферах? Чи, можливо, посилаючись на недобросовісність заявника, ми маємо справу вже з якоюсь новою правовою категорією, що характеризується певними специфічними рисами? Від відповіді на це питання залежить ефективність подальшої правозастосовчої практики. Так, якщо недобросовісності заявника в законодавстві про товарні знаки притаманні ті самі ознаки, що й категорії недобросовісності у загальній теорії права, відповідні правозастосовчі органи, оцінюючи поведінку заявника при подачі ним заявки на реєстрацію знаку, можуть застосовувати аналогію права. В протилежному випадку, проведення подібної оцінки без попереднього визначення специфічних ознак недобросовісності заявника в законодавстві про товарні знаки буде досить складним завданням.

¹³ Офіс з гармонізації внутрішнього ринку (Office for Harmonization in the Internal Market, OHIM) є європейською інституцією, яка проводить реєстрацію товарних знаків та промислових зразків Співтовариства.

¹⁴ J. Phillips, *Trade Mark Law. A Practical Anatomy*, Oxford University Press, New York, 2003, at 448



Для з'ясування даного питання логічним кроком буде звернення до загально-правового розуміння концепції недобросовісності, пам'ятаючи, що недобросовісність в аспекті оцінки поведінки заявника при реєстрації товарного знаку визначається в цілому як нечесність та/або будь-яка інша поведінка, яка не відповідає існуючим стандартам ділової практики.

II. Загальне розуміння концепції недобросовісності у правовій теорії

Слід визнати, що юридична доктрина не надає чіткого визначення поняттю недобросовісності, незважаючи на той факт, що посилання на дану правову категорію зустрічається у багатьох законодавчих галузях. У зв'язку з цим, у пошуках відповіді на поставлене питання ми пропонуємо рухатися від протилежного — принципу добросовісності, який складає основу договірного права та інституту володіння майном. Концепцію добросовісності цікаво дослідити з точки зору саме цих двох правових інститутів з огляду на те, що вони відображають два різні аспекти принципу доброї совісті, а саме його об'єктивне та суб'єктивне значення.

"Об'єктивна добросовісність представляє собою певний стандарт, якому повинна відповідати поведінка особи та за яким така по-

*ведінка може оцінюватися"*¹⁵. Такий підхід походить ще з римського права та застосовується щодо контрактів.

Коли різноманітні джерела римського законодавства були кодифіковані, вони були *"організовані та структуровані навколо загальних предметів та концепцій"*¹⁶, одним з яких став правовий принцип добросовісності (*bona fides*). У римському суспільстві добросовісність *"завжди асоціювалася із ступенем довіри, свідомістю та гідною поведінкою"*¹⁷. Оскільки римське право було покладене в основу наступних кодифікацій цивільного законодавства, концепція добросовісності була автоматично прийнята у всіх без виключення країнах континентального права.

На сьогодні, концепція добросовісності закріплена у цивільних кодексах багатьох юрисдикцій, у тому числі Франції, Німеччини, Італії, Бельгії, Квебеку тощо та *"користується повагою як "королева правових норм"*¹⁸. Однак при цьому визначення добросовісності важко знайти у законодавчих текстах. Зазвичай, тлумачення даного поняття надається юридичною доктриною, яка визначає добросовісність наступним чином: *"Особа діє добросовісно, якщо вона приймає у відносинах з іншою особою чесну, віддану та розумно необхідну поведінку, тобто поведінку, що була б прийнята за*

¹⁵ E. M. Weitzenbock, *Good Faith and Fair Dealing in the Context of Contract Formation by Electronic Agents*, 2002, Інтернет версія: <http://folk.uio.no/emilyw/documents/>, на стор. 2.

¹⁶ V. Rochester, *Letters of Indemnity and Letters of Guarantee in the International Shipping Trade: a Multi-Jurisdictional Analysis*, 2003, Інтернет версія: <http://www.mcgill.ca/files/maritimelaw/letters.doc>, на стор. 17.

¹⁷ J.F. O'Connor, *Good Faith in International Law*, Dartmouth Publishing Company Limited, Brookfield USA, 1991, at 22

¹⁸ A. Rotolo-G. Sartor-C. Smith, *Good Faith in Contract Negotiation and Performance*, Інтернет версія: <http://www.cirsfid.unibo.it/>, на стор. 2.



ТОВАРНІ ЗНАКИ

таких обставин лояльним громадянином, чесною особою"¹⁹, "добросовісність передбачає віддану та чесну поведінку"²⁰, це "справедлива та чесна поведінка, яка повинна очікуватися від сторін у їх ділових відносинах, одне з одним та навіть з третіми особами [...]"²¹.

Якщо обов'язок діяти добросовісно у договірних відносинах вже давно прямо передбачений законодавством країн континентальної системи права, англо-саксонська правова традиція ще до кінця 19 століття майже повністю залишала дане питання поза увагою. Навіть зараз, не зважаючи на включення даної концепції до більшості національних систем країн прецедентного права, вона все ще не настільки широко застосовується як у країнах цивілістичної правової школи.

Оскільки прецедентне право історично не ґрунтується на уніфікованих правових принципах, судовими органами були вироблені окремі рішення для розв'язання спорів, пов'язаних з недобросовісністю сторін. В результаті, навіть за відсутності загальної доктрини добросовісності, для англо-саксонської системи права характерна наявність різноманітних концепцій, які покладають на сторони обов'язок поводитися добросовісно у договірних відносинах. У пошуках "дієвої за-

міни поняттю добросовісності"²² у сучасному прецедентному праві цікаво звернутися до наступного підходу: "Оскільки наші суди [британські суди — прим. авт.] завжди поважають розумно необхідні очікування сторін, наше договірне право можна залишити розвиватися у відповідності з нашими прагматичними традиціями. Та, коли в специфічному контексті обов'язки добросовісності покладені на сторони, наша правова система готова пристосувати таке раніше випробуване поняття. Врешті-решт, не існує великої різниці між об'єктивною вимогою добросовісності та розумно необхідними очікуваннями сторін"²³.

Слід зазначити, що незважаючи на ту стурбованість, яка виникла у юридичному середовищі в зв'язку з можливістю запровадження у країнах прецедентного права безпосередньої юридичної вимоги діяти добросовісно у договірних відносинах²⁴, даний принцип тим не менше вже включений до статутного законодавства деяких країн англо-саксонської правової традиції. Одним з прикладів є Уніфікований Комерційний Кодекс (Uniform Commercial Code, UCC) Сполучених Штатів, який визначає добросовісність у договірних відносинах як "фактичну добропорядність та дотримання розумно необхідних ділових стандартів чес-

¹⁹ J. Pineau, D. Burman, S. Gaudet, *Theorie des Obligations*, Editions Themis, Quebec, 2001, at 37

²⁰ J.L. Baudouin, *Les Obligations*, Blais, Montreal, 1998, at 111

²¹ W. Tetley in *Good Faith in Contract, Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering*, Інтернет версія: <http://www.mcgill.ca/files/maritimelaw/goodfaith.pdf>, на стор. 4.

²² Там же, на стор. 27.

²³ Lord Steyn, *Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men in Law Quarterly Rev.* 1997, at 439

²⁴ Оскільки поняття добросовісності є занадто розпливчастим, його введення в систему прецедентного права "приведе до судових справ, рішення з яких будуть прийматися на основі суб'єктивних стандартів моралі та чесності, таким чином, створюючи джерело невпевності, загибель для комерційного права" (див. W. Tetley in *Good Faith in Contract, Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering*, на стор. 12).



ного ведення справ" (§ 1-201(20)). Отже, фактично таке розуміння добросовісності є дуже близьким до "розумно необхідних очікувань сторін", характерних для британської судової практики, про що було згадано раніше.

На відміну від об'єктивного підходу до визначення добросовісності, суб'єктивне значення цього принципу полягає в обізнаності набувача та "зазвичай стосується ситуацій, коли особа порушує чийсь права не усвідомлюючи цього"²⁵. Таким чином, якщо набувач не усвідомлює, що придбане ним майно було неправомірно відчужене продавцем, він не може бути позбавлений своєї власності. За таких обставин, особа, яка заявляє права на незаконно відчужене майно, може звертатись із позовом лише до недобросовісного продавця, але не до добросовісного набувача. І тільки у тому випадку, коли набувач знав або повинен був знати про незаконність свого володіння, він вважається таким, що діяв недобросовісно, з відповідним правовим наслідком у вигляді позбавлення набутих прав.

Тепер, визначаючи недобросовісність як поняття, протилежне концепції добросовісності, важко утриматися від намагання об'єднати об'єктивне та суб'єктивне значення останнього терміну та визначити недобросовісну поведінку як таку, що проявляється у випадку, коли особа усвідомлювала або повинна була усвідомлювати, що її дії порушують чийсь права та/або не відповідають

принципам чесності, порядності та розумно необхідних очікувань третіх осіб. Повертаючись до тлумачення недобросовісності в аспекті оцінки характеру поведінки заявника при подачі заявки на реєстрацію товарного знаку, можна дійти висновку, що вищезазначена ідея не є оригінальною та повністю відтворює той підхід, який вже застосовується у відповідній судовій практиці зарубіжних країн²⁶.

Отже, у зарубіжній судовій практиці недобросовісність заявника фактично визначається виходячи із загально-правового розуміння даної юридичної категорії (зокрема того, що застосовується у договірному праві та в межах інституту володіння майном). Це означає, що у випадку, коли національне законодавство не надає визначення недобросовісної реєстрації товарного знаку, а також не передбачає переліку обставин, за яких поведінка заявника визнається недобросовісною, судовим органам не потрібно "винаходити велосипед" для встановлення факту недобросовісності в поведінці заявника. Вони можуть прямо посилатись на загально-правове розуміння недобросовісності, навіть якщо останнє застосовується в межах інших юридичних інститутів. Інакше кажучи, в подібних випадках добросовісні користувачі товарних знаків можуть бути захищені шляхом застосування судами аналогії права та закону.

²⁵ A. Rotolo-G. Sartor-C. Smith, *Good Faith in Contract Negotiation and Performance*, at 2

²⁶ Див. раніше згадану справу *Gromax (Gromax Plasticulture Ltd vs. Don & Low Nonwovens Ltd in RPC 1999, at 367)*, а також справу *Harrison проти Teton Valley Trading Co. (in EIPR 2005, at 14-15)* як приклад, коли не лише нечесні наміри заявника, але й невідповідність його поведінки загальноприйнятим стандартам ділових відносин були прийняті до уваги при скасуванні реєстрації товарного знаку.



ТОВАРНІ ЗНАКИ

III. Правові наслідки недобросовісності заявника

Оскільки, виходячи з основних засад цивільного права, недобросовісність завжди тягне за собою певні негативні наслідки для винної особи, наслідком недобросовісного подання заявки є відмова в реєстрації відповідного товарного знаку або визнання свідоцтва на нього недійсним.

Деяко специфічний наслідок недобросовісної реєстрації товарного знаку у формі примусової передачі (трансферу) права власності на зареєстроване позначення передбачений статтею L.712-6 Кодексу інтелектуальної власності Франції. Зокрема, законному володільцю, чий знак було подано на реєстрацію недобросовісною особою, гарантується можливість заявити свої права на зареєстроване позначення. Логіка законодавця, який шляхом прийняття відповідного судового рішення дозволяє переоформлювати право власності на недобросовісно зареєстроване позначення на ім'я його законного володільця, є досить простою: *"Популярність такої дії у Франції пояснюється тим фактом, що цим самим жертви обману отримують можливість використати з користю для себе дату подачі недобросовісної заявки та можливість подовження дії свідоцтва [...] замість подачі нової заявки, після скасування недобросовісної реєстрації, яка ризикує бути відхиленою у зв'язку з наявністю пріоритетного права третьої особи"*²⁷.

Питання про недобросовісність заявника може виникати на різних

етапах — від реєстраційної процедури у відповідному компетентному органі до стадії використання недобросовісно зареєстрованого позначення. При цьому національний законодавець не обмежений у можливості самостійно визначити, з якого моменту зацікавлена особа має право розпочинати процес проти недобросовісної реєстрації належного їй позначення. У багатьох країнах недобросовісність заявника може бути підставою як для опротестування поданої заявки, так і для скасування проведеної реєстрації. Проте у деяких юрисдикціях право законного володільця знака протидіяти недобросовісній реєстрації власного позначення обмежується лише можливістю звернення до судових органів з вимогою про визнання свідоцтва на такий знак недійсним²⁸.

Жодних стандартів не існує також щодо віднесення недобросовісності заявника до абсолютних чи відносних підстав відмови у реєстрації знаку або визнанні свідоцтва на нього недійсним. Наприклад, в Угорщині, Новій Зеландії, Латвії, Іспанії недобросовісність заявника вважається абсолютною підставою для скасування реєстрації позначення, тоді як Естонія та Латвія вважають дану обставину лише відносною підставою для анулювання товарного знаку.

IV. Недобросовісність заявника у вітчизняному законодавстві

Дослідження концепції недобросовісності заявника у вітчизняному законодавстві про товарні знаки є

²⁷ M. Couste-A. de Saint Amand, *Fighting Fraud, Fraudulent Trademark Applications Under French and European Community Law in Trademark World* 2004, at 33

²⁸ Наприклад, у законодавстві про товарні знаки Німеччини та Португалії передбачено лише процедуру скасування проведеної реєстрації у випадку, коли зацікавлена особа вважає, що заявка на належне їй позначення подана недобросовісним заявником.



досить складним завданням, оскільки відповідні правові норми не містять прямого посилання на зазначену юридичну категорію. В зв'язку з цим, нашим першочерговим завданням є вивчення питання щодо того, чи закріплена дана концепція у національних нормативно-правових актах принаймні в опосередкованому (якщо не у прямому) вигляді.

Єдиною правовою нормою, яка може розглядатись з точки зору певної наближеності до вище проаналізованої концепції недобросовісності заявника, є підпункт "в" п. 1 ст. 19 Закону України "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг" (в редакції 2003 року), у якому, зокрема, зазначається, що: *"Свідомство може бути визнано у судовому порядку недійсним повністю або частково у разі видачі свідоцтва внаслідок подання заявки з порушенням прав інших осіб"*.

Оскільки посилання на порушення прав третіх осіб фактично є складовою частиною концепції недобросовісності заявника у відповідності із французьким законодавством, можна було б зробити висновок, що досліджувана правова категорія є складовою вітчизняного правового регулювання відносин по використанню товарних знаків. Однак, ряд вітчизняних фахівців, оцінюючи ступінь врахування положень актів *acquis communautaire* в національно-

му законодавстві, дійшли висновку, що в Україні *"доцільним є також врахувати пункти a, b, c, d частини другої статті 3, пункт g частини четвертої статті 4 Директиви 89/104/ЄЕС (щодо недобросовісних дій заявника)"*²⁹, тим самим підтверджуючи, що концепція недобросовісної реєстрації товарного знака в законодавстві України на сьогодні не закріплена.

З нашої точки зору, за відсутності у вітчизняному законодавстві прямого посилання на недобросовісність заявника, підпункт "в" п. 1 ст. 19 Закону України "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг" слід тлумачити розширено, розуміючи під "порушенням прав інших осіб" не лише формально визнані права на об'єкти інтелектуальної власності, але й право будь-якої особи на чесну та розумно очікувану поведінку інших осіб у ділових відносинах. Таке розуміння вищевказаної правової норми надасть можливість забезпечити більш ефективний захист прав добросовісних користувачів товарних знаків та зможе служити певною заміною концепції недобросовісності заявника принаймні до безпосереднього закріплення останньої на рівні вітчизняного законодавства. ♦

²⁹ Огляд стану адаптації законодавства України до *acquis communautaire*. — К.: ВД "Професіонал", 2007. — С. 132.



СУДОВИЙ ЗАХИСТ ПРАВ НА ТОРГОВЕЛЬНІ МАРКИ В ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ

Юрій Капіца,

*директор Центру інтелектуальної власності та
передачі технологій НАН України, кандидат
юридичних наук*

Одним із важливих джерел права Європейського Союзу щодо торговельних марок, які мають враховуватися в рамках робіт із адаптації законодавства України до законодавства ЄС, є рішення Суду ЄС та Суду першої інстанції. Це стосується тлумачення положень Договору про заснування Європейського Співтовариства стосовно вільного руху товарів [1], а також співвідношення конкурентного законодавства та законодавства щодо інтелектуальної власності [2]. Значна частина вказаних рішень 70-80 рр. була покладена в основу пізніше прийнятих директив та регламентів з питань охорони інтелектуальної власності.

Суттєва роль Суду у тлумаченні вторинного законодавства Співтовариства, що здійснюється, звичайно, на прохання судів та трибуналів держав-членів. Найбільша кількість (більш ніж двадцять) судових рішень було винесено стосовно Першої Директиви Ради від 21 грудня 1988 року про наближення законодавства держав-членів, що стосується торговельних марок (89/104/ЄЕС).

Запровадження у 1993 р. торговельної марки Співтовариства призвело до розгляду десятків справ стосовно різних аспектів набуття та використання прав на торговельну

марку (ТМ), що включає справи щодо загальних питань, абсолютних та відносних підстав відмови, питань матеріального права, процедури тощо.

Відзначимо, що Суд ЄС не зобов'язаний своїми ж рішеннями. Тож він має право відповідно до обставин, що змінюються, відхилятися від своєї попередньої позиції. Щодо рішення судів держав-членів — вони в значно меншій мірі становлять джерело права Співтовариства. Однак їх роль визначальна у гармонізації відносин між правом Співтовариства та національним правом [3].

Питання захисту торговельних марок в ЄС розглядалися в Україні Демченко Т., Кожарською І., Міроненко Н. та іншими фахівцями. Проте рішення Суду ЄС в цій сфері не були предметом спеціального дослідження. Метою статті є розгляд рішень Суду ЄС у сфері наближення законодавства щодо ТМ.

Рішення Суду ЄС щодо тлумачення Директиви 89/104/ЄЕС можливо розподілити на такі, що пов'язані з імовірністю сплутування, особливостями використання торговельних марок (далі — ТМ), вичерпанням прав на ТМ та переміщенням товарів.

**Імовірність сплутування**

Статтею 4(1)(b) Директиви визначається, що ТМ не реєструється, якщо внаслідок тотожності чи схожості з раніш зареєстрованою ТМ, а також тотожності або схожості товарів і послуг, позначених ТМ, існує імовірність сплутування з боку громадськості, включаючи імовірність виникнення асоціацій з раніше зареєстрованою ТМ.

У своєму рішенні від 11 листопада 1997 р. [4] суд справедливості зазначив, що критерій *"імовірності сплутування, яка включає імовірність асоціації з раніше створеною маркою"* має тлумачитися як такий, що означає, що проста асоціація, яка може виникати у загалу щодо двох торговельних марок внаслідок їхнього аналогічного семантичного змісту, саме по собі не є достатнім підґрунтям для висновку про наявність імовірності сплутування. Поняття імовірності асоціації не є альтернативою до поняття імовірності сплутування, але слугує для визначення його сфери застосування.

Імовірність сплутування має оцінюватися глобально з урахуванням усіх чинників, що стосуються обставин справи. Така глобальна оцінка візуальної, слухової або концептуальної подібності відповідних марок має ґрунтуватися на загальному враженні, яке справляють марки. При цьому беруться до уваги, зокрема, їхні відмінні та домінуючі компоненти. Вираз статті 4(1)(b) директиви — *"... існує імовірність сплутування з боку громадськості ..."* — показує, що сприйняття марок у свідомості пересічного споживача відповідного виду товарів або послуг відіграє вирішальну роль у оцінці імовірності сплутування. Пересіч-

ний споживач, як правило, сприймає марку як ціле та не аналізує різні її деталі.

Судом ЄС розглядалося, які критерії мають враховуватися під час визначення, *чи є імовірність сплутування товарів та послуг, на які поширюються дві торговельні марки*. [5] В цьому випадку мають оцінюватися всі відповідні чинники, та, зокрема, подібність між торговельними марками та товарами й послугами, на які поширюється дія марок. Менший ступінь подібності між тими товарами або послугами може компенсуватися більшим ступенем подібності між марками та навпаки.

Для цілей статті 4(1)(b), реєстрація торговельної марки може бути відхилена, незважаючи на менший ступінь подібності між товарами або послугами, на які поширюється його дія, якщо марки дуже схожі, а раніше створена марка, зокрема, завдяки її репутації, має високу розпізнавальність.

Навіть якщо одна торговельна марка є ідентичною іншій з високою розпізнавальністю, все ж необхідно наводити докази подібності між товарами або послугами, на які поширюється її дія. Ці чинники включають, між іншим, природу товарів, їхніх кінцевих користувачів та їхній спосіб використання, а також, чи конкурують вони між собою або доповнюють одне одного.

Імовірність сплутування у значенні статті 4(1)(b) існує, якщо публіка може бути введена в оману щодо походження товарів або послуг, про які йдеться. Навпаки, може не існувати така ймовірність, якщо не виявляється, що загал міг би вважати, що товари або послуги походять з одного й того самого

ТОВАРНІ ЗНАКИ

підприємства, або, у відповідному разі, з пов'язаних між собою економічно підприємств.

Щодо *слухової подібності торговельної марки та знаку* [6] для того, щоб визначити відмінний характер марки, необхідно зробити глобальну оцінку більшої чи меншої здатності марки ідентифікувати товари або послуги, для яких вона була зареєстрована як така, що походить з конкретного підприємства, та, таким чином, відрізнити ті товари або послуги від товарів та послуг інших підприємств. Під час проведення цієї оцінки, слід брати до уваги всі відповідні чинники та, зокрема, притаманні марці характеристики, у тому числі той факт містить чи не містить вона елемент, що описує товари або послуги, для яких вона була зареєстрована.

Судом визначено, що репутація марки не дає підстав припускати існування ймовірності сплутування просто з причини існування ймовірності асоціації між знаком та ТМ [7]. Необхідним є позитивне виявлення існування ймовірності сплутування, що і є питанням яке має бути доведено.

Так, навіть, якщо торговельна марка:

- має особливо відмінний характер, або сама по собі або через репутацію, якою вона користується у публіки;
- та третя сторона, без згоди власника марки, використовує у ході торгівлі товарами або послугами, які є ідентичними або подібними до тих, для яких зареєстровано торговельну марку, знак, який так тісно співвідноситься з маркою, що створює можливість його асоціювання з тією маркою;

власник торговельної марки не може запобігати використанню знака третьою стороною, якщо є лише ймовірність асоціювання ТМ зі знаком.

Особливості використання

Використання торговельної марки у рекламі [8]. Справа стосувалася використання торговельної марки, права на яку належали компанії BMW, у рекламі гаражного бізнесу.

Судом ЄС було визначено, що статті 5 — 7 Директиви (права, які надає ТМ, обмеження прав на ТМ та вичерпання прав) не надають право власнику ТМ забороняти третій стороні використовувати марку для потреб інформування загалу, що вона здійснює ремонт та технічно-матеріальне забезпечення товарів, охоплених тією ТМ та виведених на ринок під тією маркою власником або з його згоди, або що вона спеціалізується або є фахівцем з продажу або ремонту та технічно-матеріального забезпечення таких товарів, якщо марка не використовується у спосіб, який може створити враження, що існує комерційний зв'язок між іншим підприємством та власником ТМ, та, зокрема, що підприємство реселера належить до дистриб'юторської мережі власника ТМ, або, що існують особливі стосунки між двома підприємствами.

Відомі ТМ [9]. Судом ЄС визначено, що стаття 5(2) Директиви, яка поширює охорону зареєстрованої ТМ на товари або послуги, що не є ні ідентичними ні подібними до тих, для яких марка зареєстрована, якщо остання відома у державі-члені, та існують чіткі докази, що марці завдається шкода, — має тлумачитися як така, що означає, що зареєстрована ТМ має бути відома



значній частині відповідної аудиторії через товари або послуги, які вона охоплює.

Під час перевірки, чи виконується ця умова, національний суд має взяти до уваги всі відповідні факти, зокрема, частину ринку, яка охоплюється ТМ, інтенсивність, географічне поширення та тривалість її використання, а також розмір інвестиції, здійсненої підприємством для її просування. Територіально умова виконується, коли ТМ відома на суттєвій частині території однієї з держав-членів. Відповідним чином, на території Бенілюксу для ТМ достатньо, аби вона була відома значній частині відповідного прошарку населення на суттєвій частині тієї території, яка може складати частину однієї з країн Бенілюксу.

ТМ, які складаються виключно зі знаків або зазначень, які стали звичними у поточній мові або у добросовісній та встановленій практиці торгівлі [10]. Судом зазначено, що метою статті 3(1)(d) Директиви, яка передбачає, що ТМ, які складаються виключно зі знаків або зазначень, які стали звичними у поточній мові або торговельній практиці, має бути відмовлено в реєстрації, що є запобіганням реєстрації знаків або зазначень, які нездатні відрізнити товари або послуги одного підприємства від товарів та послуг інших підприємств.

Питання, чи має конкретний знак або зазначення відмінний характер не може, однак, розглядатися абстрактно та відокремлено від товарів або послуг, які мають відрізнити ті знаки або зазначення. Отже, стаття 3(1)(d) Директиви має тлумачитися як така, що забороняє реєстрацію торговельної марки тільки у тому випадку, якщо знаки або

зазначення, з яких виключно складається марка, стали звичними у поточній мові або у добросовісній та встановленій практиці торгівлі для позначення товарів або послуг, у відношенні яких запитується реєстрація тієї марки.

При цьому не має суттєвого значення, чи описують знаки або зазначення, про які йдеться, властивості або характеристики тих товарів або послуг.

Використання торговельної марки для потреб опису [11]. Справа стосувалася посилання на торговельну марку, що належала третій особі, у ході комерційних переговорів з потенційним клієнтом, який є ювеліром.

Суд зазначив, що у певній ситуації використання торговельної марки не порушує будь-яких інтересів, захист яких є метою статті 5(1) Директиви. На ці інтереси не має впливу ситуація, у якій:

- третя сторона посилається на ТМ у ході комерційних переговорів з потенційним клієнтом, який є професіональним ювеліром;
- посилання робиться для суто описових потреб, для того, щоб розкрити характеристики товару, що пропонується на продаж потенційному клієнту, який обізнаний з характеристиками товарів, охоплених відповідною ТМ;
- посилання на торговельну марку не може тлумачитися потенційним клієнтом як зазначення походження товару.

Використання знаку ідентичного торговельній марці [12]. Судом було визначено, що у ситуації, яка не охоплюється статтею 6(1) Директиви (обмеження прав на ТМ), якщо третя сторона використовує у ході



ТОВАРНІ ЗНАКИ

торгівлі знак, який є ідентичним до зареєстрованої ТМ для товарів, що є ідентичними з тими, для яких ТМ була зареєстрована, власник торговельної марки має право скористатися статтею 5(1)(а) Директиви, щоб запобігти такому використанню. Не має суттєвого значення, що у контексті того використання знак сприймається як символ підтримки або лояльності чи зв'язку з власником торговельної марки.

Ольфактронні знаки [13]. Суд розглянув питання можливості отримання правової охорони ольфактронних знаків. Суд визначив, що стаття 2 Директиви (знаки, з яких може складатися ТМ), має тлумачитися як така, що означає, що ТМ може складатися зі знаку, який сам по собі не є здатним бути сприйнятим візуально, за умови що він може бути представлений графічно, особливо засобами зображень, ліній або символів а також, що представлення є ясным, чітким, самодостатнім, легко доступним, зрозумілим, тривалим та об'єктивним.

У відношенні ольфактронного знака вимоги можливості графічного представлення не виконуються хімічною формулою, описом словами в письмовій формі, депонуванням зразка запаху або комбінацією тих елементів. З рішення випливає, що ольфактронні знаки на цей час не можуть бути зареєстровані у Співтоваристві.

Відновне розміщення третьою особою етикетки з торговельною маркою [14]. Справа стосувалася видалення з товарів третіми особами етикеток з торговельною маркою та подальшого маркування товарів етикеткою цієї ж ТМ.

Суд дав тлумачення статті 36 Договору ЄС та визначив можливість

відновного маркування за таких умов:

- у випадку, якщо це запобігає розподілу ринків між державами-членами. Це стосується випадку, якщо видалення та відновне розміщення етикеток відбувається з метою приховування ідентифікаційних номерів, які власник розмістив на своїх товарах, для того щоб мати змогу відстежувати маршрут їхнього руху, та з метою створення перешкоди для того, щоб реселери організовували діяльність осіб, що здійснюють паралельну торгівлю;
- було доведено, що відновне етикетування не може вплинути на вихідний стан товару;
- зовнішній вигляд товару, на якому було відновлено етикетки, не є таким, що може зашкодити репутації торговельної марки та її власника, та
- особа, вдаючись до відновного етикетування, сповіщає власника торговельної марки про відновне етикетування до того, як товари, на яких було відновлено етикетки, будуть виставлені на продаж.

Вичерпання прав

Стаття 7 Директиви визначає, що ТМ не дає власнику права на заборону її використання у зв'язку з товарами, які було введено на ринок Співтовариства під такою ТМ або з його згоди. Проте вказане не застосовується, якщо існують законні підстави протидіяти подальшій комерціалізації таких товарів, особливо якщо їх стан було змінено або погіршено їх якість.

Рішення від 4 листопада 1997 р. стосувалося *використання торго-*



вельної марки реселером [15] в рекламі для привернення уваги до товарів, які були виведені власником торговельної марки на ринок ЄС або з його згоди.

Згідно з тлумаченням Суду статей 5 та 7 Директиви, коли товари з ТМ виведені на ринок ЄС власником ТМ або з його згоди, реселер, крім того, що може вільно перепродавати такі товари, може також вільно використовувати ТМ, для того щоб сповістити загальний про подальший збут таких товарів.

Вичерпання прав на торговельну марку, товари з застосуванням якої виведені на ринок за межами Європейського економічного простору [16]. Справа стосувалася питання, чи є вичерпними права на ТМ під час виведення товарів на ринок за межами ЄС. Судом зазначено, що національні норми, що передбачають вичерпання прав на ТМ у відношенні товарів, виведених на ринок за межами ЄС під тією самою маркою власником або з його згоди, суперечать статті 7(1) Директиви.

Стаття 7(1) Директиви не може тлумачитися як така, що означає, що власник торговельної марки має право на підставі тільки цієї статті обмежувати використання третьою стороною його торговельної марки для товарів, які були виведені на ринок за межами ЄС під тією самою маркою власником або з його згоди. Зазначене обмеження можливе не на підставі статті 7 Директиви, а статті 5, яка визначає права, якими наділяє торговельна марка.

Принцип вичерпання щодо товарів, реімпортованих після перепаккування та відновного розміщення вихідної торговельної марки [17]. Суд визначив, що стаття 7 Директи-

ви щодо вичерпання прав (див. вище) має застосування, якщо після перепаккування товару на ньому знову розміщується вихідна марка. Та навпаки, ця стаття не застосовується, якщо паралельний імпортер замінює вихідну торговельну марку відмінною маркою.

У випадку паралельного імпорту [18]. Судом зазначено, що, по-перше, принцип вичерпання, викладений у статті 7, застосовується, якщо власник торговельної марки у державі імпорту та власник марки у державі експорту, будучи різними особами, пов'язані між собою економічно, наприклад, як дочірні підприємства однієї й тієї самої групи. По-друге, не має значення, був чи не був товар, що захищається маркою, виготовлений у країні, що не є державою-членом, якщо він у будь-якому разі був у законному порядку виведений на ринок у державі-члені власником марки або з його згоди, включаючи збут іншою компанією тієї самої групи, до якої належить власник. Зрештою, просте додавання на етикетку інформації не може бути причиною для власника ТМ заперечувати подальший збут товарів у значенні статті 7 Директиви за умови, що етикетка, змінена в такий спосіб, обов'язково містить важливу додаткову інформацію або подає точну інформацію, а її оформлення не призводить до завдання шкоди репутації торговельної марки та її власника.

Переміщення товарів, позначених торговельною маркою

Заміна упаковки товарів з торговельною маркою. Судова справа стосувалася прав власника протидіяти збуту товару, який був виведений на ринок в іншій державі-члені власни-



ТОВАРНІ ЗНАКИ

ком або з його згоди, якщо імпортер змінив упаковку товару та знову розмістив ТМ без дозволу власника [19].

Судом ЄС було вказано, що виключне право власника на розміщення ТМ на товарі має за певних обставин розглядатись як вичерпання, для того щоб дозволяти імпортерів збувати під тією торговельною маркою товари, які були виведені на ринок в іншій державі-члені власником або з його згоди.

Зокрема, власник ТМ не може перешкоджати подальшому збуту фармацевтичного продукту, який було виведено на ринок в іншій державі-члені власником або з його згоди, якщо імпортер змінив упаковку товару та знову розмістив ТМ на ньому без дозволу власника у таких випадках:

- встановлено, що застосування власником прав із заперечення збуту товарів у змінній упаковці з ТМ буде сприяти штучному розподілу ринків між державами-членами; таким є випадок, зокрема, коли власник виставив ідентичний фармацевтичний товар на ринок в декількох державах-членах у різних формах упаковки, та зміна упаковки, здійснена імпортером є необхідною для того, щоб збувати товар у державі-члені ввезення. При цьому відсутній вплив на оригінальний стан товару;
- видно, що зміна упаковки не впливає на оригінальний стан товару всередині упаковки; таким є випадок, зокрема, коли імпортер просто виконав операції, що не становлять жодного ризику для товару, якого це стосується, наприклад, вилучення блістерних упаковок, флаконів, ампул або інгаляторів з їхньої оригінальної зовнішньої упаковки та розміщення їх у нові зовнішні упаковки, розміщення клейких етикеток на зовнішній упаковці товару, додавання нових вказівок щодо застосування або додавання інформації. Національному судові належить перевірити, що оригінальний стан товару всередині упаковки не зазнав непрямого впливу, наприклад, через те, що в зовнішній або внутрішній упаковці перепакованого товару або нових вказівок щодо застосування відсутня певна важлива інформація, або вони подають неточну інформацію, або додатковий товар, включений до упаковки імпортером та призначений для вживання та дозування товару, не відповідають способу застосування та дозам, передбаченим виробником;
- на новій упаковці чітко надруковано, хто перепакував товар, найменування виробника так, що особа з нормальним зором, та нормальним ступенем уважності буде здатна це зрозуміти; аналогічним чином має зазначатися походження додаткового товару з джерела іншого, ніж власник ТМ, у такий спосіб, аби виключити будь-яке враження, що власник ТМ несе за це відповідальність;
- зовнішній вигляд перепакованого товару не є таким, що завдає шкоди репутації торговельної марки та її власника; при цьому упаковка не повинна бути з дефектами, низької якості або забрудненою; та
- імпортер повідомляє власника ТМ до того, як перепакований



товар виставляється на продаж, та за вимогою надає йому зразок перепакованого товару.

Ввезення з іншої держави-члена товару, на якому зазначена торговельна марка, використання якої заборонено в державі-члені [20]. Справа стосувалася імпорту товару з держави-члену, де він продається законно, в іншу країну під торговельною маркою, використання якої власником у державі-члені ввезення було заборонено через те, що вона вважалася там такою, що призводить до введення в оману споживачів.

Суд встановив, що заборона імпорту в цьому випадку є заходом кількісного обмеження імпорту у значенні статті 30 Договору ЄС, що заборонено Договором. З іншого боку, статті 30 та 36 Договору допускають заборону, призначену для захисту прав споживачів від введення в оману певною торговельною маркою.

У зв'язку з зазначеним національний суд має перевірити, чи є введення в оману споживачів достатньо серйозним, що перевищує вимоги щодо вільного руху товарів.

Заміна упаковки фармацевтичних товарів з торговельною маркою [21]. За рішенням Суду заборона виведення товару до іншої держави-члена, після того як він був перепакований в нову упаковку, до якої

торговельна марка була прикріплена третьою стороною, становить приховане обмеження на торгівлю між державами-членами у значенні другого речення статті 30 Договору ЄС.

Заміна упаковки фармацевтичної продукції є об'єктивно необхідною у значенні прецедентного права Суду, якщо без такої заміни упаковки фактичний доступ до відповідного ринку або до суттєвої частини того ринку має вважатися ускладненим внаслідок рішучого неприйняття з боку значної частини споживачів фармацевтичної продукції.

Попередження власника торговельної марки [22]. На додаток до висновків, що зазначені у попередній справі, Суд зазначив, що паралельний імпортер має у будь-якому разі виконати вимогу щодо попереднього сповіщення про такі дії для того щоб мати право на перепакування фармацевтичних товарів з ТМ.

Висновки. Розгляд рішень Суду ЄС свідчить, що в них суттєво розвиваються положення актів ЄС щодо охорони торговельних марок, що має враховуватися під час вдосконалення законодавства України відповідно до законодавства ЄС, а також під час використання прав на торговельні марки українськими підприємствами та організаціями в державах-членах ЄС. ♦

Література:

1. Рішення від 11 листопада 1997 р., *Loendersloot / Ballantine & Son e.a.*; від 12 жовтня 1999 р., *Upjohn*; від 23 квітня 2002 р., *Merck, Sharp & Dohme* тощо.
2. Справа 16/74, *Centrafarm nomu Winthrop*, 1974; справа C-93, *IHT Internationale Heiztechnik GmbH проти Ideal Standart GmbH*, 1994 тощо.
3. Кернз В. Вступ до права Європейського Союзу. — К.: Т-во "Знання", 2002. — С. 101.



ТОВАРНІ ЗНАКИ

4. Рішення від 11 листопада 1997. *SABEL BV проти Puma AG, Rudolf Dassler Sport*. Справа C-251/95.
5. Рішення від 29 вересня 1998 року. *Canon Kabushiki Kaisha проти Metro-Goldwyn-Mayer Inc., formerly Pathe Communications Corporation*. Справа C-39/97.
6. Рішення від 22 червня 1999 року. *Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH проти Klijsen Handel BV*. Справа C-342/97.
7. Рішення (Шоста палата) від 22 червня 2000. *Marca Mode CV проти Adidas AG та Adidas Бенілюкс BV*. Справа C-425/98.
8. Рішення від 23 лютого 1999 року. *Bayerische Motorenwerke AG (BMW) та Nederland BV проти Ronald Karel Deenik*. Справа C-63/97.
9. Рішення від 14 вересня 1999 року. *General Motors Corporation проти Yplon SA*. Справа C-375/97.
10. Рішення від 4 жовтня 2001 року. *Merz & Krell GmbH & Co*. Справа C-517/99.
11. Рішення від 14 травня 2002. *Michael H?lterhoff проти Ulrich Freiesleben*. Справа C-2/00.
12. Рішення від 12 листопада 2002 року. *Arsenal Football Club plc проти Matthew Reed*. Справа C-206/01.
13. Рішення від 12 грудня 2002. *Ralf Sieckmann проти Deutsches Patent- und Markenamt*. Справа C-273/00.
14. Рішення від 11 листопада 1997 року. *Loendersloot / Ballantine & Son e.a.* Справа C-349/95.
15. Рішення від 4 листопада 1997. *Parfums Christian Dior SA та Parfums Christian Dior BV проти Evora BV*. Справа C-337/95.
16. Рішення від 16 липня 1998 року. *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG проти Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*. Справа C-355/96.
17. Рішення від 12 жовтня 1999 року. *Urjohn*. C-379/97.
18. Рішення від 20 березня 1997 року. *Phytheron International SA проти Jean Bourdon SA*. Справа C-352/95..
19. Рішення від 11 липня 1996. *Bristol-Myers Squibb проти Paranova A/S (C-427/93) та С. Н. Boehringer Sohn, Boehringer Ingelheim KG та Boehringer Ingelheim A/S проти Paranova A/S (C-429/93) та Bayer Aktiengesellschaft та Bayer Danmark A/S проти Paranova A/S (C-436/93)*. Спільні справи C-427/93, C-429/93 та C-436/93.
20. Рішення від 26 листопада 1996. *F.lli Graffione SNC проти Ditta Fransa*. Справа C-313/94.
21. Рішення від 23 квітня 2002. *Merck, Sharp & Dohme GmbH проти Paranova Pharmazeutika Handels GmbH*. Справа C-443/99.
22. Рішення від 23 квітня 2002. *Boehringer Ingelheim KG, Boehringer Ingelheim Pharma KG, Glaxo Group Ltd, The Wellcome Foundation Ltd, SmithKline Beecham plc, Beecham Group plc, SmithKline & French Laboratories Ltd та Eli Lilly and Co. проти Swingward Ltd та Dowelhurst Ltd*. Справа C-143/00.



ТОВАРНИЙ ЗНАК ЧИ БРЕНД

Тетяна Коваленко,
*науковий співробітник НДІ інтелектуальної
власності АПрН України*

Створення та захист товарного знака є невід'ємною частиною промислової і торгової стратегії будь-якого підприємства або компанії. *Товарний знак* — це поєднання ідей та прагнень виробника для задоволення потреб певного споживача. *Товарний знак* — це символ, який втілює в собі накопичену досвідом характеристику товарів або послуг та відомості щодо його власника. Перш за все, він слугує, щоб викликати асоціації у споживача відносно конкретного комерційного джерела. Товарний знак стає все більш важливим компонентом комерційної культури. За офіційними даними Українського інституту промислової власності на 01.10.2006 року в Україні було зареєстровано 67583 товарних знаків, а на 01.11.2006 року вже 68780 знаків. Якщо розглянути статистику подання заявок на знаки для товарів і послуг та видачу свідоцтв, кількість зареєстрованих товарних знаків як від національних заявників, так і від іноземних зростає з кожним місяцем в середньому на одну тисячу.

Дійсні власники товарних знаків намагаються підтримувати очікування споживачів щодо особливих якостей, характеристики товарів або послуг, що робить їх знаки оригіна-

льними та унікальними. Метою товарного знака повинно бути ототожнення товару або послуги без згадування імені власника.

Товарний знак дозволяє відрізнити продукцію певної фірми від аналогічної продукції конкурентів, надати споживачу додаткову інформацію при оцінці інших аналогічних товарів і послуг, допомогти у виборі того чи іншого товару або послуги. Товарний знак повідомляє потенційному споживачеві про особливі якості, гарантії, ціну товару або послуги.

На прилавках магазинів зараз можна побачити численні товари різних виробників. І якщо одного разу продукція сподобається покупцеві, в наступний раз він буде купувати той товар, який маркований вже відомим йому товарним знаком.

У кожному сегменті ринку існує достатньо велика кількість товарних знаків і з кожним роком їх стає дедалі більше. Тому у виробників виникає проблема, як зберегти свій товарний знак, як зробити так, щоб споживачі обрали саме їх товар, а не аналогічний товар конкурентів. Для споживачів теж важливо зменшити ризик, пов'язаний з вибором того чи іншого товару або послуги. Із зростанням матеріального становища та



ТОВАРНІ ЗНАКИ

культури торгівлі і реклами, при виборі товару або послуги споживачі все частіше звертають увагу на більш дорогі товари, марковані відомими брендами і найчастіше ми купуємо не товар, а ім'я. Тому, з появою терміну "бренд" одразу зникли всі товарні знаки. Але бренд і товарний знак це не одне й те ж.

Будь-який бренд це — товарний знак, але не кожен товарний знак може перетворитися на бренд. Товарний знак стає брендом тільки тоді, коли зв'язок між конкретним товаром і споживачем стає значно більшим по відношенню до аналогічних товарів на ринку. *Бренд* — це інтелектуальна частина товару, яка виражається в притаманних даному товару назві, дизайнерському вирішенні, якості. Бренд повинен мати стійкий позитивний зв'язок із споживачем. *Бренд* — це не тільки форма звичайного товарного знака, але більш широке поняття, яке характеризує авторитет виробника, це — розвинутий товарний знак, це — система цінностей, яка підтверджується історією, часом, стабільним положенням на ринку, відомістю широкому колу споживачів, навіть не тільки тих, що зацікавлені у такого роду товарах. Можна сказати, що бренд створюють не тільки виробники або рекламні агентства, а самі споживачі, які надають право товарному знаку називатися брендом, приймаючи його у цій якості. Дійсно, не можна зменшувати роль виробників та рекламних агентів, це саме вони вигадують та створюють "гарний" товарний знак, який у подальшому може перетворитися або ні на бренд.

У той же час важко провести межу між товарним знаком та брендом, більш того, такої межі і не мо-

же бути. Не існує чітких критеріїв та стандартів визначення бренду, тому кожен виробник, після отримання охоронного документу або й на більш ранній стадії подання заявки про реєстрацію товарного знака, намагається назвати свій знак брендом. Однак, як правило, мова може йти про бренд, лише якщо не менш половини цільової аудиторії позитивно відноситься до певного товару.

Нещодавно вийшла в світ книга провідних спеціалістів з розробки брендів Валентина Перція та Лілії Мамлеєвої "Анатомія бренду", в якій дається можливе кількісне визначення бренду — Товар можна вважати брендом, якщо:

1. Він фізично доступний 75% потенціальних покупців з цільової аудиторії;
2. 75% цільової аудиторії можуть точно за назвою бренду описати галузь його діяльності;
3. Мінімум 20% покупців з цільової аудиторії користуються ним регулярно;
4. Мінімум 20% покупців з цільової аудиторії можуть правильно назвати основні описові характеристики бренду;
5. Існує на ринку не менш 5 років;
6. Покупці готові за нього платити ціну, яка перевищує середню ціну на аналогічні товари в цій категорії.

Становлення бренду — це не тільки просування його на ринку, це ціла система розвитку багатьох характеристик як самого товару, його зовнішнього вигляду, ціни, так і знання споживачем про професійність його власника, особистість та діяльність всієї команди компанії або фірми. Поняття брендингу, як однієї з галузей маркетингу, з'явилося приблизно у XIX столітті. Вза-



галі "*branding*" — це оснащення товару товарним знаком.

З розвитком брендінгу виникає питання щодо глибокого проникнення у внутрішній світ людини і оснащення їм не просто товару або послуги, в яких відсутні недоліки, а товару чи послуги у чомусь і унікальних. Розвиток брендінгу ставить перед його власником проблему про створення привабливого об'єкта споживання. Привабливого настільки, щоб споживач був готовий відмовитися від придбання всіх аналогів і "переключитися" саме на цей об'єкт, залишивши без уваги інші пропозиції. Привабливого настільки, щоб за цей об'єкт споживач був готовий навіть переплатити, тобто заплатити більше вартості аналогічних товарів-конкурентів.

Фахівець з реклами Девід Огілві називає брендом цілу низку властивостей товару. До цього ряду входять ім'я товару, його упаковка, ціна, історія, репутація та засоби рекламування. На його думку, *бренд* — це комплекс вражень, які залишаються у споживача в результаті користування товаром. Бренд допомагає ідентифікувати товар при згадуванні, відокремитися від конкурентів, тобто виділити товар із загальної маси, створити у споживачів привабливий образ, що викликає довіру, прийняти рішення про покупку саме цього товару, сформувавши постійну групу покупців, що асоціюють з брендом свій рівень життя.

Визначення того, коли товарний знак може вважатися брендом, одне із складних питань. Історія українських товарних знаків знає приклади, коли на протязі 2—3 років товарні знаки перетворювалися на бренди. До них можна віднести, на-

приклад, "Гетьман", "Союз-Віктан", "Олімп", "Київстар", "Аваль", "Roshen" тощо. Цей зліт, перетворення товарних знаків на бренди цінний для його власників тим, що критерій, за яким це звання присуджене — думка широкого кола населення, це визнання того, що споживачі стали орієнтуватися не на товарний знак як на будь-яке позначення товару, а на якість, на стабільність, на ім'я виробника.

Однак, необхідно зазначити, і тому є багато світових прикладів, коли бренд втрачав свою репутацію. Насамперед, це зумовлено тим, що під час становлення бренду виростають нові покоління, з'являються нові пріоритети та культурні цінності. Тому політика просування бренда повинна змінюватися паралельно до майбутніх перетворень у суспільстві. Наприклад, відомий у свій час бренд *Pepsi* вперше з'явився у колишньому Радянському Союзі, одразу ж завоювавши велику репутацію серед населення. Це було зумовлено "залізною завісою", яка існувала в ті часи між СРСР та зарубіжними країнами. Однак, на теперішній час дивувати цим напоєм вже немає кого, його можна придбати у будь-якому магазині або навіть у кіоску. Крім того, бренду *Pepsi* з'явилася альтернатива — *Coca-Cola*. Завдяки успішному просуванню на ех-радянському, а потім і на українському ринку, завдяки створенню нових назв продукту, *Coca-Cola* став більш популярним брендом. Тому бренд може бути визнаний "величиною перемінною".

Можна сказати, що *товарний знак* — це основа, базис будь-якого бренда. І на цю основу нанизуються інші елементи, такі як імідж, репутація, престиж, а також конкретні



ТОВАРНІ ЗНАКИ

об'єми рекламних заходів, акцій. Як і у торгової марки, у брэнда є свої особливості розвитку. Наприклад, схема "Branded House", при якій один товарний знак покриває всі товари, що будуть випускатися конкретним виробником. До таких відомих брэндів можна віднести товарний знак "Оболонь", під яким випускаються різноманітні види — "Преміум", "Light", "Світле". Іншою схемою створення товарних знаків є комплекс "House of Brands", при якому створюються окремі товарні знаки для окремих товарів, що випускаються конкретним виробником. При цьому, ні в першому, ні в другому випадках немає

ніякої гарантії, що товарний знак перетвориться на брэнд.

Бренди повинні створюватися і просуватися у відповідності до його законів. Однак брэндинг — це щось більше ніж частина маркетингу, він включає в себе додаткові компоненти, зокрема, психологічні знання. Таким чином, *брэндинг* — це довгостроковий процес створення і управління унікальним, привабливим, оригінальним, вартісним, інтелектуальним об'єктом. ♦

ЦІКАВО ЗНАТИ

ДЖЕРЕЛО ВОДИ “ПЕРЕЇСЛИ” ДО РОСІЇ З ГРУЗІЇ

Грузинська компанія “Води Боржомі” звернулася до арбітражного суду Москви з позовом проти незаконного використання на території Росії, їх брэнду. Справа в тому, що на російському ринку з'явився новий товарний знак, якій є копією відомого грузинського брэнду “Боржомі”: етикетка, шрифт, гори, навіть такий самий фонтан. Назва нового товарного знаку — “Русский Боржомъ”. Відмінність полягає лише в тому, що пляшки наповнюються не водою з грузинського джерела, а Нагутською-26. І це зрозуміло, адже ніякого грузинського джерела в Росії немає і не може бути.

Представники грузинської води “Боржомі” нагадали також про те, що вони є єдиним володільцем всіх прав інтелектуальної власності на торговельний знак “Боржомі”, що також стосується будь-якого використання слова “Боржомі” на території Російської Федерації.

Арбітражний суд погодився з цими доводами, і визнав, що права власності на товарний знак “Боржомі” які належать грузинським підприємцям були порушені.

За матеріалами: <http://www.ipprolaw.com/news/>



ДЕЯКІ АСПЕКТИ ОХОРОНИ ПРАВ НА ТВОРИ ОБРАЗОТВОРЧОГО ТА УЖИТКОВОГО МИСТЕЦТВА

Олена Штефан,
*завідувач відділу авторського і суміжних прав НДІ
інтелектуальної власності АПрН України, кандидат
юридичних наук, доцент*

Відповідно до національного законодавства об'єкти права інтелектуальної власності охороняються в межах двох основних інститутів права інтелектуальної власності: авторським правом та промисловою власністю.

Статтею 433 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) та ст. 8 Закону України "Про авторське право і суміжні права" серед об'єктів авторського права окремо виділяються твори образотворчого мистецтва та твори ужиткового мистецтва, до яких законодавець відносить також і твори декоративного ткацтва, вироби з кераміки, різьблення, ливарства, вироби з художнього скла, ювелірні вироби тощо.

Образотворче мистецтво — це різновид пластичного мистецтва, що поєднує живопис, графіку, скульптуру. Воно відображає дійсність у сприйнятливих зором образах. Твори образотворчого мистецтва естетично відображають думки, переживання і взаємини людей, втілюють ті чи інші ідеї та уявлення. Відповідно до Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів твори образотворчого мистецтва є художніми творами (творами мистецтва), призначеними, насамперед, для естетичного сприй-

няття. Образотворче мистецтво пропонує суб'єктивне сприйняття дійсності крізь призму поглядів митця та публіки, яка сприймає його твори. До творів образотворчого мистецтва, згідно із положеннями національного законодавства, належать твори живопису, твори графіки, гравюри, скульптури.

Живопис — це вид образотворчого мистецтва, твори якого створюються за допомогою фарб, які наносяться на яку-небудь поверхню. Живопис — важливий засіб художнього відображення і тлумачення дійсності, впливу на думки і почуття людини. Ідея твору втілюється за допомогою композиції, малюнка і кольору. Існує як монохромний живопис, так і поліхромний живопис. Живопис може бути одношаровий і багатошаровий. Звичайними жанрами живопису є портрет, пейзаж, натюрморт, а також батальний, побутовий живопис та ін. Існує монументально-декоративний живопис (розписи стін, плафони, панно), станковий живопис (картини), декоративний живопис (театральні декорації, декорації для кіно- та інших аудіовізуальних творів), декоративний розпис предметів побуту, іконопис, мініатюра, діорама і панорама, мозаїка і вітражі і т.п. З техно-



АВТОРСЬКЕ ПРАВО

логічної точки зору живопис створюється олійними, водяними, клейовими, восковими, емалевими, силікатними, синтетичними фарбами. Для виконання творів живопису використовується також акварель, гуаш, пастель, темпера, туш і т.п.

Графіка (від грецького *graphire* — пишу) являє собою вид образотворчого мистецтва, що включає в себе малюнки і друковані художні зображення (гравюра, літографія та ін.), в основі якого лежить малюнок. Зазвичай під графікою розуміється художній твір, створений шляхом нанесення зображення на пласку поверхню. Графіка поділяється на станкову графіку (малюнок, естамп, лубок), поліграфічну графіку (ілюстрації та оформлення друкованих видань), прикладну графіку (поштові марки, грошові знаки, еклібриси) і плакат.

Гравюра — це художній твір, створений шляхом гравіювання по металу, каменю, деревені чи лінолеуму, а літографія являє собою художній твір, створений нанесенням малюнка на спеціальний камінь чи метал та призначений для наступного одержання відбитків з оригіналу.

Скульптура (від латинського *sculpo* — вирізаю, висікаю) є особливим видом образотворчого мистецтва. Скульптурні твори мають форму реальних або абстрактних прототипів тривимірної, об'ємної (статуї, статуетки, бюсти) чи рельєфної (барельєфної) форми зображення, здебільше, людини і тварин. Скульптура може бути включена в усі види архітектурних споруджень і комплексів (атланти, каріатиди, фриз, фронтони, фонтани, садово-паркова скульптура). Матеріалом для скульптур може бути камінь, метал, глина, деревина, гіпс, що обробля-

ються висіканням, литтям, куванням, карбуванням, ліпленням тощо.

Нові технологічні досягнення значно змінили зовнішній вигляд образотворчого мистецтва. Комп'ютерні технології стали важливим засобом для створення таких творів як живопис, графіка і скульптура. В даний час комп'ютерний художник не обмежений технічними можливостями. Комп'ютерні твори мистецтва особливо широко використовуються в нових складених видах творів — комп'ютерних програмах, базах даних, мультимедійних творах, комп'ютерних іграх. Новим видом пластичного мистецтва є комп'ютерні скульптури. Художник створює на комп'ютері зображення тривимірної моделі (віртуальну скульптуру), а потім за допомогою спеціальної комп'ютерної програми, що керує технічним пристроєм із гравірувальними інструментами, фрезерує реальну скульптуру.

Твори образотворчого мистецтва набувають правової охорони як об'єкти авторського права, але така правова охорона має свої особливості, обумовлені унікальністю кожного твору. Для традиційних творів мистецтва, в порівнянні з будь-яким іншим видом творів, розбіжності між оригіналом і копією мають істотне значення. Унікальність будь-якого твору мистецтва веде до додаткових форм охорони прав художника. Це пояснюється тим, що після продажу твору художник може більше ніколи не побачити свій твір, він не зможе запобігти його використанню (створенню репродукцій, альбомів репродукцій, тиражуванню в промисловості листівок, створених на основі оригінального твору тощо). Оскільки в європейських країнах відсутня будь-яка обов'язкова



реєстрація прав на твори, у тому числі і твори образотворчого мистецтва, їх автор знаходиться в особливо незахищеному становищі. Для хоча б часткової допомоги автору, у Бернській конвенції про охорону літературних і художніх творів і, відповідно до неї, у деяких національних законодавчих актах введена норма щодо права слідування. Право слідування означає, що при публічному перепродажу твору образотворчого мистецтва через аукціон, галерею образотворчого мистецтва, художній салон, магазин і т.п. продавець зобов'язаний виплатити автору винагороду в розмірі відповідних відсотків від ціни проданого твору. Така норма існує і у Законі України "Про авторське право і суміжні права", закріплена в ст. 27, яка передбачає, що автори чи їх спадкоємці користуються невідчужуваним правом на одержання п'яти відсотків від ціни проданого твору. Збір і виплата винагороди, одержаної в результаті реалізації права слідування, здійснюється особисто автором, його представником або організацією колективного управління. У законодавстві деяких країн світу існує норма, що стосується так званого "права доступу до твору", відповідно до якого автор твору образотворчого мистецтва вправі вимагати від власника оригіналу твору чи іншої особи, що має право власності на такий оригінал (музей, галерея, приватний колекціонер та ін.), надання йому можливості здійснення права на відтворення свого твору. На думку Э.П.Гаврилова, у даному випадку право на відтворення відноситься тільки до "копіювання від руки", тобто створення копії твору тими ж способами, що використовувалися при створенні оригіналу твору [1].

Право доступу не відноситься до відтворення твору фотографічними чи аналогічними методами. Власник оригіналу твору вправі вимагати від автора компенсації тих незручностей, що пов'язані з наданням автору права доступу до твору, і оцінити таку компенсацію. Реалізація цього права дещо ускладнена. На думку А.П.Сергеева, "право доступу повинне здійснюватися з дотриманням принципів розумності, обґрунтованості і достатності" [2]. Труднощі в забезпеченні права доступу, полягають і у відсутності норми щодо нього у Бернській конвенції про охорону літературних і художніх творів. Слід зазначити, що порядок реалізації права доступу до твору образотворчого мистецтва закріплений у ст. 26 Закону України "Про авторське право і суміжні права".

Твори декоративно-прикладного мистецтва (твори ужиткового мистецтва) — це твори мистецтва, перенесені на предмети практичного користування, у тому числі твори художнього промислу або твори, виготовлені промисловим способом. Іншими словами, декоративно-прикладне мистецтво — це мистецтво виготовлення побутових предметів, що мають художньо-естетичну якість і призначені не лише для задоволення практичних потреб, але і для прикраси житла, архітектурних споруджень, парків, є елементами оформлення будинків і приміщень, промислової і поліграфічної продукції і т.п. Види творів мистецтва, які переносяться на предмети практичного користування, визначаються, насамперед, національними особливостями конкретного регіону. В більшості країн СНД, до декоративно-прикладного мистецтва відно-



АВТОРСЬКЕ ПРАВО

сяться твори образотворчого мистецтва (скульптурні твори, живопис, графіка, художня фотографія), твори декоративного призначення (декоративна скульптура, панно, вази, блюда, тканини), твори утилітарного призначення (посуд, столові прибори, ювелірні вироби, тканини, килими, одяг, іграшки). Предмети практичного користування, на які перенесені твори мистецтва, можуть бути виготовлені з кераміки і порцеляни, скла і кришталю, металу і пластмаси, шкіри і її замінників, деревини, лози, соломки, очерету, льоноволокна, рога, кістки, каменю. Твори мистецтва можуть бути перенесені на вироби ткацтва (скатертини, покривала, килими), тканини (декоративні гобелени), вироби ручного і машинного в'язання, килими і килимові вироби, текстильну галантерею, іграшки, прикраси та ювелірні вироби з коштовних та не коштовних металів, моделі одягу і взуття, меблі, оздоблювальні матеріали (шпалера, клейонка, керамічна плитка).

У законодавстві про авторське право і суміжні права країн СНД, як правило, встановлюються мінімальні ставки авторської винагороди за відтворення творів образотворчого мистецтва і тиражування в промисловості творів декоративно-прикладного мистецтва. Відповідно до встановленого порядку авторська винагорода за відтворення творів образотворчого мистецтва і тиражування в промисловості творів декоративно-прикладного мистецтва виплачується окремо від винагороди за створення службових творів. Платниками авторської винагороди є всі юридичні і (або) фізичні особи, які здійснюють відтворення і (чи) тиражування творів образотворчого

і декоративно-прикладного мистецтва. Виплата платниками авторської винагороди провадиться відповідно договору, укладеного з автором, іншим правовласником або організацією колективного управління. Розмір авторської винагороди визначається у відсотках від відпускної ціни кожного екземпляра.

У ст. 1 Закону України "Про авторське право і суміжні права" до числа творів образотворчого мистецтва були віднесені так звані "твори дизайну", які не знайшли свого закріплення у відповідній статті ЦК України. Проте, Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів не передбачає правової охорони "творів дизайну" як об'єктів авторського права. У зазначеній конвенції взагалі відсутнє згадування дизайну як такого не залежно від того, який зміст вкладається в це поняття. Зазвичай, під дизайном маються на увазі промислові зразки (*industrial design*). Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів містить лише посилення на промислові зразки, але сама норма стосується лише правової охорони творів декоративно-прикладного мистецтва (п. 7 ст. 2). Відповідно до цієї норми будь-яка країна Бернського Союзу сама визначає пристосованість своїх "законів до творів декоративно-прикладного мистецтва і до промислових зразків", а також умови правової охорони творів декоративно-прикладного мистецтва і промислових зразків. Вказана конвенція припускає, що твори декоративно-прикладного мистецтва в країні походження можуть набувати правову охорону як промислові зразки. При правовій охороні таких творів в інших країнах Бернського Союзу, в залежності від



того, яким чином набувають правову охорону твори декоративно-прикладного мистецтва в конкретній країні можливі два варіанти:

- а) якщо твори декоративно-прикладного мистецтва охороняються як промислові зразки, то відповідно такі твори, створені в іншій країні будуть набувати правової охорони в цій країні як промислові зразки;
- б) якщо твори декоративно-прикладного мистецтва не можуть набути правової охорони як промислові зразки, то, відповідно, такі твори, створені в іншій країні, можуть набути правової охорони в цій країні як художні твори, тобто як об'єкти авторського права.

Останній варіант був включений у Бернську конвенцію про охорону літературних і художніх творів у 1967 році. Таким чином, відповідно до Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів твори декоративно-прикладного мистецтва можуть набувати правової охорони або як художні твори (об'єкти авторського права), або як промислові зразки (результати науково-технічної творчості). Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів не припускає іншого варіанту, тобто промислові зразки не можуть набути правової охорони як художні твори.

Паризька конвенція про охорону промислової власності, а також Уго-

да TRIPS відносить промислові зразки та корисні моделі до об'єктів промислової власності. На цій підставі твори дизайну знаходяться у сфері правового режиму охорони не нормами авторського права у відповідності з Бернською конвенцією, а нормами патентного права у відповідності з Паризькою конвенцією. У більшості країн світу промислові зразки і корисні моделі охороняються або окремими законами, або в межах патентного законодавства.

Незважаючи на визначеність стосовно охорони творів дизайну, досить часто виникають випадки коли відбувається підміна у визначенні об'єктів права інтелектуальної власності, з метою доведення, що, наприклад, конкретний промисловий зразок або корисна модель (визнані об'єкти промислової власності) — це твори декоративно-прикладного мистецтва (об'єкти авторського права). При такому підході існує досить корисний момент: не треба сплачувати держмити за патент на промисловий зразок або корисну модель, доводити наявності в них новизни і (або) оригінальності, а також промислову придатність. До того ж термін охорони прав на об'єкти авторського права значно більший і розповсюджується на усі країни-члени Бернського Союзу. ♦

Література:

1. Гаврилов Э.П. Комментарий к Закону Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах". — М.: "Спарк", 1996. — С. 85;
2. Сударков С.А. Основы авторского права. — Минск, "Амалфея", 2000. — С. 188



ПРОЕКТНА ДОКУМЕНТАЦІЯ ЯК ОБ'ЄКТИВНА ФОРМА ВТІЛЕННЯ ТВОРІВ АРХІТЕКТУРИ

Євген Греков,
*ад'ютант кафедри цивільного права та процесу
Харківського національного університету внутрішніх
справ*

Наразі, враховуючи високі темпи росту обсягів промислового та житлового будівництва, спостерігається підвищення попиту на такі об'єкти авторського права як твори архітектури, що, в свою чергу, спричиняє потребу встановлення нового, більш високого, рівня вимог до охорони прав творців цих творів.

Обов'язковою передумовою здійснення ефективної охорони прав інтелектуальної власності є чітке встановлення ознак об'єкта даних прав, з фактом створення якого пов'язано їх виникнення. Чинні положення норм авторського права, закріплені у діючому Цивільному кодексі України (ст. 433) [1] та Законі України "Про авторське право і суміжні права" (ст. 8) [2], визначають об'єкт авторського права, як твори у галузі науки, літератури і мистецтва незалежно від їх завершеності, призначення, цінності тощо, а також способу чи форми їх вираження. Також у цих нормах зазначається достатньо широкий, але, безумовно, приблизний перелік творів, які охороняються нормами авторського права, серед яких також вказані і твори архітектури.

Сучасна авторсько-правова доктрина при визначенні поняття твору здебільшого виділяє дві його основні ознаки:

- 1) творчий характер твору;
- 2) об'єктивна форма його вираження.

Поняття творчої діяльності як обов'язкової ознаки об'єкта авторського права не сформульовано на законодавчому рівні, але в юридичній літературі як радянського так і сучасного періоду цьому питанню приділено, на нашу думку, достатньо уваги [3-6], що обумовлює можливість встановлення відповідності створених творів архітектури вказаній ознаці. Дещо складною є справа зі встановленням відповідності даних творів змісту другої обов'язкової ознаки поняття твору — об'єктивній формі його вираження.

Стаття 1 Закону України "Про авторське право та суміжні права" закріплює, що *твір архітектури* — це твір у галузі мистецтва спорудження будівель і ландшафтних утворень (креслення, ескізи, моделі, збудовані будівлі та споруди, парки, плани населених пунктів тощо). Визначений в законодавстві перелік форм творів архітектури, що охороняються який складається з креслень, ескізів, моделей, збудованих будівель та споруд, є недостатньо формалізованим, особливо це стосується творів архітектури втілених у кресленнях та ескізах. У наведено-



му визначенні чітко не встановлено, що саме є твором архітектури: креслення у повному обсязі або їх частина; ескіз архітектурного об'єкта виконаний в художньому стилі або з дотриманням вимог державних стандартів до проектної документації. Вирішення зазначеної проблеми є досить важливим, з огляду на те, що виконання креслень як складової частини проекту є дуже працемістким процесом, який не завжди пов'язаний із творчою діяльністю особи. При виконанні креслень проводиться дуже велика розрахункова робота технічно-економічних показників проекту, яка не може бути творчою за визначенням. Для мети авторсько-правової охорони творів архітектури необхідно виділяти тільки авторську частину роботи по створенню об'єктів архітектури, втілену в об'єктивних формах, що, на жаль, використовуючи чинне законодавство, зробити не можна.

Серед найбільш відомих дослідників авторського права в галузі архітектурної діяльності можна виділити: О. Гейне, Я. Гевірц, М.Г. Діканський, М.М. Кахадзе, Х.А. Пізукє, М.А. Райгородський, Л.П. Тимофієнко, С.А. Чернишова, Д.Б. Якуб [7-14]. Також окремі правовідносини у сфері авторського права на твори архітектури були розглянуті у фундаментальних роботах майже всіх дослідників та глосаторів авторського права при стислій характеристиці всього спектра об'єктів авторського права, проте, і на сьогодні, zostались не з'ясованими ряд їхніх елементів. У зв'язку з приділенням незначної уваги вчених питанню дослідження об'єктивних форм втілення творів архітектури або обмеженням своїх досліджень

лише виявленням їх характерних ознак, в авторсько-правовій доктрині на даний час не сформовані основні вимоги, яким повинні відповідати об'єктивні форми втілення творів архітектури визначені у законодавстві, в тому числі і вимоги до проектної документації, що свідчить про актуальність поставлених питань. Враховуючи вищевикладене, метою цієї статті є дослідження проектної документації в якості об'єктивної форми втілення творів архітектури.

Дослідження даного питання доцільно проводити у співвідношенні до етапів створення об'єктів архітектури: стадії проектування та практичної реалізації проекту. Наявність проектного етапу є сутнісною особливістю архітектурної діяльності поряд зі сполученням в архітектурі елементів як матеріального, так і духовного виробництва, в ході якого визначаються всі істотні елементи майбутнього будівництва. Його наявність обумовлюється необхідністю вирішення практичних завдань містобудівного планування, благоустрою міських і сільських поселень, розвитку їх інженерної, транспортної і соціальної інфраструктур, а також завдань раціонального природокористування, збереження об'єктів історико-культурної спадщини й охорони навколишнього природного середовища, створення безпечного середовища життєдіяльності людини. При цьому на проектній стадії враховуються не тільки ті елементи, які утворюють інженерно-конструкторську підоснову споруди, але і композиційна побудова майбутнього об'єкта, художнє оформлення його зовнішнього і внутрішнього вигляду, взаємодію із обслуговуючою інфраструктурою.

Результатом здійснення проектного етапу є розроблення проекту для будівництва. Чинне законодавство визначає проект як документацію для будівництва об'єктів архітектури, що складається з креслень, графічних і текстових матеріалів, інженерних і кошторисних розрахунків, які визначають містобудівні, об'ємно-планувальні, архітектурні, конструктивні, технічні та технологічні рішення, вартісні показники конкретного об'єкта архітектури, та відповідає вимогам державних стандартів, будівельних норм і правил (ст. 1 Закону України "Про архітектурну діяльність [15]"). Очевидно, що наведене визначення проектної документації характеризує її саме як матеріальний об'єкт, але не як об'єкт авторського права. В цьому випадку вона виступає першим елементом правової основи створення архітектурного об'єкта, тому що громадянин або юридична особа, які мають намір здійснити будівництво архітектурного об'єкта, зобов'язані мати затверджену у встановленому порядку проектну документацію (ст. 9 Закону України "Про архітектурну діяльність").

Проектна документація складається з наступних частин:

- ескізний проект;
- техніко-економічне обґрунтування;
- техніко-економічний розрахунок;
- проект;
- робочий проект;
- робоча документація (додаток Б до ДБН А.2.2-3-2004 "Проектування").

Склад, порядок розроблення, погодження та затвердження проектної документації для будівництва — далі ДБН А.2.2-3-2004) [16].

Відповідно до нормативних вимог, робоча документація для будівництва або авторський нагляд за її розробкою виконуються за участю архітектора — автора затвердженого проекту відповідно до укладеного договору на розроблення проекту цього об'єкта архітектури. Державні будівельні норми встановлюють, що після затвердження проекту, ескізного проекту, техніко-економічного розрахунку за рішенням замовника робочі креслення можуть розроблятися підрядником чи іншим проектувальником, які одержали за встановленим порядком право на відповідний вид діяльності, із залученням авторів або за їх письмовою згодою на виконання робочих креслень іншими виконавцями з дотриманням авторських рішень затвердженого проекту, ескізного проекту, техніко-економічного розрахунку та додержанням авторських прав. Таким чином, авторські рішення об'єктів архітектури, які охороняються авторським правом в якості твору архітектури, фіксуються в об'єктивній формі на стадії ескізного проектування та розробки проекту (в т.ч. і робочого проекту). Стадія здійснення техніко-економічного розрахунку не містить в собі об'єктивного вираження авторського задуму щодо просторової, планувальної, функціональної організації, зовнішнього вигляду і інтер'єрів об'єкта архітектури або його частини, в зв'язку з тим, що техніко-економічний розрахунок лише обґрунтовує потужність виробництва, номенклатуру та якість продукції, якщо вони не задані директивно, кооперацію виробництва, забезпечення сировиною, матеріалами, напівфабрикатами, паливом, електро- та теплоенергією, водою і трудовими ресур-



сами, включаючи вибір конкретної ділянки для будівництва, розрахункову вартість будівництва та основні техніко-економічні показники (п.п. 4.2 ДБН А.2.2-3-2004).

Отже, проведений аналіз нормативних документів свідчить про необхідність дослідження структури проекту (в т.ч. ескізного та робочого) з метою встановлення його складових частин, які виражають в об'єктивній формі ідеї та уявлення автора про майбутній архітектурний об'єкт. Розроблення проекту та його склад регламентується п. 5 та 6 ДБН А.2.2-3-2004, ескізного проекту — Наказом Держбуду України від 23.10.91 року № 51-839/1 "Про затвердження положення про ескізний архітектурний проект" [17]. Вказані проекти розробляються для визначення містобудівних, архітектурних, художніх, екологічних, технічних, технологічних, інженерних рішень об'єкта, кошторисної вартості будівництва і техніко-економічних показників, з відмінностями лише у рівні деталізації та конкретизації. Відповідно до зазначених документів, проект складається з наступних розділів: загальні положення, архітектурно-будівельні рішення, технологічна частина, основні креслення, організація будівництва, кошторисна документація. Розділ "Архітектурно-будівельні рішення" являє собою текстову частину проекту з короткого опису і обґрунтування архітектурних рішень, рішень щодо оздоблення будинку, споруди та їх відповідності функціональному призначенню з урахуванням містобудівних вимог. Вказаний розділ також може бути об'єктом охорони авторським правом, але у вигляді літературних творів, що обумовлюється поширен-

ням авторсько-правової охорони тільки на форму вираження твору і не поширюється на будь-які ідеї, теорії, принципи, методи, процедури, процеси, системи, способи, концепції, відкриття, навіть якщо вони виражені, описані, пояснені, проілюстровані у творі.

На нашу думку, ретельної уваги в наведеному складі проекту заслуговує розділ — "Основні креслення", який містить у собі наступні підрозділи:

- ситуаційний план у масштабі 1:2000, 1:5000, 1:10000;
- генеральний план на топографічній основі в масштабі 1:500, 1:1000;
- **принципові рішення з вертикального планування, благоустрою та озеленення;**
- схема транспортно-пішохідних зв'язків (за необхідності);
- план трас зовнішніх інженерних мереж та комунікацій;
- плани трас внутрішньомайданчикових мереж і споруд до них;
- **плани поверхів, фасади, розрізи будинків та споруд зі схематичним зображенням основних несучих та огорожувальних конструкцій** у масштабі 1:50, 1:100, 1:200; деталі огорожувальних конструкцій у масштабі 1:25;
- **інтер'єри основних приміщень** (розробляються додатково згідно із завданням на проектування);
- **каталожні аркуші при використанні проектів масового застосування;**
- **плани поверхів, фасади і розрізи при використанні проектів повторного застосування;**
- принципи схеми улаштування інженерного обладнання (опалення, вентиляції, холодного та

гарячого водопостачання, каналізації, водостоків, електрообладнання, газо- та холодопостачання, кондиціонування повітря, зв'язку та сигналізації, автоматизації інженерного обладнання, пило- та димовидалення, сміттевидалення), принципові рішення щодо впровадження заходів з енергозбереження;

- технологічні компонування з посиленням на нормалі або плани розміщення (розташування) основного устаткування;
- вихідні дані на розроблення конструкторської документації з обладнання індивідуального виготовлення.

Виділені підрозділи, в повному обсязі або частково, складають, на нашу думку, архітектурну частину креслень проекту, які можуть відповідати вимогам, що ставляться до творів архітектури як об'єктів авторського права. Втім, креслення, які підлягають авторсько-правовій охороні як твори архітектури не повинні залежати від того, чи належать вони до одного з виділених вище підрозділів. Виділення наведених підрозділів зроблене з метою наочного зображення помилковості чинного законодавства при віднесенні креслень в повному обсязі до об'єктів авторського права. Ми відстоюємо позицію, що однією з форм вираження творів архітектури є тільки креслення, які відображають авторський задум щодо просторової, планувальної, функціональної організації, зовнішнього вигляду і інтер'єрів об'єкта архітектури або його частини, тобто *графічна архітектурна частина проекту*. Такі креслення можуть бути виражені у звичній матеріальній формі (на паперовому носії), або в електронній,

доступній для перегляду та використання за допомогою електронно-обчислювальних машин.

Тепер доцільно розглянути питання про можливість впливу недотримання вимог законодавства, які ставляться до виконання проектної документації, на охорону креслень архітектурної частини проекту авторським правом в якості твору архітектури. Це пов'язано з тим, що творча діяльність щодо створення об'єктів архітектури обтяжена необхідністю врахування та дотримання під час прийняття архітектурних рішень певних обов'язкових стандартів проектування та будівництва, як-то соціальних, економічних, функціональних, інженерних, технічних, протипожежних, санітарно-гігієнічних, екологічних та інших вимог до об'єкта в обсязі, необхідному для розробки документації для будівництва об'єктів.

Для вирішення вказаного питання слід навести відправне положення теорії архітектури та авторського права в галузі архітектури, яке завжди враховувалось при проведенні досліджень: основна мета архітектурної діяльності — це створення об'єкта архітектури. Зазначене положення знайшло своє відображення й у тексті закону, а саме у ст. 1 Закону України "Про архітектурну діяльність", де вказано, що архітектурна діяльність має своєю метою саме створення архітектурного об'єкта. Архітектурна діяльність у своїй першооснові вирішує не стільки художньо-естетичні завдання, скільки виконує матеріальну функцію, тобто зведення міцного штучного середовища життєдіяльності людини. Така особливість змісту архітектурної діяльності породжує існування проектного етапу



архітектурної діяльності у ході якого і виявляється особистісне уявлення автора про організацію і оформлення простору, тобто створюється твір архітектури.

Як було зазначено вище, обов'язковою умовою будівництва об'єкта архітектури є наявність затвердженої у встановленому порядку проектної документації, яка передбачає її відповідність вимогам державних стандартів, будівельних норм і правил. В іншому разі, отримати дозвіл на виконання будівельних робіт неможливо, чим порушується етапність створення архітектурного об'єкта, і як наслідок, можливість відтворення твору архітектури в наступній формі — формі споруди. Саме тому вважаю, що невідповідність креслень архітектурної частини проекту — мова йдеться винятково щодо цієї форми втілення твору архітектури — вимогам державних нормативних документів з проектування та будівництва виключає можливість авторсько-правової охорони твору архітектури вираженого в цій формі. Також, слід зауважити, що у зв'язку з можливою зміною положень нормативних документів, виконання зазначених вимог необхідно лише на момент створення твору. Така позиція не суперечить теорії авторського права, бо мова йдеться лише про виділення творів архітектури з-поміж інших об'єктів авторського права і не позбавляє охорони авторським правом креслення, розроблені з порушення встановлених нормативів. Будь-які креслення, що створені в результаті творчої діяльності автора, мають можливість отримання авторсько-правової охорони в якості творів образотворчого мистецтва або інших творів. При цьому, навіть у ситу-

ації, коли відхилену з причин невиконання вимог нормативних документів архітектурну частину проекту будови виправить інша особа (мається на увазі не автор або особа не уповноважена автором) і вимагатиме визнання за собою авторського права на створений "нею" твір архітектури, справжній автор має можливість перешкодити цьому, довівши незаконність запозичення зовнішньої форми твору.

Крім розглянутих нормативних вимог до виконання креслень, на архітектурну частину проекту також впливають архітектурно-планувальне завдання, яке видається органами архітектури і містобудування і завдання замовника на проектування. Порядок надання архітектурно-планувального завдання затверджено Постановою Кабінету Міністрів України від 20 грудня 1999 року № 2328 [18], в якій, зокрема, зазначено, що архітектурно-планувальне завдання — це комплекс містобудівних та архітектурних вимог і особливих умов проектування і будівництва об'єкта архітектури, що впливають з положень затвердженої містобудівної документації, державних будівельних норм, місцевих правил забудови населених пунктів, відповідних рішень органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, включаючи вимоги і умови щодо охорони пам'яток історії та культури, доктрина, законних прав і інтересів фізичних та юридичних осіб при розташуванні об'єкта архітектури на конкретній земельній ділянці.

У сучасній правозастосовчій практиці зустрічаються спроби віднести архітектурно-планувальне завдання на проектування до результатів творчої праці, і на цій підставі

визнати особу, яка видала технічне завдання на проектування, співавтором твору архітектури. Це пов'язано з тим, що при розробці вказаного завдання фахівцями в галузі архітектури проводиться робота щодо визначення основних об'ємно-планувальних та технічних характеристик майбутнього об'єкта: обмеження щодо поверховості (висоти) об'єктів архітектури; вимоги до опорядження об'єкта архітектури, благоустрою території; вимоги до розміщення вбудовано-прибудованих приміщень та інших. Вказані роботи проводяться з метою раціонального використання земель та територій для містобудівних потреб, підвищення ефективності забудови та іншого використання земельних ділянок, охорони культурної спадщини, збереження традиційного характеру середовища населених пунктів, урахування державних та громадських інтересів при плануванні та забудові територій. Проте, встановлюючи окремі обмеження щодо майбутньої споруди, які можуть істотно вплинути на художнє оформлення як зовнішнього, так і внутрішнього вигляду об'єкта, архітектурно-планувальне завдання не може бути визнане формою вираження твору архітектури, що охороняється авторським правом. Завдання на проектування є усього лише частиною вихідних даних до проекту, і відповідно до порядку надання архітектурно-планувального завдання, не може включати вимоги щодо архітектурних та інженерних рішень об'єкта архітектури, його внутрішнього оздоблення, інші умови і вимоги, якщо вони не випливають з положень актів законодавства, тобто не містить в собі творчої складової твору архітектури.

Ще більший вплив на творчий процес створення архітектурного проекту може справляти завдання на проектування, видане замовником, в якому, виходячи із соціально-економічних, національних, політичних і інших інтересів, замовник може установити досить вузькі рамки для втілення потенційних архітектурних рішень. При цьому умови завдання на проектування рівною мірою можуть відбитися як на вирішенні архітектором композиційних питань об'єкта, так і на визначенні його вигляду. Вказане завдання, з тих же причин, що і архітектурно-планувальне завдання, також не може бути визнане твором архітектури, проте з тією відмінністю, що завдання замовника на проектування може підлягати охороні нормами авторського права в якості літературного твору.

Невідповідність архітектурної частини проекту умовам завдання на проектування виданого замовником, або обмеженням архітектурно-планувального завдання, встановленим органами містобудування та архітектури, не позбавляє авторсько-правової охорони в якості твору архітектури архітектурну частину проекту, розроблену з дотриманням основних вимог до проектної документації. Це пояснюється тим, що архітектурно-планувальне завдання видається під чітко визначене місце розташування об'єкта архітектури з його особливими містобудівними та інженерно-геологічними умовами, а завдання замовника на проектування — у зв'язку з його особистими уподобаннями або у зв'язку з цільовим призначенням майбутнього об'єкта архітектури. Тому, розроблення автором архітектурної частини проекту з порушенням встанов-



лених умов та обмежень хоча і виключає можливість реалізації даного проекту в будівництві саме в цьому місці або для цього замовника, але не позбавляє його можливості подальшої реалізації в іншому місці розташування або для іншого замовника, що цілком відповідає меті архітектурної діяльності.

На завершення розгляду питань пов'язаних з метою даної статті,

слід підкреслити, що сформульовані в статті окремі вимоги до проектної документації як об'єктивної форми втілення творів архітектури дозволяють чітко відокремити твори архітектури від суміжних творів, як-то твори образотворчого, ужиткового мистецтва та інші, що в значній мірі сприяє підвищенню ефективності їх правової охорони. ◆

Література:

1. Цивільний кодекс України № 435-IV від 16 січня 2003 року // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 461.
2. Закон України "Про авторське право і суміжні права" від 11.07.2001 // ВВР. — 2001. — № 43.
3. Серебровский В.И. Вопросы советского авторского права. — М.: Академия наук СССР, 1956.
4. Підопригора О.О. Законодавство України про інтелектуальну власність: Навч. посібник. — К., 1997.
5. Шишка Р.В. Охорона права інтелектуальної власності: авторсько-правовий аспект: Монографія. — Харків: Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2002.
6. Мельник О.М. Проблеми охорони прав суб'єктів інтелектуальної власності в Україні. — Харків.: Вид-во Національного університету внутрішніх справ, 2002.
7. Гейне А.Н. Авторское право на произведения зодчества // Журнал Вестник права. — 1905. — кн. 7. — с. 297—349.
8. Гевирц Я.Г. Авторское право на архитектурные произведения. — Петроград, 1917. — 79 с.
9. Диканский М.Г. Авторское право в архитектуре — Петроград, 1916. — 79 с.
10. Кахадзе М.М. Гражданско-правовое регулирование конкурса в области архитектуры: Автореф. дисс. ... канд. юрид.наук. — Тбилиси: Изд-во Тбилис. ун-та, 1975. — 24 с.
11. Пизуке Х.А. Правовое регулирование архитектурной деятельности: Автореф. дисс. ... канд. юрид.наук. — Ленинград, 1984. — 16 с.
12. Райгородский Н.А. Права советского архитектора по действующему законодательству // Вестник Ленинградского университета. Серия экономики, философии и права. — Вып. 2. — № 11. — с. 98—110.
13. Тимофеенко Л.П. Авторские права архитекторов. — К., 1999.
14. Якуб Д.Б. Вопросы авторского права на произведения архитектуры: Дис. ... канд. юрид. наук. — Харьков, 1970. — 19 с.
15. Закон України "Про архітектурну діяльність" № 687-XIV від 20.05.1999 // Офіційний вісник України. — 1999. — № 24 (02.07.99). — ст. 1089.
16. Державні будівельні норми А.2.2-3-2004 "Проектування. Склад, порядок розроблення, погодження та затвердження проектної документації для будівництва" затверджені Наказом Держбуду України № 8 від 20.01.2004 року // Ціноутворення у будівництві. — 2004. — № 5.
17. Наказ Держбуду України "Про затвердження положення про ескізний архітектурний проект" № 51-839/1 від 23.10.91 року // Ціноутворення у будівництві. — 1992. — № 2.
18. Постанова Кабінету Міністрів України від 20 грудня 1999 р. № 2328 "Про Порядок надання архітектурно-планувального завдання та технічних умов щодо інженерного забезпечення об'єкта архітектури і визначення розміру плати за їх видачу" // Офіційний вісник України. — 1999. — № 51 (06.01.2000). — ст. 2537.



ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ ПЕРЕДУМОВИ ДОВГОСТРОКОВОГО І СЕРЕДНЬОСТРОКОВОГО ІННОВАЦІЙНОГО ПРОГНОЗУВАННЯ В ЕКОНОМІЦІ УКРАЇНИ

Володимир Нежиборець,
*учений секретар НДІ інтелектуальної власності
АПРН України, кандидат економічних наук*

Індустріальна наукова парадигма, що сформувалася в XVIII — XIX століттях, до кінця XX століття значною мірою вичерпала свій потенціал. У зв'язку з цим виникла необхідність у науковій революції, підсумком якої стане формування постіндустріальної наукової парадигми, адекватної реаліям XXI століття.

В умовах становлення і розвитку в XXI столітті нової наукової парадигми важливе значення має рішення теоретичних і практичних проблем довгострокового і середньострокового інноваційного розвитку в світовому просторі.

При цьому, перш за все, необхідно відзначити, що необхідність довгострокового і середньострокового прогнозування інноваційного розвитку світової економіки і як складової її частини економіки України обумовлена низкою обставин.

По-перше, становлення в першій половині XXI століття постіндустріального технологічного способу виробництва, освоєння і розповсюдження шостого технологічного устрою проходить на основі хвилі ба-

зисних і поліпшуючих інновацій в умовах формування глобального інноваційно-технологічного виробництва.

По-друге, Україна в 90-х роках XX та початку XXI сторіч зазнала глибоких економічних і технологічних криз і опинилася в стані технологічної деградації і втрати конкурентоспроможності продукції. Тому Україна повинна подолати наслідки цих криз і вийти на траєкторію інноваційного оновлення економіки і прискореного економічного зростання, що можливо тільки при переході до інноваційного шляху розвитку економіки.

Фундаментальною основою довгострокового і середньострокового інноваційного прогнозування є теорія передбачення М.Д.Кондратьєва і теорія інновацій Й.Шумпетера, розви-



Сергій Ревуцький,
*завідувач сектору інновацій НДІ інтелектуальної
власності АПРН України, кандидат економічних наук*



нені сучасними зарубіжними ученими [1].

Теорія довгих хвиль М.Кондратьєва розкриває закономірності в періодичній зміні поколінь і технологій, зміні технологічних устроїв і технологічних способів виробництва, що супроводжуються технологічними кризами, хвилями епохальних і базисних поліпшуючих інновацій [2].

Й.Шумпетер розробив ідею динамічної ефективності, яка базується на пріоритетності технологічного розвитку економіки. При цьому основну роль відіграє не статична ефективність, що полягає в максимізації прибутків, а динамічна ефективність, яка полягає в максимізації прибутків у довгостроковому періоді. Основна ідея Й.Шумпетера полягає в тому, що економіку рухають вперед технологічні, динамічні ідеї, що були підтверджені дослідженнями Р. Солоу, який довів, що близько 80 % зростання продуктивності праці припадає на технологічні зміни.

Початковими теоретичними постулатами при обґрунтуванні інноваційного прогнозу є те, що передбачення інноваційного розвитку будується на основі обліку взаємодії закономірностей статистики (що визначає пропорції у функціонуванні систем, зокрема, економічних, циклічної динаміки) поєднання середньострокових, довгострокових — Кондратьєвських і наддовгострокових — цивілізаційних циклів і виникаючих на їх стижах криз.

Відповідно розрізняються по тривалості і глибині перетворень інноваційні цикли — середньострокові, довгострокові і наддовгострокові. Хвилі інновацій міняються інноваційно-технологічними кризами, міняються характер і структура

інновацій. Початок наддовгострокового циклу закладають епохальні і базисні інновації, які, при формуванні нового технологічного способу виробництва, радикально міняють раз в декілька сторіч структуру економіки і її технологічну базу. Приблизно раз на півстоліття відбувається зміна (на основі хвилі базисних інновацій), переважаючого технологічного устрою, який покладено в основу Кондратьєвського циклу і визначає конкурентоспроможність продукції і економіки. Кожне десятиліття відбувається зміна переважаючих поколінь техніки (технологій), що реалізуються в кластері базисних і поліпшуючих інновацій.

В процесі довгострокового інноваційного розвитку відбувається зміна лідируючих галузей і країн. Кожен технологічний спосіб виробництва і технологічний устрій мають свою специфічну структуру, групу базисних науково-технічних напрямів і реалізуючих їх галузей, а також авангардних країн, які виступають як піонери інноваційно-технологічного прориву. Одночасно попередні технологічні устрої і країни, в яких вони переважають, втрачають своє значення.

Освоєння базисних інновацій пов'язане з крупними витратами і значним ризиком. У фазі пожвавлення технологічного циклу, при розповсюдженні принципово нових технологій лідируючі галузі і країни винагороджуються великими обсягами надприбутку (інноваційної або технологічної квазіренти), тоді як відстаючі в інноваційних перетвореннях галузі і країни зазнають збитків. У фазах кризи і депресії технологічного циклу інноваційна квазірента зводиться до мінімуму або зникає, щоб відродитися знов у

ПРАВО ТА ІННОВАЦІЇ

фазі пожвавлення. Інновації слугують головним полем конкуренції, джерелом і стимулом економічного зростання і соціального прогресу. Інноваційно-технологічні цикли різної тривалості слугують основою економічних циклів відповідної тривалості — середньострокових, довгострокових (Кондратьєвських), наддовгострокових (цивілізаційних). Падіння ефективності переважаючих поколінь техніки (технологій) і технологічних устроїв призводить до зниження темпів економічного зростання, скорочення інвестицій, зростання безробіття (зокрема, технологічного), зниження рівня життя значних верств населення. Це активізує наукову думку, пошук принципово нових технічних рішень (винаходів). Проте умови для їх інноваційного освоєння створюються лише в кінці фази депресії і у фазі пожвавлення, коли розгортається оновлення застарілого основного капіталу, зростає потік інвестицій, що пред'являють попит на інновації. Це стає основою для прискорення темпів економічного зростання, наростання об'ємів технологічної квазіренти, збільшення зайнятості, зростання рівня життя. До кінця фази пожвавлення ці процеси набувають найбільш вираженого характеру, проте у фазі стабільності, при значній масі доходів і прибутку, темпи їх зростання падають, доки криза не приведе до різкого падіння темпів зростання або абсолютного скорочення ВВП, ще значнішому падінню інвестицій, новій хвилі безробіття.

Отже, в довгостроковому прогнозуванні потрібно розглядати у взаємозв'язку і певній послідовності зміну інноваційно-технологічних, інвестиційних, економічних і со-

ціальних циклів. Методи екстраполяції тенденцій, що склалися, можливі в обмежених межах лише в межах однієї фази циклу. При зміні фаз і циклів відбувається злам тенденцій, що необхідно враховувати в інноваційному прогнозуванні.

Епохальними інноваціями першої половини ХХІ століття стануть:

- наукова революція, підсумком якої буде формування постіндустріальної наукової парадигми і суспільства знань;
- перехід до постіндустріального суспільства з адекватними йому технологічним, економічним і екологічними способами виробництва;
- освоєння і розповсюдження шостого технологічного устрою і шостого Кондратьєвського циклу. Ці тенденції повною мірою реалізуються в другій половині століття, радикально змінюють характер і структуру суспільства і виявляють його кардинальні відмінності від індустріального суспільства, що переважало в ХІХ-ХХ століттях.

Особливості цих процесів полягають в тому, що вони відбуватимуться в умовах глобалізації, формування єдиного, але диференційованого по країнах і цивілізаціях глобального науково-технологічного, соціально-економічного і екологічного простору, при перенесенні центру тяжіння в ухваленні радикальних технологічних і економічних рішень з національного на глобальний, наддержавний рівень.

Очікувані тенденції динаміки науково-технологічної сфери в першій половині ХХІ століття:

- зростання значення і відповідальності науки і освіти, зростання частки вкладень в людський



капітал в структурі ВВП, зрушення в структурі витрат на науку, формування постіндустріальної наукової парадигми і перегляд корпусу знань;

- підйом винахідницької активності, збільшення числа значних винаходів, що реалізують нові знання і що відповідають на виклики епохи, підвищення значення інтелектуальної власності і розширення ринку продуктів інтелектуальної діяльності;
- хвилі інноваційної активності на початку і в кінці періоду, пов'язані з освоєнням базисних інновацій шостого, а потім сьомого технологічних устроїв, хвилі меншої амплітуди при переході кожне десятиліття до переважання чергових поколінь техніки (технологій);
- значні вкладення інвестицій в інноваційне оновлення основного капіталу при освоєнні шостого технологічного устрою в перші десятиліття ХХІ в. і при переході до кожного чергового покоління техніки (технологій);
- істотні коливання макроекономічних показників (темтів зростання ВВП, інвестицій, рівня безробіття) в межах як середньострокових, так і довгострокових (Кондратьєвських) циклів; відносно низький рівень цих показників в перші десятиліття, на низхідній хвилі п'ятого Кондратьєвського циклу і в період освоєння перших поколінь шостого технологічного устрою, істотне підвищення ефективності відтворення у фазах дифузії і зрілості шостого технологічного укладу;
- істотні відмінності між країнами і цивілізаціями як в темпах

економічної динаміки, так і в диференціації рівня економічного і технологічного розвитку залежно від того, який сценарій глобального розвитку — інерційно-ринковий або гуманістично-ноосферний — стане переважачим, а також від змін геополітичної ситуації.

Перша половина ХХІ століття буде періодом становлення і розповсюдження цієї парадигми, яка з другої половини століття, мабуть, стане переважачою.

Основні особливості постіндустріальної наукової парадигми:

- пріоритет наук про життя, суспільство;
- глобалізація наукового простору, прискорення розповсюдження нових знань через інформаційні системи і систему безперервної освіти.

У перспективі збережеться циклічний характер наукового пізнання і винахідницької активності, хвилі наукових і науково-технічних відкриттів і значних винаходів в 10 — 20-і і в 50 — 60-і роки ХХІ століття, як передумова і основа становлення шостого, а потім сьомого технологічних устроїв.

Найважливішою проблемою наукової і винахідницької діяльності ХХІ століття буде нерівномірність її розподілу по цивілізаціях і провідних країнах.

Усвідомлюючи важливість розробки і законодавчого забезпечення оптимальної моделі розвитку української держави та українського суспільства, тимчасова спеціальна комісія Верховної Ради України своїм основним завданням визначила створення організаційних, фінансових та правових механізмів, реалізацію та моніторинг прогнозу на-

ПРАВО ТА ІННОВАЦІЇ

уково-технічного та інноваційного розвитку України на тривалу перспективу (20 років), а також формування і використання на цій основі пріоритетних напрямів інноваційної діяльності в Україні.

В Україні розроблена інноваційна модель структурної перебудови економіки країни до 2015 року. У цій роботі приймала активну участь робоча група інституту економіки Мінекономіки України. Слід підкреслити, що вже на першому етапі реалізації цієї інноваційної моделі структурної перебудови економіки України (2005 — 2006 рр.) потребує формування інституціональних та організаційних засідок і передумов для переходу до масштабних структурно-інноваційних трансформацій.

До тепер Україні не розробляється довгострокове інноваційне прогнозування, як, скажемо це робиться в Російській Федерації, де ведеться робота щодо довгострокового інноваційного прогнозування до 2050 р. частки з урахуванням світових тенденцій. На практиці в Україні має місце середньострокове інноваційне прогнозування.

При цьому надзвичайно важливо при розробці стратегії розвитку шляхом модернізації економіки на основі інноваційного характеру дій враховувати і виходити з тих процесів, які вже є зрозумілими на період перших 10 — 20 років XXI ст. Про це йшла мова на науково-практичній конференції "твердження інноваційної моделі розвитку економіки України", яка відбулася у м. Києві у 2003 році.

Розробляючи стратегію модернізації економіки на інноваційній основі в сучасних умовах, важливо враховувати інноваційні контури світової економіки. У національно-

му вимірі визначальним чинником економічного зростання буде НТП в залежності від наукомісткості ВВП, а в світовому масштабі це зростання забезпечується можливостями інтенсифікації науково-технічного обміну, лібералізацією потоків капіталів, розвитком торгівлі надбаннями НТП. У свою чергу наукомісткість національної економіки визначатиметься тенденціями підвищення витрат на науку до 3,0% ВВП, що є оптимальною межею, з одночасним підвищенням ролі підприємницького сектору у фінансуванні до 50-60% витрат на науку. При цьому тільки 20-30% наукових досліджень здійснюватиметься силами державних інституцій, решта — приватними структурами. Саме тому процес приватизації в науці повинен в подальшому відбуватися і у Україні [3].

Вибір і підтримка значних за масштабом та пріоритетністю проєктів залишатиметься за державою. У той же час наукові підрозділи великих корпорацій, дрібні і середні наукомісткі фірми посилюватимуть свої позиції, спираючись на допомогу держави.

Узагальнення тенденцій світового розвитку на перспективу до 2015 р. зводиться до того, що стан національних економік змінюється принципово. Частка національних економік визначається зовнішнім середовищем і не можна допустити того, щоб воно гальмувало розвиток.

Науково-практична конференція "Утвердження інноваційної моделі розвитку економіки України" сформувала основи політики інноваційного спрямування розвитку економіки України на довгострокову перспективу, яка має спиратися в своїй реалізації на національну інноваційну систему, що здатна об-



ґрунтовувати і підтримувати виконання рішень на системному рівні як у сфері розвитку науки і технологій, так і економічного розвитку. У сфері науки і техніки вона має охоплювати:

- розробку довгострокового (на 20 років) прогнозу розвитку науки, виходячи з оцінки її пріоритетних напрямків, що відповідають інноваційним контурам ХХІ ст.;
- механізми фінансування та стимулювання розробки визначених наукових та технологічних пріоритетів інноваційного спрямування;
- перспективи захисту інтелектуальної праці вчених, що базуються на світовому досвіді трансферту наукових надбань в практику.

У частині розвитку технологій національна інноваційна система має забезпечувати:

- розробку сценарного прогнозу розвитку пріоритетних технологій інноваційного спрямування та постійне його оновлення;
- визначення та постійне оновлення критичних технологій для підтримки функціонування та забезпечення розвитку економіки України;
- політику підтримки конкурентоспроможності нових виробництв на внутрішньому та зовнішньому ринках;
- розробку масштабних інноваційних проектів локомотивного характеру.

У частині забезпечення економічного розвитку національна інноваційна система має забезпечити:

- розробку довгострокової стратегії соціально-економічного розвитку на основі стратегії випереджаючого розвитку;

- визначення базових інфраструктурних та інноваційних рішень, що формуватимуть основу довгострокової стратегії розвитку;
- формування і підтримку функціонування нових організаційних структур, основним завданням яких є діяльність інноваційного характеру [3].

Як підкреслювалось на науково-практичній конференції у Києві в 2003 р. "Утвердження інноваційної моделі розвитку економіки України [4], сьогодні в Україні, в науково-технологічній сфері, як ніколи, потрібно здійснювати політику середньострокового бюджетного планування. Це дозволить більш ефективно і, головне, оперативно здійснювати фінансування інноваційних проектів.

У січні 2003 р. Верховною Радою України був прийнятий Закон України "Про пріоритетні напрями інноваційної діяльності", спрямований на створення передумов інноваційного розвитку, розробки правової бази для концентрації ресурсів держави на провідних напрямках науково-технологічного оновлення виробництва, забезпечення внутрішнього ринку конкурентною наукоємною продукцією та виходу з нею на світовий ринок.

Законом визначені стратегія і тактика інноваційного розвитку в країні, а також стратегічні пріоритетні напрями інноваційної діяльності в Україні на 2003-2013 рр.

Середньострокові пріоритетні напрями інноваційної діяльності загальнодержавного рівня, які були сформовані в рамках стратегічних напрямів, передбачається реалізовувати на конкурсних засідках через систему цільових державних науково-технічних програм та державного замовлення.

ПРАВО ТА ІННОВАЦІЇ

Використання програмно-цільового методу дозволить здійснювати аналіз можливих витрат і очікуваних результатів реалізації визначених пріоритетів інноваційного розвитку, що забезпечить більш виражений підхід до фінансування проєктів.

Програми стають єдиним можливим інструментом цільової організації складних і масштабних комплексів робіт, найбільш тривким структурним утворенням, засобом інтеграції всіх видів діяльності, зорієнтованої на кінцевий результат.

Деяка надія на поліпшення справ з формуванням і фінансуванням великомасштабних програм в Україні з'явилася з прийняттям у 2004 р. Закону України "Про Загальнодержавну комплексну програму розвитку високих технологій", згідно з яким обсяг фінансування першого етапу виконання програми (2005 — 2008 рр.) з різних джерел повинен становити понад 8,7 млрд. грн., у тому числі на НДДКР — майже 2,4 млрд. грн.

Ми підтримуємо пропозицію вчених, що слід найближчим часом

розпочати розробку Кодексу України про науку, науково-технологічну та інноваційну діяльність, як загальної системи побудови відносин між суб'єктами наукового пошуку, процесу інтеграції науки з виробництвом, використавши, зокрема, досвід Республіки Молдова, де у 2004 р. аналогічний кодекс прийнято парламентом.

Кодекс стане солідним підґрунтям для розробки конкретних законів прямої дії та підзаконних актів.

Необхідно також гармонізувати правові норми у сфері науки, науково-технологічної та інноваційної діяльності з відповідними нормами міжнародного права, зокрема, з тими, що діють в Євроспільноті.

Таким чином, в Україні зроблено лише перші кроки по інноваційному прогнозуванню розвитку економіки України. Для подальшого розвитку в цьому напрямку необхідно об'єднати зусилля вчених, представників законодавчої та виконавчої влади. ♦

Література:

1. Яковець Ю.В., Кузик Б.Н., Кушлін В.І. Прогноз інноваційного розвитку Росії на період до 2050 року з урахуванням світових тенденцій. "Інноваційна економіка" № 1, 2005.
2. Нежиборець В.І., Ревуцький С.Ф. Закономірності та особливості науково-технологічного та інноваційного розвитку в світовому просторі. "Теорія і практика інтелектуальної власності" № 3, 2005.
3. Геєць В.М. Інноваційний шлях розвитку та економічне зростання. Матеріали науково-практичної конференції "Утвердження інноваційної моделі розвитку економіки України". Київ, НУТУ "КПІ", 2003.
4. Гуржій А.М. Програмно-цільові методи реалізації пріоритетів інноваційного розвитку економіки України. Матеріали науково-практичної конференції "Утвердження інноваційної моделі розвитку економіки України". Київ, НУТУ "КПІ", 2003.



ВИЯВЛЕННЯ ТА АНАЛІЗ ОСОБЛИВОСТЕЙ СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ ОБ'ЄКТІВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Наталія Іващенко,
*студент факультету комп'ютерних та
інформаційних технологій Харківського політехнічного
інституту*

Судові спори щодо порушення прав інтелектуальної власності належать до окремої категорії справ і є складними за предметом провадження.

Як свідчить судова практика, для вирішення більшості спорів щодо порушення прав інтелектуальної власності суди зацікавлені залучати фахівця-експерта, який володіє спеціальними знаннями, з метою отримання додаткових доказів.

А отже, застосування спеціальних знань — експертне дослідження з питань інтелектуальної власності — є, як правило, невід'ємною складовою об'єктивного вирішення спору про порушення прав інтелектуальної власності.

У зв'язку з цим доцільним буде розглянути певні характерні особливості, важливі для розуміння саме цього виду експертизи як одного із засобів доведення, що оцінюється судом при прийнятті рішення.

Розглянемо деякі особливості експертизи об'єктів інтелектуальної власності у порівнянні з, наприклад, криміналістичною експертизою.

По-перше, можна вказати на те, що судові експерти традиційних спеціальностей (наприклад, у криміналістичній експертизі) працюють,

як правило, з речовими доказами і суть їхніх висновків не виходить за межі ідентифікації матеріальних об'єктів. Для криміналістичної експертизи характерно здійснення експерименту, виявлення ознак саме матеріального об'єкта.

Водночас для експертів з питань інтелектуальної власності предметом дослідження здебільшого є суспільні відносини, що регулюються відповідними нормами права, (наприклад, щодо створення, набуття правової охорони і використання відповідних об'єктів інтелектуальної власності), які склалися у результаті тих чи інших дій суб'єктів права.

Як правило, при експертизі об'єктів інтелектуальної власності застосовуються огляд, виявлення необхідних властивостей, характеристик об'єктів, що порівнюються (досить часто — це охоронні документи, що засвідчують права інтелектуальної власності). При даному виді експертиз рідко коли буде здійснюватися експеримент або виявлятися ознаки саме матеріального об'єкта.

По-друге, специфіка таких дій пов'язана із об'єктами судової експертизи. Ніби-то перелік об'єктів судової експертизи однаковий, як для криміналістичної експертизи,

СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА

так і для експертизи об'єктів інтелектуальної власності:

- речові докази;
- документи, живі особи;
- зразки;
- відомості щодо об'єктів, відображених в матеріалах справи;
- об'єкти, що не мають визначеного процесуального статусу.

Але відносно експертизи об'єктів інтелектуальної власності вони мають свої особливості, притаманні власне творчій нематеріальній природі об'єктів інтелектуальної власності.

Так, речовими доказами у цій сфері виступають матеріальні носії інформації, в яких відображено нематеріальні об'єкти (наприклад, примірники творів) та ті, які мають відношення до події, що пізнається у судовому порядку.

Документи — об'єкти, що фіксують юридично-релевантні відомості про об'єкти судової експертизи об'єктів інтелектуальної власності. При проведенні експертизи у цій галузі обов'язково досліджуються правовстановлюючі документи, наприклад, патенти та свідоцтва, які закріплюють права власника на конкретний об'єкт інтелектуальної власності.

Зразками у судовій експертизі об'єктів інтелектуальної власності є також матеріальні носії інформації, в яких відображено нематеріальні об'єкти та ті, які використовуються для порівняльних досліджень.

Об'єкти, що не мають визначеного процесуального статусу: для криміналістичних експертиз — це об'єкти, які не можуть бути віднесені до речових доказів або з морально-етичних міркувань, або такі як будівлі, споруди, на які не можна розповсюджувати режим речових

доказів; для експертиз об'єктів інтелектуальної власності — це власне нематеріальні об'єкти, оскільки їх природа не дозволяє залучити їх до матеріалів справи ні як речові докази ні як документи.

По-третє, найактуальнішою проблемою судової експертизи об'єктів інтелектуальної власності є проблема методичного забезпечення у вигляді розробки єдиних методичних підходів судового та експертного пізнання об'єктів інтелектуальної власності, створення експертних методик, їх атестування та апробація.

Традиційні судові експертизи, зокрема, криміналістична експертиза, на сьогодні мають глибоке теоретичне та практичне підґрунтя, за останні сторіччя напрацьовано великий досвід проведення експертиз, єдині методичні підходи до її проведення, атестовані та апробовані методики. Проте судова експертиза об'єктів інтелектуальної власності як вид існує не так давно.

Історія зазначеного виду експертизи в Україні нараховує сьогодні менше десяти років проведення (з 1998 р.), а набувати розповсюдження порівняно з іншими видами судових експертиз почала приблизно з 2001-2002 років.

Водночас можна констатувати, що у нашій державі вже накопичився певний досвід проведення судових експертиз з питань інтелектуальної власності як окремого виду. Певні здобутки у цьому напрямі діяльності отримали фахівці науково-дослідних установ судової експертизи Мін'юсту України, інших установ, а також Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності АПрН України.

Проте при здійсненні судових досліджень об'єктів інтелектуальної



власності скористатися методичними розробками, зокрема, методиками проведення експертиз конкретних об'єктів неможливо, оскільки розробки відсутні взагалі. Але відомо, що планова робота з підготовки методичних матеріалів для проведення судових експертиз у сфері інтелектуальної власності вже розпочалася в установах Мін'юсту України.

У галузі судової експертизи об'єктів інтелектуальної власності водночас з розробкою теоретичних основ цього виду експертиз проводяться НДР, спрямовані на створення судово-експертних методик дослідження відповідних об'єктів. Однак слід констатувати, що вже створено методику дослідження ознак контрафактності лазерних компакт-дисків, аудіо — і відеокасет. Найближчим часом планується створити методики дослідження торговельних марок, промислових зразків, винаходів тощо.

По-четверте, звернемо увагу на таке ключове поняття судово-експертного дослідження у будь-якій сфері як *"спеціальні знання"*.

Визначення поняття *"спеціальні знання"* має велике значення при проведенні судової експертизи об'єктів інтелектуальної власності. Правильне розуміння змісту даного поняття є необхідною передумовою ефективного використання положень інститутів судової експертизи.

В юридичній літературі під цим терміном розуміють систему теоретичних знань та практичних навичок у галузі конкретної науки або техніки, мистецтва або ремесла, набутих шляхом спеціальної підготовки або професійного досвіду та необхідних для вирішення питань, що виникають у процесі кримінального

або цивільного судочинства (за виключенням загальновідомих та юридичних знань).

Визначення *"спеціальних знань"* у такому його вигляді можна застосовувати при здійсненні, наприклад, криміналістичних судових експертиз.

Стосовно ж змісту цього поняття для застосування його при здійсненні судочинства у справах, що стосуються об'єктів інтелектуальної власності, його спробував визначити у своїй статті О.Ф.Дорошенко [1]. Він зазначає, що спираючись на досить серйозну практику проведення судово-експертних досліджень фахівцями НДІ інтелектуальної власності АПрНУ, можна дати наступне визначення:

"Спеціальними знаннями у сфері інтелектуальної власності є професійні знання, отримані в результаті фахового навчання у сфері інтелектуальної власності, а також навички та досвід, набуті обізнаною особою у процесі практичної діяльності у цій галузі знань".

Водночас М.Г. Щербаковский зазначає, що *"знання у галузі права не є "спеціальними знаннями", оскільки ними зобов'язана володіти особа, що веде розслідування"* [2].

Практика свідчить, що незнання суддями та слідчими тонкощів сучасного законодавства часто призводить до *"розвалу"* справи, причому не в силу того, що вони не скористалися тією чи іншою довідковою літературою або нормативним актом. Причина у тому, що для відповіді на питання, які виникають, недостатньо знайти потрібний нормативний акт і вивчити його, у багатьох випадках необхідно провести дослідження на основі спеціальних знань [3]. Метою цього до-

СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА

слідження є встановлення фактичних даних щодо властивостей об'єктів, що досліджуються, і самих лише правових знань, навіть у спеціалізованій галузі права, для цього недостатньо.

Зрозуміло, що на сьогодні суддя або слідчий не в змозі досконало знати особливості усіх об'єктів інтелектуальної власності, володіти спеціальними знаннями з питань права інтелектуальної власності, в зв'язку з тим, що правовідносини у сфері охорони авторського права та суміжних прав, а також прав на об'єкти промислової власності регулюються, окрім Цивільного та Господарського кодексів України, більш ніж двадцятьма спеціальними законами, які містять норми матеріального права та спеціальні елементи у тій чи іншій формі, більш ніж сотнею інших нормативно-правових актів, у тому числі міжнародними конвенціями та угодами, до яких приєдналася Україна.

Тому останнім часом у фаховій літературі піднімається питання про наявність об'єктивних причин для застосування юридичних знань при проведенні судової експертизи.

Слід також зауважити, що дослідження об'єктів інтелектуальної власності потребують використання інтеграційних знань. Тобто, експерт повинен володіти не лише суто юридичними знаннями, з усіма їх нюансами, а ще й знаннями у сфері технічних та/або прикладних наук.

У Постанові Пленуму Верховного Суду України "Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах" [4] зазначено: "Вказати судам на неприпустимість [...] порушення перед експертом правових питань, вирішення яких віднесено законом до компетенції суду".

Однак при розгляді спорів з порушення прав на об'єкти інтелектуальної власності не рідко виникає ситуація, коли поставлене на вирішення судової експертизи питання буде нести правове навантаження.

Це пов'язано з особливостями правової природи об'єктів інтелектуальної власності. І інша постановка цих питань на експертизу не дасть необхідного результату, оскільки об'єкт спору щодо порушення прав інтелектуальної власності не буде досліджений у повному обсязі — відповідно, експертиза не виконає поставленого перед нею завдання.

У цьому контексті також треба зазначити, що основою методичної бази судово-експертних досліджень об'єктів інтелектуальної власності є законодавчі акти, що регулюють відносини у сфері інтелектуальної власності, а також міжнародна практика з цих питань.

Викладене дає підстави говорити про наявність об'єктивних причин щодо можливості постановки перед експертними органами питань, що несуть у собі юридичне навантаження, зокрема, у сфері інтелектуальної власності. Це жодним чином не може стосуватися вирішення правових питань, які віднесені суто до компетенції суду — визначення неосудності, недієздатності, неправоздатності, вини тощо.

По-н'яте, можна відзначити, що особливістю експертного дослідження об'єктів інтелектуальної власності є наявність у нього рис, притаманних науковому дослідженню.

Логічність викладення матеріалу, взаємозв'язок між викладеним матеріалом під час дослідження та висновками, що зроблені за його наслідками; критичність; можливість перевірки отриманих висновків та



низка інших факторів дозволяють віднести його до дослідження наукового.

Водночас слід розуміти, що експертне дослідження має базуватися не лише на наукових, але й на процесуальних принципах, оскільки воно здійснюється у ході проведення чітко визначеної законодавством процесуальної дії — судової експертизи, що здійснюється за відповідною ухвалою, на підставі матеріалів, наданих у встановленому процесуальному порядку, конкретно процесуальною особою — експертом, у встановленому порядку із дотриманням визначених законодавством принципів [5].

Також потрібно звернути увагу на те, що однією з проблем судової експертизи об'єктів інтелектуальної власності є порушення встановлених чинним законодавством процесуальних строків.

Як свідчить практика, значна частина судових експертиз об'єктів інтелектуальної власності здійснюється більше двох-трьох місяців, тобто виходить за рекомендовані законодавством строки. Причому такі порушення допускаються більшістю суб'єктів судово-експертної діяльності у цій сфері.

Але такий стан викликаний об'єктивними причинами. Кількість судових спорів щодо порушення прав інтелектуальної власності є достатньо великою, а фахівців-екс-

пертів у цій сфері не так вже й багато. Слід зауважити, що фахівців, які мають право здійснювати дослідження об'єктів інтелектуальної власності (за спеціальностями 13.1-13.10) доволі значна кількість, але постійно практикує лише третина з них.

Тому експерт просто фізично не може укластися у зазначений законодавством термін. Але це, звичайно, не повинно служити постійним виправданням для затягування термінів проведення експертизи.

Це свідчить про те, що необхідно збільшувати кількість фахівців у сфері інтелектуальної власності, що зможуть відповідно до компетенції та компетентності здійснювати судово-експертні дослідження, оскільки у країні суттєво бракує кваліфікованих у даній сфері кадрів [6].

Вище викладене свідчить про те, що ця сфера на сьогодні є надзвичайно актуальною та має свої особливості. Є ще ціла низка проблем, пов'язаних з проведенням експертизи об'єктів інтелектуальної власності.

Тож, одним з важливих завдань у сфері охорони та захисту прав інтелектуальної власності нині є вирішення організаційних, методичних та правових питань, пов'язаних із призначенням і проведенням судових експертиз. ♦

Література:

1. Дорошенко О.Ф. Межі компетенції експерта при проведенні судової експертизи об'єктів інтелектуальної власності // *Теорія і практика інтелектуальної власності*. — 2006. — №2. — С. 10-13.
2. Щербаковский М.Г. Судебные экспертизы: назначение, производство,



СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА

- использование: Учебно-практическое пособие. — Харьков: Эспада, 2005. — С. 14 (544 с.).
3. Россинская Е.Р. Судебная экспертиза в уголовном, гражданском, арбитражном процессе. — М., 2005. — С. 17 (656 с.).
 4. Постанова Пленуму Верховного Суду України "Про судову експертизу в кримінальних і цивільних справах" № 8 від 30.05.97, зі змінами від 25.05.1998 р.
 5. Правове регулювання відносин у сфері інтелектуальної власності: галузеві аспекти: Монографія //За загальною редакцією Орлюк О.П. — К.: НДІ інтелектуальної власності АПрН України, 2006. — С. 383 (416 с.).
 6. Орлюк О.П., Дорошенко О.Ф. Проблемні питання проведення судової експертизи об'єктів інтелектуальної власності // Юридичний Радник. — 2006. — №3. — С. 88—89.

ЦІКАВО ЗНАТИ**ІСТОРІЯ ЗУБНОЇ ЩІТКИ**

Чистота зубів турбувала людей ще далеко до нашої ери, тому вони використовували різні способи, аби посмішка сяяла білизною. Наприклад, мешканці Вавилону користувались жувальними пласнками. Римляни для чищення зубів тримали спеціальних рабів, адже цей гігієнічний процес був часткою їх релігійного обряду. Стосовно винаходу щітки з щетиною, то це є заслугою китайців, які у 1488 році почали використовувати щетину сибірського вепра, прикріплюючи щетину до бамбукової ручки і таким чином користувались цим пристосуванням, як зубною щіткою. На Русі Петро І наказав боярам чистити зуби товченою крейдою і вологою ганчіркою, простий народ використовував вугілля з березового дерева.

До Європи зубна щітка потрапила у 17 столітті. З часом натуральну щетину на щітках замінили на нейлон, який був винайдений у 1937 р. в лабораторіях фірми "Дюпон де немур".

Але людина — це істота, яка ніколи не зупиняється на досягнутому. Можна тільки уявити, що за статистичними даними між 1963 і 1998 рр. було запатентовано більше 3000 моделей зубних щіток!

За матеріалами :<http://www.military-dent.com/ua/>

ДОГОВІР ПРО СТВОРЕННЯ ЗА ЗАМОВЛЕННЯМ І ВИКОРИСТАННЯ ОБ'ЄКТА ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Ірина Рудченко,

молодший науковий співробітник НДІ приватного права і підприємництва АПРН України

Створення об'єкта права інтелектуальної власності за замовленням здійснюється на договірній основі. У частині першій ст. 1112 Цивільного кодексу України (надалі — ЦК України) визначені зміст, предмет, суттєві умови та сторони договору про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності. Особливість цього договору полягає передусім у його предметі, який має складну природу. З одного боку, предметом договору є об'єкт права інтелектуальної власності, створення якого передбачається у майбутньому. З іншого, предмет договору становить також майнове право інтелектуальної власності — право на використання об'єкта права інтелектуальної власності, якого на момент укладання договору ще не існує в об'єктивній формі. Нормами права, що містяться у вказаній статті ЦК України, законодавець визначає загальне поняття — "об'єкт права інтелектуальної власності". Проте коло об'єктів права інтелектуальної власності, які можуть бути предметом договору замовлення, обмежене об'єктами авторського права і суміжних прав. Підтвердженням цього може бути визначення сторін договору, яке міститься у частині першій ст. 1112 ЦК України. Виключено можливість укладання договору замовлення по об'єктам промислової влас-

ності. Такий висновок ґрунтується на наступних підставах.

По-перше, результати творчої, інтелектуальної праці визнаються об'єктами промислової власності (винаходом, корисною моделлю, промисловим зразком та інші) при дотриманні відповідних умов, передбачених законом, а саме: реєстраційний порядок надання правової охорони результатам творчої, інтелектуальної діяльності як об'єкту промислової власності (в переважній більшості); дотримання вимог охороноздатності, або патентоздатності, які встановлені в спеціальному законодавстві; державна експертиза заявки та винесення рішення державним органом про видачу охоронного документу.

По-друге, виконання договору замовлення на створення об'єкта права інтелектуальної власності за законом повинно бути підтверджено актом здачі-приймання виконаних робіт, який підписується сторонами: творцем та замовником. Якщо мова йдеться про об'єкт промислової власності, то такий акт не може бути підписаний замовником, оскільки він не є експертом в галузі права інтелектуальної власності і не може визнати результат творчої, інтелектуальної діяльності тим або іншим об'єктом промислової власності.

По-третє, результат творчої, інтелектуальної діяльності може бути

ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

невизнаним в процесі експертизи охороноздатним.

По-четверте, між фактом отримання результату творчої, інтелектуальної діяльності і визнанням його об'єктом права інтелектуальної власності (промислової власності) проходить значний час — до двох років. Крім того, отримання результату творчої, інтелектуальної діяльності, який може містити в собі патентоздатні технічні або технологічні рішення, на замовлення іншої особи регулюється не договором замовлення, а договором виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт.

Однією із сторін договору є творець, зокрема, письменник, художник, композитор. Виходячи із змісту ст. 1112 ЦК України інтерес замовника полягає не тільки в тому, щоб творець створив літературний, художній або інший вид твору, а й у тому, щоб останній надав, саме замовникові право на використання такого твору. Інтерес творця полягає в обов'язковому використанні замовником твору. Предмет договору належить до його суттєвих умов. Тому у договорі повинні бути чітко визначені характер і ознаки твору відповідно до вимог замовника: жанр, вид, обсяг, назва, призначення твору [1]. Крім того, в договорі можуть бути зазначені особливі умови, що стосуються предмета договору, а саме — положення щодо можливої, в разі потреби, доробки твору в межах, обумовлених договором, за умови додержання вимог законодавства про дотримання особистих немайнових прав творця. Предмет договору, як зазначалося, становить також майнове право на використання об'єкта права інтелектуальної

власності, яке повинно бути чітко визначено в договорі: обсяг, спосіб та умови використання такого об'єкта.

Відповідно до частини першої ст. 1112 ЦК України однією із сторін договору про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності є фізична особа, творчою працею якої створюється твір — майбутній автор (співавтори). За вказаним договором цією стороною може бути тільки первинний суб'єкт [2] авторського права і суміжних прав, майбутній носій майнових і немайнових прав інтелектуальної власності на твір із моменту його створення. Саме йому належать особисті немайнові права інтелектуальної власності на твір (за винятком окремих випадків, передбачених законодавством). Правонаступники первинного суб'єкта авторського права, суміжних прав не можуть бути стороною згаданого договору, що зумовлено самим предметом договору.

Другою стороною договору є замовник. Як правило, це юридична особа або фізична особа — суб'єкт підприємницької діяльності, які мають можливість використовувати створений твір тим способом, що обумовлений у договорі.

Юридичний зміст договору складають права і обов'язки сторін, які мають взаємний характер або належать сторонам спільно. Відповідно до змісту правової норми вказаної статті ЦК України зміст договору про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності становить право замовника визначити предмет договору: яким вимогам повинен відповідати об'єкт права інтелектуальної власності; право встановити



ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

строк, протягом якого суб'єкт авторського права і суміжних прав повинен створити твір. Указаним правам замовника кореспондують обов'язки творця: створити об'єкт права інтелектуальної власності відповідно до вимог замовника з дотриманням встановлених у договорі строків [3]. Оскільки предметом договору є не лише об'єкт права інтелектуальної власності, а і майнові права щодо його використання, творцю за договором належить право визначити спосіб та умови використання твору. Для підтвердження справедливості останнього твердження можна навести такі аргументи. Відповідно до загальних положень авторського права автор твору має право розпоряджатися майновими правами інтелектуальної власності на нематеріальний об'єкт, у тому числі виключне право дозволяти використовувати твір.

Укладаючи договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності, автор реалізує свої майнові права інтелектуальної власності на відповідний об'єкт права інтелектуальної власності. У цьому випадку договірний інструмент використовується для реалізації права розпоряджатися об'єктом права інтелектуальної власності шляхом надання іншій особі (замовнику) право на його використання.

Водночас, якщо інше не передбачено договором, відповідно до вимог ст. 430 ЦК України майнові права інтелектуальної власності на створений на замовлення твір належать творцю і замовнику спільно. Відповідно ж до ст. 1112 ЦК України за договором про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності пе-

редається право на використання цього об'єкта. Водночас це не виключає, що певний обсяг цього права може залишитися у творця. Наприклад, за договором передається право на використання п'єси як друкованого твору. В цьому випадку, виходячи із положень ст. 430 ЦК України, використання твору таким способом і пов'язані з цим інші майнові права належать замовнику і творцю спільно, якщо інше не обумовлено договором. Але п'єса може бути використана і як драматичний твір для подальшого використання для постановки у театрі. Якщо договором не був зумовлений указаний спосіб використання п'єси, право на використання п'єси для постановки в театрі належить тільки її автору. Це право він може реалізувати, уклавши в майбутньому договір на постановку п'єси і оприлюднення її таким способом.

Таким чином, саме умовами договору має бути визначена належність сторонам майнових прав інтелектуальної власності на твір з огляду на спосіб та умови його використання, які є обов'язковими умовами договору. Цей висновок підтверджується і положеннями Закону України "Про авторське право і суміжні права". Зокрема, відповідно до частини восьмої ст. 33 вказаного закону всі майнові права на використання твору, які передаються за авторським договором, мають бути у ньому визначені. Майнові права, не зазначені в авторському договорі як передані суб'єктом авторського права, вважаються такими, що не передані, і зберігаються за ним.

До обов'язків автора входить особисте виконання роботи зі створення твору. Залучення співавторів (або зміна їхнього складу) можливо

ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

тільки за погодженням із замовником. Юридично це повинно бути оформлено у вигляді змін до договору, що підписуються сторонами і є невід'ємною частиною договору.

До основних обов'язків замовника належать дотримання особистих немайнових прав автора твору, насамперед, права автора на недоторканність твору [4]. Оскільки норма ст. 1112 ЦК України регулює відносини з приводу договору не просто про створення за замовленням, але і використання об'єкта права інтелектуальної власності, реальне обов'язкове використання замовленого твору належить до безпосередніх обов'язків замовника за договором. Вказана стаття ЦК України не передбачає такої умови договору, як його оплатність. Проте, відповідно до частини шостої ст. 33 Закону України "Про авторське право і суміжні права", в договорі може передбачатися виплата замовником автору авансу як частини авторської винагороди. Таким чином, замовник зобов'язаний виплатити автору винагороду за використання створеного ним результату інтелектуальної, творчої діяльності. Авторська винагорода може бути визначена у вигляді відсотків від доходу, отриманого від використання твору. В цьому випадку винагорода, як правило, виплачується за кожен спосіб використання, що передбачений у договорі. Винагорода може бути встановлена у вигляді фіксованої суми або яким-небудь іншим способом. Такий варіант припускає зв'язок винагороди, з обсягом використання об'єкта права інтелектуальної власності. У разі встановлення фіксованої суми виплат за видавничим договором має бути визначений максимальний тираж твору. В будь-якому випадку

мінімальний розмір авторської винагороди не може бути меншим за розмір, встановлений постановою Кабінету Міністрів України "Про затвердження мінімальних ставок винагороди (роялті) за використання об'єктів авторського права і суміжних прав" від 18.01.2003 р. № 72. До прав замовника як користувача правами на об'єкт права інтелектуальної власності належить право на відхилення твору, якщо він не відповідає вимогам замовника, що визначені умовами договору. До обов'язкових умов договору відносять також строк створення твору (надання його у готовому вигляді замовнику), строк для доробки твору (як правило, така доробка передбачається договором), строк початку використання твору (наприклад, видання, публічний показ), строк виплати авторської винагороди за використання твору, термін дії договору (термін, на який надається право на використання об'єкта права інтелектуальної власності) у тому випадку, якщо майнові права інтелектуальної власності надаються не на умовах відчуження. Обов'язками обох сторін є дотримання строків, встановлених у договорі. ЦК України і Закон України "Про авторське право і суміжні права" передбачає обов'язкову письмову форму договору про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності. Оскільки обов'язковою умовою договору про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності є умови і способи використання твору користувачем, автор не має права без згоди замовника надати третій стороні майнове право на використання "замовленого" твору на тих самих умовах для викорис-



тання тим самим способом до моменту виконання договору, навіть якщо за договором надаються невиключні права по використанню твору. В іншому випадку виникає порушення умов договору, що тягне за собою настання негативних юридичних наслідків для творця об'єкта права інтелектуальної власності.

Новелою законодавства є визначення договору про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності як самостійного цивільно-правового договору по розпорядженню майновими правами інтелектуальної власності, що має комплексний характер. Такий договір слід відрізнити від інших подібних договорів. Від договору підряду вказаний договір відрізняється тим, що майнові права інтелектуальної власності на створений твір належать автору і замовнику спільно (ст. 430 ЦК України), якщо інше не встановлено умовами договору. Договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності слід відрізнити і від ліцензійних договорів. Ліцензійний договір укладається щодо об'єкта права інтелектуальної власності, який уже створений, а за договором, передбаченим ст. 1112 ЦК України, об'єкт права інтелектуальної власності та право на його використання на момент укладання договору не існує. Крім того, ліцензійні договори можуть укладатися щодо будь-яких об'єктів права інтелектуальної власності, а договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності може стосуватися лише об'єктів авторського права і суміжних прав.

Незважаючи на те, що договір про створення за замовленням і ви-

користання об'єкта права інтелектуальної власності є самостійною договірною моделлю по розпорядженню майновими правами інтелектуальної власності, безпосередньо в такому договорі можлива наявність умов, що є характерними для договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, передбаченого ст. 1113 ЦК України, або для ліцензійних договорів, передбачених ст. 1109 ЦК України. Такі умови, як правило, стосуються подальшої долі об'єкта права інтелектуальної власності, майнові права на який належать сторонам договору. Частина друга ст. 1112 ЦК України містить імперативну норму, яка покладає на творця обов'язок визначити одну із суттєвих умов договору, а саме, способи та умови використання об'єкта права інтелектуальної власності замовником. Визначення способу використання об'єкта права інтелектуальної власності залежить від його особливостей і мети, яку переслідує творець і замовник. Такими способами можуть бути, наприклад, видання, публічне виконання, публічний показ, передача в ефір тощо. У договорі про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності може бути передбачено використання твору не тільки в оригінальній версії, а й шляхом його перекладу або переробки, наприклад, аранжування чи адаптації твору.

При визначенні в договорі способів і умов використання твору замовником творець, як первинний суб'єкт права інтелектуальної власності повинен встановити обсяг переданих прав. Якщо творець передає всі майнові права інтелектуальної власності на цей твір, тоді право-

ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

власником на об'єкт права інтелектуальної власності (із перспективою надалі цілком самостійно розпоряджатися майновими правами на створений об'єкт права інтелектуальної власності) стає замовник. Якщо право на використання твору обмежується одним разом (наприклад, видання твору визначеним тиражем без права перевидання і збільшення тиражу), тоді правовласником твору залишається його творець. За відсутності в договорі умов на яких передається майнове право на використання створеного об'єкта права інтелектуальної власності, весь обсяг майнових прав інтелектуальної власності належатиме сторонам спільно. По суті сторони стають єдиним суб'єктом права інтелектуальної власності і повинні здійснювати майнові права інтелектуальної власності щодо такого об'єкта разом, тобто вчиняти спільні дії щодо користування і розпорядження цими правами. Причому спільне право інтелектуальної власності в цілому має абсолютний характер, що дає його суб'єкту можливість захисту належного йому права інтелектуальної власності від зазіхань будь-яких третіх осіб.

Таким чином, у договорі про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності недостатньо зазначити деякі способи та умови використання твору, з огляду на норму ст. 430 ЦК України необхідно визначити долю всього обсягу майнових прав інтелектуальної власності на створюваний об'єкт. У випадку невиключності переданих замовнику прав автор має самостійно здійснювати захист від несанкціонованого використання твору.

Унаслідок того, що при укладанні договору про створення за за-

мовленням конкретного твору замовник зобов'язаний використовувати об'єкт права інтелектуальної власності визначеним для нього способом, він вносить у творчий процес деякий елемент керівництва, зумовлений його уявленням про майбутній твір, враховуючи і прагнення до комерційного успіху своєрідного спільного проекту [5]. Тому питання щодо можливості дотримання балансу інтересів сторін — між особистим немайновим правом інтелектуальної власності автора на недоторканність твору і уявленнями замовника щодо кінцевого результату проекту є суттєвим. Частина перша ст. 420 ЦК України припускає можливість наділення замовника за договором окремими особистими немайновими правами інтелектуальної власності на об'єкт замовлення. Водночас у частині другій ст. 14 Закону України "Про авторське право і суміжні права" зазначено, що особисті немайнові права автора не можуть бути передані іншим особам, тобто замовник не може без узгодження з автором вносити зміни у твір і супроводжувати його без згоди автора коментарями, ілюстраціями тощо. Виходячи із суті даного виду договору, що припускає передачу майнового права інтелектуальної власності на використання твору конкретним обговореним у ньому способом і на конкретних, обговорених у ньому, умовах, до яких належить термін використання твору, можна навести приклади договорів про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності:

- постановочний договір, коли основним способом використання твору є його публічне виконання;



- сценарний договір, який регламентує використання тексту твору при зйомках кіно, у теле- і радіопередачах тощо;
- договір художнього замовлення; видавничий договір. Наприклад, видавничий договір припускає створення літературного твору визначеного жанру і надання його видавництву для опублікування, випуску у світ.

Специфіка кожного конкретного твору обумовлює способи використання об'єкта права інтелектуальної власності в кожному конкретному виді договору.

Законодавець у частині третій ст. 1112 ЦК України передбачив виключення із загального правового режиму стосовно об'єктів права інтелектуальної власності, створених за замовленням. Таке виключення стосується творів образотворчого мистецтва, право інтелектуальної власності на які, якщо інше не передбачено договором, належить авторові і не може бути спільним правом інтелектуальної власності.

До творів образотворчого мистецтва належать скульптури, фотографії, різні види живопису тощо. Відповідно до частини третьої ст. 1112 ЦК України замовник визначає завдання автору створити твір для власного споживання, а не для його використання в авторсько-правовому сенсі. З огляду на це законодавець не передбачає передання майнових прав інтелектуальної власності на творчий результат замовнику. За такої правової конструкції замовник виступає як споживач результату інтелектуальної, творчої діяльності — тобто, твору, створеного за договором і зафіксованого на матеріальному носії. Таке положення характерне для художніх творів,

оскільки вони призначені для індивідуального естетичного використання, а у випадку суспільного визнання, за твором високої художньої цінності сам матеріальний носій здобуває високу грошову вартість. Однак така висока споживча вартість матеріального носія твору ніяк не залежить від майнових прав інтелектуальної власності творця на цей твір. Відокремлення цієї правової моделі договору щодо творів образотворчого мистецтва від договору підряду можливо завдяки застереженню, відповідно до якого сторони мають право самостійно вирішити питання про розподіл між ними майнових прав інтелектуальної власності на об'єкт образотворчого мистецтва. Належність майнових прав інтелектуальної власності автору такого твору відповідно до частини третьої ст. 1112 ЦК України, з одного боку, дає змогу не обмежувати суб'єктний склад договору про створення за замовленням твору образотворчого мистецтва тільки юридичними або фізичними особами — суб'єктами підприємницької діяльності, а з іншого — не наділяє замовника зобов'язанням випускати твір у світ. Завдяки цьому автор зберігає за собою всі майнові права інтелектуальної власності, у тому числі право на відтворення об'єкта права інтелектуальної власності будь-яким способом чи в будь-якій формі. Твори образотворчого мистецтва створюються за замовленням для використання, наприклад, з метою їх публічної демонстрації. Замовниками в таких договорах можуть бути як юридичні так і фізичні особи. Особливістю створення твору образотворчого мистецтва є створення нематеріального результату інтелектуальної, творчої діяльності,

ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

пов'язаного з цілком визначеним матеріальним носієм, що переходить у власність замовника. Право власності на матеріальний носій надає його власнику можливість розпоряджатися ним на свій розсуд, як будь-яким об'єктом речового права (крім права знищити його та вносити зміни до нього). За загальним договірним принципом, "за розсудом сторін", замовник і творець можуть включити в договір умови, згідно з якими майнові права інтелектуальної власності на художній твір, створений за замовленням, будуть розподілені між ними. Виняток становить право автора на одержання винагороди як грошової суми у вигляді відсотка від суми кожного наступного продажу оригіналу твору, так зване право слідування, що є невідчужуваним. Така норма забезпечує справедливості по відношенню до авторів і їхніх спадкоємців, чиї твори, що є своєрідним продовженням особистості автора, зросли у ціні.

Згідно ЦК України сторони зобов'язальних відносин можуть відступати від положень актів цивільного законодавства і регулювати свої взаємини на власний розсуд (частина третя ст. 6 ЦК України). Однак це положення не поширюється на спеціальне застереження про неприпустимість обмеження права творця на створення інших об'єктів права інтелектуальної власності. Таке застереження стосується не стільки обмеження на створення творів, для яких може бути встановлена заборона щодо жанру, галузі, теми, скільки можливості їх наступного використання. "Інші об'єкти", на відміну від об'єкта "замовлення", мають дві особливості: по-перше, передбачається, що мова йдеться про

сюжетні продовження або інші варіанти розвитку замовленої теми, а по-друге, замовник відмовляє автору у видачі своєрідної "ліцензії" на використання як основи іншого твору сюжетної або тематичної ідеї, що є основою твору замовлення.

Імперативна норма, закріплена у ст. 1112 ЦК України, повністю узгоджується із положеннями законодавства України. По-перше, обмеження права автора на створення результату інтелектуальної, творчої діяльності є порушенням конституційного права людини і громадянина на свободу творчості в літературній, науковій, художній та будь-якій іншій сфері. По-друге, подібні обмеження неспроможні в силу загальних принципів цивільного права, а саме неприпустимості обмеження правоздатності і дієздатності громадянина (див. ст. 26 ЦК України). Ст. 27 ЦК України визнає нікчемним правочин, що обмежує можливість фізичної особи мати незаборонені законом права та обов'язки. Обмеження ж цивільної дієздатності можливо виключно у випадках, прямо передбачених законодавством (ст. 30 ЦК України). По-третє, за умовами договору про створення за замовленням і використання за замовленням об'єкта права інтелектуальної власності замовнику надаються майнові права інтелектуальної власності, що вичерпуються правом на використання замовленого об'єкта визначеним у договорі способом і за визначеними умовами. Спроба обмежити правовий режим об'єкта права інтелектуальної власності, що ніяк не визначений і не є предметом цього договору замовлення, неправомірна. По-четверте, авторське право не поширює захист на ідеї, теми, сюжети, тому замовник, що є влас-



ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

ником деяких невиключних майнових прав інтелектуальної власності стосовно використання створеного за замовленням твору, не може, спираючись на ці права, вимагати захисту від використання ідеї як резуль-

тату інтелектуальної, творчої діяльності в майбутньому. ♦

Література:

1. Гаврилов Э.П. Комментарий к Закону Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах". — М., 1996.
2. Дозорцев В.А. Творческий результат: система правообладателей // Вестник Высшего арбитражного суда Российской Федерации. — 2002. — №11, 12.
3. Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. — М., "Проспект", 2004.
4. Моргунова Е.А., Рузанова О.А. Авторское право. — М., "Экзамен", "Право и закон", 2004.
5. Жосселен М. Понятие договора об использовании прав автора: сравнительно-правовой анализ // Бюллетень авторского права. — 1993. — №4.

ЦІКАВО ЗНАТИ

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА БЕЗКОШТОВНУ МУЗИКУ

Поки в Україні проводяться дискусії стосовно найефективніших засобів боротьби з піратством, наш північний сусід робить конкретні цілком конкретні кроки у цьому напрямку. Зокрема, Державна Дума Російської Федерації прийняла поправки до статей Кримінального кодексу, пов'язаних з порушенням авторських та суміжних прав, тепер за придбання контрафактного фільму, за його перегляд, а також за безкоштовну перекачку музики з інтернету загрожує адміністративна відповідальність.

Згідно прийнятих змін до Закону Російської Федерації "Про авторское право и смежные права", штраф за незаконне використання об'єктів авторського права збільшується до 500 тис. руб. (приблизно 100 тис. гривень), а в особливо великих розмірах, порушник може бути позбавлений волі на 6 років.

Отже, якщо купив контрафактний диск, або скачав безкоштовно музику з інтернету — ласкаво просимо до суду.

За матеріалами: <http://www.ipprolaw.com/news/>

Демченко Т.

Проблематика визнання недобросовісності заявника при подачі заявки на реєстрацію товарного знаку

С. 3 — 13

Стаття присвячена дослідженню правової категорії недобросовісності заявника при подачі заявки на реєстрацію товарного знаку. Автором висвітлюються основні підходи до розуміння недобросовісності заявника відповідно до законодавства різних країн, розглядається співвідношення даної концепції із загальним розумінням недобросовісності у правовій теорії, досліджуються правові наслідки недобросовісності при подачі заявки на реєстрацію товарного знаку та аналізується стан врегулювання досліджуваного питання законодавством України.

Капіца Ю.

Судовий захист прав на торговельні марки в Європейському Союзі

С. 14 — 22

У статті розглянуті рішення суду ЄС, що тлумачать положення Першої Директиви Ради від 21 грудня 1988 року про наближення законодавства держав-членів, що стосуються торговельних марок, особливостей використання торговельних марок, вичерпання прав, переміщення товарів позначених торговельною маркою.

Коваленко Т.

Товарний знак чи бренд

С. 23 — 26

У статті розглядаються аспекти перетворення товарного знака у бренд, втілення його інтелектуальної частини в товар. Товарний знак стає брендом тільки тоді, коли зв'язок між конкретним товаром і споживачем стає значно більшим по відношенню до аналогічних товарів на ринку.

Штефан. О.

Деякі аспекти охорони прав на твори образотворчого та ужиткового мистецтва

С. 27 — 31

Автор у своїй статті розглядає особливості охорони творів образотворчого та ужиткового мистецтва, як об'єктів права інтелектуальної власності, що охороняються в межах двох основних інститутів, авторського права та права промислової власності.

Греков Є.

Проектна документація як об'єктивна форма втілення творів архітектури

С. 32 — 39

Зазначена стаття присвячена важливій та актуальній проблемі — сучасному стану правового регулювання авторського права на твори архітектури. При написанні роботи, автор мав за мету розглянути протиріччя, які склалися в цій сфері, а також перспективи та тенденції вдосконалення даних

питань. Автор обміркував тему, що дало йому можливість викласти своє бачення проблем, які порушуються в роботі й запропонувати шляхи для їх вирішення.

Нежиборець В.,

Ревуцький С.

**Теоретичні та практичні передумови довгострокового і середньострокового інноваційного прогнозування в економіці України
С. 40 — 46**

У статті на підставі аналізу теоретичних положень та практичного використання досвіду вітчизняних та закордонних дослідників з питань довгострокового прогнозування розглянуто це питання у взаємозв'язку і послідовності змін інноваційно-технологічних, інвестиційних, економічних і соціальних циклів.

Викладено своє бачення щодо розробки Кодексу України про науку, науково-технологічну та інноваційну діяльність, як загальної системи побудови відносин між суб'єктами наукового пошуку, процесу інтеграції науки з виробництвом.

Іващенко Н.

**Виявлення та аналіз особливостей судової експертизи об'єктів інтелектуальної власності
С 47 — 52**

Автор розглядає особливості проведення судової експертизи при вирішенні спорів щодо порушення прав інтелектуальної власності. Зокрема, робиться акцент на важливості застосування судом спеціальних знань, якими володіє фахівець-експерт, з метою отримання додаткових доказів.

Рудченко І.

**Договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності
С. 53 — 61**

У статті автор розглянув особливості договору за замовленням на створення об'єкта права інтелектуальної власності, які полягають передусім у його предметі, що має складну природу. Юридичний зміст такого договору складають права і обов'язки сторін, що носять взаємний характер або належать сторонам спільно. Визначається спосіб використання об'єкта права інтелектуальної власності, а також за яких умов за автором зберігаються всі майнові права.



Наукова рада журналу:

Врублевський В.К., Демченко С.Ф., Довгерт А.С., Кузнєцова Н.С., Майданик Р.А.,
Малишева Н.Р., Пасенюк О.М., Патон Б.Є., Побірченко І.Г., Притика Д.М.,
Редько В.В., Сташис В.В., Тацій В.Я., Шемшученко Ю.С.

Редакційна колегія журналу:

Орлюк О.П. (голова редакційної колегії), Андрощук Г.О., Бутнік-Сіверський О.Б.,
Грошевий Ю.М., Дорошенко О.Ф. (заступник голови редакційної колегії),
Дроб'язко В.С., Закалюк А.П., Захарченко Т.Г., Індукаєв В.К., Копиленко О.Л.,
Крупко П.М., Крупчан О.Д., Міроненко Н.М., Москаленко В.С., Нежиборець В.І.,
Панов М.І., Петришин О.В., Підпалов Л.В., Пічкур О.В., Святоцький О.Д.,
Семчик В.І., Сегай М.Я., Сидоров І.Ф., Солощук М.М., Теплюк М.О., Тихий В.П.,
Худолій Б.М.

Прахов Б.Г. — головний редактор

Петренко С.А. — заступник головного редактора

Засновник —

**Науково-дослідний інститут
інтелектуальної власності
Академії правових наук України**

Свідоцтво про державну реєстрацію:

Серія КВ № 10573 від 07.11.2005 року.

До уваги авторів та читачів

Редакція приймає рукописи статей як на електронних носіях, набраних у програмах MS Office, так і надруковані на папері.

Статті повинні бути оформлені відповідно до вимог ВАК України щодо наукових робіт, та мати рецензію.

Авторів просимо разом із матеріалами надсилати свою фотографію та інформацію щодо наукового ступеня, місця роботи, посади, поштової адреси і контактних телефонів.

Редакція залишає за собою право на редагування та скорочення рукописів. За достовірність інформації та статистичних даних, що містяться у рукописах, відповідальність несе автор.

Повторне видання статей, розміщених на шпальтах журналу “Теорія і практика інтелектуальної власності”, можливе лише за згодою редакції.

Адреса редакції: 01014, м. Київ, вул. Тимірязівська, 66/3

Тел.: 285-85-49, 527-04-82

Тел/факс: 527-04-11

www.iv.org.ua

e-mail: icapital@i.com.ua

Комп'ютерна верстка — І. Петренко

Коректор — Л. Цикаленко

Рекомендовано до друку

Ученою радою НДІ інтелектуальної власності АПРН України, протокол № 3 від 27.03.2007 р.

Здано до набору 24.04.07. Підписано до друку 29.03.07 Формат 70x108/16.

Папір офсетний. Офсетний друк. Наклад 300 примірників. Зам. 35

Надруковано з оригінал-макета в ТОВ “Лазурит — Поліграф”, тел/факс (044) 417-21-70
04080.м. Київ, вул. Костянтинівська, 73