

ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ



Науково-практичний журнал

3 (47) ' 2009

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

Погляд науковця

- В. Ковальський** Системи і види функцій права 3

Досвід країн світу

- Д. Пшеничний** Концепція тісного зв'язку та імперативні
норми іноземної (третьої) країни:
європейський досвід 11

Договірне право

- А. Амангельды** Авторский договор как основание
возникновения обязательств 19

Захист прав

- О. Дорошенко**
К. Щукіна Структура комерційного найменування 43
- І. Коваль** Визначення правопорушення
“Неправомірне використання комерційного
найменування” 53

Патентне право

- С. Бутнік-Сіверський** Права інтелектуальної власності
на винахід, корисну модель, промисловий
зразок як об'єкт спадкування 61

Судова експертиза

- А. Штефан** Судова експертиза об'єктів авторського
права: проблемні питання
незалежності експерта 72

До відома

- Д. Акимов** Українки в Італії: проблеми
трудової міграції 81

II Міжнародна наукова конференція

- “Теоретичні та практичні аспекти інноваційної
діяльності в умовах глобальної економічної системи”
(22-24 травня 2009 р., м.Маріуполь) 86

Друга науково-практична конференція

- “Методологія приватного права: сучасний стан і
перспективи” (22-23 травня 2009 року, м. Київ) 93

ШАНОВНІ ЧИТАЧІ!

У 2010 році науково-практичний журнал Теорія і практика інтелектуальної власності виходитиме один раз на два місяці. Передплатити наш журнал ви зможете у будь-якому поштовому відділенні України.

Вартість передплати на 2010 рік					
	Індекс	2 міс/грн	4 міс/грн	6 міс/грн	12 міс/грн
Фізичні та юридичні особи	23594	25	50	75	150

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

**З глибокою повагою
редакційна колегія**



СИСТЕМА І ВИДИ ФУНКЦІЙ ПРАВА

Віктор Ковальський,
*президент видавничої організації "Юрінком Інтер",
кандидат юридичних наук, доцент*

Визначення функцій права є важливим завданням правової науки. Розвиток теорії держави та права пов'язується зі збільшенням наукових знань щодо фундаментальних функцій права, розумінням впливу права на суспільні процеси. Наукові знання про стан, детермінацію та закономірності розвитку функцій є необхідною умовою для побудови в Україні ефективної й демократичної правової держави. З розв'язанням цих проблем пов'язані питання ролі правосвідомості та правової культури українських громадян, виховання солідарності з правом, сприйняттям його у свідомості як абсолютної цінності. Аналіз стану та соціальної детермінації функцій права є надзвичайно актуальним як в інституціональному та нормативному аспектах, так і в аспекті поєднання державної діяльності з охорони права та соціальної активності людини в питанні про закономірності розвитку функцій. Властивості й призначення окремих функцій права, зокрема регулятивної, охоронної, соціально-економічної, організаційної, інформаційної та культурно-виховної визначаються великим ступенем залежності від властивостей системи права та його соціального призначення, а також певним чином від методів здійснення державної діяльності. Визнаючи те, що система функцій права є залежною від

властивості й призначення права, потрібно визнати аксіоматичним положення проте, що як юридичний інструмент право є регулятором усіх суспільних відносин — як існуючих, так і необхідних й очікуваних. На нашу думку, в системі права продукується певна ідеологія регулювання й охорони правовідносин, а отже, йдеться саме про необхідні та бажані правові відносини, тобто про те, яким чином, заради чого виникають, змінюються та зникають ці відносини, а також відображується критичний обсяг емпіричного матеріалу, тих юридичних фактів, через які реалізуються, здійснюються функції права. Система функцій права включає: базові ідейні положення (принципи права як висхідні ідеї, зокрема, принципи регулятивного та охоронного права), типи регулювання правових відносин (охоронне, зобов'язальне, дозвоільне, повідомлююче регулювання) та відповідну правову емпірику. Така тріада (ідеї — регулювання — емпіричний матеріал) є важливим підтвердженням балансу правових реалій на користь того чи іншого правового принципу або типу правового регулювання, суспільно необхідного в той чи інший момент правового життя. Наявність такого балансу є неспростовним доказом життєздатності системи функцій права або лише її абстрактним ідеологічним проявом.



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

Виходячи із розуміння правових відносин як частини суспільних відносин, що є надбудовними, ідеологічними, а отже, другорядними щодо матеріальних відносин, теорія держави і права у радянські часи знаходилася у колі спрощених й іноді заідеологізованих поглядів на право та його функції. У теорії права радянських часів досить широко трактувалися функції правової системи в цілому, що була побудована на певних компонентах, певних суспільних структурах (структурних рівнях суспільства, сфер громадського життя, трудових, сімейних відносин тощо). При цьому юридична наука виходила з того, що, в першу чергу, необхідно досліджувати основні функції, оскільки існує потреба в більш глибокому їх пізнанні, зокрема в переході від формальної класифікації до змістовної, від функцій права до функцій правової системи. Високого рівня упорядкованості всього соціального життя, здійснення державного управління на основі єдності та порядку в суспільних відносинах, вважалося, можна досягти за допомогою якнайширшого використання нормативно-правової форми суспільного регулювання. При цьому правова система виконувала роль організуючого і зв'язуючого фактора щодо самої держави, її органів і посадових осіб. Отже як бачимо, змістовність міркувань межувала з абстрактністю, надмірною ідеологізованістю, до того ж, із розумінням виключно надбудовної ролі функцій права, що не дозволяло виокремити їх та конструювати органічну структуру функцій в соціалістичному, цілком симетричному суспільстві. Регулятивна та охоронна функції права розглядались як відокремлені та основні щодо інших функцій права.

Потрібно зазначити, що за основу конструювання системи функцій права потрібно обирати саме їх ін-

формативно-комунікативні та ціннісно-орієнтаційні властивості, які кореспондуються зі змістом правових відносин. Будучи різновидом соціальних відносин, останні виникають і розвиваються в надрах реального суспільного життя, яке детермінує, вимагає захисту та регулювання, суспільного збагачення та інформатизації існуючих та бажаних суспільних відносин. Правові відносини реально виникають у русі взаємодії та співпраці окремих учасників, сторін цих відносин. Й, таким чином, правове відношення є нічим іншим, як продуктом активного правового життя, в якому здійснюється правова оцінка суспільних контактів, орієнтація на певні правові зв'язки та цінності. Чим більше існує таких контактів, зв'язків, цінностей, тим різноманітнішим, активнішим, динамічнішим є таке життя, саме його ідейний та прагматичний оборот. Проте самі контакти й зв'язки ще не є юридичними за своєю суспільною природою, оскільки для визнання їх такими потрібен той необхідний правовий компонент — охоронюваний законом інтерес або мета, які передбачають визначений в праві результат, що є цінним для певного індивіда, суспільства, держави (придбати майно, віддати свій голос, сплатити податок, укласти угоду, створити систему доступного правового захисту тощо). За виразом Карла Маркса, надбудовні відносини, до яких й належать правові відносини, жодним чином не впливали на виробничі базисні відносини, які складаються незалежно від волі та свідомості людей. Але саме наявністю активного суб'єктивного компонентна (волі суб'єкта, свідомості учасника правовідносин, правозначного інтересу, мети, мотивації) правові відносини відрізняються від інших суспільних відносин. Правові відносини за соціально-психо-



логічною природою є вольовими відносинами. Вони виникають, існують у різних сферах життєдіяльності (економіки, соціальній сфері, праці, сфері розваг тощо) й переможуються в процесі створення результатів людської праці. Так, у створенні об'єктів інтелектуальної власності, зокрема авторського права, беруть участь автор (фізична особа, яка своєю інтелектуальною працею створює певний рукопис), видавництво (юридична або фізична особа, яка за допомогою редагування обробляє рукопис), друкарня (суб'єкт виробництва, який за допомогою певного технологічного процесу, способу друку створює матеріальний об'єкт — книгу). В результаті їх взаємодії саме й виникає об'єкт права інтелектуальної власності, в якому кожна зі сторін має певні права та обов'язки. Проте охороні підлягає частина авторського права, а саме рукопис, права на його розповсюдження, правомірне цитування тощо, а не книга як технологічний або редакторський процес опрацювання рукопису, брошурування, способу відтворення тощо.

Індивідуальні вольові відносини набувають правозначення саме за реалізацією функцій права, зокрема з регулювання, інформування, охорони, в результаті дії яких сторони відносин виконують певні правові ролі, набуваючи одночасно певних прав і обов'язків. При цьому російські вчені-теоретики вказують на те, що виникнення певних юридичних прав та обов'язків не замінює економічних, соціальних та інших відносин, а лише виокремлює чіткі межі, терміни, умови для виконання мети договору сімейного, трудового або адміністративного відношення, умов реалізації прав громадян, у чому й полягає значення права для охорони інтересів сторін правовідносин, реального захисту їх судом або іншим органом держави. Індивіду-

ально-вольовий характер правовідносин має багатозначний зміст та різноманітну структуру. Спрощена структура правовідносин виглядає як зв'язок та взаємодія прав та обов'язків сторін. Так, за договором купівлі-продажу одна сторона (продавець) передає або зобов'язується передати майно (товар) у власність другій стороні (покупцеві), а покупець приймає або зобов'язується прийняти майно (товар) і сплатити за нього певну грошову суму (ст. 655 ЦК), за договором міни (бартеру) кожна із сторін зобов'язується передати другій стороні у власність один товар в обмін на інший товар, тут кожна із сторін є продавцем того товару, який передає в обмін, і покупцем товару, який одержує взамін (ст. 715 ЦК). Наведені приклади цивільно-правових зв'язків мають двосторонні правовідносини, за яких кожна із сторін має взаємні права та обов'язки. В цивільному праві мають місце односторонні правовідносини (при договорі дарування, при спадкуванні тощо). Односторонні правовідносини існують й в публічних галузях, зокрема в господарській та фінансовій галузях права. Головною тут є ознака одностороннього волевиявлення, наприклад, за бажанням особи вона може в односторонньому порядку дарувати державі (державній установі) майно, грошові кошти тощо або здійснювати благодійну діяльність, іноді на шкоду своєму бізнесові. Хоча потрібно зазначити, що односторонні правовідносини в публічних галузях права не виникають виключно із одностороннього волевиявлення. Можливі варіанти виникнення багатосторонніх правовідносин (купівля-продаж через посередників, наявність генерального підрядника й кількох субпідрядників у договорі про капітальне будівництво тощо). Збільшення кількості учасників правовідносин не



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

змінює їх структури, вони всі є відносними правовими відношеннями, за якими всім учасникам належать певні права та певні зобов'язання, що є симетричними між собою, а всі інші особи, які не є його учасниками, не мають щодо цього правового відношення ані прав, ані обов'язків. Правове відношення, зауважує О.Ф. Скакун, не може виникнути тільки на підставі існування лише певних прав або лише певних обов'язків. В абсолютних правових відносинах, на противагу відносним, на всіх учасників покладається певний обов'язок, наприклад, не заважати правовласнику володіти, користуватися та розпоряджатися річчю. В цивільному праві це є також правом інтелектуальної власності. Згідно зі ст. 418 ЦК право інтелектуальної власності є непорушним. Ніхто не може бути позбавлений права інтелектуальної власності чи обмежений у його здійсненні, крім випадків, передбачених законом. В адміністративному праві — це обов'язок певних суб'єктів покласти край правопорушенню. (Ст 6. КУпАП покладає публічний обов'язок на органи виконавчої влади та органи місцевого самоврядування, громадські організації, трудові колективи розробляти і здійснювати заходи, спрямовані на запобігання адміністративним правопорушенням, виявлення й усунення причин та умов адміністративних правопорушень). Продовжуючи характеризувати зміст загального правового відношення зауважимо, що кожна галузь права має характерне правове відношення, адекватними якому є органічні цій галузі права предмет, метод та нормативні джерела. Так, для джерел цивільного права характерним є їх множинність, зокрема це Конституція України, чинний ЦК України, акти Президента, постанови КМУ, договори, звичаї, причому сторони мо-

жуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд (ст. ст. 6 і 7 ЦК). Для джерел адміністративного права також властивою є багатоканальна залежність від різноманітних адміністративно-правових актів. З цього потрібно зазначити про розпорошеність та несистемність адміністративного законодавства, еклектичність (поєднання різнорідних за своєю природою елементів) змісту матеріального адміністративного законодавства, застарілість основних інститутів адміністративного деліктного права, зокрема навіть склади адміністративних судів встановлюються в підзаконних актах, що є прямим порушенням вимог Конституції України. Проте, якщо для галузі приватного права, яким є, зокрема цивільне, множинність джерел є необхідною умовою застосування й розвитку, то для адміністративного права як для галузі публічного права така ситуація є незрозумілою. У той же час для кримінального права як для галузі публічного охоронного права характерною є концепція єдності джерел кримінального закону (ст. 3 КК України).

У правових відносинах можуть брати участь лише такі суб'єкти, які володіють певними якостями, визнаними в законодавстві (наявність правосуб'єктності, правового статусу, правоздатність та дієздатність, компетентність). Правове відношення поєднує його учасників взаємними правами та обов'язками. На нашу думку, саме поєднання прав та обов'язків, а також реальних дій та їх наслідків, складає ту правову роль особи (фізичної або юридичної), яку вона виконує в сенсі певної функції права. Так, фактична реалізація організаційної (інтегративної) функції — виконання компетенції — є формою реалізації влади і владних повноважень, а реалізація

ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ



охоронної функції — застосування інститутів правової відповідальності, санкцій, складу правопорушення, обмеження прав людини — є формою реалізації процесуальних повноважень з кваліфікації правопорушення й дотримання меж відповідальності. В той же час реалізація регулятивної функції — виконання договору поставки, купівлі-продажу — пов'язана із фінансовим рухом й відповідними розрахунками, а вступ у шлюб є формою виконання сімейних правових відносин тощо. Реальні дії учасників правовідносин супроводжуються виникненням юридичних фактів, функціонуючий механізм яких включає виникнення, зміну, здійснення або припинення таких відносин. Врешті-решт встановлення таких фактів є основою складовою юридичної діяльності, в межах якої виникають різновиди фактів, а саме правові події та правові дії. Й якщо події — це явища, які не залежать від волі людини (стихійне лихо, смерть, хвороба, дорожньо-транспортна пригода, пожежа тощо), то дії (правомірні, правонейтральні або протиправні) якраз вчинюються в контексті функцій права.

Аксіоматичним є положення про те, що реалізація правових відносин спирається на виконання норм права, на добровільну й правомірну поведінку їх учасників. Однак не виключається й державний примус. В конституційних актах багатьох держав виписані обов'язки громадян виконувати закони (Стаття 7 Декларації прав людини і громадянина від 26 серпня 1789 р.: "кожен громадянин, який викликається або затримується в силу закону, повинен негайно підкоритися"; стаття 19 Основного закону Федеративної Республіки Німеччина (1949 р.): "згідно з даним Основним законом будь-яке основне право може бути обме-

жене законом або на основі закону, цей закон мусить мати загальний характер, а не стосуватися лише окремого випадку. Крім того, в законі повинно бути названо це основне право із вказівкою на статтю"; стаття 54 Конституції Італії (1947р.): "Всі громадяни зобов'язані бути вірними Республіці і повинні дотримуватися її Конституції і законів. Громадяни, яким ввірені державні функції, зобов'язані виконувати їх дисципліновано і чесно, приносячи присягу у випадках, передбачених законом"; стаття 9 Конституції Королівства Іспанії: ч. 1: "Громадяни і органи публічної влади зобов'язані дотримуватись Конституції і поважати правовий порядок"; ч. 3: "Конституція гарантує принцип законності, ієрархію нормативно-правових актів, опублікування правових норм, заборону зворотної сили норм, в яких містяться санкції, що не сприяють здійсненню особистих прав або обмежують їх, право на юридичний захист, відповідальність органів публічної влади за свавілля." Причому такий обов'язок є поліморфним (багатозначним) за своєю природою й може об'єднуватися із правом громадянина на захист, із загальним обмеженням прав громадян, патріотичним завданням захищати вітчизну або поєднуватися із відповідальністю органів публічної влади за можливе свавілля. Тому ми повинні розуміти багатофункціональність права як систему права в цілому і систему його функцій. Система права і система функцій права поєднуються як дві взаємозалежні структури, перша з яких є стабільним ядром (центром системи), а друга — динамічним похідним утворенням. Ці функції можуть бути лише похідними, додатковими щодо системи права; вони мають подвійну залежність, по-перше, від змісту правових відносин, які продукуються системою права, а по-



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

друге, від функцій самої держави. У зв'язку з цим потрібно виокремити поняття "функція права", "завдання права", "функціонування права" та "роль права". Автори фундаментального підручника з теорії держави та права вказують: щоб чіткіше усвідомити поняття "функція права", слід визначити, у чому її відмінність від близьких за змістом юридичних категорій. Так, термін "роль права" вказує на значення права у житті суспільства, держави на певному етапі їх розвитку. На нашу думку, йдеться про історичну роль права, його пам'яток, зокрема активний вплив ідей і норм Магдебурзького права на розвиток торговельних відносин в умовах середньовіччя. "Роль права" розглядається як більш загальне щодо функції поняття. Саме у цьому їх відмінність. Термін "завдання права" характеризує місію права в певній реальній площині. Завдання права відображає соціально-необхідну мету, досягненню якої воно повинно всебічно сприяти. Залежність функції права від його завдань знаходить прояв у тому, що, по-перше, завдання часто безпосередньо обумовлюють саме існування функцій, по-друге, визначають їх зміст і, по-третє, що є особливо важливим, суттєво впливають на форми та методи їх реалізації, визначаючи конкретні напрями правового впливу. На певному історичному відрізку часу право відігравало не лише позитивне, а й негативне значення. Так, жорстке фіксування кланових та цехових виробничих відносин, феодалських та дворянських земельних відносин заважало розвитку суспільного прогресу досить тривалий час. Термін "функціонування права" відображає дію права в соціальному контексті. Дати повну функціональну характеристику права означає розкрити способи його впливу на суспільство, застосування самого права та окре-

мих інститутів. І якщо "функція права" — це власне поєднання сучасного і майбутнього у праві, то "функціонування" віддзеркалює дію права лише в контексті сучасних умов. Отже, "функція права" і "функціонування права" є дуже близькими, але не такими, що повністю збігаються, поняттями. Функціонування права — питання, безпосередньо пов'язане з проблемою функцій, оскільки характеристика системи функцій — це, по суті, характеристика функціонування права. У конкретному ж значенні поняття "функціонування права" означає дію права як елемента соціальної системи поряд з державним впливом, мораллю, релігією, іншими соціальними регуляторами. Тобто функціонування — це дія права у соціальній системі, реалізація його функцій, втілених в суспільних відносинах. З цього приводу виникає питання функціонування "тіньового" права, коли корупція, деформація юридичних правил, інші відхилення від нормативних моделей і системи діючих актів порушують необхідний баланс публічних і приватних інтересів, негативно впливають на кінцеві результати функціонування права. Підкреслюючи роль права в цілому, автори праці "Правова система України" слушно зазначають про рівень правового регулювання та правову систему в цілому, які сьогодні є такими, що дозволяють посилається на одні й ті самі положення та принципи для діаметрально протилежних тверджень. Це неприпустимо і викликає відповідне ставлення спільноти до права. Ніякі модифікації та викликані часом зміни в законодавстві не повинні руйнувати ціннісні категорії, які мають бути непорушними. Не можна посилається на справедливість та верховенство права, порушуючи закон і принципові правові засади. Систему функцій права пра-

ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ



вмірно розглядати як похідну від системи права. Й на цій підставі можна виділити чотири види функцій права, що утворюють систему: а) загальноправові функції (властиві всім галузям права); б) міжгалузеві функції (властиві двом чи більше, але не всім галузям права); в) галузеві функції (властиві одній галузі права); г) функції правових інститутів та норм права властиві конкретному інституту або нормам, групі норм права). Існує інша класифікація функцій права, залежно від рівня узагальнення нормативно-правового матеріалу. Питання про співвідношення функцій права різних рівнів має важливе значення, оскільки окремі функції відіграють відмінну роль, виходячи із завдань, предмета і методу правового регулювання. Загальноправові функції можуть бути конкретизовані в інших функціях. Безперечно, що загальноправові функції права не можуть охопити всього масиву конкретних форм і шляхів впливу права на суспільні відносини. Вони відбиваються у дії інших функцій, які мають певну диференціацію. Тому виникає необхідність ввести у науковий обіг поняття функції основної та похідної, юридичної та соціальної функцій права. Такий поділ допомагає простежити багатогранний вплив права на суспільні відносини. Стан впливу права на макро- та мікрооточення, на суспільні відносини дозволяє виокремити загальні (основні або першого рівня) функції права, тобто функції, властиві всім галузям, а також функції особливі (специфічні, другого рівня) або менш загального значення. Загальними функціями виступають організаційна (інтегративна), соціально-економічна, регулятивна, охоронна, екологічна, виховна і політична. Так, охоронна функція відбивається практично у всій системі правових відносин, правового регулювання то-

що. Це дає нам підстави у структурі правового регулювання розрізняти саме охоронне та зобов'язальне регулювання. Політичний контекст також є властивим для функції всіх галузей права, адже всі вони так чи інакше здійснюють виховний, ідеологічний та політичний вплив на громадян, усіх учасників правових відносин, оскільки у цій функції подекуди відбиваються політичні інтереси учасників правових відносин. Інформаційна функція права є також основною, оскільки саме через певну інформацію (дані) нормативного масиву (іноді не зовсім узгодженого, не зовсім структурованого, сповненого суперечностей, що є характерним для інформаційного потоку) здійснюється вплив права, конкретної норми або інституту. Цей вплив адресується певному суб'єктові; у ньому в формі вимог, вказівок, заборон, зобов'язань визначається предметна дія (операція, діяння, діяльність), дія права в часі і просторі, а також його вплив за певним колом осіб. Функції менш загального значення є характерними лише для деяких галузей права. Так, наприклад, компенсаційна функція притаманна цивільному, фінансовому і трудовому праву. Функція економії репресії є характерною для адміністративного та кримінального права. Крім того, окремі галузі чи, навіть, інституту можуть бути притаманні деякі, специфічні функції (наприклад, карна функція є характерною для кримінального права). Питання співвідношення міжгалузевих та галузевих функцій права має важливе значення. Функції галузей права, на відміну від міжгалузевих функцій, мають певну специфіку, яка визначається предметом, методом, завданням та джерелами правового регулювання цієї галузі. Загальні функції права водночас включають глибинні, фундаментальні відноси-



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

ни й не охоплюють розмаїття форм впливу права на конкретні суспільні відносини. Ця можливість виникає при порівнянні змісту основних (загальних) і галузевих функцій, які відбиваються в основних функціях.

Галузеві функції права можуть доповнювати або конкретизувати основну функцію. Так, функції кримінального права доповнюють, конкретизують охоронну функцію права набагато більше, ніж функції цивільного, трудового або сімейного права. Окремі галузі права (трудове, господарське, фінансове) акумулюють норми, спрямовані на вирішення соціальних цілей. При цьому вони координуються не самі по собі, а через інтегративні механізми. Саме таким чином досягається кумулятивний правовий вплив на соціальну систему, соціальне мікро- та макроточення державних інституцій. Співвідношення міжгалузевих (ос-

новних) та галузевих (похідних) функцій права можна розуміти як співвідношення загального і особливого, тобто у взаємозв'язку, єдності чи взаємодоповненні загальних і похідних функцій. Отже, система функцій права є продуктом правової системи та внутрішньої державної політики. І вона не є незмінною. Якщо сфера суспільного життя, як галузь права стає суспільно необхідною або, навпаки, непотрібною, ця сфера починає активно регулюватися нормами права. Чи навпаки, в певних політичних, соціальних або економічних умовах згортається предмет регулювання, тоді можливо правомірним буде говорити про консервацію, послаблення відповідної його функції. ♦

Список використаних джерел:

1. *Правовая система социализма. Функционирование и развитие.* / Отв. ред. А.М. Васильев. — М.: Юридическая литература. — Кн. 2. — С. 13-15.
2. Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 13. С. 6-7.
3. *Проблемы общей теории права и государства: учебн. для вузов* / Под общ. ред. В.С. Нерсисянца. — С. 369.
4. Скакун О.Ф. *Теория государства и права (энциклопедический курс): учебн.* — Х.: Еспада, 2005. — С. 569).
5. *Адміністративне деліктне законодавство: зарубіжний досвід та пропозиції реформування в Україні* / Авт.-упоряд. О.А. Банчук. — К.: Книги для бізнесу, 2007. — С. 127-145).
6. *Конституции зарубежных государств: учеб. пособие* / Сост. проф. В.В. Маклаков. — 4-е изд., перераб. и доп. — М.: Волтерс Клувер, 2003. — 623 с.
7. *Теорія держави і права. Академічний курс.* — Підручник/ За ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. — 2-е вид. перероб і допов. — К.: Юрінком Інтер, 2008. — С.319.
8. *Правова система України. Історія, стан та перспективи.* — У 5 т. — Х.: — Право, 2008. — Т.1: *Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України* / за заг. ред. М.В. Цвіка, О.В. Петришина. — С.20.
9. *Теорія держави і права. Академічний курс.* — С. 320
10. Ковальський В.С. *Охоронне регулювання правовідносин: поняття та ознаки* // Вісник господарського судочинства, 2008, № 4, — С. 67-72.

КОНЦЕПЦІЯ ТІСНОГО ЗВ'ЯЗКУ ТА ІМПЕРАТИВНІ НОРМИ ІНОЗЕМНОЇ (ТРЕТЬОЇ) КРАЇНИ: ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД

Дмитро Пшеничний,

здобувач Інституту міжнародних відносин Київського національного
університету імені Тараса Шевченка

Однією із актуальних проблем сучасного міжнародного приватного права (МПрП) справедливо вважається застосування імперативних норм третьої (іноземної) держави. Врахування іноземних імперативних норм є особливо важливим в умовах жорсткої конкуренції правових систем з приводу застосування власних приписів, яка стає провідною тенденцією МПрП. Ця конкуренція посилюється об'єктивними чинниками інтернаціоналізації торгівлі та процесами глобалізації у цілому.

В сучасних умовах звичайний міжнародний договір не ізольований лише правопорядками його сторін, а відразу може стати пов'язаним із багатьма іншими правовими системами. Відтак, перед суддею (арбітром) постає складне практичне питання про те, коли та які іноземні імперативні норми слід застосовувати.

Вперше на необхідність застосування імперативних норм третьої країни у 1941 році звернув увагу німецький колізіоніст В.Венглер [1]. Він правомірно зазначив, що застосування імперативних норм третьої держави впливає із принципу одноманітності та узгодженості судових рішень різних держав, який вимагає застосування іноземного імперативного права не тільки у ви-

падку, коли іноземна правова система є належним правом договору (*proper law*). На думку вченого, якщо іноземне імперативне право відповідно до його змісту вимагає застосування до правовідносин, які не регулюються правом такої держави, суд повинен з урахуванням встановлених обмежень визнати дію такого іноземного права у тій мірі, у якій необхідно, щоб рішення, прийняте цим судом, не відрізнялося від судового рішення, яке ухвалене державою, що встановила такі імперативні норми [2]. Водночас, субсидіарним мотивом застосування імперативних норм третьої країни є необхідність забезпечення справедливості при вирішенні колізії. Якщо судові рішення, прийняте в країні *lex fori*, ігнорує іноземні імперативні норми місця виконання договору, воно наражає сторони, як мінімум, на ризик того, що виконання такого рішення (договору) буде заборонено у *loci solutoinis*, і, як максимум, на ризик притягнення сторони до відповідальності за вчинення дій, які заборонені у країні виконання договору, незважаючи на те, що сторона діяла у відповідності до рішення суду країни суду.

Проте, незважаючи на чітко сформульовані мотиви застосування



ДОСВІД КРАЇН СВІТУ

таких норм, серед суддів панує неоднозначне ставлення до іноземних імперативних норм та легітимності їх застосування. О. Ландо констатує, що суди із великим небажанням миряться з існуванням та застосуванням імперативних норм, які не є частиною власного права або права, яке застосовується до договору (*lex contractus*) [3]. Не менш складною ця проблема є для арбітрів. За словами відомого арбітра А. Гузмана, у міжнародному арбітражі спостерігається тенденція до схильності сторін арбітражу обирати арбітрами осіб, які виявляють відверту ворожість чи не сприймають застосування імперативних норм [4].

Аналіз порядку застосування цих норм свідчить про наявність істотних особливостей, що відрізняє їх від застосування інших видів імперативних норм. Так, якщо імперативні норми, які належать до права країни суду (*lex fori*), або країни, право якої підлягає застосуванню (*lex causae*), застосовуються в силу колізійних прив'язок відповідної країни (у судді є чіткі нормативні приписи, як і коли застосовувати зазначені імперативні норми), то такі колізійні норми відсутні при застосуванні імперативних норм третьої країни. Француз Г. Гудеж справедливо вважає, що законність застосування імперативних норм, коли ті є частиною *lex fori*, є загальноновизнаною, тому що суддя як посадова особа зобов'язаний застосовувати такі норми. Подібним чином застосовуються імперативні норми, які є частиною *lex causae*. Труднощі ж, на думку вченого, виникають тоді, коли імперативна норма походить із права третьої країни, яка не вважається ані країною *lex fori*, ані країною *lex causae* [5]. За таких

умов, незважаючи на те, що жодна колізійна норма не вимагає застосування імперативного права третьої країни, таке право все ж підлягає застосуванню. На ранніх етапах розвитку МПрП панувала думка про те, що застосування імперативних норм третьої держави відбувається в силу міжнародної ввічливості, оскільки ці норми відтворюють основоположну правову політику такої країни. Сучасна судова та арбітражна практика в питанні застосування імперативних норм третьої держави зрушилась з місця із появою концепцій тісного зв'язку, яка замінила собою так звану "теорію ввічливості".

В європейському праві необхідність застосування імперативних норм іноземної держави була вперше проголошена у 1968 р. у ст.13 Міжнародного договору країн Бенілюксу про уніфікацію норм міжнародного приватного права, а згодом у 1980 р. у Римській конвенції. О. Ландо зазначав, що положення 7(1) Конвенції порушують гегемонію належного права договору (*lex contractus*) незалежно від того, чи регулює право було обране сторонами (ст. 2, 3 Конвенції), чи воно було визначено в силу колізійних прив'язок (ст. 4, 5, 6 Конвенції) [6].

Ч. 1 ст. 7 Конвенції надає можливість суду застосовувати імперативні норми третьої країни, встановлюючи таке: "Під час застосування права будь-якої країни може бути визнана дія імперативних норм права іншої країни, з якою зазначена ситуація має тісний зв'язок, якщо відповідно до права останньої країни такі правила повинні були застосовуватися незалежно від права, що підлягає застосуванню. При розгляді питання про можливість застосування таких імперативних норм не-

ДОСВІД КРАЇН СВІТУ



обхідно брати до уваги суть справи, цілі, а також наслідки їх застосування або незастосування".

Фактично Конвенція пропонує зробити однаковими умови застосування імперативних норм країни *lex fori* та країни *lex contractus* із нормами права третьої країни, які теж можуть претендувати на застосування у справі, оскільки вони відтворюють фундаментальну політику права такої країни. Незважаючи на "благі" наміри творців Конвенції зрівняти у правах усі види імперативних норм, все ж таки вона була оцінена експертами із МПРП неоднозначно. Такі країни, як Англія, Німеччина, Ірландія та Люксембург відмовились застосовувати ст. 7 (1) Конвенції, оскільки вбачали загрозу колізійному методу правового регулювання у змісті цієї статті [7]. По суті дія колізійних норм могла бути обмежена правом іноземної країни (іншої, ніж країна *lex fori* або *lex causae*) [8]. Особливий порядок застосування імперативних норм третьої держави — ст. 7(1) — передбачав депасажу [9] (*de-pecage*), тобто застосування до одного договору законодавства різних країн. Усе це негативно впливає на можливість сторін прогнозувати правові ризики. Повертаючись до механізму дії ст. 7(1) Конвенції, зауважимо, що її текст дає настанови суддям (арбітрам) щодо застосування імперативних норм, які є частиною права третьої країни. Для застосування імперативних норм суддям/арбітрам необхідно проаналізувати: 1) достатність або відсутність тісного зв'язку справи з правом іноземної держави, 2) характер та зміст імперативного права.

1. Спеціальний зв'язок (*Sonderanknupfungstheorie*) є передумовою

для застосування імперативного права. В сучасному МПРП встановлення зв'язку між правом третьої країни та справою *de jure* легітимізує застосування імперативного права третьої держави, тому перший крок, з якого суддя має розпочинати аналіз, з'ясувати чи брати до уваги імперативну норму чи ні. Центральною проблемою концепції спеціального зв'язку є визначення ступеня зв'язку між справою та правом, що містить імперативні норми та його якості. У доповіді Легарде для характеристики зв'язку вживається термін істинний (*genuine*). У ст. 19 Швейцарського закону про МПРП йдеться про суттєвий зв'язок (*significant*), у ст. 7(1) Римської конвенції вживається термін тісний зв'язок (*close connection*), у п. 187(2) Другого зведення правил із колізійного права такий зв'язок позначається як матеріальний інтерес (*material interest*), нарешті в українському законі "Про МПРП" вимагається наявність тісного зв'язку із державою.

Визначаючи зв'язок на доктринальному рівні, арбітр Н. Вазер констатує, що для існування останнього між справою та третьою країною, як правило необхідно, щоб певні дії були вчинені у межах території тієї іноземної держави, імперативні норми якої претендують на застосування [10]. Водночас, зауважимо, що вважається недостатнім, якщо зв'язок має лише формальний характер, тобто обмежується тільки територіальним контактом із третьою країною. Справа повинна мати також матеріальний зв'язок із третьою країною, тобто має бути пов'язана з матеріальними ознаками правовідносин (валютою договору, стадіями виконання договору, формою договору тощо), які імператив-



ДОСВІД КРАЇН СВІТУ

Д. Пшеничний

но врегульовані цим правом. Наприклад, якщо іноземна держава А запроваджує імперативні норми відносно порядку виконання договору, то справа вважатиметься такою, що має тісний (істинний) зв'язок лише у тому випадку, коли держава А буде місцем виконання зазначеного договору, а не місцем його укладення, країною суду тощо. Аналогічно, справа буде мати тісний зв'язок із імперативними нормами країни укладення договору, якщо: а) буде наявним територіальний контакт із такою країною (Д.П. — *формальна або територіальна ознака зв'язку*); б) імперативні норми її права будуть стосуватися юридичної дійсності договору (Д.П. — *матеріальна ознака зв'язку*) [11]. Відповідно до норми імперативного законодавства щодо валютного контролю вони мають тісний зв'язок лише у випадку, коли валюта цієї країни є валютою платежу за договором та додатково існує територіальний контакт.

Враховуючи викладене, можна зазначити, що термін "тісний зв'язок" надає можливість істотно звужити коло правопорядків, які можуть безпідставно претендувати на застосування, маючи лише формальні (територіальні) зв'язки. Таке правове тлумачення тісного зв'язку, з одного боку, є своєрідним "рятівним колом" для суддів/арбітрів, оскільки є засобом захисту від "неконтрольованого притоку" імперативних норм третіх держав і дозволяє відкинути безліч матеріально непов'язаних правопорядків. З іншого боку, таке тлумачення, значно урізаючи коло належних правових систем, дозволяє сторонам більш точно прогнозувати правові ризики договору, тобто передбачати імпера-

тивні норми правопорядків, які підлягають застосуванню.

Доктринальна дискусія про співвідношення термінів "тісний зв'язок" та "найтісніший зв'язок", по суті, відтворює проблематику взаємодії *lex generli* та *lex specialii*. Очевидним є те, що застосування норм третьої держави відбувається тоді, коли суддя/арбітр, визначивши право, тісно пов'язане із договірними правовідносинами, помітив, що зв'язок імперативних норм щодо окремого аспекту зазначених договірних правовідносин виявився сильнішим (найтіснішим). Суддею в цих умовах застосовуються імперативні норми іноземної держави як спеціальний закон (*lex specialii*), що має найтісніший зв'язок з конкретними правовідносинами. До решти договірних правовідносин буде застосовуватися право, що має з ним тісний зв'язок. В основу цього співставлення покладена техніка депасажу.

2. Оцінка характеру та призначення конкретної імперативної норми має особливо важливе значення, оскільки з огляду на результати такого аналізу суддя/арбітр бере до уваги імперативні норми третьої країни та виправдовує відмову від застосування права, яке підлягає застосуванню в силу колізійної прив'язки (*вибору сторін або дії об'єктивної колізійної норми* — Д.П.). Робоча група спробувала вивести певні раціональні критерії, на підставі яких можна було б відрізнити норми імперативного характеру від звичайних правових норм. Зокрема, імперативними нормами, йдеться у Доповіді, слід вважати ті норми, які законодавець бажає бачити такими. По суті, члени Робочої групи воскресили ідею Ф.К фон Савінї про

ДОСВІД КРАЇН СВІТУ



те, що норми стають імперативними в силу "бажання та наміру законодавця".

В сучасній доктрині МПрП більшість вчених вважає, що призначення імперативних норм полягає у захисті публічних інтересів. Так, П. Нейр зазначає, що імперативне правило має на меті: захист інтересів самої держави та захист приватних інтересів, які вона має бажання захищати [12]. "Імперативні норми, — зазначає Т. Хартлей, — це продукт певної правової політики, ... яка має переважне значення над інтересами сторін" [13]. Ф. Вішер зазначає, що імперативність полягає у захисті (збереженні) публічних інтересів та забезпеченні балансу приватних інтересів [14]. Таким чином, імперативна норма слугує не інтересам приватних осіб, а навпаки у багатьох випадках вважає такі інтереси другорядними та підпорядковує їх публічним інтересам. До складу імперативних норм в сучасному МПрП також прирівняні норми, що спрямовані на "захист слабкої сторони" (працівник, споживач). Н. Вазер наполягає, що цілі імперативної норми знаходяться поза межами приватних інтересів, а отже будуть зовнішнім фактором для сфери дії приватних правовідносин між договірними сторонами. Прикладами є законодавство про валютний контроль, законодавство про обмеження експортної та/або імпоротної діяльності, антимонопольне законодавство, що регулюють основні стандарти поведінки на національному ринку (конкуренція, узгоджені дії тощо) [15].

У теорії МПрП аналіз характеру та призначення імперативної норми отримав назву функціональний аналіз. В американському праві функ-

ціональний аналіз був запропонований А. фон Майером та використовується як колізійно-правова методологія. Окремо слід зазначити, що функціональний аналіз призначення та характеру норм призводить до перетворення колізійних результатів із методології вибору юрисдикції (*jurisdiction-selecting approach*) на методологію вибору норм (*rule-selecting approach*).

Арбітражна практика застосування імперативних норм третьої країни має певні особливості та може відрізнятися від практики національних судів. Аналіз арбітражної практики показує, що для визначення характеру та призначення імперативної норми використовується правовий аналіз цінності застосування імперативних норм (*application-worthiness test*). Цей тест є комплексним та складається з декількох послідовних стадій оцінки імперативних норм (*shared-values test* та *rule-of-reason test*). Відомий спеціаліст у царині арбітражу М. Блессінг наголошує, що метою правового аналізу цінності застосування норм (*application-worthiness test*) є дослідження фінансових та соціально-економічних цілей та правової політики, які відтворює певна імперативна норма. Зокрема, на першому етапі правового аналізу арбітр використовує тест на сприйняття цінностей імперативної норми (*shared-values test*), який зводиться до аналізу природи та цінностей, що захищаються імперативною нормою. Такий аналіз, на думку М. Блессінга, повинен давати відповіді на такі питання. Чи мають зазначені цінності принциповий (основний) характер? Чи відтворює певна норма цінності, які захищають транснаціональний публічний порядок? Чи за-



ДОСВІД КРАЇН СВІТУ

Д. Пшеничний

хищає така норма фундаментальні принципи права або універсальні та загальновизнані права сторін? Який вплив буде мати застосування імперативної норми на певні елементи договірних правовідносин? Яку юридичну силу має імперативна норма? Наприклад, недотримання такої імперативної норми призводить до недійсності чи часткової недійсності правовідносин, або вона (імперативна норма) забезпечує баланс інтересів у певних видах правовідносин, як-то: правовідносини між роботодавцем і працівником, виробником та споживачем тощо). На другому етапі правового аналізу, арбітр має надати диференціальну оцінку змісту кожної імперативної норми, яка підлягає застосуванню (*rule-of-reason test*) на предмет наслідків її застосування або незастосування до конкретних правовідносин [16].

У сучасному МПрП виділяють два способи застосування імперативних норм третьої країни: пряме застосування (*Sonderanknupfungstheorie*) та непряме застосування (*Schuldstatuttheorie*).

Доктрина непрямого застосування імперативних норм іноземної держави традиційно використовується більшістю європейських країн, серед яких слід виділити Англію, Швейцарію, Німеччину, Францію. Відповідно до цього підходу суд бере до уваги імперативні норми третьої країни як колізійний фактор у межах процесу застосування *lex causae*. Слід підкреслити, що в такому випадку іноземне право застосовується опосередковано під егідою та через правові концепції *lex causae*. Приклади такого способу застосування імперативних норм третьої країни можна знайти в більшості правових систем Європи.

Наприклад, в Німеччині склалася така судова практика: Верховний Суд Німеччини визнав незаконним договір страхування предметів мистецтва, що були пошкоджені під час перевезення із Нігерії до Гамбурга [17]. Попри те, що договір регулювався німецьким правом, суд опосередковано застосував імперативні норми права Нігерії, які забороняють експорт культурних пам'яток, оголосивши, що договір є недійсним внаслідок того, що суперечить моральним засадам та порядку, прийнятих у Німеччині. В свою чергу, моральні засади Німецького права не дозволяють визнавати та виконувати договори, які є незаконними в силу норм права дружньої держави.

В Англії у справі *Regazzoni v. K. Sethia* (1958) суд відмовився винести рішення про примусове виконання договору, оскільки це несумісне з англійським публічним порядком, який забороняє виконувати договір, якщо його виконання у *locus solutionis* визнається незаконним у відповідності до права дружньої держави.

Підсумовуючи викладене, можна дійти висновку, що основною рисою такого способу застосування імперативних норм є те, що суд не застосовує норми іноземної держави у своїй країні, проте, використовує власний нормативний арсенал у вигляді існуючого механізму публічного порядку з метою урахування інтересу третьої держави, а точніше тієї правової політики, яка прихована за її імперативною нормою. В силу такого опосередкованого застосування держава зберігає добрі стосунки з іноземною державою, право якої містить імперативні норми, надаючи можливість через власне застереження про публічний порядок, по



суті, транслювати правову політику третьої іноземної держави на спірні правовідносини. Отже, застосування іноземних імперативних норм відбувається під егідою національного права. Водночас у непрямого способу застосування є одна суттєва вада, на яку вказують більшість арбітрів та спеціалістів з МПрП. Для застосування імперативної норми іноземного права необхідно, щоб право країни суду або право країни, що підлягає застосуванню, допускало їх застосування, тобто містило такі правові конструкції, як: публічний порядок, аморальність, незаконність або неможливість виконання, через призму яких застосовується імперативне право третьої країни. Як пише Н. Возер, вказані конструкції впливають на застосування іноземного імперативного права настільки, наскільки вони надають можливість розглядати імперативні норми у межах існуючого права, що підлягає застосовуванню. Іншими словами, національні конструкції повинні передбачати неможливість виконання, протиріччя моралі, незаконність іноземних імперативних норм.

Пряме застосування імперативних норм третьої держави означає, що суд безпосередньо застосовує норми іноземного права. Цей спосіб походить від концепції спеціального зв'язку. Спосіб прямого застосуван-

ня був уперше використаний Верховним судом Нідерландів у справі *Alnati* (1966р.), коли суд, незважаючи на вибір сторонами права, яке підлягало застосуванню, визнав, що договір більш тісно пов'язаний з правом Бельгії та застосував до питань, пов'язаних із коносаментом, норми бельгійського права, що є імперативними за своїм характером.

В ст. 14 (2) Закону України "Про МПрП" передбачена можливість застосовування імперативних норм іноземного права українськими судами, за умов наявності тісного зв'язку та позитивних результатів функціонального аналізу імперативних норм (їх характеру та призначення). Слід звернути увагу на те, що український закон, як і Римська конвенція, надає дискреційне право судді брати до уваги або відкидати дію імперативних норм третьої країни. Відтак, український суддя не пов'язаний обов'язком застосовувати такі норми. Зважаючи на таке, механізм застосування імперативних норм називають "делікатним завданням" судді, оскільки суд повинен не тільки обґрунтувати неможливість застосування права, яке підлягає застосуванню, але й продемонструвати бездоганне знання іноземного права. ♦

Список використаних джерел:

1. Lipstein K., *Inherent Limitation in the Statutes and the Conflict of Laws // International and Comparative Law Quarterly* vol. 26 (1977), pp. 898.
2. Wengler W., "Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht // 54 Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft" 168, 181 (1941), цит за: P.Hay, *Comments on "Self-Limited Rules of Law" in Conflicts Methodology // Supplement to American Journal of Comparative Law* vol. 30, 1982, pp. 133



ДОСВІД КРАЇН СВІТУ

3. Lando O., *The Substantive Rules in the Conflict of Laws Comparative Comments from the Law of Contracts* // *Texas International Law Journal*, vol. 11, 1976, pp. 519.
4. Guzman A., *Arbitrator Liability: Reconciling Arbitration and Mandatory Rules* // *Duke Law Journal*, 2000, pp. 1279.
5. Guedj T.G., *The Theory of the Lois de Police, a Functional Trend in Continental Private International Law: A Comparative Analysis with Modern American theories* // *American Journal of Comparative Law* No. 39, 1991, pp. 671.
6. Lando O., *The Substantive Rules in the Conflict of Laws Comparative Comments from the Law of Contracts* // *Texas International Law Journal*, vol. 11, 1976, pp. 522.
7. Philip A., *Mandatory Rules, Public Laws and Choice of law in Contract Conflicts (1982)* // pp. 2.
8. Vischer F., *Antoganism in the Field of Contracts* // *Recueil des Cours* 1974 II, pp. 23.
9. Кисіль В.І., *Міжнародне приватне право: питання кодифікації*, — К. 2000р.
10. Reese W.L.M., *Depacage: A Common Phenomenon in Choice of Law* // *Columbian Law Review* 58 (1973).
11. Voser N., *Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration* // *1996 American Review of International Law* No. 7 (1996), pp. 346.
12. *Comment Article 7(1) of the European Contracts Convention: Codifying the Practice of Applying Foreign Mandatory Rules* // *Harvard Law Review*, No 114, 2000-2001, pp. 2475.
13. Nygh P., *Autonomy in International Contracts* (Oxford, Clarendon Press 1999), pp. 203.
14. Hartley T.C., *Mandatory Rules in International Contracts: The Common Law Approach* // *Recueil des Cours* (1997), pp. 346.
15. Vischer F., *The General Course on Private International Law* // *Recueil des Cours* 21, 1992 V, pp. 62.
16. Voser N., *Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration* // *The American Review of International Arbitration* No. 7, 1996, pp. 2.
17. Blessing M., *Introduction to arbitration Swiss and International Perspectives*, (Swiss Commercial Law Series volume 10, 1999) pp. 267.
18. *Comment Article 7(1) of the European Contracts Convention: Codifying the Practice of Applying Foreign Mandatory Rules* // *Harvard Law Review*, No. 114, 2000-2001, pp. 2474.



АВТОРСКИЙ ДОГОВОР КАК ОСНОВАНИЕ ВОЗНИКНОВЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

Айжан Амангельды,

докторант НИИ частного права Казахского гуманитарно-юридического университета, кандидат юридических наук

В Гражданском кодексе Республики Казахстан (ГК РК) одним из оснований возникновения обязательств назван договор. Авторский договор, как и другие виды гражданско-правовых договоров, является источником обязательств и подпадает под действие норм подраздела 1 раздела 3 К РК посвященного общим положениям об обязательствах.

Обязательственное право является наиболее крупной подотраслью гражданского права и понимается как совокупность норм права, которые регулируют отношения, связанные с переходом имущественных благ или прав от одних лиц к другим, а также с использованием нематериальных благ в товарном обороте. Данные отношения возникают в связи и по поводу: передачи имущества в собственность или другое вещное право; выполнения работ; оказания услуг; совместной деятельности, либо односторонних действий; вследствие причинения вреда и безосновательного обогащения. Кроме того, обязательственные отношения возникают в связи с реализацией результатов творческой деятельности, а также прав на эти результаты.

Сущность обязательства, как указывал Г.Ф. Шершеневич, "заключается в имущественном интересе, соединенном с обязательственными отношениями" [1]. Специфика

ка обязательства, как гражданского правоотношения, заключается в следующем:

1. Обязательства опосредуют процесс перемещения имущества или иных результатов труда, также носящих имущественный характер [2].
2. Обязательственные правоотношения устанавливаются с каким-либо конкретным субъектом и, следовательно, носят относительный характер.
3. Обязательства призваны к определенным активным положительным действиям. Например, пассивная обязанность автора воздерживаться от использования произведения, оговоренными в договоре способами, является следствием уже ранее совершенного им положительного действия по передаче исключительных прав. Данный пример демонстрирует случай, когда пассивная функция выступает в качестве результата или дополнения к положительным действиям субъектов обязательственных отношений. В этом заключается специфика обязательств с точки зрения их юридического объекта.
4. Решающее значение для юридического содержания обязательств имеет предоставленная управомоченному лицу возмож-



ДОГОВІРНЕ ПРАВО

ность требовать определенного поведения от обязанного лица. Именно поэтому в обязательственных правоотношениях субъективное право именуется правом требования, а обязанность именуется долгом; управомоченный — кредитором, а обязанный — должником.

Определение обязательства дано в ГК РК: "В силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как-то: передать имущество, выполнить работу, уплатить деньги и т.п., либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанностей".

В некоторых обязательствах один из участников становится только кредитором, а другой — только должником (например, в обязательствах по возмещению вреда). В обязательствах по передаче авторских прав, как и в подавляющем большинстве обязательственных правоотношений, каждый из участников выступает одновременно и в качестве кредитора, и в качестве должника. Сущностью такого двустороннего или взаимного договора М.М. Агарков называет взаимную обусловленность встречных обязанностей сторон [3]. В таких обязательствах важно установить, в отношении какого именно объекта данное лицо следует считать кредитором или должником, чтобы не ошибиться в применении норм закона. О.С. Иоффе отмечает, что если оба участника обязательства выступают в качестве кредиторов и должников одновременно, "налицо два юридических объекта — действия каждого участника, совершаемые им при выполнении функции должника" [4]. Объек-

тами обязательственных правоотношений, исходя из авторского договора, можно признать право требования по передаче авторских правомочий, указанных в договоре (для пользователя), и право требования по оплате авторского вознаграждения в соответствии с условиями договора (для автора). Следует согласиться с И.Б. Новицким, который признавал объект одним из элементов обязательственного правоотношения, как и любого другого отношения. Утверждая свою точку зрения, он рассуждал следующим образом: "Правоотношение есть социальное (общественное) отношение, урегулированное нормами права. А всякое общественное отношение есть отношение между лицами... вместе с тем всегда по поводу чего-то такого, что соответствует интересу управомоченного лица и на что направлено его право. В действительной жизни безобъективных правоотношений не бывает" [5].

Однако об объекте говорили и в другом смысле: объектом называли то, на что направлено поведение пассивного субъекта, к которому его обязывает правоотношение. Например, вещь в договоре купли-продажи (то есть предмет обязательства) называли также объектом права [6].

Юридическое содержание обязательств по передаче авторских прав, как и других гражданско-правовых обязательств, составляют правомочия и обязанности его субъектов, выраженные в определенной форме (в форме права требования и в форме долга соответственно). Кроме того, можно говорить о материальном содержании обязательств согласно авторскому договору: имущественных отношениях по поводу использования произведения, на регулиро-

ДОГОВІРНЕ ПРАВО



вание которых направлено обязательственное право. По мнению Иоффе, юридическая сила неимущественных правоотношений, а "значит, и самое существование всецело зависят от имущественного обеспечения (в форме неустойки или возможности взыскания убытков). Если бы его не было, не образовывалось бы имущественное отношение и потому не возникло бы обязательство" [7].

Обязательства по передаче авторских прав могут быть систематизированы по самым разнообразным классификационным основаниям. С.И. Асканазий проводил классификацию обязательств с учетом главным образом их экономических особенностей — "по содержанию и характеру взаимного хозяйственного обслуживания вступающих в договорные отношения контрагентов. Хозяйственное обслуживание участников товарного оборота может выразиться: 1) в передаче имущества (товаров) одними хозяйственными единицами другим в собственность; 2) в использовании одними хозяйственными единицами имущества, денежных средств или работ других; и 3) в совместной хозяйственной деятельности нескольких хозяйственных единиц" [8]. Очевидно, обязательства из авторского договора могут быть отнесены ко второй группе отношений, поскольку хозяйственное обслуживание участников, в данном случае, заключается в осуществлении одной стороной договора правомочий имущественного характера, принадлежащих другой стороне, в использовании результатов творческой деятельности.

М.М. Агарков предлагал классифицировать обязательства по видам действий, составляющих содержа-

ние обязательств, выделяя обязательства направленные на:

- 1) передачу вещи должником в собственность кредитору;
- 2) предоставление должником в пользование кредитору индивидуально-определенной вещи;
- 3) передачу должником кредитору вещного права, кроме права собственности, либо на передачу обязательственного права собственности, либо на передачу обязательственного права требования;
- 4) совершение какой-либо работы либо оказание услуги [9].

Представляется, что обязательства по авторскому договору не могут быть отнесены ни к одной из указанных групп и в этом заключается недостаток данной классификации. Причисление их к первой группе обязательств противоречило бы существу отношений между автором и пользователем по поводу использования произведения, поскольку здесь речь идет о передаче вещи, а не имущественных прав в собственность, а не во временное пользование, как в авторском договоре. Во втором случае объектом является индивидуально-определенная вещь, которая, на наш взгляд, не может быть приравнена к имущественным правам. В третьей группе также говорится об обязательствах на передачу вещных прав, которые нельзя отождествлять с имущественными правами. В популярном юридическом энциклопедическом словаре вещное право определяется так: "...субъективное гражданское право, объектом которого являются материальные вещи, принадлежащие лицу на праве собственности" [10]. Там же имущественные права трактуются как "субъективные права, связан-



ДОГОВІРНЕ ПРАВО

ные с владением, пользованием и распоряжением имуществом, а также с теми материальными (имущественными) требованиями, которые возникают между участниками экономического оборота по поводу этого имущества" [11]. В частности, авторы словаря относят к числу имущественных прав права авторов на вознаграждение (гонорар) за созданные ими произведения (результаты их творческого труда).

О.С. Иоффе предложил использовать комбинированный классификационный критерий, соединяющий экономические и соответствующие юридические признаки. В результате была построена следующая система: "1) обязательства по возмездной реализации имущества (купля-продажа, поставка, контрактация, мена, пожизненное содержание); 2) обязательства по возмездной передаче имущества в пользование (наем); 3) обязательства по безвозмездной передаче имущества в собственность или в пользование (дарение, ссуда); 4) обязательства по производству работ (подряд); 5) обязательства по оказанию услуг (поручение, комиссия, хранение, экспедиция); 6) обязательства по перевозкам; 7) обязательства по кредиту и расчетам (заем и др.); 8) обязательства по страхованию; 9) обязательства по совместной деятельности; 10) обязательства по односторонним правомерным действиям (награда, ведение дел без поручения); 11) охранительные обязательства" [12]. Хотя данная классификация и не содержит обязательств по передаче имущественных прав, наиболее близкими по юридическим признакам являются обязательства по возмездной передаче имущества в пользование.

Функциональная роль обязательств, возникающих из авторского договора, заключается в регулировании имущественных и связанных с ними личных неимущественных отношений в их нормальном состоянии, когда "его участники не отклоняются от предусмотренного нормой варианта поведения" [13], а также в охране прав и интересов сторон в случаях, когда не исполняется обязанность и тем самым ущемляется право кредитора.

Рассматривая особенности правопреемства по авторскому договору, мы обращали внимание на его специфический характер и относительную самостоятельность среди других гражданско-правовых договоров. Вместе с тем, никто из специалистов не сомневается в гражданско-правовом характере авторского договора. Законодательное урегулирование не бывает беспроblemным и в этом смысле законодательство в сфере авторского права не является исключением. В целях защиты прав и осуществления правосудия ст. 5 ГК РК допускает применение институтов аналогии закона (п. 2 ст. 5) и аналогии права (п. 2 ст. 5). Исходя из содержания п. 1 ст. 5 ГК РК, аналогия закона допускается при наличии трех условий:

- а) отношение не урегулировано законодательством, соглашением сторон и по этому вопросу нет обычая делового оборота;
- б) существует законодательство, регулирующее сходные отношения;
- в) такое законодательство не противоречит существу отношений, к которым оно применяется.

Таким образом, нам необходимо выяснить, допустимы ли применение по аналогии закона специальных

ДОГОВІРНЕ ПРАВО



норм ГК РК, посвященных отдельным видам договоров? Если да, то нормы каких гражданско-правовых договоров регулируют сходные отношения, и не противоречат ли они существу отношений между автором и пользователем по поводу использования произведения? Для этого необходимо обратиться к положениям отдельных видов договоров и сравнить их с положениями законодательства об авторском праве, а также осуществить сравнительно-правовой анализ юридической природы рассматриваемых договоров.

Ряд специалистов, занимавшихся исследованием лицензионных договоров, указывали на допустимость применения к таким договорам правил о купле-продаже по аналогии закона [14]. М.А. Мирошникова в своей работе настаивает на возможности субсидиарного (при отсутствии специальных норм) применения правил о купле-продаже к договорам о передаче имущественных авторских прав [15]. При этом она полагает, что применение указанных правил должно происходить не по аналогии закона, а напрямую, на основании п. 4 ст. 454 ГК РФ (п. 4 ст. 406 ГК РК). Эта норма устанавливает, что к продаже имущественных прав применяются, если иное не вытекает из их содержания или характера, общие положения о купле-продаже.

В ГК РК сохранено традиционное определение договора купли-продажи, выражающее его неизменную суть: продавец обязуется передать товар в собственность покупателя, а последний обязуется принять товар и уплатить за него определенную цену. Таким образом, первым различием между рассматриваемыми видами гражданско-правовых догово-

ров является предмет договора. По авторскому договору передаются имущественные права на произведение, а по договору купли-продажи - товар. Однако, рассматриваемое выше предписание закона (п. 4 ст. 454 ГК РФ, п. 4 ст. 406 ГК РК), не означает, что имущественные права согласно ГК признаются товаром [16].

Предмет договора относится к существенным условиям, как для договоров купли-продажи, так и для авторских договоров. Если проводить классификацию этих двух видов договоров, мы также обнаружим больше сходств, чем различий:

1. В зависимости от характера распределения прав и обязанностей между участниками оба договора являются взаимными;
2. В зависимости от опосредуемого договором характера перемещения материальных благ, сравниваемые договоры являются возмездными. Однако необходимо учитывать, что по общему правилу цена товара (в отличие от размера вознаграждения по авторскому договору) не относится к числу существенных условий, при отсутствии которых договор купли-продажи не считается заключенным;
3. Оба договора являются консенсуальными (то есть для заключения и вступления их в действие достаточно согласия сторон);
4. Кроме того, в указанных договорах обязательно присутствует явная связь с их основанием, и, можно говорить, что действительность сделки ставится в зависимость от наличия этого основания. В связи с этой характерной особенностью данные договоры относят к каузальным (от лат. *causa* — основание).



ДОГОВІРНЕ ПРАВО

Вместе с тем, для применения п. 4 ст. 406 ГК РК к договорным отношениям между автором (его правопреемником) и пользователем по поводу использования произведения, а также для применения общих положений о купле-продаже к указанным отношениям на основании аналогии закона, необходимо учитывать содержание и характер передаваемых прав. Так, М.Г. Розенберг отмечает, что положения § 1 гл. 30 ГК РФ (§ 1 гл. 25 ГК РК), безусловно, применимы к договорам об уступке патентов на все виды интеллектуальной собственности в той мере, в какой иное не вытекает из содержания и характера соответствующего права. Однако лицензионные договоры в отношении интеллектуальной собственности являются сделками не на продажу прав, а на их использование с сохранением самого права у лицензиара. Соответственно к ним неприменимы, в качестве норм прямого действия, общие положения о купле-продаже [17].

Как отмечалось выше, М.А. Мирошникова придерживается иной точки зрения. В обоснование своей позиции она приводит ряд аргументов. В частности, исследователь обращает внимание на четыре отличительных признака купли-продажи. Традиционно к их числу относят: признак направленности на перенесение права собственности, бесповоротность уступки прав на имущество, возмездность и уплату покупной стоимости [18]. М.А. Мирошникова ставит под сомнение обязательность первого признака, высказываясь "в пользу широкого определения купли-продажи как общего родового понятия сделки, направленной на возмездное отчуждение продавцом имущественных прав в пользу поку-

пателя за определенную покупную цену в виде денежной суммы" [19]. Еще классическое римское право признавало объектом купли-продажи не только телесную, но и бестелесную вещь (*res incorporales*), например "право требования" [20]. Эта точка зрения (в соответствии с которой юридическая цель договора купли-продажи не сводится к перенесению права собственности, а расширяется, включая в себя имущественные права) подтверждается новеллой п. 4 ст. 406 ГК РК. Следует особо подчеркнуть, что речь идет о прямом применении общих положений о купле-продаже к случаям отчуждения, уступки имущественных прав, а не к случаям передачи прав на использование.

Помимо указанного выше признака, автор ставит под сомнение бесповоротность перехода прав, как определяющего признака купли-продажи. В подтверждение своих слов М.А. Мирошникова ссылается на широкое распространение так называемой фидуциарной купли-продажи или фидуции. Автор акцентирует наше внимание на "возможности употребления *mancipatio* в целях *fiducio*, то есть возможности передачи вещи в собственность с возложением на правоприобретателя обязанности вернуть вещь манципату при наступлении известных условий (*pactum fiduciae*)" [21], закрепленной еще Законами XII Таблиц. Другими словами, высказывается точка зрения о допустимости заключения договора купли-продажи на определенный срок. На наш взгляд, данная конструкция не оправдана с точки зрения практики и проблематична для теории, поскольку возвращает нас к вопросу о разграничении договоров найма (*locatio-conductio*) и

ДОГОВІРНЕ ПРАВО



купли-продажи (*emptio-venditio*), который рассматривался еще в Институтях Гая. Если мы отказываемся и от признака бесповоротности перехода права, свойственного лишь договорам купли-продажи, то различие между этими двумя видами договоров вовсе исчезает. Другие два признака не позволяют провести разграничение, так как возмездность и уплата определенной цены или определенного вознаграждения предполагается как для одного, так и для другого договора. Тем не менее, несмотря на "некоторую близость, родство" (Институции Гая 3.145), "грань между этими двумя видами консенсуальных контрактов достаточно отчетлива: по договору купли-продажи покупателю предоставляется постоянное обладание вещью (*habere lincere*); договор найма имеет целью предоставление вещи или услуг во временное пользование за определенное вознаграждение, исчисляемое пропорционально времени пользования, а договор найма работы имеет свое специфическое содержание" [22]. Отсутствие признака бесповоротности перехода права в договорных отношениях между автором (его правопреемником) и пользователем делает невозможным применение п. 4 ст. 406 ГК РК к таким договорам.

В литературе высказывалась также точка зрения, согласно которой к авторским договорам могут применяться общие положения об аренде [23].

Действительно, арендные договоры имеют еще больше сходных черт с авторским договором, чем договоры купли-продажи.

Итак, в гражданском праве, наряду с обязательствами по отчуждению имущества, существует ряд

обязательств по передаче имущества во временное пользование. Они юридически оформляют особую, самостоятельную группу экономических отношений товарообмена, в рамках которых хозяйственные или другие потребности их участников удовлетворяются за счет временного перехода к ним соответствующих материальных благ. Предметом таких отношений, прежде всего, становится имущество, которое в данный момент не нужно самому собственнику, но может потребоваться ему в будущем. Отдавая такое имущество во временное пользование другому лицу, собственник сохраняет его в хозяйственном (экономическом) обороте, получая соответствующую выгоду (доход). Содержание обязательств по передаче имущества во временное пользование складывается из взаимных прав и обязанностей сторон: по передаче имущества владельцем пользователю, по возврату пользователем имущества владельцу, по поддержанию этого имущества в надлежащем состоянии, а также по оплате его использования.

Договор аренды — это наиболее распространенные договоры обязательств по передаче имущества в пользование. По договору аренды (имущественного найма) арендодатель (наймодатель) обязуется предоставить арендатору (нанимателю) имущество за плату во временное владение и пользование или во временное пользование. При этом плоды, продукция и доходы, полученные арендатором в результате использования арендованного имущества в соответствии с договором, являются его собственностью. Данное положение корреспондирует норме, устанавливающей общее правило о принадлежности поступлений, полу-



ДОГОВІРНЕ ПРАВО

ченных в результате использования имущества каким-либо лицом (не собственником), лицу, использующему имущество на законном основании. Также как и договоры о передаче авторских прав, и договоры купли-продажи, рассмотренные выше, договоры аренды являются консенсуальными, взаимными и возмездными.

Авторские договоры с договорами аренды "роднит" цель их заключения. В первом случае цель договора заключается в обеспечении временной передачи имущественных авторских прав для использования произведения. Цель договора аренды — обеспечить передачу имущества во временное пользование. Автор, как правило, заинтересован в распространении произведения, в доведении его до максимально широкого круга лиц. Наряду с этим, он преследует цель извлечения прибыли из передачи прав по договору (получения вознаграждения от использования произведения). Пользователь заинтересован в приобретении имущественных прав с тем, чтобы иметь возможность на законных основаниях использовать произведение, получать доход от такого использования. У арендодателя отсутствует нематериальный интерес, что обусловлено объектом договора, вместе с тем, он также стремится получить прибыль из передачи имущества во временное пользование другому лицу. Арендатор, как правило, нуждается в имуществе временно или не имеет возможности приобрести его в собственность. Ему принадлежит право пользования арендованным имуществом, то есть извлечение из вещи ее полезных свойств без изменения субстанции вещи, в том числе приобретение результатов и доходов.

Сближает эти договоры и временный характер правоприобретения. В случае с арендным договором, имущество (товар) передается во временное пользование. Закон об авторском праве (ЗоАП) РК устанавливает, какие условия должен содержать авторский договор. К их числу относится срок, на который передается право. Вместе с тем отсутствие в авторском договоре условия о сроке не ведет к недействительности договора. Отсутствие соглашения сторон о сроке также не влечет недействительности договора аренды (в случае, если срок не отнесен к существенным условиям специальными нормами).

Условие о размере арендной платы в отличие от условия о размере авторского вознаграждения, не отнесено законодателем к числу существенных условий, что вызывает критические замечания ряда специалистов [24].

В отличие от правомочия пользования, которое переходит к арендатору по арендному договору, в ЗоАП РК используется термин "права на использование произведения". Название правомочий (правомочие пользования и правомочие использования) связано с материальным и нематериальным характером объектов соответственно. Как справедливо отмечал В.А. Дозорцев, эти правомочия отличаются не только наименованием. "По своим натуральным свойствам нематериальный объект может быть использован одновременно неограниченным кругом лиц" [25], а "в рамках договора аренды один и тот же предмет не может быть передан одновременно разным лицам, полностью независимым друг от друга" [26]. Таким образом, основное различие заключается в

ДОГОВІРНЕ ПРАВО



объектах договора, а также в соответствующих правовых режимах.

Помимо рассмотренного выше правомочия пользования, к классической триаде правомочий собственности также относятся правомочия владения и распоряжения. В.А. Дозорцев указывал на тот факт, что правомочия владения, как физического обладания материальной вещью, в отношении интеллектуальных прав нет и быть не может. Третье же правомочие — распоряжение — хотя и совпадает по звучанию, но имеет другое, по его словам, более богатое содержание. "Правообладатель может не только передать свое право другому лицу, но и предоставить аналогичное право использования весьма широкому кругу лиц одновременно, оставаясь в то же время правообладателем" [27].

Исходя из указанных особенностей, мы можем лишь условно говорить об отношениях собственности или о титуле собственника применительно к исключительным правам. Тем не менее, можно констатировать, что объем прав пользователя всегда уже объема прав первоначального владельца до распоряжения этими правами, что автор не теряет связи с судьбой своего произведения, не может отказаться от прав на произведение, уступить их другому лицу, а лишь может временно передать их для использования. В этом и заключается основное сходство между договорами о передаче авторских прав и арендными договорами. Близость целей указанных видов гражданско-правовых договоров, характера взаимоотношений сторон позволяет нам говорить о возможности применения к авторским договорам в первую очередь норм "Общие положения об аренде", а не "Общие

положения о купле-продаже" по аналогии закона (п. 1 ст. 5 ГК РК). По сути, с известной долей условности, авторский договор можно трактовать как договор аренды авторских прав на произведение.

Какие именно статьи § 1 главы 29 ГК РК могут быть применены в отношении авторских договоров? Анализ ГК РК в части, посвященной общим положениям об аренде, позволяет говорить о возможности применения следующих положений:

1. Статья 549 ГК РК гарантирует права третьих лиц на сдаваемое в аренду имущество, которыми они обладают в силу договора или закона. Сдача имущества в аренду не прекращает и не изменяет этих прав. Арендодатель при заключении договора обязан предупредить арендатора о всех правах третьих лиц на сдаваемое имущество. Если это указание закона не будет выполнено, арендатор получает право требовать уменьшения арендной платы либо расторжения договора и возмещения убытков. Аналогичной, на наш взгляд, является ситуация, когда авторские права, передаваемые на основании исключительной лицензии, обременены заключенным ранее договором о передаче неисключительных прав.
2. Статья 559 ГК РК содержит общее правило, согласно которому изменение сторон договора аренды не является основанием для изменения или расторжения договора аренды. Данное правило направлено на защиту прав добросовестного арендатора (его наследников). Исключением из этого правила является лишь случай, когда законом



ДОГОВІРНЕ ПРАВО

А. Амангельды

или договором аренды недвижимого имущества было предусмотрено, что при смерти гражданина, арендующего недвижимое имущество, договор аренды прекращается. Арендодатель не вправе отказать наследнику во вступлении в договор на оставшийся срок его действия, кроме случаев, когда заключение договора было обусловлено личными качествами арендатора. Представляется, что общее правило указанной статьи, может быть распространено и на отношения между автором и пользователем. Было бы несправедливо лишить возможности приобретения прав по авторскому договору наследника добросовестного пользователя.

3. Статья 556 ГК РК устанавливает основания досрочного расторжения договора аренды по требованию арендодателя. К авторскому договору может быть применено лишь одно основание — п. 2 статьи 556 ГК РК (арендатор более двух раз подряд по истечении установленного договором срока платежа не вносит арендную плату). Остальные случаи связаны с особенностями предмета договора аренды (имущество). Таким образом, если арендодателю (автору) не удалось получить арендную плату (авторское вознаграждение) с использованием мер, предусмотренных ГК РК, то он (арендодатель или автор) может использовать крайнюю меру — досрочно расторгнуть договор на основании указанной нормы закона. При этом право арендодателя (автора) требовать досрочного расторжения договора возникает только после

письменного предупреждения арендатора о необходимости исполнить свои обязательства в разумный срок. В противном случае суд может отказать в принятии иска к рассмотрению.

4. Договоры аренды имущества (особенно недвижимого), также, как и авторские договоры, по истечении срока нередко возобновляются. В ст. 557 ГК РК закреплено преимущественное право арендатора на заключение договора аренды на новый срок и порядок реализации этого права.

Представляется, что данное право может быть реализовано и в отношениях авторов с пользователями.

Авторский договор заказа представляет собой одну из разновидностей авторских договоров, то есть условия этого договора не могут противоречить общим условиям авторского договора. Вместе с тем авторский договор заказа обладает своими специфическими чертами, которые связаны с тем, что на момент заключения договора произведение еще не создано автором. Следует согласиться с мнением Э.П. Гаврилова, который подчеркивает следующее: "поскольку в договорах заказа заказчик оплачивает автору работу по созданию произведения, к авторским договорам заказа применяются некоторые общие гражданско-правовые нормы, относящиеся к договорам подрядного типа" [28]. Попытаемся проанализировать возможность применения общих правил о подряде...

ГК РК определяет подряд как таковой договор, в силу которого одна сторона (подрядчик) обязуется выполнить по заданию другой стороны (заказчика) определенную работу и

ДОГОВІРНЕ ПРАВО



сдать ее результат заказчику, а заказчик обязуется принять результат работы и оплатить его.

В отличие от обязательств по передаче имущества, рассмотренных выше (договоры купли-продажи, договоры аренды), обязательства подряда тина регулируют экономические отношения по оказанию услуг. Иными словами, подряд относится к таким обязательствам, в которых должник обязуется не что-либо дать, а что-либо сделать, т.е. выполнить определенную работу. Выполнение работы подрядчиком направлено на достижение определенного результата, например, изготовление вещи, осуществление ее ремонта, улучшение или изменение ее потребительских свойств или получение какого-то иного результата, имеющего конкретное вещественное и обособленное от исполнителя выражение. Последнее объясняется тем, что результат работы подрядчик обязан передать заказчику.

Можно выделить следующие конститутивные признаки обязательства, устанавливаемого договором подряда:

1. Подрядчик выполняет работу по заданию заказчика с целью удовлетворения тех или иных индивидуальных запросов и требований заказчика.
2. Подрядчик обязуется выполнить определенную работу, результатом которой является создание новой вещи либо изменение, восстановление, улучшение уже существующей вещи.
3. Подрядчик самостоятелен в выборе средств и способов достижения обусловленного договором результата.
4. Вещь, созданная по договору подряда, принадлежит на пра-

ве собственности подрядчику до момента принятия выполненной работы заказчиком;

5. Подрядчик обязуется выполнять работу на свой риск, т.е. он выполняет работу за свой счет и может получить вознаграждение только в том случае, если в ходе выполнения работы он достигает оговоренного договором результата;
6. Подрядчик выполняет работу за вознаграждение, право на получение которого у него возникает после выполнения и сдачи, как правило, всей работы заказчику, кроме случаев, установленных законом или договором.

Отмеченные признаки определяют характеристику договора подряда как консенсуального, возмездного и взаимного.

Можно увидеть много общего между авторским договором заказа и договором подряда, если определить предмет этих договоров. По мнению Е.А. Суханова, единственным существенным условием договора подряда является его предмет, как и в подавляющем большинстве возмездных гражданско-правовых договоров [29].

Из анализа ГК РК следует, что предметом договора подряда является как сама работа (изготовление вещи, ее переработка или обработка, иные виды работ), так и ее овеществленный результат. Таким образом, можно говорить о сложном характере предмета этого обязательства. Здесь специфика предмета в том, что пока выполняются работы, еще нет результата, во всяком случае, в его окончательном, завершенном виде; а как только появляется результат, сами работы уже завершены [30]. О.Н. Садиков говорит о таких особеннос-



ДОГОВІРНЕ ПРАВО

тях предмета: "работа и ее результат (объект) в договоре подряда обычно обособлены во времени (сначала выполняется работа, а затем возникает ее результат), однако они тесно связаны и образуют единство". Первичным и решающим, по его мнению, является все же работа, что и выражено в терминологии ГК: о работе говорится во всех случаях, а результат часто не называется [31].

Предметом авторского договора заказа является результат определенной творческой деятельности. Однако также как и в договоре подряда, сначала выполняется работа, а затем возникает результат. Нельзя достичь результата без осуществления определенных действий. Исходя из этого, работа по созданию произведения тоже является составляющей предмета договора. Более того, поскольку авторский договор заказа относится, прежде всего, к авторским договорам, его предметом будут и имущественные права на произведение. Если предположить, что для передачи авторских прав необходимо заключение дополнительного договора после создания произведения, то исчезают основания для того, чтобы называть авторский договор заказа "авторским". Такой договор превращается в договор подряда на создание произведения. В настоящей статье мы исходим из того, что законодатель определил данный договор именно как "авторский договор заказа" и, тем самым, распространил на него действие статей ЗоАП РК.

Выше уже рассматривались два основных типа авторских договоров: договоры о передаче исключительных прав и договоры о передаче неисключительных прав. Иногда отдельно выделяют т.н. "полные ли-

цензии". При заключении такого рода договоров права осуществлять определенный вид использования произведения на срок действия договора лишается и сам автор [32]. Между тем, согласно ЗоАП РК "авторский договор о передаче исключительных прав разрешает использование произведения определенным способом и в установленных договором пределах только лицу, которому эти права передаются...", поэтому вряд ли целесообразно особо выделять "полную лицензию". По соглашению сторон продавец может оставить за собой часть исключительных прав или отдельного исключительного правомочия, либо предусмотреть возможность использования (автором) произведения на неисключительной основе. Однако при отсутствии подобных ограничений прав лицензиата исключительный характер передаваемых прав будет означать "полную лицензию" [32].

Кроме разграничения договоров по характеру передаваемых прав (исключительная лицензия, неисключительная лицензия, полная лицензия) существуют и другие основания для классификации. При этом самые разные классификации не исключают друг друга, если их основания не надуманы и не произвольны, а объективны и существенны. Так, авторские договоры могут разделяться в зависимости от того, является ли предметом авторского договора уже готовое произведение или произведение, которое еще предстоит создать автору.

Действующее законодательство об авторском праве в отличие от законодательства, действовавшего в советский период, не содержит классификации авторских договоров. Вместе с тем многие специалисты настаивают

ДОГОВІРНЕ ПРАВО



на необходимости законодательного закрепления основных видов авторских договоров. Встречается классификация авторских договоров в зависимости от вида произведения: "авторские договоры на создание и использование литературных, музыкальных, аудиовизуальных, архитектурных и других произведений" [33]. Многие исследователи подразделяют авторские договоры в зависимости от способа использования...

Основываясь на положениях ГК СССР 1963 года, Е.А. Суханов выделял следующие виды договоров: "Авторский договор об издании произведения; авторский договор о публичном исполнении произведения; авторский договор об использовании произведения в кинематографии; авторский договор об использовании произведения на телевидении и радио; авторский договор о публичном показе произведения; авторский договор об использовании произведения декоративно-прикладного искусства и другие" [34]. В.Л. Мусияка в своей работе подробно рассматривал такие виды договора, как издательский договор, договор о депонировании рукописи, постановочный договор, сценарный договор, договор художественного заказа и договор об использовании в промышленности неопубликованного произведения декоративно-прикладного искусства [35]. Подробная характеристика отдельных видов авторских договоров также была представлена в исследованиях С.А. Чернышевой [36] и А.П. Сергеева. Вторым из названных авторов были выделены следующие виды авторских договоров: издательский договор, постановочный договор, сценарный договор, договор о депонировании рукописи, договор художественного заказа, договор об исполь-

зовании в промышленности произведения декоративно-прикладного искусства, причем названными видами авторских договоров не исчерпывается все их многообразие, подчеркивает А.П. Сергеев [37]. С.А. Чернышева отмечала, что "разнообразие договоров связано с различными характеристиками интеллектуальной деятельности. Один договор от другого отличается предметом со свойственными только ему характеристиками, особенностями прав и обязанностей" [38]. Вместе с тем можно согласиться с А.П. Сергеевым, который утверждает, что "особенности не настолько велики, чтобы требовалось рассматривать каждый вид авторского договора в отдельности. Они вполне могут быть отражены в рамках анализа элементов и содержания авторского договора в целом" [39].

Существует также авторский договор на использование произведений, заключаемый в форме лицензионного соглашения. Он используется в случае публичного исполнения, воспроизведения звукозаписи и при других видах использования произведений, имущественными правами в отношении которых управляет организация. Как справедливо отмечает профессор Э.П. Гаврилов, появление системы коллективного управления имущественными (авторскими и смежными) правами обусловлено тем, что в некоторых сферах, особенно в области публичного исполнения произведений, заключение авторских договоров со всеми авторами всех используемых произведений либо затруднено, либо практически неосуществимо. "В связи с этим стали появляться посреднические организации, которые представляли интересы всех авторов определенной категории и действовали от имени всех таких ав-



ДОГОВІРНЕ ПРАВО

торов. Эти посреднические организации не требовали от пользователей заключения отдельных договоров на использование каждого отдельного охраняемого произведения" [40].

Полномочия организации на коллективное управление имущественными правами передаются непосредственно обладателями авторских и смежных прав добровольно на основе письменных договоров. Кроме того, организация вправе заключать договоры с другими организациями, управляющими имущественными правами на коллективной основе. Организация, в частности, вправе управлять правами зарубежных правообладателей по соответствующим договорам с иностранными авторскими обществами, управляющими аналогичными правами: американскими СЕСАК, АСКАП и Би-Эм-Ай, английским — Пи-Эр-Эс, немецким — ГЕМА, польским — ЗАЙКС, шведским — СТИМ, французским — САСЕМ, японским ДЖАСРАК и многими другими... [41]. В ЗоАП РК прямо указано, что ни договоры с правообладателями, ни договоры, заключаемые с другими авторскими обществами, "не являются авторскими, и на них не распространяются положения статей ЗоАП РК об авторских договорах". Необходимо определить правовую природу указанных договоров, поскольку в ЗоАП РК она не обозначена.

Э.П. Гаврилов полагает, что эти договоры можно отнести к договорам о доверительном управлении имуществом (гл. 44 ГК РК).

Вместе с тем доверительный управляющий осуществляет правомочия собственника в отношении имущества, переданного в доверительное управление в пределах, предусмотренных законом и договором

доверительного управления. Однако право собственности, приспособленное к ограниченным в пространстве материальным вещам, в содержание которого входят три правомочия — владение, пользование и распоряжение, не подходит для нематериальных объектов (содержание, набор правомочий собственника и обладателя исключительных прав не совпадают) [42]. По всей видимости, включая в список объектов доверительного управления имущественные (исключительные) права, законодатель подразумевал возможность использования произведений всеми способами, указанными в ЗоАП РК, в интересах выгодоприобретателя (в случае коллективного управления имущественными правами — в интересах правообладателя).

Кроме того, организации, осуществляющие коллективное управление имущественными правами, не вправе осуществлять использование произведений и объектов смежных прав, полученных для управления на коллективной основе. Подобное ограничение в отношении доверительного управляющего в ГК РК не предусмотрено.

Помимо указанных выше различий указанных институтов (договоров доверительного управления и договоров, заключаемых с организациями, управляющими имущественными правами на коллективной основе), необходимо отметить следующее: сделки с переданным в доверительное управление имуществом доверительный управляющий совершает от своего имени, указывая при этом, что он действует в качестве такого управляющего, а организация, управляющая имущественными правами на коллективной основе, выдает разрешения (лицензии) на ис-

ДОГОВІРНЕ ПРАВО



пользование произведений "от имени всех обладателей авторских и смежных прав, включая и тех, которые не передали организации полномочий..."

На основании этого последнего различия можно действительно заключить, "что правовой режим договора коллективного управления имущественными правами более близок к агентскому договору как договору об оказании услуг, нежели к договору доверительного управления" [43]. Есть также основания говорить о сходстве данного договора с договором поручением, поскольку по договору коллективного управления имущественными правами организация, представляющая интересы авторов, действует от имени правообладателей. Однако в рассматриваемом случае существо договора могут составлять не только юридические, но и фактические действия, в то время, как по договору поручения поверенный должен исполнить лишь четко определенные, конкретные юридические действия. Таким образом, мы приходим к выводу, что договор коллективного управления имущественными правами можно рассматривать как разновидность агентского договора, составленного по модели договора поручения.

На основе полученных полномочий организация выдает лицензии (разрешения) на публичное исполнение обнародованных произведений, как в "живом" исполнении, так и в записи, концертным площадкам, дискотекам, театрам, филармониям, ресторанам, кафе, ночным клубам, казино, магазинам, гостиницам и другим пользователям. Лицензионные договоры, выдаваемые организацией, как и авторские договоры, которые на практике часто называ-

ют "лицензионными", не имеют никакого отношения к лицензируемым видам деятельности, установленным Законом РК "О лицензировании".

При этом, как отмечалось выше, организация вправе выдавать разрешения от имени всех обладателей авторского права, включая и тех, которые не передали организации полномочия на коллективное управление имущественными правами. Возможна ситуация, когда правообладатели, которые не передали организации никаких полномочий, не заинтересованы в использовании произведений на основе лицензий, выдаваемых этой организацией. Единственной возможностью для них остается обращение в организацию с требованием исключить свои произведения из лицензий.

В ЗоАП РК установлено, что условия лицензионных соглашений организации должны быть одинаковыми для пользователей одной категории. Следовательно, по своей юридической природе, лицензионное соглашение является договором присоединения. Условия лицензии являются стандартными для пользователей одной категории и могут быть приняты не иначе как путем присоединения к договору в целом.

Неисключительный характер передаваемых по лицензии прав означает, что разрешение на использование одного произведения могут получить сразу несколько пользователей.

Как отмечает И.А. Силонов, в понятие "условия лицензий" не входит понятие "размер гонорара". Размер гонорара, например, при проведении концерта или спектакля, определяется соглашением сторон (соглашением между организацией и пользователем), исходя из минимальных



ДОГОВІРНЕ ПРАВО

ставок, установленных Постановлением Правительства Республики Казахстан от 20 октября 2004 года № 1083 "Об утверждении минимальных ставок авторского вознаграждения за некоторые виды использования произведений", которые являются отправной точкой при ведении переговоров. Если же стороны не придут к соглашению о сумме гонорара и лицензия не будет подписана, пользователь не вправе публично исполнять произведения, относящиеся к репертуару организации [44].

Заключение лицензионного соглашения является строго обязательным, так как использование произведений без договора признается нарушением авторских прав правообладателей, за которое может наступать гражданская, уголовная и административная ответственность. В этом соглашении четко определяются разрешенные пользователю способы использования произведений; размер вознаграждения за использование, обычно устанавливаемый на уровне минимальных ставок; порядок и периодичность представления отчетности об использовании произведений; условия досрочного прекращения действия соглашения; ответственность за нарушение его условий и др. Лицензия выдается, как правило, на один год с возможностью автоматического пролонгирования ее действия на новый срок.

При этом организация, управляющая правами авторов на коллективной основе, не может отказать пользователю в выдаче лицензии без достаточных оснований, а сами условия лицензий должны быть одинаковыми для пользователей одной категории. Если пользователь

хочет получить лицензию на воспроизведение фонограммы, ему надо оформить специальную заявку на каждый альбом с указанием тиража, срока воспроизведения, вида материального носителя, репертуара и других реквизитов. Игнорирование данного требования рассматриваются в судебной практике как бездоговорное использование произведения.

При сравнении авторского договора с другими видами гражданско-правовых договоров на предмет применения по аналогии закона некоторых норм ГК РК, автором сознательно не был рассмотрен договор франчайзинга и договор простого товарищества. Данное решение обусловлено тем, что указанные договоры являются вторичными (производными), так как содержат элементы других (первичных) видов гражданско-правовых договоров. Так, ряд исследователей отмечает наличие в договоре франчайзинга элементов "лицензионного договора (разрешение на использование объектов исключительных прав), договора об оказании возмездных услуг (консультативное и техническое содействие), договора простого товарищества (сотрудничество при исполнении договора для достижения общих предпринимательских целей) и даже договора купли-продажи (приобретение необходимой технической и деловой документации)" [45]. Вместе с тем, как отмечает Е.А. Суханов, "договор франчайзинга не относится к числу смешанных (комплексных) договоров. Не является он и разновидностью известных гражданскому праву договоров, на базе которых он развивался. В соответствии с ГК договор франчайзинга представляет собой вполне са-

ДОГОВІРНЕ ПРАВО



мостоятельный вид гражданско-правового договора...” [46].

По договору франчайзинга одна сторона (правообладатель) обязуется предоставить другой стороне (пользователю) на срок или без указания срока право использовать в предпринимательской деятельности пользователя комплекс исключительных прав, принадлежащих правообладателю, а пользователь, в свою очередь, обязуется использовать указанные права с соблюдением ограничений, возложенных на него законом или договором, и выплачивать установленное вознаграждение.

В.В. Витрянский выделяет семь признаков, отличающих данный вид договора от иных типов договорных обязательств:

1. В качестве обеих сторон договора франчайзинга (правообладателя и пользователя) могут выступать лишь лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность: коммерческие организации либо индивидуальные предприниматели;
2. Необходимым элементом предмета договора франчайзинга является предоставление правообладателем пользователю комплекса исключительных прав;
3. По договору франчайзинга пользователю предоставляется лишь право использовать соответствующие исключительные права, принадлежащие правообладателю, без их уступки контрагенту;
4. Принципиальное значение имеет цель предоставления пользователю права использовать комплекс исключительных прав, принадлежащих правообладателю: создание производственной, торговой или сбытовой сети для продвижения своих товаров или услуг, расширения рынка их сбыта;
5. Значительной спецификой отличается содержание договора франчайзинга, круг прав и обязанностей сторон этого договора;
6. Несмотря на полную экономическую зависимость от правообладателя, пользователь сохраняет юридическую самостоятельность и действует в имущественном обороте от своего имени при условии информирования покупателей (заказчиков) о том, что он использует исключительные права правообладателя;
7. Особые взаимоотношения, складывающиеся между правообладателем и пользователем, являющимся (в экономическом смысле) одним из звеньев товаропроизводящей сети правообладателя, делают необходимыми специальные правила, исключающие ситуацию, когда деятельность пользователя способствует усилению конкуренции на рынке соответствующих товаров (работ, услуг) либо наносит ущерб интересам правообладателя. Поэтому договор франчайзинга может включать в себя условия о различного рода ограничениях деятельности пользователя [47].

Таким образом, из указанных признаков можно сделать следующие выводы относительно возможности разграничения авторских лицензионных договоров и договоров франчайзинга:

1. Стороной авторского договора в отличие от договора франчайзинга может выступать физическое лицо, не осуществляющее предпринимательскую деятельность;
2. Предмет авторского договора в



ДОГОВІРНЕ ПРАВО

отличие от предмета договора франчайзинга ограничивается имущественными авторскими правами на использование произведения и не носит комплексный характер;

3. Третий признак не позволяет разграничить эти два вида гражданско-правовых договоров, так как и в том и в другом случае передаются права на использование, уступка прав не происходит;
4. Цель авторского договора, на наш взгляд, состоит в создании возможности для эффективного использования произведения и, как следствие, удовлетворении материальных и духовных потребностей сторон договора, а также общества в целом;
5. Договор франчайзинга характеризуется более строгой регламентацией прав и, главное, обязанностей сторон;
6. Представляется, что шестой признак не может служить основанием для разграничения рассматриваемых видов договорных обязательств;
7. Соглашением сторон по авторскому договору тоже могут быть установлены ограничения для пользователя. Указанный признак не является достаточным для разграничения авторского договора и договора франчайзинга.

Представляется спорным вывод В.В. Витрянского о том, что "при отсутствии среди норм, содержащихся в специальных правилах, регулирующих правоотношения, вытекающие из договора франчайзинга, исключается применение каких-либо иных норм, предназначенных для регламентации других договорных

обязательств". Автор полагает, что "в этом случае субсидиарному применению подлежат лишь общие положения об обязательствах и договорах" [48].

На наш взгляд, из признания договора франчайзинга самостоятельным гражданско-правовым договором логичным видится следующий вывод: все разнообразие правоотношений, вытекающих из договора франчайзинга, регулируется нормами главы 45 ГК РК, но это не исключает субсидиарное применение правил специальных законов об охране исключительных прав [49]. Более того, при заключении договора франчайзинга требуется соблюдение этих специальных правил, если они не противоречат Закону (нормам главы 45 ГК РК) или существу обязательств. Так, если в комплекс исключительных прав, предоставляемых по данному договору, включены авторские права на использование произведения, то обязательно должны учитываться и соблюдаться нормы ЗоАП РК. Правообладатель (коммерческая организация или индивидуальный предприниматель) обязан получить согласие на предоставление авторских прав пользователю по договору франчайзинга.

Гражданско-правовой договор о совместной деятельности (простого товарищества) также может предусматривать передачу авторских правомочий. По договору простого товарищества (о совместной деятельности) двое или несколько лиц (товарищей) обязуются соединить свои вклады и совместно действовать без образования юридического лица для извлечения прибыли или достижения иной, не противоречащей закону, цели. И.В. Елисеев отмечает, что "наличие общей для

ДОГОВІРНЕ ПРАВО



всех товарищей цели — главный квалифицирующий признак договора о совместной деятельности (простого товарищества) — позволяет участвовать в договоре неограниченному числу лиц, каждое из которых является его самостоятельной стороной. Поэтому договор о совместной деятельности (простого товарищества) может быть и двусторонним, и многосторонним, что также отличает его от всех других договоров гражданского права" [50]. Каждый из товарищей выступает одновременно и как кредитор, и как должник по отношению ко всем и к каждому из участников договора, который, следовательно, является взаимным. В отличие от обязательств согласно традиционному авторскому договору, главной особенностью обязательства из простого товарищества является то, что ни одна из сторон не вправе требовать исполнения в отношении себя лично и соответственно не должна осуществлять исполнение непосредственно в отношении какой-либо другой стороны.

Е.А. Суханов выделяет следующие условия договора, которые позволяют квалифицировать его как договор простого товарищества:

1. Участники преследуют единую (общую) цель;
2. Совершают действия, необходимые для достижения поставленной цели (при этом в рыночных условиях безразлично, прикладывают ли товарищи свои личные усилия для успеха предприятия или же участие кого-то из них в общем деле ограничивается только имущественным взносом);
3. Формируют за счет вкладов имущества, составляющее им общую долевую собственность;

4. Несут бремя расходов и убытков от общего дела;

5. Распределяют между собой полученные результаты [51].

К указанным Е.А. Сухановым признакам можно добавить, что объединение не приводит к образованию юридического лица. Кроме того, товарищество — это объединение двух или более лиц (в последнем случае договор является многосторонней сделкой). Если договор заключается для осуществления предпринимательской деятельности, то участниками такого товарищества могут быть только коммерческие организации и (или) индивидуальные предприниматели. Исключением является участие в подобном товариществе некоммерческой организации, если предпринимательская деятельность не противоречит целям, ради которых она создана. Велико значение доверительных отношений участников. Договор простого товарищества является фидуциарной сделкой.

Итак, вкладом товарища признается все то, что он вносит в общее дело: деньги, вещи, имущественные и неимущественные права, профессиональные знания, навыки, умения, деловые связи товарищей и т. д. Имущественные авторские права, таким образом, могут быть внесены участниками в качестве вклада. Вклады товарищей подлежат денежной оценке по взаимному соглашению сторон и предполагаются равными, если иное не предусмотрено договором простого товарищества или не следует из фактических обстоятельств. Обязанность по внесению вкладов, возлагаемую на всех участников, можно рассматривать, как встречное удовлетворение по сделке, которое позволяет говорить



ДОГОВІРНЕ ПРАВО

о возмездном характере данного вида договора.

Каждый из товарищей получает права на использование произведения, внесенные одним или несколькими (возможно, всеми) товарищами в качестве вклада. Более того, решения по всем вопросам, касающимся использования произведения, принимаются по общему согласию, если иное не предусмотрено договором, то есть по большинству голосов. Как отмечает И.В. Елисеев [52], и тем самым он поддерживает точку зрения Е.А. Суханова [53], "количество голосов, принадлежащих каждому из товарищей, может быть обусловлено стоимостью его вклада или доли в общей собственности". Аналогично договору франчайзинга, товарищ (правообладатель) должен до внесения вклада в виде имущественного авторского права получить согласие автора, если, конечно, сам им не является (например, индивидуальный предприниматель). Внесение исключительных авторских прав в качестве вклада означает ограничение прав на использование и на распоряжение этими правомочиями для самого правообладателя. Передача в качестве вклада неисключительных правомочий имущественного характера сохраняет за правообладателем возможность самостоятельно использовать произведение и осуществлять передачу прав на него третьим лицам.

Если договором о совместной деятельности (простого товарищества) предусмотрена возможность дальнейшей передачи прав на использование произведения, то заключать сделку будет лицо, уполномоченное на ведение дел от имени товарищества. Ведение общих дел может возлагаться на одного или нескольких товарищей. "В этих случаях полно-

мочия на ведение общих дел удостоверяются специальной доверенностью, подписанной всеми остальными товарищами, либо самим письменным договором простого товарищества [54]". Возможен и такой вариант, когда дела товарищества ведутся сообща. В этих случаях сделку должны подписать все товарищи, либо выдать одному из товарищей разовую доверенность. Если товарищи хотят ограничить права ведущего общие дела в части вида совершаемых сделок, их суммы и т.п., они должны прямо указать это в доверенности или письменном договоре простого товарищества. Вклад товарища в виде имущественного авторского права предполагается равным по стоимости вкладам других товарищей, если иное не следует из договора или фактических обстоятельств, а денежная оценка производится по соглашению между товарищами. Специфика правового режима в отношении имущественных авторских прав, внесенных в качестве вклада, заключается в том, что в отношении имущественных прав невозможно установить режим общей долевой собственности, так как предмет обязательства не относится к объектам материального мира. У товарищей возникает правомочие использования в отношении произведения, а также правомочие распоряжения (возможность сублицензирования), если это прямо установлено в договоре и получено согласие автора. Указанные правомочия осуществляются по общему согласию товарищей, а при недостижении согласия — в порядке, устанавливаемом судом.

ГК РК устанавливают общее правило несения расходов и убытков и распределения прибыли пропорци-

ДОГОВІРНЕ ПРАВО



онально стоимости вклада в общее дело. Вместе с тем нормы ГК РК позволяют сторонам отступить от правила пропорциональности, но запрещают полное устранение товарища от участия в распределении прибыли или освобождение его от покрытия расходов (убытков).

Таким образом, можно заключить, что даже при внесении в качестве вклада исключительных имущественных прав, правообладатель не лишается возможности принимать решения относительно его использования, а в определенных случаях, относительно распоряжения этими правами. Однако его право ограничивается аналогичными правами других товарищей на период действия договора.

По общему правилу авторский договор должен быть заключен в письменной форме. Тем не менее, несоблюдение письменной формы договора не влечет его недействительность. Исходя из положений гражданского законодательства, необходимо помнить, что в соответствии с ГК РК при несоблюдении письменной формы договора стороны лишаются права в случае спора ссылаться в подтверждение договора и его условий на свидетельские показания, но не лишает их права приводить письменные и другие доказательства. Во внимание суд принимает лишь письменные доказательства, в частности переписку между автором и организацией, расписку в получении аванса, рецензии, утвержденные план организации, бухгалтерские документы и т.п. А.П. Сергеев особо подчеркивает, что указанные письменные документы должны свидетельствовать именно о наличии авторского договора, а не о предварительных дого-

ворных контактах автора и организации [55].

ЗоАП РК предусматривает, что авторский договор об использовании произведения в сфере периодической печати может быть заключен в устной форме. Обычно такой подход к форме авторских договоров, заключаемых в сфере периодической печати, обусловлен необходимостью оперативно опубликовать представленный материал и использовать произведение. Э.П. Гаврилов и М.А. Мирошникова полагают, что при заключении авторского договора в устной форме автор передает лишь неисключительное право на разовое использование произведения [56]. В связи с этим многие журналы предпочитают письменную форму авторских договоров, поскольку хотят быть уверенными в том, что получают от автора оригинальные, ранее не публиковавшиеся произведения. Кроме того, зачастую они заинтересованы в получении прав не только на разовое использование произведения, но и, например, в выдаче разрешения на использование другим организациям.

В юридической литературе высказывались предложения об обязательном оформлении договорных отношений авторов и периодических изданий, А.И. Ваксберг предлагал сокращенный формуляр авторского договора [57], а В.Л. Чертков — несколько вариантов сокращенного авторского договора на: репортаж, корреспонденцию, очерк, интервью, статью, рецензию, перевод, консультацию, рекламный материал, рисунок, фото и т.д. [58].

По мнению С.А. Чернышевой, "если бы сокращенный авторский договор отражал предмет договора, размер вознаграждения, то такой



ДОГОВІРНЕ ПРАВО

документ укреплял бы положение авторов, а в случае конфликта, был бы доказательством наличия договорных отношений" [59].

Исключение из общего правила о признании недействительными договоров, заключенных без соблюдения требования о письменной форме сделки, составляют авторские договоры, являющиеся по своему содержанию внешнеэкономическими сделками. При несоблюдении простой письменной формы эти договоры признаются недействительными.

Для любого гражданско-правового договора существенным является условие о его предмете. Предмет договора охватывает все то, по поводу чего заключается договор. Установить вид договора и определить соответствующее правовое регулирование его условий можно только посредством раскрытия содержания предмета договора.

Предмет авторского договора следует отличать от объекта. Объект авторского договора совпадает с понятием объекта авторского права. Со-

держанием предмета авторского права большинство специалистов считают имущественные права на произведение, которые автор передает пользователю [60], что косвенно подтверждается ЗоАП РК.

Вместе с тем ряд ученых, в основном сторонники теории разрешения, настаивают на том, что предметом авторского договора является конкретное произведение, условия использования которого оговариваются сторонами в договоре, и не усматривают принципиального различия между понятиями "объект авторского права" и "предмет авторского договора" [61]. По мнению С.А. Чернышевой, предметом договора между автором и издателем являются конкретные права, которые передает автор. Произведение как предмет договора отошло на второй план. Смещение акцента с результата творческого труда автора на его права вряд ли оправданно [62]. ♦

(продовження статті у наступному номері)

Список використаних джерел:

1. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. — М., Спарк. — 1995. С. 287.
2. Иоффе О.С. Обязательственное право. — М., 1975.
3. Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. — М., 1940. — С. 60.
4. Иоффе О.С. Обязательственное право. — М., 1975. — С. 14.
5. Новицкий И.Б., Луцк Л.А. Общее учение об обязательстве. — М., 1950. — С. 41-42.
6. Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. — М., 1940. — С. 22.
7. Иоффе О.С. Обязательственное право. — М., 1975. — С. 15.
8. Асканазий С.И. Очерки хозяйственного права в СССР. — Л., 1926. — С. 65.
9. Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. — М., 1940. — С. 33.
10. Популярный юридический энциклопедический словарь. — М., 2002. — С. 98-99.
11. Популярный юридический энциклопедический словарь. — М., 2002. — С. 284.

ДОГОВІРНЕ ПРАВО



12. Иоффе О.С. Обязательственное право. — М., 1975. — С. 24.
13. Калмыков Ю.Х. Вопросы применения гражданско-правовых норм. — Саратов, 1976. — С. 15.
14. Городисский М.Л. Лицензионные договоры во внешней торговле СССР. Автореф. дис.... канд. юрид. наук. — М., 1970. — С. 6-7; Каменева Ц.К. лицензионные договоры между хозяйственными организациями стран-членов СЭВ. Автореф. дисс.... канд. юрид. наук. — М., 1979. — С. 7; Верина О. Лицензионные договоры на объекты интеллектуальной собственности и информацию. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. — М., 1997. — С. 11-12.
15. Мирошникова М.А. Сингулярное правопреемство в авторских правах. Дисс. канд. юрид. наук. — СПб., 2003. — С. 174.
16. Комментарий к ГК РФ части второй (постатейный) — 4-е изд., испр. и доп. с использованием судебно-арбитражной практики. Отв. ред. д.ю.н., проф. О.Н. Садилов. — М., 2004. — С. 6.
17. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части второй (постатейный). — 4-е изд., испр. и доп. с использованием судебно-арбитражной практики / Рук. авт. коллектива и от ред. д.ю.н., проф. О.Н. Садилов. — М.: Юридическая фирма "КОНТРАКТ": ИНФРА-М., 2004. — С. 7.
18. Гражданское право. Т. 2. Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 1997. С. 6-7; Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. — С. 15-20.
19. Мирошникова М.А. Сингулярное правопреемство в авторских правах. Дисс. канд. юрид. наук. — СПб., 2003. — С. 173.
20. Скрипилев Е.А. Основы римского права. — М., 1998. — С. 173.
21. Мирошникова М.А. Сингулярное правопреемство в авторских правах. Дисс. канд. юрид. наук. — СПб., 2003. — С. 174.
22. Римское частное право. Под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского. — М., 1999. — С. 445-446.
23. Гаврилов Э.П. Комментарий к закону об авторском праве и смежных правах. М., 2003. С. 183; Верина О.В. Лицензионные договоры на объекты интеллектуальной собственности и информацию. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1997. — С. 11-121.
24. Комментарий к ГК РФ (части второй). Под ред. О.Н. Садилова. М., 2004. С. 215-216; Брагинский М.И., Витрянский В.В. договорное право. Книга вторая. — М., 2000. — С. 442.
25. Калятин В.О. Интеллектуальная собственность (Исключительные права). — М., 2000. — Вступительная статья В.А. Дозорцева. — С. 9.
26. Штумпф Г. Лицензионный договор. — М., 1988. — С. 506.
27. Калятин В.О. Интеллектуальная собственность (Исключительные права). — М., 2000. — Вступительная статья В.А. Дозорцева. — С. 9.
28. Гаврилов Э.П. Комментарий к закону об авторском праве и смежных правах. — М., 2003. — С. 207.
29. Гражданское право. Т. 2. Полутом 1. Под ред. Е.А. Суханова. — М., 2000. — С. 505.
30. Коммерческое право. Под ред. В.Ф. Попондопуло, В.Я. Яковлевой. — СПб., 1998. — С. 287.
31. Комментарий к ГК РФ части второй (постатейный). Под ред. О.Н. Садилова. — М., 2004. — С. 25-216; Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая. — М., 2000. — С. 318.
32. Калятин В.О. Интеллектуальная собственность (Исключительные права). — М., 2000. — С. 157.
33. Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в РФ. — М., 2001. — С. 268.
34. Гражданское право. Под ред. Е.А. Суханова. — Т. 2. — М., 2000. — С. 258-259.
35. Мусияка В.Л. Авторские договоры. — Киев, 1988. — С. 37-82.



ДОГОВІРНЕ ПРАВО

36. Чернышева С.А. Авторский договор в гражданском праве России. — М., 1999. — С. 34-36.
37. Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в РФ. — М., 2001. — С. 274-275.
38. Чернышева С.А. Договоры в сфере интеллектуальной собственности // Право интеллектуальной собственности. — М., 2004. — С. 48.
39. Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в РФ. — М., 2001. — С. 275-276.
40. Гаврилов Э.П. Комментарий к закону об авторском праве и смежных правах. — М., 2003. — С. 265-266.
41. Авторское право в шоу-бизнесе. — М., 2001. — С. 18.
42. Калятин В.О. Интеллектуальная собственность (Исключительные права). — М., 2000. Вступительная статья В.А. Дозорцева. — С. 8-9.
43. Степанова О. договор доверительного управления исключительными правами // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — № 11. 2002. — С. 35.
44. Авторское право в шоу-бизнесе. — М., 2001. — С.19.
45. Гражданское право Т. 2. Полутом 1. Под ред. Е.А. Суханова. М., 2003. — С. 626; Гражданское право. Т. 2. Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. — С. 639; Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга 3. Договоры о выполнении работ и оказании услуг. — М., 2000. — С. 983.
46. Гражданское право Т. 2. Полутом 1. Под ред. Е.А. Суханова. — М., 2003. — С. 626-627.
47. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга 3. Договоры о выполнении работ и оказании услуг. — М., 2000. — С. 984-985.
48. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга 3. Договоры о выполнении работ и оказании услуг. — М., 2000. — С. 984.
49. Комментарий к ГК РФ части второй (постатейный). Под ред. О.Н. Садикова. — М., 1997. — С. 615.
50. Гражданское право. Т. 2. Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. — М., 2003. — С. 765.
51. Гражданское право. Т. 2. полутом 2. Под ред. Е.А. Суханова. — М., 2000. — С. 307.
52. Гражданское право Том 2. Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М., 2003, — С. 773.
53. Комментарий к ГК РФ. Под ред. Брагинского М.И., Витрянского В.В., Суханова Е.А. — М., 2000. — С. 339.
54. Гражданское право Том 2. Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М., 2003, — С. 773.
55. Мэггс П.Б., Сергеев А.П. Интеллектуальная собственность. — М: Изд-во Юристъ, 2000. — С. 277.
56. Гаврилов Э.П. Комментарий к закону об авторском праве и смежных правах. М., 2003. С. 204; Мирошникова М.А. Сингулярное правопреемство в авторских правах. Дисс. канд. юрид. наук. — СПб., 2003. — С. 233.
57. Ваксберг А.И. Издательство и автор. — М., 1958. — С. 22.
58. Чертков В.Л. Авторское право в периодической печати. М., 1977. — С. 81.
59. Чернышева С.А. Договоры в сфере интеллектуальной собственности // Право интеллектуальной собственности. — М., 2004. — С. 35.
60. Ермакова А.Р. Право интеллектуальной собственности в сфере периодической печати. СПб., 2002. С. 199; Мирошникова М.А. Сингулярное правопреемство в авторских правах. Дисс. канд. юрид. наук. СПб., 2003. С. 216; Гаврилов Э.П. Комментарий к закону об авторском праве и смежных правах. — М., 2003. — С. 192; Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в РФ. М., 2001. С. 279; Белов В.В., Виталиев Г.В., Денисов Г.М. интеллектуальная собственность. — М., 2002. — С. 188.
61. Защита авторских и смежных прав по законодательству России. М., 2002. — С. 83.
62. Чернышева С.А. Современные проблемы права интеллектуальной собственности. — Казань. 1998. — С. 49



СТРУКТУРА КОМЕРЦІЙНОГО НАЙМЕНУВАННЯ

Олександр Дорошенко,
*заступник директора НДІ інтелектуальної власності
АПРН України, кандидат юридичних наук*

На сьогодні комерційне найменування є одним з найбільш невизначених об'єктів інтелектуальної власності, а питання щодо його правової охорони та захисту й досі не знайшли нормативного врегулювання через відсутність спеціального закону. Неоднозначність підходів до правової охорони комерційних найменувань спостерігається також у законодавствах зарубіжних країн.

Умови надання правової охорони, виникнення та припинення прав інтелектуальної власності на комерційне найменування закріплено ст.ст. 489-491 Цивільного кодексу України (далі — ЦК).

Після прийняття нового ЦК в юридичній літературі висловлювались суперечливі думки щодо визначення сутності комерційного найменування. Так, наприклад, значна частина науковців ототожнювала поняття комерційного найменування з найменуванням юридичної особи. У коментарі до ст. 489 ЦК [1] міститься така думка: "Право на комерційне найменування може охоронятися законом до моменту державної реєстрації юридичної особи. Так,

право на попереднє резервування для комерційних найменувань визначено Постановою Кабінету Міністрів України від 24 жовтня 2001р. № 1383 та Законом України "Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб — підприємців" [2, с. 799].

Неуважність при висловленні таких позицій є очевидною, оскільки у коментованій статті чітко зазначено, що право інтелектуальної власності на комерційне найменування є чинним з моменту його першого використання та охороняється без обов'язкового подання заявки на нього чи його реєстрації. А зазначені нормативні акти стосуються саме найменувань юридичних осіб і ніякого відношення до комерційних найменувань не мають.



Катерина Шукіна,
*науковий співробітник НДІ інтелектуальної
власності АПРН України*



ЗАХИСТ ПРАВ

Найменування юридичної особи та комерційне (фірмове) найменування є різними правовими категоріями, які відрізняються одна від одної за колом суб'єктів прав на них, підставами виникнення та припинення тощо. Цим відмінностям присвячено достатньо наукових досліджень [3, 4], аналіз яких не є предметом даної роботи.

Відповідно до ст. 90 ЦК [1] *"Юридична особа повинна мати своє найменування, яке містить інформацію про її організаційно-правову форму (...). Юридична особа, що є підприємницьким товариством, може мати комерційне (фірмове) найменування"*.

Аналіз викладеної норми дає змогу однозначно визначити, що юридична особа **зобов'язана** мати найменування юридичної особи і **може** (тобто має право) додатково мати комерційне найменування.

Однак, на відміну від найменування юридичної особи, будь-яких вимог до структури комерційного найменування законодавством України не встановлено як і не визначено взагалі його поняття. У ст. 489 ЦК закріплені лише умови надання правової охорони комерційному найменуванню¹.

Структура комерційного найменування завжди розглядалась поверхнево, хоча це питання має велике значення для захисту прав на цей об'єкт, особливо при зіткненні прав на комерційні найменування та знаки для товарів і послуг.

На цій проблемі було наголошено А. Міндрул [5, с. 45]: "Під час ви-

никнення спору визначення питання, що саме є комерційним найменуванням, може стати досить складним і проблематичним. Так, Вищий господарський суд України у своїй постанові від 4 березня 2008р. №12/205-21/55 зазначає, що "питання визначення фірмового найменування² є правовим. Воно має вирішуватись судом відповідно до чинного законодавства та на підставі наявних у справі доказів". Зазначений підхід знайшов своє відображення і в Оглядовому листі Вищого господарського суду України №01-8/383/1 від 27.06.2008 "Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти інтелектуальної власності" [6].

Таким чином, питання визначення складу комерційного найменування віднесено до компетенції суду, однак, на підставі яких доказів та на підставі якого законодавства, якщо не існує спеціального закону щодо комерційних найменувань,— залишається не зрозумілим.

Серед науковців існують різні думки щодо структури комерційного найменування. Так, деякі з них відносять до його складу, зокрема розміщені на товарі або його упаковці відомості про назву підприємства-виробника, організаційно-правову форму; форму власності та навіть відомості про його місцезнаходження і такі, що можуть бути передбачені в установчому договорі [2, с. 799]. Звичайно, така інформація є обов'язковою для розміщення на упаковці, тарі або виробі. В свою чергу, чи ви-

¹В ст. 489 ЦК зазначено, що правова охорона надається комерційному найменуванню, якщо воно дає можливість вирізнити одну особу з-поміж інших та не вводить в оману споживачів щодо справжньої її діяльності.

²Відповідно до ст. 420 ЦК фірмове та комерційне найменування є ідентичними поняттями.

ЗАХИСТ ПРАВ



користовувати комерційне найменування — це право юридичної особи, а не обов'язок.

У більшості випадків комерційне найменування співпадає з найменуванням юридичної особи або якимось пов'язане з ним.

Пунктами 1 та 2 Вимог щодо написання найменування юридичної особи або її відокремленого підрозділу [7] встановлено:

"1.1 Юридична особа повинна мати своє найменування. У найменуванні юридичної особи зазначаються її організаційно-правова форма (...) та назва. Найменування юридичної особи викладається державною мовою.

1.2 Назва юридичної особи може складатися з власної назви юридичної особи, а також містити інформацію щодо мети діяльності, виду, способу утворення, залежності юридичної особи та інших відомостей згідно з вимогами до найменування окремих організаційно-правових форм суб'єктів господарювання. Юридична особа, крім повного найменування, може мати скорочене найменування.

1.3 Назва юридичної особи не може містити посилання на організаційно-правову форму.

1.4 Назва юридичної особи береться у лапки та зазначається безпосередньо після організаційно-правової форми суб'єкта господарювання"

Отже, найменування юридичної особи (НЮО) повинно містити дві частини:

Організаційно-правову форму (ОПФ), наприклад, відкрите акціонерне товариство (ВАТ), товариство з обмеженою відповідальністю (ТОВ) та ін.

Назву, яка може містити інформацію щодо мети діяльності юридичної особи (юридичне, наукове, виробниче), вид (державне, приватне, колективне), спосіб утворення (унітарне, корпоративне) тощо (В/НД), та власну назву (ВН) — спеціальну частину найменування, яка необхідна для відрізнення одних юридичних осіб від інших (будь-яка оригінальна назва).

Проте питання визначення складу комерційного найменування (КН) залишається відкритим. Слід погодитись з думкою А. Міндрул, що незалежно від того, що вирішить суд³, будь-яке його рішення можна оскаржити через те, що законодавством не встановлено жодних вимог до поняття комерційного найменування [5, с. 45].

На рисунку 1 зображені можливі варіанти комерційного найменування при класичній схемі найменування юридичної особи (ОПФ + В/НД + ВН). Так, словосполучення "Товариство з обмеженою відповідальністю "Юридична компанія "Сокіл" є повним найменуванням юридичної особи, а її комерційним найменуванням може бути: повне найменування (ОПФ + В/НД + ВН) — "Товариство з обмеженою відповідальністю "Юридична компанія "Сокіл", вказівка на вид чи напрямок діяльності та власна назва (В/НД + ВН) — "Юридична компанія "Сокіл", скорочене найменування (ОПФ (абр) + ВН) — "ТОВ "Сокіл", лише власна назва (ВН) — "Сокіл", або взагалі комерційне найменування буде повністю відрізнитись від найменування юридичної особи (КН відрізняється від НЮО).

³Щодо складу комерційного найменування — прим. автора



ЗАХИСТ ПРАВ



КН комерційне найменування
 НЮО найменування юридичної особи
 ОПФ організаційно-правова форма
 В/НД вид/напрямок діяльності
 ВН власна назва

Рис. 1 Можливі варіанти складу комерційного найменування

Сьогодні для конкретизації відповідних положень ЦК розробляється спеціальне законодавство щодо правової охорони прав на комерційне найменування. Державним департаментом інтелектуальної власності розроблено проект закону України "Про охорону прав на торговельні марки, географічні зазначення та комерційні найменування", у якому визначено поняття та можливий склад комерційного найменування. Так, комерційним найменуванням, за проектом, є позначення, яке дає можливість вирізнити одну особу, що виробляє та (або) реалізовує товари чи надає послуги, з-поміж інших та не вводить в оману споживачів щодо справжньої її діяльності. Такими позначеннями, що становлять комерційне найменування, можуть бути, зокрема, позначення, що складаються із зазначення організаційно-правової форми та/або ха-

рактеру діяльності юридичної особи, та позначення, що є вирізняльною частиною цього комерційного найменування; скороченого найменування юридичної особи.

Розглянемо доцільність входження організаційно-правової форми, яка є обов'язковим елементом найменування юридичної особи, до складу комерційного найменування.

На відміну від найменування юридичної особи комерційне найменування належить до об'єктів права інтелектуальної власності відповідно до ст. 420 ЦК.

У найширшому розумінні інтелектуальна власність означає закріплені законом права, які є результатом інтелектуальної діяльності в промисловій, науковій, літературній і художній сферах [8 с. 15].

Стаття 418 ЦК містить визначення поняття права інтелектуальної власності: "це право особи на резуль-

ЗАХИСТ ПРАВ



тат інтелектуальної, творчої діяльності або на інший об'єкт права інтелектуальної власності, визначений цим Кодексом та іншим законом".

Таким чином, об'єкти інтелектуальної власності є індивідуальними, унікальними і є результатом творчої діяльності. Створення будь-якого об'єкта інтелектуальної власності потребує творчих зусиль, незалежно від того, чи буде це літературний твір, знак для товарів і послуг чи комерційне найменування. Адже комерційне найменування — це унікальний ідентифікатор конкретної юридичної особи, який через успішність і ефективне використання у майбутньому та у сукупності з торговельною маркою може коштувати значно більше, ніж весь майновий комплекс підприємства. Тому розробка сильного комерційного найменування потребує значних зусиль.

Входження до складу комерційного найменування організаційно-правової форми, яка є обов'язковим елементом найменування юридичної особи, з огляду на призначення та функції комерційного найменування не має сенсу.

Організаційно-правова форма юридичної особи призначена для класифікації юридичних осіб залежно від форм власності, а також способів закріплення, використання і управління їх майном. Юридичне значення цього полягає в урахуванні в законодавстві особливостей правового становища підприємств окремих видів.

Вказівка на організаційно-правову форму є обов'язковою у написанні найменування юридичної особи для її державної реєстрації, а також несе інформаційний зміст, напри-

клад, для конкурентів, партнерів, банківських установ, податкових служб тощо. Однак для споживача, який не має можливості одночасно порівняти обидва найменування, щоб їх запам'ятати, вказівка на організаційно-правову форму значення не має. Необхідною інформацією для споживача при виборі певної організації є її спеціалізація та репутація на ринку, а різниця між "Товариством з обмеженою відповідальністю" та "Приватним підприємством" не буде для нього важливою, а отже, й помітною.

Визначення складу комерційного найменування є особливо складним питанням при зіткненні прав на знаки для товарів і послуг та комерційні найменування. Як було зазначено, звичайною практикою стало ототожнення найменування юридичної особи та комерційного найменування, що іноді призводить до помилкових висновків.

В оглядовому листі [6] при аналізі рішення суду першої інстанції з конкретної справи наголошено, що "судом не зазначено в оскаржуваному рішенні, на підставі яких доказів ним було визначено фірмове найменування позивача та ототожнено його з повним найменуванням. Суд, перебравши на себе не притаманні йому функції експерта, сам дійшов висновку про те, що оскільки фірмовим найменуванням⁴ позивача та його вирізняльною частиною є певне словосполучення (а фактично це є повна назва фірми), спірна торговельна марка не схожа до ступеня змішування з фірмовим найменуванням позивача".

Таким чином Вищим господарським судом України також вказано

⁴Відповідно до ст. 420 ЦК фірмове та комерційне найменування є ідентичними поняттями.



ЗАХИСТ ПРАВ

на недоцільність входження організаційно-правової форми до складу комерційного найменування. Це можна пояснити тим, що для визначення схожості знака для товарів і послуг з комерційним найменуванням враховується думка споживача та сприйняття ним порівнюваних позначень. Саме комерційне найменування виступає ідентифікатором юридичної особи на ринку, а її повна назва із вказівкою на організаційно-правову форму є, як правило, надто громіздкою конструкцією, перевантаженою зайвою для споживача інформацією, тому в повному обсязі не запам'ятовується.

Входження до складу комерційного найменування лише власної назви юридичної особи, наприклад "Сокіл", при повному найменуванні Товариство з обмеженою відповідальністю "Юридична компанія "Сокіл" не завжди є доречним, оскільки скорочена назва використовується в основному у розмовній практиці при усних сповіщеннях. Крім того, таке ж слово "Сокіл" може входити до складу іншого комерційного найменування, при умові різних сфер комерційної діяльності, територіального розмежування та, якщо це не вводить в оману споживачів⁵. Як правило, така власна назва реєструється у якості торговельної марки (знака для товарів і послуг) і в цьому разі виконує функцію відрізнєння товарів або послуг, а не тієї чи іншої особи — учасника ринку.

Отже, зазначення виду/напрямку діяльності у складі КН відповідає вимозі інформативності. Це дозво-

лить споживачеві одразу зорієнтуватися на специфіку та характер діяльності суб'єкта господарювання. Virізняльна частина КН (а саме власна назва) відіграє індивідуалізуючу функцію для виділення юридичної особи серед інших, особливо тих, що здійснюють такий самий вид діяльності. КН також повинно бути лаконічним, оскільки громіздка конструкція не сприяє запам'ятовуванню та досить важка при вимові.

З урахуванням викладеного вище, КН повинно відповідати вимогам інформативності, розрізняльності та лаконічності. Як комерційне найменування доцільно розглядати позначення, що складається з вказівки на характер діяльності юридичної особи разом з позначенням, що є вирізняльною частиною цього комерційного найменування, без посилення на організаційно-правову форму. Така словесна конструкція містить необхідну і достатню інформацію для ідентифікації фірми як суб'єкта комерційної діяльності.

Повернемось до нашого прикладу на **Рис. 1**, при такій схемі найбільш доцільним складом комерційного найменування з точки зору інформативності та здатності запам'ятовуватися буде (В/НД + ВН) — "Юридична компанія "Сокіл", або (ОПФ (абр) + ВН) — "ТОВ "Сокіл".

Слід зазначити, що не завжди комерційне найменування співпадає з найменуванням юридичної особи навіть за власною назвою, що й передбачено тією ж статтею 489 ЦК. Так, наприклад, "Товариство з обмеженою відповідальністю "Аспект —

⁵Відповідно до ст. 489 ЦК, особи можуть мати однакові комерційні найменування, якщо це не вводить в оману споживачів щодо товарів, які вони виробляють та (або) реалізують, та послуг, які ними надаються.

ЗАХИСТ ПРАВ



2003" є найменуванням юридичної особи, а "Науково-практичний журнал "Інтелектуальна власність" є її комерційним найменуванням. На відміну від найменування юридичної особи, для якого встановлено вимогу щодо написання лише українською мовою, комерційне найменування може бути представлене і літерами латиниці.

В такому аспекті цікавим є досвід Великобританії, де існує охорона як найменувань компанії (*company names*), так і бізнесових найменувань (*business names*), при цьому охорона цих засобів індивідуалізації регламентується різними законами — Законом про бізнесові найменування 1985р. (*Business Names Act*) та Законом про компанії 1985 р. (*Companies Act*).

Бізнесове найменування — це найменування, що використовується будь-якою особою, товариством або компанією для ведення бізнесу, інше ніж власне найменування (ім'я), наприклад, "XYZ Limited", здійснює діяльність як "Fish Antiques" [9 с. 324].

У Франції розділяють найменування корпорацій (*denomination sociale*) та фірмове найменування (*nom commercial*). Найменування корпорації є офіційним та юридичним ім'ям корпорації та не може бути змінено при користуванні за винятком зміни даних у статутних документах. Фірмове найменування може змінюватися без спеціальних правових процедур [9, с. 323].

Отже, "паралельне" існування найменування юридичної особи та її комерційного найменування є абсолютно виправданим, оскільки кожне з цих найменувань виконує свою функцію: перше використовується для ідентифікації особи в органах

державної влади, реєстраційних та фіскальних органах тощо, а друге — для вирізнення особи на ринку.

У тих випадках, коли комерційне найменування не співпадає з елементами найменування юридичної особи, до його складу зазвичай входить вирізняльна частина із зазначенням виду діяльності або без неї. Таке позначення часто реєструється як торговельна марка або може бути її частиною.

Тісний зв'язок комерційного найменування з торговельною маркою найбільш характерний не для фірм — виробників товарів, а для тих, що надають послуги. Це можна пояснити тим, що більшість послуг надаються локально і перш ніж звернутись за наданням будь-якої послуги, споживач хоче бути поінформований про репутацію та досвід фірми на ринку і використання не пов'язаної з комерційним найменуванням торговельної марки може взагалі втратити сенс.

І навпаки, що стосується виробників товарів, прив'язка комерційного найменування до торговельної марки не обов'язкова. Так, компанія може виробляти товари під різними торговельними марками, наприклад, відома компанія Procter and Gamble виробляє товари під такими торговельними марками, як ARIEL, HEAD & SHOULDERS, PANTENE, BLEND-A-MED, MAX FACTOR тощо.

Офіційне найменування для юридичної особи, як наприклад й ім'я фізичної особи, не може бути предметом обороту і характеризує юридичну особу в сукупності її прав та обов'язків як самостійного суб'єкта права. В свою чергу комерційне найменування — це назва, яка індивідуалізує юридичну чи фізичну особу



ЗАХИСТ ПРАВ

для ідентифікації господарських (комерційних) відносин. Права на комерційне найменування можуть бути передані, тобто бути предметом обігу, але тільки спільно з підприємством, яке воно позначає [10, с. 125].

Не завжди найменування юридичної особи складається з організаційно-правової форми, виду діяльності та власної назви. Існують відступи від класичної схеми найменування юридичної особи, наприклад, при НЮО "Закрите акціонерне товариство "Мурком", до структури КН може входити лише власна назва — "Мурком", або скорочена назва "ЗАТ "Мурком". А при НЮО "Відкрите акціонерне товариство "Інформаційні системи та комп'ютерні мережі "ІСКН", найбільш вдалим для запам'ятовування споживачем буде частина власної назви "ІСКН" через важкість та тривалість вимови повної власної назви "Інформаційні системи та комп'ютерні мережі "ІСКН".

Тому іноді досить складно визначити чітку структуру комерційного найменування. Для однієї юридичної особи варіантів комерційного найменування може бути нескінченна кількість, якщо враховувати і позначення, що відрізняються від найменування юридичної особи. З іншої сторони, КН є засобом індивідуалізації учасників цивільного обігу й об'єктом інтелектуальної власності, і що саме входить до структури конкретного комерційного найменування залежить від позиції споживача та від його сприйняття конкретної юридичної особи на ринку. Тобто кожен випадок потребує окремого дослідження. А необмежена кількість варіантів КН призводить і до необмеженої кількості спорів у судових інстанціях.

Проблема існує не лише у визначенні структури КН, але й у визначенні моменту його першого використання, тобто початку одержання права інтелектуальної власності на нього. Тому справи, що виникають у результаті зіткнення комерційних найменувань або КН з торговельними марками, є найскладнішими судовими спорами в зв'язку з невизначеністю предмета спору (що саме у кожному випадку є комерційним найменуванням) та складністю визначення належності прав на нього (першим використанням буде вважатись використання у цивільному обороті чи власне на папері, при створенні юридичної особи).

Для уникнення таких спірних ситуацій та надійного захисту комерційних найменувань найбільш вдалим, на думку авторів, було б введення в Україні обов'язкової реєстрації комерційних найменувань, що дозволило б чітко визначити його структуру та момент виникнення прав на нього за аналогією з торговельними марками. Не потрібно, в такому випадку, на власний розсуд визначати структуру комерційного найменування і судді, який не завжди є спеціалістом в сфері інтелектуальної власності, що ускладнює взагалі розуміння та встановлення предмета спору.

Однак, ст. 8 Паризької конвенції [11] встановлено, що фірмове найменування охороняється в усіх країнах Союзу без обов'язкового подання заявки чи реєстрації і незалежно від того, чи є воно частиною товарного знака. Це означає, що Україна не вправі вимагати подання заявки або реєстрації іноземного комерційного найменування, навіть якщо така реєстрація обов'язкова в країні походження і навіть якщо реєстра-

ЗАХИСТ ПРАВ



ція стане підставою виникнення права на національне комерційне найменування.

Можливо, саме з огляду на ці обставини, які спричинять дисбаланс між національними та іноземними комерційними найменуваннями, досі серйозно не розглядалась проблема введення обов'язкової державної реєстрації комерційних найменувань.

В такому разі пропонується змінити норму щодо охорони прав на комерційні найменування у проекті Закону України "Про охорону прав на торговельні марки, географічні зазначення та комерційні найменування" і викласти її у такій редакції:

"Позначеннями, що становлять комерційне найменування, можуть бути, зокрема, позначення, що складаються з вказівки на вид та/або напрямок діяльності юридичної особи, та з позначення, що є вирізняльною частиною цього комерційного найменування."

Вирізняльна частина комерційного найменування може містити елементи найменування юридичної особи або може повністю відрізнятись від нього".

Крім того, необхідно конкретизувати, що слід вважати моментом першого використання комерційного найменування, з яким законодавець пов'язує виникнення прав на нього.

Чітко визначена структура комерційного найменування без зазначення організаційно-правової форми надасть можливість уникнути багатьох зіткнень прав на КН та торговельні марки, оскільки дозволить чітко визначити предмет спору, а також спростить процедуру і підходи до встановлення схожості між цими позначеннями. ♦

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України: станом на 14 жовтня. 2008 р. / Голос України. — 2008. — № 195
2. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2-х т. / За відповід. ред. О.В. Дзери (кер. авт. кол.), Н.С. Кузнєцової, В.В. Луця. — К.: Юринком Інтер, 2005. — Т.І. — 832 с.
3. О. Тверезенко. Проблемні аспекти використання комерційних найменувань [Електронний ресурс] / Щотижнева інформ.-прав. газета "Правовий тиждень" — 05/2008. — № 20(93). — Режим доступу до газети <http://www.legalweekly.com.ua/article/?uid=386>
4. О. Кібенко. Регулювання комерційного (фірмового) найменування у нових Цивільному та Господарському кодексах України / [Електронний ресурс] — Режим доступу до ресурсу <http://www.yurradnik.com.ua/practice.php?action=1&id=1>
5. Міндрул А.В. Проблеми застосування законодавства при зіткненні прав на комерційні найменування та торговельні марки: матеріали наук.-прак. конф. ["Новации интеллектуальной собственности"] (Одеса, 26-30



ЗАХИСТ ПРАВ

- травня. 2008р.) / Наук.-дос. ін-т інтелектуальної власності АПрН України, Наук.-прак. журнал "Інтелектуальна власність". — К.: НДІ ІВ АПрНУ: НПЖ "ІВ", 2008 — 90 с.
6. Оглядний лист Вищого господарського суду України № 01-8/383/1 від 27.06.2008 "Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти інтелектуальної власності" / [Електронний ресурс] / Законодавство України. — Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>.
 7. Наказ Державного комітету з питань регуляторної політики та підприємництва від 09.06.04 р. № 65 "Про затвердження Вимог щодо написання найменування юридичної особи або її відокремленого підрозділу" (із змінами, внесеними згідно з з змінами, внесеними згідно з Наказами Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва № 29: станом на 27.03.06, Зареєстровано в Міністерстві юстиції України 29 червня 2004 р. за № 792/9391 / [Електронний ресурс] / Законодавство України. — Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>.
 8. Основи інтелектуальної власності / [наук.-метод. вид-ня / ред. Г.І. Якіменко]. — К.: Юридичне видавництво "Ін Юре", 1999. — 578 с.
 9. Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавство України / (за ред. Ю.М. Капіци: кол. Авторів: Ю.М. Капіца, С.К. Ступак, В.П. Воробйов та ін.) — К.: Видавничий Дім "Слово", 2006. — 1104 С.
 10. Левічева О.Д. Експертиза об'єктів промислової власності: заявки на знак для товарів і послуг (торговельну марку) і кваліфікованого зазначення походження товару та/або права використання зареєстрованого кваліфікованого зазначення походження товару: [навч. посіб.] / О.Д. Левічева. — К.: Ін-т інтел. власн. і права, 2006 р. — 128 с.
 11. Паризька конвенція про охорону промислової власності від 20 березня 1883 року (переглянута у Брюсселі 14 грудня 1900 р., у Вашингтоні 2 червня 1911 р., у Гаазі 6 листопада 1925 р., у Лондоні 2 червня 1934 р., у Лісабоні 31 жовтня 1958 р., у Стокгольмі 14 липня 1967 р., змінена 2 жовтня 1979 р.): набуття чинності для України 25 груд. 1991 р. / Зібрання чинних міжнародних договорів України. — 1990. — № 1, С. — 320.



ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОПОРУШЕННЯ “НЕПРАВОМІРНЕ ВИКОРИСТАННЯ КОМЕРЦІЙНОГО НАЙМЕНУВАННЯ”

Ірина Коваль,
*доцент кафедри цивільного права та процесу
Донецького національного університету,
кандидат юридичних наук*

Розвиток господарських відносин, збільшення різноманітності організаційно-правових форм господарювання та кількості професійних учасників ринку та призвели до необхідності індивідуалізації їх діяльності шляхом використання комерційних найменувань. З огляду на велике значення цього засобу індивідуалізації як позначення, що втілює ділову репутацію суб'єкта господарювання, постійно збільшується коло дій, спрямованих на неправомірне використання комерційного найменування. Здійснення таких правопорушень негативно впливає на стан правопорядку у сфері господарювання. Вони є найбільш поширеним та небезпечним видом порушення права інтелектуальної власності на комерційне найменування.

Однією з ключових проблем, що значно знижує ефективність захисту права на комерційне найменування, є відсутність у законодавстві України юридично значимих ознак правопорушення у вигляді неправомірного використання комерційного найменування, що виступає підставою для захисту.

Необхідність законодавчого закріплення змісту правопорушення "неправомірне використання комерційного найменування" обумовлена потребами створення надійних умов, по-перше, для забезпечення

інтересів суб'єктів господарювання у належній індивідуалізації їх діяльності, по-друге, для ефективного попередження і припинення дій у сфері неправомірного використання цього об'єкта інтелектуальної власності; по-третє, для виключення можливості безпідставного притягнення до відповідальності, адже відомо, що основним з її принципів є притягнення до відповідальності лише за дії, які визнані правопорушенням.

Проблематика захисту від порушень у сфері використання комерційних найменувань активно досліджується у працях вітчизняних та російських вчених, серед яких О. Городов, В. Голофаєв, Ю.Капіца, А. Кодинець, О. Козлова, В. Крижна та інші відомі автори. Між тим складність проблеми визначення правопорушення у вигляді неправомірного використання комерційного найменування, що зумовлена відсутністю єдиного розуміння комерційного найменування, різноманітністю неправомірних дій щодо неправомірного використання цього позначення і т.д., свідчить про актуальність подальших досліджень цього питання.

Метою статті, відповідно, є формулювання на підставі аналізу складу правопорушення "неправомірне використання комерційного



ЗАХИСТ ПРАВ

найменування" загального визначення цього правопорушення.

Комерційне найменування визнається одним з головних "атрибутів" ринково-конкурентного середовища. Необхідність його застосування обумовлена потребою вирізнення учасників комерційного обігу і тим самим виявлення притаманних їм якостей. Тому у визначенні правопорушення "неправомірне використання комерційного найменування" повинні бути гармонічно враховані інтереси всіх учасників ринкових відносин, на яких спрямовано індивідуалізуючий вплив комерційного найменування, а саме: інтереси суб'єкта господарювання у забезпеченні належної індивідуалізації на ринку і недопущенні змішування з діяльністю реальних або потенційних конкурентів; інтереси інших суб'єктів господарювання, що використовують свої комерційні найменування або торговельні марки; інтереси споживачів, які повинні мати можливість чітко орієнтуватися на ринку товарів, послуг і вирізнити виробників та їх продукцію.

Виходячи із загальнотеоретичних положень, до обов'язкових елементів складу будь-якого правопорушення відносяться: об'єкт правопорушення, об'єктивна сторона правопорушення, суб'єктивна сторона, правопорушення, суб'єкт правопорушення.

Загальним об'єктом аналізованого правопорушення є суспільні відносини, які виникають у сфері правомірного використання комерційного найменування суб'єктами господарювання. **Безпосереднім об'єктом** слід вважати комерційне найменування як благо, що неправомірно використовується порушником.

Поняття "комерційне найменування" ще не набуло усталеного змісту. Його визначення у законо-

давстві відсутнє, що призводить до проблем на практиці, зокрема під час кваліфікації дій з неправомірного використання комерційного найменування, визначення способу захисту тощо. Це поняття з'явилося нещодавно на рівні кодифікованих актів — в Господарському і Цивільному кодексах України (далі — ГКУ України [1] та ЦКУ України [2]). При цьому законодавець продовжує використовувати в Кодексах термін "фірмове найменування" як синонім нового поняття. Поряд із зазначеними термінами, ЦКУ України застосовує правову категорію "найменування юридичної особи", не визначаючи її чітке співвідношення із комерційним (фірмовим) найменуванням. Так, згідно зі ст. 90 ЦКУ України, юридична особа повинна мати найменування, яке містить інформацію про її організаційно-правову форму (ч.1); юридична особа, що є підприємницьким товариством, може мати комерційне (фірмове) найменування (ч.2). Спеціальна норма щодо комерційного найменування встановлена у ст. 489 ЦКУ України: правова охорона надається комерційному найменуванню, якщо воно дає можливість вирізнити одну особу з-поміж інших та не вводить в оману споживачів щодо справжньої її діяльності.

Системний аналіз вказаних норм, а також співставлення природи та призначення найменування й комерційного найменування дає можливість з'ясувати зміст комерційного найменування. Якщо наявність найменування є обов'язковою ознакою юридичної особи, яка в сукупності з іншими ознаками (організаційною єдністю, наявністю відособленого майна тощо.) визначає правосуб'єктність юридичної особи, тобто її потенційну можливість мати права і обов'язки, то комерційне

ЗАХИСТ ПРАВ



найменування має іншу природу — воно є об'єктом права інтелектуальної (промислової) власності, що має на меті індивідуалізацію діяльності його носія в господарських відносинах.

Вказані відмінності найменування і комерційного найменування визначають й різну природу прав на ці об'єкти: право на найменування є немайновим правом юридичної особи, право ж на комерційне найменування як об'єкт інтелектуальної власності носить майновий характер і включає право на використання комерційного найменування та інші права, вказані в ст. 490 ЦК України. Порядок виникнення цих прав також різниться: в ході реєстрації юридичної особи реєструючий орган перевіряє найменування на предмет тотожності з найменуваннями вже зареєстрованих юридичних осіб, використання в ньому найменування органу державної влади або місцевого самоврядування тощо (ст. 27 Закону України "Про державну реєстрацію юридичних осіб і фізичних осіб — підприємців"). Щодо комерційних найменувань перевірка

не вимагається і включення в реєстр не є обов'язковим¹. Виникнення права на комерційне найменування пов'язується з моментом його першого використання.

Враховуючи зазначене, *комерційне найменування* слід розуміти як позначення, під яким суб'єкт господарювання² виступає в господарському обігу і яке індивідуалізує цього суб'єкта серед інших учасників господарських відносин. Для належної реалізації індивідуалізуючої функції комерційне найменування повинно складатися із двох частин: організаційно-правової форми комерційної організації та допоміжного позначення, які в сукупності дозволять вирізнити суб'єкта господарювання з-поміж інших та не ввести в оману споживачів щодо його справжньої діяльності. Якщо ж в якості комерційного найменування розглядати тільки відмінне позначення ("Оболонь", "Крокус"), у такому разі воно співпадатиме з іншими засобами індивідуалізації — словесною торговельною маркою, комерційним позначенням³ та не зможе належним чином індивіду-

¹ Законодавством передбачена можливість внесення відомостей про комерційні найменування до реєстрів (ст. 159 ГК України, ст. 489 ЦК України). Однак, у разі створення таких реєстрів, ці норми повинні застосовуватися відповідно до вимог ст. 8 Паризької конвенції, згідно з якою фірмове найменування охороняється без обов'язкового подання заявки та реєстрації. Тому у разі створення спеціальних реєстрів мова буде йти тільки про внесення відомостей про комерційні найменування в реєстр. Ця процедура не може мати правостановлюючого характеру і призначена виконувати переважно інформаційну функцію, надаючи відомості про існуючі комерційні найменування для недопущення їх повторення.

² ГК України до суб'єктів права на комерційне найменування відносить як суб'єктів господарювання — юридичних осіб, так і громадян-підприємців (ст. 159). Питання про доцільність надання громадянину-підприємцеві права використовувати комерційне найменування є дискусійним. Враховуючи особливості правового статусу цього суб'єкта підприємницької діяльності, вважаємо, що його комерційне найменування повинно обов'язково включати прізвище та словосполучення "громадянин-підприємець", і додатково певне відмінне позначення (вказуюче, наприклад, на сферу діяльності і т.д.). Використання ж вигаданого (знеособленого) відмінного позначення (за прикладом юридичних осіб) створить невизначеність щодо дійсного правового статусу такого підприємця як учасника господарських відносин. Громадянин-підприємець несе відповідальність за своїми зобов'язаннями, пов'язаними з підприємницькою діяльністю, всім своїм майном, окрім майна, на яке не може бути звернено стягнення. Тому його ідентифікація безпосередньо впливає на участь в господарському обігу.

³ Комерційне позначення ще не отримало нормативного регулювання в Україні, але на практиці вже визнається. Регламентований цей об'єкт російським законодавцем: згідно зі ст. 1538 ЦК РФ



ЗАХИСТ ПРАВ

алізувати суб'єкта господарювання на ринку, що суперечитиме вимогам ст. 489 ЦК України, згідно з якою комерційне найменування повинне давати можливість виділити одну особу серед інших і не вводити в оману споживачів щодо його справжньої діяльності. Для відповідності вказаним вимогам комерційне найменування повинне містити не тільки відмінне позначення, але й вказувати на організаційно-правову форму юридичної особи.

Таким чином, для комерційних (підприємницьких) юридичних осіб комерційне найменування і найменування фактично співпадають, оскільки обидва для виконання покладених на них функцій повинні включати вказівку на організаційно-правову форму. Виходячи з цього, комерційне найменування можна розглядати як різновид найменування для комерційних організацій.

Щодо об'єктивної сторони правопорушення "неправомірне використання комерційного найменування", то вона є зовнішнім проявом протиправного діяння і складається, відповідно, з таких трьох елементів: протиправне діяння, шкідливі наслідки протиправного діяння, причинний зв'язок між діянням і наслідками.

Протиправне діяння, що складає неправомірне використання комерційного найменування, проявляється у активних діях порушника, характеристика яких "виводиться" з комплексу норм таких законодавчих актів:

- ч. 5 ст.159 ГК України, згідно

якою особа, яка використовує чуже комерційне найменування, на вимогу його власника зобов'язана припинити таке використання і відшкодувати збитки;

- ч. 1 ст.490 ГК України, щодо кола майнових прав на комерційне найменування відносить право перешкоджати іншим особам неправомірно використовувати комерційне найменування, в тому числі забороняти таке використання;
- ч. 4 ст.489 ЦК України, яка дозволяє декільком особам мати однакові комерційні найменування, якщо це не вводить в оману споживачів щодо товарів, які вони виробляють і (або) реалізують, чи послуг, які ними надаються;
- ст. 4 Закону України "Про захист від недобросовісної конкуренції", яка визначає, що неправомірним є використання фірмового найменування без дозволу уповноваженої на те особи, що може призвести до змішування з діяльністю іншого господарюючого суб'єкта, який має пріоритет на його використання.

Відсутність єдиного узгодженого законодавчого підходу до визначення протиправного діяння щодо "неправомірного використання комерційного найменування" значно ускладнює кваліфікацію правопорушення і створює суперечливу судову практику. Вважаємо, що протиправність використання комерційного найменування доцільно визначати

"Коммерческое обозначение", "Юридические лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность..., а также индивидуальные предприниматели могут использовать для индивидуализации принадлежащих им торговых, промышленных и других предприятий коммерческие обозначения, не являющиеся фирменными наименованиями и не подлежащие обязательному включению в учредительные документы и единый государственный реестр юридических лиц. Коммерческое обозначение может использоваться правообладателем для индивидуализации одного или нескольких предприятий".

ЗАХИСТ ПРАВ



не формально, встановивши тотожність комерційних найменувань двох суб'єктів господарювання, а з урахуванням ймовірності введення в оману споживачів щодо діяльності суб'єкта права та порушника. Оскільки основне призначення комерційного найменування полягає в індивідуалізації діяльності суб'єкта господарювання, існування на ринку декількох виробників, що використовують тотожні або схожі найменування, але займаються неоднорідними видами діяльності, не створить загрози їх змішування.

Слід зазначити, що таке "ослаблення" виключної природи права на комерційне найменування характерно для законодавства багатьох держав і пов'язано з тим, що значна частина підприємств діє в межах окремих міст, регіонів, а тому їх діяльність не вводить в оману споживачів [3]. Крім того, подібного роду обмеження встановлено і щодо прав на інший засіб індивідуалізації — торговельну марку (знак для товарів і послуг). Так, згідно зі ст.16 Закону України "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг" власник свідоцтва на знак вправі забороняти використовувати знак, зокрема відносно товарів та послуг, споріднених із наведеними у свідоцтві, використовувати позначення, подібне із знаком, відносно наведених у свідоцтві товарів і послуг, якщо внаслідок цього можливе введення в оману відносно особи, яка виробляє товари або надає послуги.

Ключовим для характеристики протиправного діяння у вигляді неправомірного використання комерційного найменування є зміст поняття "*використання комерційного найменування*". Законодавство не визначає це поняття, не наводить перелік способів використання, як це має місце, наприклад, стосовно

інших об'єктів права інтелектуальної власності (винаходів, торговельних марок тощо). Внаслідок такої невизначеності щоразу кваліфікація правопорушення може ставитися під сумнів і бути підставою для відмови у захисті права на комерційне найменування, або, навпаки, безпідставного притягнення до юридичної відповідальності. Тому нагальною потребою сьогодні є законодавче визначення змісту поняття використання комерційного найменування. Це визначення необхідно, до речі, і задля встановлення моменту виникнення права на комерційне найменування, який пов'язується саме з фактом першого використання цього позначення.

Загальне правило про використання об'єктів права інтелектуальної власності передбачено в ст. 426 ЦК України "Використання об'єкта права інтелектуальної власності". Згідно з цією статтею способи використання даних об'єктів визначаються Кодексом та іншими законами. Враховуючи спільність правової природи та функцій комерційного найменування і торговельної марки, при формулюванні способів використання комерційного найменування можуть бути "запозичені" деякі способи використання торговельної марки, визначені у ст.16 Закону України "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг": нанесення знаку на товари, упаковку, вивіску, етикетку, нашивку, бирку або інший прикріплений до товару предмет, зберігання такого товару з метою пропонування для продажу, пропонування його для продажу, продаж, імпорту і експорту, застосування його під час пропонування та надання будь-якої послуги, для якої знак зареєстрований, застосування в діловій документації, рекламі, в Інтернеті, зокрема в доменних іменах тощо.



ЗАХИСТ ПРАВ

Корисним при формулюванні способів використання комерційного найменування може стати досвід інших країн, які вже врегулювали це питання. Так, згідно зі ст.10 Закону Республіки Вірменії "Про фірмові найменування" використанням фірмового найменування вважається "здійснення угод, введення продукції до господарського обігу, реклама товарів і послуг, здійснення фінансових операцій, пред'явлення позову до суду або арбітражу під цим найменуванням, а також його використання у вивісках, печатках, бланках та інших документах" [4]. В ст. 21 Закону Киргизької Республіки "Про фірмові найменування" під використанням фірмового найменування розуміється "здійснення угод, введення продукції до господарського обігу, здійснення фінансових операцій, пред'явлення позову до суду під цим найменуванням, відтворення фірмового найменування на офіційних бланках, печатках, бланках та іншій документації, пов'язаної з діяльністю юридичної особи, відображення фірмового найменування у вивісці, що вказує на місце знаходження юридичної особи, застосування фірмового найменування в якості елемента товарного знака на продукції, що полегшує споживачу її ідентифікацію, застосування фірмового найменування в рекламі, на ярмарках та виставках під час демонстрації експонатів, що вироблені власником" [5].

Законодавець Російської Федерації наводить зміст використання фірмового найменування в більш загальному вигляді. Відповідно до ст. 1474 ЦК РФ, "юридичній особі належить виключне право використання свого фірмового найменування в якості засобу індивідуалізації будь-яким незабороненим законом

способом (виключне право на фірмове найменування), в тому числі шляхом його зазначення на вивісках, бланках, рахунках, іншій документації, в оголошеннях та рекламі, та товарах або їх упаковці" [6].

Більш вдалим з приводу характеристики "використання фірмового найменування" є російський підхід, який, з одного боку, встановлює загальний припис про використання фірмового найменування будь-яким незабороненим законом способом, що враховує постійний розвиток сфер та способів здійснення господарської діяльності, яка індивідуалізується завдяки застосуванню комерційного найменування; а з іншого, наводить невичерпний перелік дій, які визнаються способами використання фірмового найменування.

Дії щодо неправомірного використання комерційного найменування є різноманітними у своїх проявах, що також повинно бути відображено у загальному визначенні цього правопорушення. Протиправне діяння "неправомірне використання комерційного найменування" повинно охоплювати не тільки факти використання комерційного найменування у комерційному найменуванні порушника, а й поширені на практиці факти використання відмінної частини комерційного найменування в якості торговельної марки, що призводить до змішування діяльності і продукції суб'єкта права на комерційне найменування й власника свідоцтва на торговельну марку. Мова йде про випадки, коли право на комерційне найменування виникло раніше, ніж була подана заявка на реєстрацію торговельної марки. В даному випадку відбувається "зіткнення" прав інтелектуальної власності на два різні об'єкти інтелектуальної власності — комерційне найменування і торговельну марку.

ЗАХИСТ ПРАВ



Правовою підставою вирішення таких конфліктних ситуацій може бути ст. 19 Закону України "Про охорону прав на знаки для товарів і послуг", яка передбачає підстави для визнання свідоцтва на торговельну марку недійсним. У даному контексті можливі два випадки визнання свідоцтва недійсним: (1) невідповідність зареєстрованого знака умовам надання правової охорони, (2) видача свідоцтва внаслідок подання заявки з порушенням прав інших осіб.

Щодо першого випадку — невідповідність зареєстрованого знака умовам надання правової охорони — однією з таких умов є тотожність заявленого позначення або його схожість з відомими фірмовими найменуваннями, що належить іншим особам відносно однорідної продукції. Проте застосування вказаної норми ускладнюється, по-перше, відсутністю реєстру фірмових найменувань; по-друге, відсутністю встановлених критеріїв відомості фірмового найменування; по-третє, неврахуванням тієї обставини, що на момент реєстрації суб'єкт права на відоме фірмове найменування міг займатися неоднорідною з майбутнім власником свідоцтва на знак діяльністю, а згодом — змінив її на однорідну. В результаті, перевірка даної підстави на практиці не здійснюється, що призводить до виникнення надалі подібних конфліктів між власниками свідоцтв на торговельні марки і суб'єктами права на комерційне найменування.

Складним є застосування і другої підстави для визнання свідоцтва недійсним — "видача свідоцтва внаслідок подання заявки з порушенням прав інших осіб". З одного боку, подання заявки на торговельну марку, яка є тотожною або подібною до вже існуючого фірмового

найменування іншої особи, фактично є порушенням інтересів суб'єкта права на комерційне найменування. Але, з іншого боку, для застосування цієї підстави суду треба спочатку окремо встановити факт такого правопорушення, а потім на підставі цього факту — визнати свідоцтво недійсним. Однак механізм визнання свідоцтва недійсним за цією підставою теж недосконалий, оскільки зазначені дії не визнані в законі правопорушенням.

З огляду на це, вкрай необхідним з точки зору ефективного захисту права на комерційне найменування є закріплення в законодавстві протиправних дій у вигляді використання комерційного найменування (його частини) у торговельній марці іншої особи, заявка, на яку подана пізніше, ніж виникло право на комерційне найменування, якщо внаслідок такого використання можливе введення в обману відносно особи, яка виробляє товари або надає послуги.

Щодо *шкідливих наслідків протиправного діяння*, то цей елемент не має бути обов'язковим у складі об'єктивної сторони даного правопорушення. Такі дії повинні вважатися порушенням незалежно від настання шкідливих наслідків у вигляді матеріальної або моральної шкоди. Це не означає, що неправомірне використання комерційного найменування не завдає такої шкоди. Навпаки, воно завжди потенційно зачіпає інтереси всіх учасників цивільного та господарського обігу (потерпілого суб'єкта господарювання, інших конкурентів, споживачів, держави в цілому). Звісно, якщо потерпіла особа вирішить відшкодувати завдану порушенням шкоду, тобто застосувати до порушника заходи відповідальності, її наявність та розмір повинні бути доведені.



ЗАХИСТ ПРАВ

Враховуючи основне призначення комерційного найменування, **суб'єктом цього правопорушення** слід визнати суб'єкта господарювання — господарську організацію або громадянина-підприємця, що неправомірно використовує комерційне найменування. При цьому порушником може бути не тільки комерційна організація, а й некомерційна, оскільки законом їй не заборонено отримати свідоцтво на торговельну марку, а значить, використовувати її з порушенням права на комерційне найменування.

Щодо **суб'єктивної сторони** правопорушення "неправомірне використання комерційного найменування", вина порушника презумується.

Отже, виходячи з системного аналізу наявного нормативно-правового матеріалу, **правопорушення "неправомірне використання комерційного найменування"** в загальному вигляді слід визначити як використання позначення, що є тождешним або схожим з комерційним найменуванням, без дозволу його володільця, якщо це може ввести в оману споживачів відносно товарів, які виробляють і (або) реалізують чи послуг, що надають суб'єкти

права на комерційне найменування і порушник.

Оскільки в Україні відсутній спеціальний нормативно-правовий акт щодо охорони прав на комерційні найменування, запропоноване визначення правопорушення доцільно закріпити в Господарському кодексі України, враховуючи господарську сферу використання комерційного найменування. Законодавче закріплення поняття правопорушення у вигляді неправомірного використання комерційного найменування, а також поняття та способів використання комерційного найменування надасть визначеності розумінню підстав для захисту права на цей об'єкт інтелектуальної власності, полегшить кваліфікацію правопорушення, підвищить ефективність захисту цього права, і як результат, зміцнить правопорядок у сфері господарювання. ♦

Список використаних джерел:

1. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18, № 19-20, № 21-22. — Ст.144.
2. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40-44. — Ст.356.
3. Капіца Ю. Питання адаптації охорони фірмових найменувань в Україні до законодавства європейських країн // Підприємництво, господарство і право. — 2005. — № 12. — С.17-21.
4. Закон Республики Армения "О фирменных наименованиях" от 15 декабря 1999 г. // <http://www.parliament.am/hdoc/laws/ru/>
5. Закон Кыргызской Республики "О фирменных наименованиях" от 23 декабря 1999 г. в редакции от 27 февраля 2003 г. // <http://www.kyrgyzpatent.kg/>
6. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть 4. Принят 18 декабря 2006 г. // Собрание законодательства РФ. — 2006. — № 52 (1 ч.). — Ст. 5496.



ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ НА ВИНАХІД, КОРИСНУ МОДЕЛЬ, ПРОМИСЛОВИЙ ЗРАЗОК ЯК ОБ'ЄКТ СПАДКУВАННЯ

Сергій Бутнік-Сіверський,
*аспірант НДІ інтелектуальної власності
АПРН України,
магістр інтелектуальної власності*

Можливість переходу прав на об'єкти промислової власності в спадщину існує досить давно. Ще в дореволюційній Росії Положенням про привілеї від 20 травня 1896 року передбачалося, що патент на винахід міг переходити в спадщину. Причому винахіднику ще до видачі патенту дозволялося відчужувати права на його отримання. Це можна було зробити, як тільки було видано охоронне свідоцтво, яке свідчило про факт подання заявки на винахід і виконання заявником встановлених формальностей [1; с. 35].

Але загалом, і в дореволюційній Росії, і в колишньому СРСР, і нині в незалежній Україні правому регулюванню відносин спадкування прав інтелектуальної власності на винахід, корисну модель, промисловий зразок законодавцем приділялося і приділяється замало уваги. В Цивільному кодексі України [2] (далі — ЦК України), як в книзі 4 "Право інтелектуальної власності", так і в книзі 6 "Спадкове право" про особливості спадкування цих прав нічого не вказується. В таких спеціальних нормативних актах, як Закони України "Про охорону прав на винаходи і корисні моделі" [3], "Про охорону прав на промислові зразки" [4] зазначається лише, що право на

одержання патенту переходить до правонаступника винахідника чи автора промислового зразка (в тому числі й до його спадкоємця). Тобто законодавець поширює загальний порядок спадкування і на права промислової власності, не враховуючи при цьому їхні особливості, такі як нематеріальний характер, дію протягом обмеженого періоду часу, їх цілісність та можливість здійснення спадкоємцями лише за взаємною згодою. Крім того, існування ще до видачі патенту права на подання заявки та права на його одержання як об'єктів спадкування вимагає законодавчої регламентації з приводу оформлення права на спадщину, врахування строків конвенційного та виставкового пріоритетів, пільги за новизною, які іноді закінчуються раніше, ніж строк для видачі свідоцтва про право на спадщину. Відсутність такої регламентації спричиняє регулювання цих відносин не лише нормами ЦК України про спадкування, а й неписаними нормами, які сформувалися на практиці.

Таким чином, права інтелектуальної власності на винахід (корисну модель, промисловий зразок) є особливим об'єктом спадкування, а тому регулювання цих відносин потребує ґрунтовного вивчення та за-



ПАТЕНТНЕ ПРАВО

конодавчого закріплення. Відсутність належної регламентації призводить і буде призводити до виникнення колізій на практиці та неоднозначного правозастосування.

Теоретичну основу дослідження становлять праці з питань права інтелектуальної власності та спадкового права таких вчених-юристів: Б. Антімонова, Є. Флейшица, С. Довгого, В. Жарова, В. Зайчука, О. Павлової, С. Фурси, Ю. Заїки та ін.

Метою цієї статті є дослідження питання, які саме права інтелектуальної власності на винахід, корисну модель, промисловий зразок можуть переходити у спадщину, тобто бути об'єктом спадкування за українським законодавством.

Зазвичай під спадкуванням розуміється перехід прав та обов'язків (спадщини) від фізичної особи, яка померла (спадкодавця), до інших осіб (спадкоємців). Саме таке визначення висвітлено в ст. 1216 ЦК України. Об'єкти спадкування бувають майнового характеру і немайнового. До об'єктів майнового характеру належать житлові будинки, квартири, земельні ділянки, засоби виробництва, транспортні засоби, цінні папери, а також інше майно споживчого та виробничого призначення. До об'єктів немайнового характеру належать права інтелектуальної власності [5; с.816] (на винахід, корисну модель, промисловий зразок, зокрема).

Як відомо, права інтелектуальної власності поділяються на особисті немайнові та майнові.

Особисті немайнові права, зокрема право на визнання людини творцем (автором, винахідником) об'єкта права інтелектуальної власності (право авторства) та право на присвоєння свого імені створеному винаходу чи корисній моделі (право на

авторське ім'я), спадкуванню не підлягають, оскільки в ч.4 ст. 423 ЦК України закріплено, що вони не можуть відчужуватися (передаватися), а в ст. 1219 встановлено, що не входять до складу спадщини права, нерозривно пов'язані з особою спадкодавця, зокрема особисті немайнові права. Так, спадкоємці не мають права в заявці та патенті змінити справжнє ім'я винахідника (автора промислового зразка) на своє власне, а можуть виступати лише як заявники. До того ж, вони вправі вимагати зазначення імені дійсного винахідника чи автора, оскільки в ст. 4 *ter* Паризької конвенції про охорону промислової власності встановлено, що "винахідник має право бути названим як такий у патенті".

Майнові права інтелектуальної власності на винахід, корисну модель, промисловий зразок у спадщину переходять, оскільки відповідно до ч. 1 ст. 427 ЦК України вони можуть бути передані повністю або частково іншій особі. Крім того, в ст. 1218 ЦК України встановлено, що до складу спадщини входять усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті. Тому, безсумнівно, якщо на момент відкриття спадщини дія патенту, що засвідчує права інтелектуальної власності на винахід, корисну модель, промисловий зразок, ще не припинилася, то ці права входять до складу спадщини на загальних підставах. Водночас це відповідає вимогам Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (TRIPS), в ч.2 ст.28 якої закріплено, що власники патенту повинні мати право передавати патент у спадщину.

ПАТЕНТНЕ ПРАВО



В цьому разі звернемо увагу на оформлення права на спадщину. ЦК України передбачає, що нотаріус може видати спадкоємцю свідоцтво про право на спадщину, з метою підтвердження її прийняття. Але в науковій літературі зазначають, що в свідоцтві про спадкування майна спадкодавця може бути не згадано про перехід прав на патент, і, у зв'язку з цим, на практиці таке свідоцтво визнається недостатнім. Тому "спадкоємці зобов'язані одержати у нотаріуса спеціальне свідоцтво про право спадкування патента, в якому має бути зазначено, хто та у якій частці успадковує патентні права" [6; с. 165]. Так, відповідно до п. 227 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженої Наказом Міністерства юстиції України від 03.03.2004 № 20/5, "спадкоємцям, які одержали свідоцтво про право на спадщину певної частини спадкового майна, у подальшому видаються наступні свідоцтва про право на спадщину інших частин спадкового майна, яке не перераховане в раніше виданому свідоцтві" [7]. Але нотаріус може й не видавати окремого свідоцтва, а зазначити про перехід патента у спадщину в тому свідоцтві, яке стосується всього майна спадкодавця.

Звернувшись до законодавства Російської Федерації, а саме частини 4 Цивільного кодексу Російської Федерації, яка набрала чинності з 1 січня 2008 р., треба відмітити, що в ч. 5 ст. 1232 згаданого акта встановлено, що "підставою для державної реєстрації переходу виключного права на результат інтелектуальної діяльності або на засіб індивідуалізації у спадщину є свідоцтво про право на спадщину" [8]. Дійсно, саме свідоцтво як правовстановлюю-

чий документ, виданий нотаріусом, має бути підставою для переходу майнових прав. І жоден інший документ, який побічно свідчить про перехід прав у спадщину, не може бути в цьому разі прийнятий до уваги. Тому, на наш погляд, такий досвід Росії у вирішенні цього питання має бути запозичений українським законодавцем.

Враховуючи те, що в спадщину переходять саме майнові права інтелектуальної власності на винахід, корисну модель, промисловий зразок, визначимо, що розуміється законодавцем під ними.

Відповідно до ст. 464 ЦК України майновими правами інтелектуальної власності на винахід, корисну модель, промисловий зразок є:

- 1) право на використання винаходу, корисної моделі, промислового зразка;
- 2) виключне право дозволяти використання винаходу, корисної моделі, промислового зразка (видавати ліцензії);
- 3) виключне право перешкоджати неправомірному використанню винаходу, корисної моделі, промислового зразка, в тому числі забороняти таке використання;
- 4) інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом. Майнові права інтелектуальної власності на винахід, корисну модель, промисловий зразок належать володільцю відповідного патенту, якщо інше не встановлено договором чи законом.

В законах, що регулюють ці правовідносини, права патентовласника висвітлюються дещо інакше. Так, згідно зі ст. 28 Закону України "Про охорону прав на винаходи і корисні моделі" та ст. 20 Закону України "Про охорону прав на промислові



ПАТЕНТНЕ ПРАВО

зразки" патент надає його власнику *виключне право використовувати винахід* (корисну модель), промисловий зразок на свій розсуд, якщо таке використання не порушує прав інших власників патентів. Тобто, на відміну від ЦК України, тут право на використання є виключним.

В зазначених статтях також встановлено, що патент надає його власнику *виключне право забороняти* іншим особам використовувати винахід (корисну модель) та *право забороняти* іншим особам використовувати промисловий зразок без його дозволу, за винятком випадків, коли таке використання не визнається згідно з цими законами порушенням прав, що надаються патентом. Тобто, на відміну від ЦК України, в Законі України "Про охорону прав на промислові зразки" право забороняти використання не є виключним правом. Крім того, за ЦК України це право є складовою виключного права перешкоджати неправомірному використанню.

Також у вищезгаданих статтях законів зазначається, що власник патенту може передавати на підставі договору право власності на винахід (корисну модель, промисловий зразок) будь-якій особі, яка стає його правонаступником. На наш погляд, це положення висвітлено досить вузько, оскільки право власності на зазначені об'єкти може бути передано не лише за договором, а й в порядку спадкування за заповітом (тобто одностороннім правочином) та за законом.

В цих же статтях визначено, що власник патенту має *право дати будь-якій особі дозвіл* (видати ліцензію) на використання винаходу (корисної моделі, промислового зразка) на підставі ліцензійного договору. В

ЦК України ж право дозволяти використання цих об'єктів є виключним.

Крім того, з патенту випливає обов'язок добросовісно користуватися виключним правом та обов'язок сплачувати відповідні збори за підтримання чинності патенту. А оскільки при спадкуванні має місце універсальне правонаступництво, тобто права та обов'язки спадкодавця переходять до спадкоємців як єдине ціле, і спадкоємці стають новими власниками патенту (документа, який надає певні права та обов'язки), то згадані обов'язки також успадковуються.

Таким чином, зробивши порівняльний аналіз норм ЦК України та законів, в яких визначаються майнові права інтелектуальної власності на винахід, корисну модель, промисловий зразок, можна дійти висновку, що між ними існує багато розбіжностей, а тому постає питання які саме норми необхідно використовувати для встановлення майнових прав, що успадковуються. На наш погляд, це норми саме ЦК України як нормативно-правового акта, прийнятого пізніше ніж закони. Але звичайно, з метою уникнення можливих колізій на практиці, зазначені розбіжності потрібно узгодити.

Необхідно звернути увагу на те, що в спадщину не завжди переходять саме майнові права інтелектуальної власності, засвідчені патентом, адже іноді трапляються випадки, коли на момент відкриття спадщини патент спадкодавець ще не одержав, а тому майнові права діяти не розпочали. А отже в цьому разі в спадщину може переходити **право на одержання патенту**.

Розглянемо як саме відносини, що виникають в цій ситуації, врегульовуються законодавством.

ПАТЕНТНЕ ПРАВО



Відповідно до ст. 7 Закону України "Про охорону прав на промислові зразки" право на одержання патенту має *автор або його спадкоємець*, якщо інше не передбачено цим законом. Тобто тут чітко встановлено, що в спадщину можуть переходити не лише права, що впливають з патенту, а й право на його одержання. Таке положення, безперечно, підкріплює права спадкоємців.

Якщо ж звернутися до Закону України "Про охорону прав на винаходи і корисні моделі", то можна помітити, що це питання висвітлюється тут дещо інакше. Так, відповідно до ст. 8 цього закону право на одержання патенту має *винахідник*, якщо інше не передбачено цим законом. Звичайно, права спадкоємців цим положенням не обмежуються, оскільки діє ст. 10 згаданого закону, в якій встановлено, що право на одержання патенту має правонаступник винахідника, а ним, як відомо, може бути і спадкоємець. Але, на наш погляд, не завадило б також зазначити те, що право на одержання патенту має безпосередньо спадкоємець винахідника, як це має місце в попередньому законі. До того ж, якщо звернутися до законодавства Російської Федерації, то можна побачити, що ще в Патентному законі в ч. 6 ст. 10 чітко визначалося, що "патент на винахід, корисну модель, промисловий зразок і право на його одержання переходять у спадщину". А зараз, коли згаданий закон припинив дію, ці питання також достатньо чітко регулюються частиною 4 Цивільного кодексу Російської Федерації, в ч. 2 ст. 1357 якого встановлено, що "право на одержання патенту на винахід, корисну модель або промисловий зра-

зок може перейти до іншої особи (правонаступника) або бути йому передано у випадках та на підставах, які встановлені законом, в тому числі в порядку універсального правонаступництва, або за договором, в тому числі за трудовим договором". А щодо спадкування виключних прав, то ст. 1241 згаданого російського кодексу встановила, що "перехід виключного права на результат інтелектуальної діяльності або на засіб індивідуалізації до іншої особи без укладення договору з правовласником допускається у випадках і на підставах, які встановлені законом, в тому числі в порядку універсального правонаступництва (спадкування, реорганізація юридичної особи) і при зверненні стягнення на майно правовласника".

Отже, з метою запобігання можливим непорозумінням на практиці *пропонуємо чітко встановити в законодавстві України, що спадкуванню підлягають права, що впливають з патенту на винахід, корисну модель, промисловий зразок, а також право на його одержання.*

Але постає питання, коли саме виникає право на одержання патенту: з моменту створення винаходу (корисної моделі, промислового зразка) чи з моменту подання заявки на нього? Законодавством визначено, що особа, яка бажає одержати патент і має на це право, подає заявку. А таке право, як зазначалося вище, має винахідник (автор). Тобто, звідси випливає, що право на одержання патенту виникає у творця з моменту створення самого об'єкта, а подання заявки є формою реалізації цього права. І відповідно право на подання такої заявки має лише особа, якій належить право на одержання патенту.



ПАТЕНТНЕ ПРАВО

Таким чином, ситуації, які теоретично можуть виникнути при спадкуванні прав інтелектуальної власності на винахід (корисну модель, промисловий зразок) можна звести до таких:

- 1) спадкування прав, що вже захищені патентом;
- 2) спадкування права на одержання патенту, якщо спадкодавець лише подав заяву;
- 3) спадкування права на одержання патенту, якщо спадкодавець заяву ще не подав.

Права, що захищені патентом, переходять до спадкоємців шляхом звернення до державного нотаріуса за видачею свідоцтва про право на спадщину, де має чітко визначатися який саме патент підлягає спадкуванню. Далі спадкоємці мають подати до Державного підприємства "Український інститут промислової власності" (далі — Укрпатент) заяву про передання права власності на винахід (корисну модель, промисловий зразок), додаючи копію свідоцтва про право на спадщину та квитанцію про сплату відповідних зборів. І лише потім, після внесення змін до реєстру, у спадкоємців виникає право власності на успадкований патент.

У разі ж, якщо спадкодавець лише подав заяву на винахід (корисну модель, промисловий зразок), то до спадкоємців переходить право на одержання патенту, яке реалізується шляхом подання заяви про внесення змін до заявки, з метою реєстрації зміни особи заявника. Оскільки спадкоємці ще не визнаються заявниками, і їм не дозволено вносити зміни до заявки, вони мають додати документ про право спадкування, аби довести правомірність такої дії. Виникає тільки питання, який саме?

В юридичній літературі зазначають, що оформлення спадкоємних прав у даній сфері має певні особливості, і, до винесення рішення про видачу патента, нотаріус не вправі видати свідоцтво про право на його спадкування. Тому, в цьому разі, для підтвердження своїх прав спадкоємці подають інші документи. Як стверджують науковці, "з одного боку, ними є документи, що свідчать про відкриття спадщини (свідоцтво про смерть спадкодавця, рішення суду про оголошення його померлим), а з іншого — документи, які свідчать про те, що заявник є спадкоємцем за законом (виписки з метричних книг, запис у паспорті про дітей, чоловіка, судові рішення про встановлення батьківства тощо) чи за заповітом (копія заповіту)" [6, с. 164]. Приблизно такої ж точки зору дотримується О. Павлова, яка, крім того, ще зазначає, що в цьому випадку спадкоємець виступає в заявці як заявник, а спадкодавець вказується як автор [9; с. 37].

Але чи відповідає такий порядок спадкування нормам ЦК України?

Відповідно зі ст. 1218 ЦК України до складу спадщини входять усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті. А тому суб'єктивне право на одержання патенту, як і інші права, може переходити у спадщину, і у зв'язку з цим логічно припустити, що про нього також може бути зазначено у свідоцтві. Викладена ж вище існуюча практика, коли нотаріус не видає свідоцтво, яке б підтверджувало перехід права на одержання патенту в спадщину, напевно пояснюється тим, що:

- 1) це право не є майновим (до того ж його важко віднести й до осо-

ПАТЕНТНЕ ПРАВО



бистих немайнових прав);

2) воно має більш адміністративно-правовий, аніж цивілістичних характер, тому що є елементом правовідносин, що виникають між заявником та державним органом (Укрпатентом);

3) юридичним наслідком його реалізації не завжди є одержання патенту, оскільки за відсутності патентоздатності технічного рішення, в видачі охоронного документу відомство може відмовити.

З юридичної точки зору, звернення до Укрпатенту не з свідоцтвом про право на спадщину, а з іншими документами, які певним чином підтверджують статус спадкоємця, наприклад, виписки з метричних книг, запис у паспорті про дітей чи другого з подружжя тощо, свідчать лише про належність особи до тієї чи іншої черги спадкоємців за законом, а копія заповіту — право на прийняття спадщини, але не факт її прийняття. Так, звернувшись з такими документами до Укрпатенту, спадкоємець потім може відмовитися від прийняття спадщини, не прийняти її, або його може бути взагалі усунено від права на спадкування. В цих випадках, звичайно, право на одержання патенту мають інші спадкоємці, але усунути того спадкоємця, який першочергово скористався цим правом і сплатив відповідний збір, буде досить проблематично.

Якщо спадкоємців, що набули статусу заявників, декілька, то вони звичайно мають погодити між собою питання ведення діловодства з експертизою: надати це повноваження одному з них чи здійснювати його разом.

Звернемо також увагу на той аспект, що коли спадкоємець одер-

жить патент, права, які з нього будуть впливати, в цьому разі не входять до складу спадщини, тому що на момент її відкриття ще не існували, а тому нотаріус не вправі видати на них свідоцтво. Тобто спадкоємець, набуваючи статусу заявника, реалізує передане в спадщину право на одержання патенту, а коли його отримує, то набуває нових прав, які не належали спадкодавцеві.

Необхідно також зазначити, що в разі подання спадкодавцем заявки до Укрпатенту, до спадкоємців переходить не лише право на одержання патенту, а й право на конвенційний пріоритет, який становить 12 місяців для винаходів (корисних моделей) і 6 місяців для промислових зразків від дати подання заявки. Так, відповідно до ст. 4 Паризької конвенції, будь-яка особа, що належним чином подала заявку на патент на винахід, корисну модель, промисловий зразок в одній з країн Союзу по охороні промислової власності чи *правонаступник цієї особи* користуються для подання заявки в інших країнах правом пріоритету протягом зазначених строків. Тобто навіть в цьому міжнародно-правовому акті визначено, що правонаступник (а ним може бути й спадкоємець) заявника успадковує право на конвенційний пріоритет.

Тепер розглянемо той випадок спадкування права на одержання патенту, коли спадкодавець заявку не подав, але винахід (корисну модель, промисловий зразок) створив.

Відповідно до додатку 1 до пункту 5.1 Правил складання і подання заявки на винахід та заявки на корисну модель, затверджених Наказом Міністерства освіти і науки України від 22.01.2001 № 22 [10] та відповідно до додатку до пункту 6.1



ПАТЕНТНЕ ПРАВО

Правил складання та подання заявки на промисловий зразок, затверджених Наказом Міністерства освіти і науки України від 18.02.2002 №110 [11] підставами щодо виникнення *права на подання заявки й одержання патенту*, якщо заявником не є винахідник (автор), є: документ про передання прав винахідником (автором) або роботодавцем правонаступнику або документ про право спадкування. Тобто, виходячи з цієї норми, можна дійти висновку, що спадкуванню підлягає не лише право на одержання патенту, а й право на подання заявки, у разі, якщо спадкодавець створив винахід, але заявку не подав. Це є логічним, тому що право на одержання патенту не може реалізуватися без права на подання заявки.

У випадках, коли винахідників (авторів), які спільно створили винахід (корисну модель, промисловий зразок), декілька, вони мають однакові права на одержання патенту (а отже й на подання заявки), якщо інше не передбачено угодою між ними. Спадкоємці ж померлого винахідника (чи автора корисної моделі, промислового зразка) набувають це право нарівні з іншими винахідниками (співавторами). Звісно, в цьому разі спадкоємці не зробили особистого творчого внеску у створення винаходу (корисної моделі, промислового зразка), а тому не визнаються винахідниками (чи авторами), а виступають в заявці лише як заявники.

Виходячи зі згаданих підзаконних нормативних актів, спадкоємці мають довести, що вони успадкували право померлого винахідника (автора) на подання заявки та одержання патенту, додаючи документ про право спадкування. Але таким документом на практиці є не

свідоцтво про право на спадщину, а інші відповідні документи, які побічно свідчать про статус спадкоємця. Поясненням цього може слугувати (окрім аргументів, про які вже йшлося вище) існування принципу в сфері промислової власності, за яким право на одержання патенту належить заявнику, заявка якого має більш ранню дату подання або більш ранню дату пріоритету. Тобто, за законодавством право на подання заявки та одержання патенту у спадкоємців виникає, але воно може й не реалізуватися, у зв'язку з поданням одним із спадкоємців заявки, обминаючи інших спадкоємців, або поданням іншою особою заявки на такий же винахід (корисну модель, промисловий зразок), яка має більш ранню дату подання чи пріоритету.

Справа в тому, що зверненню з заявкою передують її оформлення, яке зумовлює виникнення певних витрат не лише часу, а й коштів за послуги патентного повіреного, спеціалістів у відповідній сфері науки і техніки, проведення патентного пошуку тощо. Тому, якщо один із спадкоємців, здійснивши всі ці підготовчі дії, подав заявку, то звісно не можна вважати розумним та справедливим надання статусу заявника іншим спадкоємцям. Право на подання заявки належало їм усім, однак в даному разі його реалізував лише один з них.

У зв'язку з цими причинами нотаріус не може зазначати щодо права на подання заявки та одержання патенту в свідоцтві про право на спадщину. До того ж, за своєю природою це право не може вважатися часткою в спадковій масі поряд з іншими об'єктами спадкування, оскільки ще не відома можливість

ПАТЕНТНЕ ПРАВО



його здійснення, а отже — й його вартість.

Звернемо увагу на те, що в будь-якому випадку в спадщину переходить і авторське право на відповідні малюнки, креслення, записи винахідника (автора), якщо вони мають творчий характер та виражені в об'єктивній формі. Але, як відомо, авторське право поширюється лише на форму вираження твору і не охороняє саму ідею винаходу (корисної моделі), яка може бути захищена лише патентом. Крім того, матеріали заявки, складені спадкоємцями, за своєю формою можуть повністю відрізнитися від записів померлого винахідника, оскільки мають відповідати вимогам, встановленим законодавством. Так, наприклад, спадкоємець може вирішити не включати до формули винаходу певні пункти, про які зазначав в своїх записах винахідник, додати нові, викласти їх в іншій формі, скласти опис, який буде суттєво відрізнитися від оригіналу рукопису. Або, у разі якщо винахідник (автор) сам подав заявку, то після його смерті в процесі кваліфікаційної експертизи може виникнути необхідність певним чином змінити заявку: усунути окремі пункти формули, переробити опис, надати креслення тощо. Тоді виникає парадоксальне питання: спадкоємці не є авторами, а тому не можуть порушувати особисте немайнове право померлого автора (винахідника) на недоторканість заявки як твору, що охороняється авторським правом, але водночас вони є заявниками і мають право на зміну заявки. Чи буде в результаті такого перекручення спадкоємцями думок винахідника (автора) порушуватися недоторканість його твору?

Напевно що буде, але її охорона покладена на самих спадкоємців...

Водночас, виходячи з того, що авторське право охороняє лише форму вираження твору, рукописи винахідника (автора) та заявка, складена його спадкоємцем (якщо вона сильно відрізняється від рукописів), можуть вважатися двома різними творами, які мають відповідно двох різних авторів. Тому в цьому разі логічно припустити, що спадкоємець може зазначити в заявці й власне ім'я як винахідника (автора промислового зразка).

У разі якщо спадкодавець, наприклад у науковій статті, яка охороняється нормами авторського права, розкрив інформацію про винахід (корисну модель, промисловий зразок) і не подав заявки до Укрпатенту, то до спадкоємців переходить право на подання заявки та одержання патенту, а також, так звана "пільга по новизні". Вона означає, що протягом 12 місяців до дати подання заявки на винахід (корисну модель) та протягом 6 місяців до дати подання заявки на промисловий зразок, на визнання винаходу (корисної моделі, промислового зразка) патентоздатним не впливає розкриття інформації про нього винахідником (автором) або особою, яка одержала від винахідника (автора) прямо чи опосередковано таку інформацію.

Якщо спадкодавець показав промисловий зразок на офіційній або офіційно визнаній міжнародній виставці, проведений на території держави — учасниці Паризької конвенції про охорону промислової власності, та не подав заявки до Укрпатенту, то до спадкоємців переходить не лише право на подання заявки та одержання патенту на



ПАТЕНТНЕ ПРАВО

промисловий зразок, а й право на виставковий пріоритет.

Отже, на практиці можуть виникнути найрізноманітніші ситуації в процесі спадкування прав інтелекту-

альної власності на винахід, корисну модель, промисловий зразок. З метою систематизації, ці права, а також дії, спрямовані на їх реалізацію, узагальнено зображені на рис. 1.

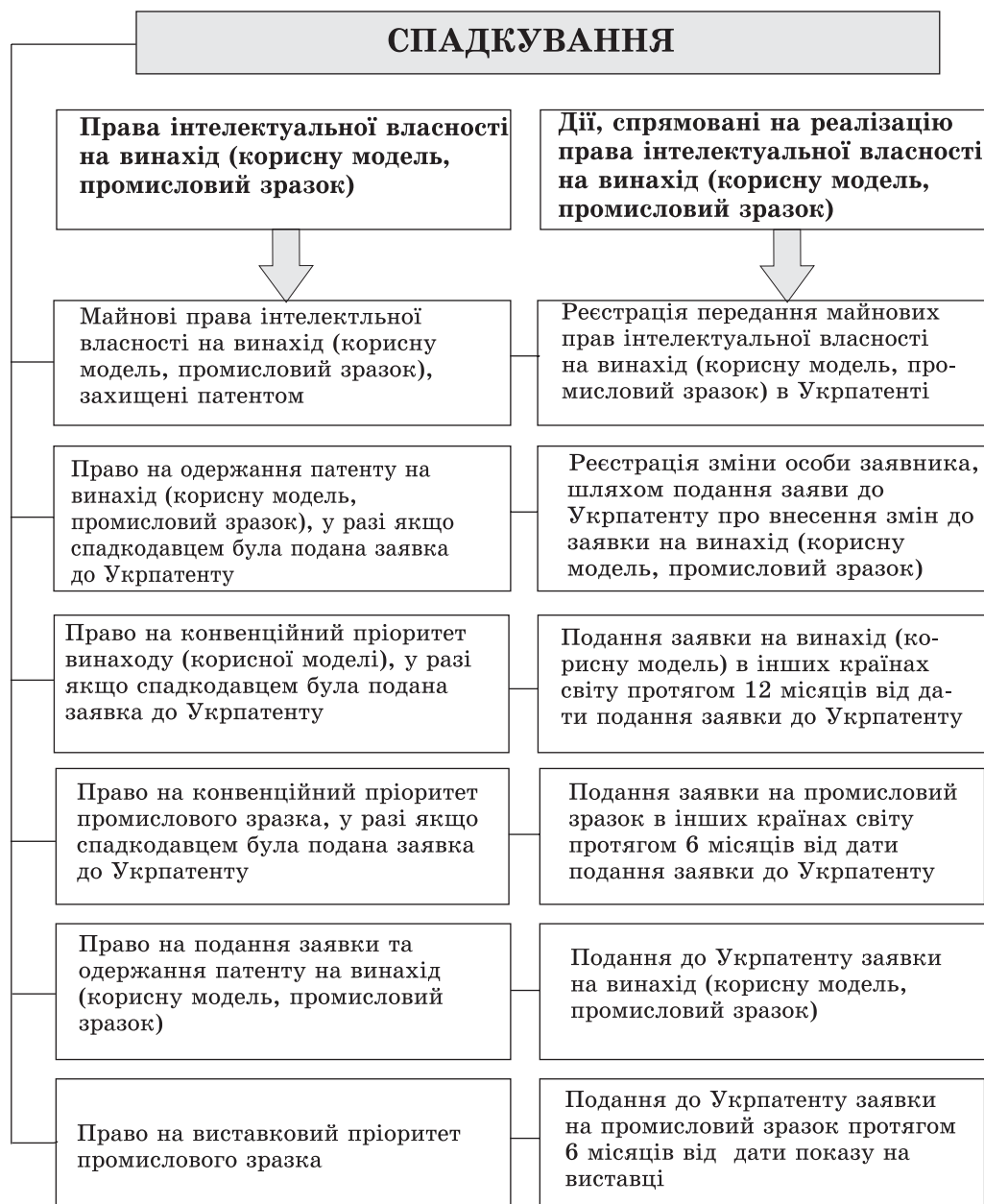


Рис. 1. Права інтелектуальної власності на винахід (корисну модель промисловий зразок), що переходять у спадщину, та дії, спрямовані на їх реалізацію.

ПАТЕНТНЕ ПРАВО

**Висновки:**

1. При спадкуванні прав інтелектуальної власності на винахід, корисну модель, промисловий зразок в спадщину можуть переходити всі майнові права інтелектуальної власності, захищені патентом, а якщо його не видано, то лише право на подання заявки, право на одержання патенту, право на конвенційний пріоритет винаходу (корисної моделі, промислового зразка), право на виставковий пріоритет промислового зразка.

2. В законодавстві України присутня невизначеність питання переходу у спадщину права на подання заявки та одержання патенту. Незважаючи на те, що в нормативних

актах про такий перехід прав зазначається, в дійсності він не реалізується в порядку спадкування, оскільки ці права за своєю природою не в змозі входити до складу спадщини та розподілятися між спадкоємцями нарівні з іншими об'єктами спадкування.

3. Враховуючи те, що нотаріус не може зазначити щодо права на одержання патенту в свідоцтві про право на спадщину, вважаємо, що спадкоємець, з метою підтвердження свого статусу, до заяви про зміну особи заявника, яка подається в Укрпатент, має додавати довідку від нотаріуса про те, що він є дійсно потенційним спадкоємцем. ♦

Список використаних джерел:

1. Антимонов Б.С., Флейшиц Е.А. Изобретательское право. — М.: Юрид. лит. — 1960. — 228 с.
2. Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40-44. — Ст. 356.
3. Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 7. — Ст. 32.
4. Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 7. — Ст. 34.
5. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. — К.: Істина, 2004. — 928 с.
6. Охорона інтелектуальної власності в Україні / Довгий С.О., Жаров В.О., Зайчук В.О. та ін. — К.: Форум, 2002. — 319 с.
7. Офіційний вісник України. — 2004. — № 10. — Ст. 639.
8. Российская газета. — 2006. — 22 декабря.
9. Павлова Е. Наследование интеллектуальной собственности // Закон: журнал для деловых людей. — 2001. — № 4. — С. 31-37.
10. Офіційний вісник України. — 2001. — № 9. — Ст. 386.
11. Офіційний вісник України. — 2002. — № 11. — Ст. 531.



СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА



СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА ОБ'ЄКТІВ АВТОРСЬКОГО ПРАВА: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ НЕЗАЛЕЖНОСТІ ЕКСПЕРТА

Анна Штефан,

науковий співробітник відділу узагальнення експертної та судової практики НДІ інтелектуальної власності АПрН України

В цивільному судочинстві при розгляді будь-яких цивільних справ існує негласне правило: судді володіють знаннями в галузі права (від лат. *jurus cor um legas* — судді знають закон) та знаннями загально-відомих фактів. З цих питань судді вправі самостійно будувати свої судження. Для роз'яснення питань, що виникають в процесі розгляду цивільних справ щодо захисту авторського права і потребують спеціальних знань в галузі науки, мистецтва, техніки або ремесла (ч. 1 ст. 143 ЦПК), суд призначає експерта. Експертами є особи, які мають спеціальні знання в галузі науки, мистецтва, техніки або ремесла і залучаються судом до участі в цивільному процесі з метою з'ясування обставин, що мають значення для справи [1, с. 307].

Не заглиблюючись у дослідження природи, змісту та особливостей поняття спеціальних знань, що може бути самостійним напрямком наукового дослідження, зазначимо, що спеціальні знання є такими в силу того, що вони не відомі широкому колу осіб, тобто не акумульовані в щоденному життєвому досвіді людини, виходять за межі загальнодоступних знань та очевидних відомостей, а також не є правовими [2,

с.16]. Об'єктивність та достовірність висновку експерта як судового доказу залежать в першу чергу від правильного вибору особи, яку призначають експертом. Тому експерту пред'являються вимоги, що спрямовані на забезпечення високого наукового рівня експертизи, в тому числі, вимоги щодо наявності в експерта знань із відповідної галузі науки і техніки.

Метою цієї статті є розкриття проблеми незалежності експерта при проведенні експертиз об'єктів авторського права, тому ми не будемо детально розглядати вимоги до компетенції експерта, його права та обов'язки, вимоги до форми й змісту судової експертизи, а зупинимось на конкретних питаннях, вирішення яких матиме велике значення для розвитку інституту судової експертизи об'єктів авторського права.

Чинним законодавством України взагалі не передбачене право на незалежність та самостійність експерта та не вирішене питання про можливість певного контролю з боку суду над проведенням експертизи. В літературі з цього приводу зазначається, що експерт повинен бути вільним у виборі наукових положень та методів дослідження, самостійно складати план досліджен-

СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА



ня та формулювати висновки, а суд здійснює контроль за законністю проведення дослідження і дотриманням експертом процесуальної форми при цьому та оцінці висновку експерта при розгляді справи [2, с. 43]. Будь-який інший контроль за проведенням дослідження з боку суду не потрібен, крім того, він не може бути повноцінним, адже у судді відсутні спеціальні знання, з огляду на потребу в застосуванні яких у справі призначена експертиза.

Труднощі проведення експертизи об'єктів авторського права зумовлені багатьма чинниками: і тим, що авторське право в силу своєї специфіки є надзвичайно складною галуззю права, тому для проведення експертизи об'єктів авторського права експерт повинен мати не лише юридичну освіту, а й освіту в галузі інтелектуальної власності; і тим, що на сьогодні в Україні відсутні будь-які методики проведення експертиз об'єктів авторського права, що фактично надає експертові можливість при проведенні дослідження керуватися будь-якими підходами, власними внутрішніми переконаннями тощо. В результаті дослідження, що проводилося за відсутності рекомендацій та визначених законом методик, викладені в судовій експертизі висновки можуть суперечити нормам чинного законодавства та практиці його застосування.

Розглянемо, які прояви може мати незалежність експерта при проведенні експертизи, на прикладі висновку судової експертизи об'єктів інтелектуальної власності № ... від ... листопада 2008 року (далі — експертиза), призначеної у справі, що розглядалася Печерським районним судом м. Києва у 2007-2008 роках. Проведення експертизи було доруче-

не експертові М., яка має вищу філологічну та юридичну освіти, вищу освіту у сфері інтелектуальної власності, відповідну кваліфікацію судового експерта (далі — експерт). Об'єктом дослідження експертизи став сценарій проведення автомобільної виставки, а питання, що були поставлені на вирішення експертизи, стосувалися того, чи відповідає об'єкт дослідження та його частини умовам правової охорони авторським правом.

Почнемо з того, що в юридичній літературі були спроби дослідити, чи взагалі можна ставити перед експертом питання про належність чи неналежність об'єкта дослідження до об'єктів авторського права. Як зазначають дослідники теорії судових експертиз, це питання юридичного характеру, і тому воно повинно вирішуватися судом на підставі висновку експерта та інших матеріалів справи. Перед експертом можна поставити питання, творчий чи нетворчий характер мала робота автора над спірним твором, а експерт повинен чітко та зрозуміло відповісти саме на це питання [3, с. 79; 4, с. 58-59]. В теорії цивільного процесуального права дана проблема на сьогодні не вирішена. З одного боку, законом не встановлено жодних критеріїв чи підстав, за яких у справі повинна бути призначена експертиза, що обґрунтовується допоміжною, а не доказовою функцією спеціаліста: потреба у призначенні експертного дослідження визначається в кожному випадку окремо, виходячи з природи фактів, що підлягають встановленню. Чинне законодавство України в галузі інтелектуальної власності не містить поняття твору: Закон України "Про авторське право і суміжні права"



СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА

(далі — Закон) у ст. 8 та ЦК України у ст. 433 лише перераховують об'єкти авторського права та визначають ознаки правової охорони творів, тому можна допустити, що суд самостійно і не може визначити, чи належить об'єкт до творів, що охороняються авторським правом. З іншого боку, передбачені нормами чинного законодавства ознаки правової охорони творів дають можливість поставити перед експертом питання про наявність чи відсутність цих ознак в об'єкті, що досліджується, а суд на підставі висновку експерта та інших матеріалів справи сам зробить висновок про належність досліджуваного об'єкта до творів. Відповіді на це питання ні в законі, ні в положеннях науки немає, а практика розгляду цивільних справ про захист авторського права відосить вирішення таких питань до компетенції експерта.

Найпершою проблемою розглядуваної експертизи є вибір експертом юридичної літератури для проведення дослідження. З одного боку, незалежність експерта у виборі методик, засобів та методів, наукових положень для проведення експертизи означає й вільний вибір експертом тієї спеціальної літератури, яка необхідна для знаходження відповідей на поставлені перед експертом питання. І здається логічним, що експерт повинен вибирати ті підручники, посібники та інші джерела спеціальної літератури, які відповідають і нормам чинного законодавства, і стану розвитку науки та техніки. На практиці ж можливі й інші підходи експерта у виборі спеціальної літератури: у розглядуваній експертизі в переліку з 11 джерел зазначено 2 нормативно-правові акти, 1 словник, 6 джерел в га-

лузі авторського права радянського періоду (1956, 1957, 1963, 1965, 1972, 1988 років видання), 1 джерело з регулювання авторського права в Російській Федерації 1994 року видання та єдине українське джерело 1999 року видання.

Доцільність використання експертом зазначеної юридичної літератури є сумнівною. Абсолютну більшість джерел становлять книги радянського періоду, але ж правове регулювання авторського права за часів Радянського Союзу було відмінним від правового регулювання авторського права в сучасних умовах України, тому важко погодитися з правомірністю використання таких джерел для підготовки експертизи об'єктів інтелектуальної власності, створених в сучасний період. Джерело, яке стосується регулювання авторського права в Російській Федерації, також не може використовуватися для підготовки правильного висновку судової експертизи, оскільки, по-перше, чинне законодавство України не є ідентичним із законодавством Російської Федерації, по-друге, джерело видане у 1994 році, в той час, як з 1 січня 2008 року набрала чинності нова редакція глави IV ЦК РФ, якою підхід до правового регулювання авторського права зокрема та інтелектуальної власності в цілому змінено. Єдине джерело українського походження (1999 року видання) також не можна було брати за основу для проведення експертизи, оскільки чинна редакція Закону була прийнята 11 липня 2001р. Найбільше посилянь у тексті експертизи було здійснено на джерело 1972 року видання. Отже, експерт використовувала юридичну літературу, яка не могла допомогти знайти адекватні відповіді на по-

СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА



ставлені перед експертом питання, оскільки жодне з джерел юридичної літератури на сьогодні не є актуальним. Натомість, жоден із сучасних підручників, посібників, монографій з питань інтелектуальної власності експертом використаний не був.

Таким чином, обґрунтованою є потреба у нормативно-правовому закріпленні обмеження вибору судовим експертом спеціальної літератури тими джерелами, які створені на основі норм чинного законодавства, а не законодавства минулого періоду, та відповідають сучасному рівневі розвитку науки і техніки.

Другим проблемним моментом у експертизі, яка розглядається є використання судовим експертом спеціальної термінології. Знову ж таки видається очевидним, що експерт при проведенні дослідження зобов'язаний використовувати ті терміни, які закріплені в тих чи інших галузях чинного законодавства України та відповідають рівневі сучасного розвитку відповідної галузі спеціальних знань. На противагу цьому, експертиза, яка розглядається вирізняється численною термінологічною некоректністю.

Так, наприклад, наведена в експертизі класифікація на твори, що охороняються нормами авторського права, і твори, що не охороняються нормами авторського права, хоч і названа самим експертом "очевидною", викликає вагання. По-перше, ні в сучасній юридичній літературі, ні в юридичній літературі радянського періоду така класифікація не застосовується, а натомість мова йде про об'єкти авторського права та об'єкти, що не охороняються (ст. 8, 10 Закону, ст. 433-434 ЦК України). По-друге, виникає сумнів щодо тлумачення експертом поняття "твір",

оскільки в експертизі "творами" названі об'єкти, які згідно із Законом не належать до творів: державні символи України, грошові знаки, розклади руху транспортних засобів тощо. Застосування експертом термінів "креативні твори" та "некреативні твори" уявляється проблематичним — ні нормам закону, ні панівним положенням доктрини цивільного права такі терміни не відомі. У тексті експертизи неодноразово зустрічаються терміни "юридично значущі елементи творів" та "юридично байдужі елементи творів", в той час як чинне законодавство України та доктрина цивільного права такими поняттями не оперують. Використання експертом термінів "внутрішня форма" та "зовнішня форма" твору є помилковим, оскільки ні чинному законодавству України, ні доктрині цивільного права такі терміни не відомі. Застосований експертом термін "правоб'єктність твору" потребує з'ясування, що означає цей термін, проте, ні чинне законодавство України, ні власне експертиза відповіді на це питання не дає.

Терміни "елементи творів", а також класифікація їх на "юридично значущі елементи творів", тобто "внутрішня форма" (образи) і "зовнішня форма" (мова), та "юридично байдужі елементи творів" — тема, матеріал, сюжетне ядро, ідейний зміст — були запропоновані .Я. Іонасом [5, с. 45-46]. Такий підхід не отримав підтримки ні серед науковців радянського періоду, ні серед сучасних дослідників проблем авторського права; нормами законодавства СРСР та чинного законодавства України ці терміни закріплені не були. Отже, жодних підстав оперувати такими термінами у експерта не було.



СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА

Термін "правооб'єктність твору" був також запропонований В.Я Іонасом, який у вигляді зноски під основним текстом зазначив, що термін "...об'єкт авторського права" має тут і надалі те ж значення, що і "предмет авторського права" (ст. 475 ЦК РСФСР), а термін "об'єкт" дозволяє побудувати поняття "правооб'єктність", яке надалі відіграватиме важливу роль..." [5, с. 10]. Проте, ні законодавством Союзу РСР, ні законодавством Української РСР, ні тим паче чинним законодавством України цей термін не закріплений; в юридичній літературі радянського періоду іншими вченими цей термін не використовувався; сучасна доктрина цивільного права таким поняттям не оперує, отже, застосування терміна "правооб'єктність твору" в експертизі є безпідставним.

Походження термінів "креативні твори" та "некреативні твори" нам знайти не вдалося, судячи з тексту експертизи, ці терміни вигадані самим експертом. Огляд абсолютної більшості термінів, що використовувалися для проведення експертизи, призводить до невтішного висновку: експертом був сприйнятий лише один з існуючих у науці радянського цивільного права підходів, який не знайшов свого відображення ні в законодавстві радянського періоду, ні в нормах чинного законодавства України, не підтримувався радянськими цивілістами та не підтримується представниками сучасної науки цивільного права. З нашої точки зору, використання в експертизі таких термінів є безумовно помилковим, а з метою уникнення схожих ситуацій у майбутньому доцільно було б прямо зобов'язати експерта використовувати тільки ті терміни, які закріплені чинним за-

конодавством України та положеннями сучасної науки у відповідній галузі.

Третя проблема розглядуваної експертизи пов'язана із безпосереднім дослідженням експертом питань, винесених на розгляд експертизи. Виходячи з того, що експерт є абсолютно вільним у виборі наукових положень, на підставі яких робиться дослідження, експерт на власний розсуд визначила, які теорії, що існують в науці покласти в основу експертизи. У наведених нижче фрагментах експертизи ті терміни, які не передбачені чинним законодавством України та не використовуються панівними положеннями доктрини цивільного права, нами взяті у лапки.

Досліджуючи, чи є сценарій об'єктом авторського права, експерт зазначила, що "елементами художнього твору", які охороняються авторським правом, є "елементи його форми": "внутрішньої (композиція твору, його структура, художні образи)" та "зовнішньої (мова, словарний склад, стиль мовлення тощо)", а ознакою об'єкта авторського права є "творча самостійність". Необхідно розрізняти "достоїнства" твору та його "правооб'єктність". Ознаками, якими характеризуються об'єкти, що охороняються авторським правом, є: об'єктивна форма вираження; факт створення матеріалів внаслідок розумової діяльності людини та творчий характер результату такої діяльності; "новизна (суттєва новизна)"; оригінальність; "творча самостійність".

Аналізуючи так звані "елементи внутрішньої форми", експерт дійшла висновку, що "структура" матеріалів не є оригінальною, оскільки її складові відображають стадії та

СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА



комплекс заходів, що зазвичай необхідні для підготовки та проведення виставкового заходу, тому такий "елемент внутрішньої форми", як "структура", не є оригінальним та "новим". Розглядаючи так звані "елементи зовнішньої форми", експерт зазначає, що використані вирази і терміни є сталими та загальноприйнятими для матеріалів подібного характеру, а сам об'єкт містить значні за обсягом запозичення з інших джерел, творча переробка яких відсутня, що дає підстави говорити про відсутність в об'єкті ознак "новизни", оригінальності та "творчої самостійності" та зумовлює неможливість віднесення його до об'єктів авторського права.

Ці твердження експерта, що ґрунтуються на не існуючих у законі та науці положеннях і припущеннях, є не лише помилковими, а й такими, що суперечать нормам закону. Якщо слідувати логіці експерта, то майже будь-який твір літератури не можна віднести до об'єктів авторського права, оскільки абсолютна більшість творів літератури створені за допомогою загальновживаних слів та виразів. Зазначимо, зокрема, що закон не ставить взагалі ніяких вимог до структури та змісту твору, які чомусь дуже ретельно досліджувалися експертом, не вимагає створення літературного твору за допомогою якихось спеціальних термінів тощо, а навпаки, охороняє твір незалежно від його жанру, призначення, обсягу і мети (ч. 2 ст. 8 Закону).

Вбачається, що, керуючись вимогами чинного законодавства, експерт при дослідженні того, чи можна віднести об'єкт дослідження до об'єктів авторського права, повинна була дослідити, чи відповідає наданий на експертизу сценарій ознакам

правової охорони творів, якими, виходячи з положень ч. 2 ст. 433 ЦК України, є:

- ознака творчого характеру твору — автор твору, зібравши з різних джерел інформацію, проаналізував, узагальнив та описав у сценарії підхід до організації та проведення автомобільної виставки, виклав власні думки та ідеї щодо тих чи інших етапів проведення виставки, здійснив свій особистий творчий внесок у створення твору. Те, що частина твору містить запозичення без їх творчої переробки — технічні характеристики тих чи інших виставкових комплексів, умови розміщення реклами в тих чи інших засобах масової інформації — не може бути підставою для заперечення наявності творчого характеру твору: за обсягом такі запозичення становлять приблизно 40% твору, а решта 60% — це текст твору, створений автором особисто, із використанням власних підходів, ідей, міркувань, оцінок, висновків, пропозицій автора, проте, уваги експерта ця обставина не привернула;
- ознака об'єктивної форми вираження твору — твір виражений в об'єктивній формі, що підтверджено й експертизою;
- ознака змісту твору, яка означає, що твір може мати будь-який зміст та є об'єктом правової охорони незалежно від його жанру, призначення, обсягу і мети (ч. 2 ст. 8 Закону). Тому пов'язування експертом умов надання правової охорони із структурою твору та його термінологією суперечить вимогам чинного законодавства України;



СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА

- ознака оприлюднення твору, відповідно до якої правова охорона надається творам незалежно від того, виведені вони з приватної сфери чи ні, оприлюднені чи не оприлюднені (ч. 2 ст. 8 Закону).

Дослідження експертом такої ознаки твору як "новизна", суперечить ч. 2 ст. 433 ЦК України. Поняття новизни як самостійної ознаки твору пропонувалося до його введення у цивільний обіг на підставі п. 1 ст. 492 ЦК РСФСР 1964 року радянським цивілістом Іонасом В.Я. [5, с. 11-23], який вважав, що новизна повинна бути властива всім творам, але така позиція не отримала підтримки в науці ні радянського цивільного права, ні українського, ні в нормах законодавства радянського періоду, ні в нормах чинного законодавства України. На думку відомого російського дослідника Сергеева А.П., новизна як самостійна ознака охороноздатності об'єкта необхідна лише в патентному праві, оскільки в цій сфері об'єктивно можливим є збіг результатів розробок різних осіб. В авторському праві, що охороняє форму, а не зміст твору, ознака новизни як самостійний критерій його охорони є зайвою, оскільки вона повністю поглинається ознакою творчості [6, с. 111]. Отже, посилання в тексті експертизи на ознаку новизни є таким, що не відповідає вимогам чинного законодавства України та положенням науки.

"Творча самостійність" як ознака твору також є некоректним визначенням: виходячи із змісту ч. 2 ст. 433 ЦК та положень доктрини цивільного права, ознакою твору є творчий характер, тобто він повинен бути результатом творчої діяльності.

Творчою вважається розумова (духовна, інтелектуальна) діяльність, що завершується створенням самостійного результату науки, літератури чи мистецтва. Творча діяльність — це діяльність людського мозку, який здатний створювати тільки образи, а не предмети матеріального світу, адже твір — це не матеріальний, а ідеальний об'єкт. Творчий характер твору характеризується його оригінальністю, при цьому оригінальність може проявлятися як у змісті твору, так і в його формі.

Оригінальність твору означає, що це власний твір автора, не скопійований повністю або в основному з іншого твору. Оригінальний твір визначається як продукт самостійної творчої думки і праці. Оригінальність твору не залежить від його новизни або художньої цінності. Вона проявляється в тому, що твір відображає щось властиве саме даному автору, містить відтінок його особистості: навіть за наявності мінімальної частки своєрідності вимога оригінальності вважається виконаною. Втілені автором ідеї можуть бути старі як світ, але це не перешкоджає автору бути оригінальним, оскільки авторське право допускає інтелектуальну творчість на базі вже існуючих елементів [7, с. 124]. Ознака оригінальності твору не означає, що кожен новий твір повинен обов'язково містити нові ідеї, думки й висновки — твір може бути присвячений темі, що вже була втілена у тисячах аналогічних творів. Оригінальність твору проявляється у власному підході його автора, у способі і стилі вираження його задумів. Навіть якщо одночасно два різні автори, взявши за основу одну і ту ж ідею, але незалежно один від одно-

А. Штефан

СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА



го, не копіюючи один одного, створюють два дуже подібні твори, праву охорону матиме кожен з цих творів, оскільки в обох випадках твори будуть результатом творчої діяльності та відзначатимуться певним ступенем оригінальності [8, с.362-363]. Таким чином, будь-який твір, що є результатом самостійної творчої діяльності, сукупністю ідей, думок, міркувань, оцінок й висновків, незалежно від оригінальності чи новизни викладених у ньому ідей, незалежно від рівня художньої цінності твору, є оригінальним.

Оригінальність об'єкта дослідження, як обґрунтовано в інших матеріалах справи, полягає в тому, що, по-перше, до моменту створення вказаного сценарію жоден подібний твір не існував і відомий суспільству не був, тобто твір є новим, він не повторює та не відтворює уже відомі твори; по-друге, вказаний сценарій є результатом самостійної творчої праці автора, який, узагальнивши зібрану з різних джерел інформацію, проаналізував, узагальнив та описав у сценарії підхід до організації та проведення автомобільної виставки; по-третє, вказаний сценарій є першим в Україні твором такого характеру та змісту, в якому чітко і детально, поетапно описана процедура підготовки та організації автомобільної виставки.

Отже, з нашої точки зору, в силу того, що експертом, виходячи з незалежності та самостійності експерта при проведенні експертизи, був обраний шлях, який не ґрунтується на нормах чинного законодавства та панівних положеннях доктрини цивільного права, експерт дійшла висновків, які прямо суперечать вимогам чинного законодавства України.

Цікаво відмітити, що в матеріалах даної цивільної справи є Свідectvo про реєстрацію авторського права на вказаний сценарій, видане Державним департаментом інтелектуальної власності МОН України, що входить до його компетенції відповідно "Положення про Державний департамент інтелектуальної власності", затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 20.06.2000р. № 997. Проте експерт цьому документу ніякої уваги не приділила. В матеріалах справи також міститься висновок спеціаліста, відповідно з яким віднесення вказаного сценарію до об'єктів авторського права підтверджено, але експертом цей документ врахований не був.

Слід також зазначити, що Печерський районний суд м. Києва при винесенні рішення у цій справі не звернув увагу на заперечення позивача проти висновку судової експертизи, на інші докази, що є в матеріалах справи та яким суперечить висновок експерта, та виніс рішення, яке повністю ґрунтувалося на висновках експерта.

Таким чином, наведений вище аналіз свідчить про нагальну потребу в законодавчому обмеженні незалежності експерта при виборі ним лише тих наукових положень, методів, засобів, методик, будь-яких джерел наукової літератури, які відповідають вимогам чинного законодавства та рівневі розвитку науки у відповідній галузі. Адже, як показує практика, іноді незалежність експерта призводить до обрання ним помилкового шляху досліджень, що не може не призвести до необґрунтованих висновків. ♦



СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА

Список використаних джерел:

1. Штефан М.Й. Цивільне процесуальне право України: академічний курс: підруч. для студентів юрид. спец. вищ. навч. закл. — К.: Концерн "Видавничий Дім "Ін Юре", 2005.
2. Давтян А.Г. Экспертиза в гражданском процессе. — М., 1995.
3. Чертков В.Л. Судебная защита прав и интересов авторов. — М.: "Юридическая литература", 1971.
4. Лилуашвили Т.А. Экспертиза в советском гражданском процессе. — Тбилиси, 1967.
5. Ионас В.Я. Произведения творчества в гражданском праве. — М.: Юридическая литература, 1972.
6. Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: ТК "Велби", 2004.
7. Правове регулювання відносин у сфері інтелектуальної власності: галузеві аспекти: Монографія / Кол. Авторів: О.П. Орлюк, О.Д. Святоцький та ін.; Кер. авт. колективу, наук. ред. д.ю.н. О.П. Орлюк. — К.: НДІ інтелектуальної власності АПРН України, 2006.
8. С. фон Левінські. Твори, що охороняються авторським правом, об'єкти суміжних прав // Авторське право і суміжні права. Європейський досвід: у 2-х книгах / За ред. А.С. Довгерт. — Книга 2: Виступи, статті європейських спеціалістів / Уклад. В.С. Дроб'язко. — К.: Видавничий Дім "Ін Юре", 2001.

ЦІКАВО ЗНАТИ

КІЛОГРАМ СТАВ ЛЕГШИМ!?

Кілограм став легшим. Чи то від еталона хто відкусив 50 мікрограмів (вага відбитка пальця), чи то інші колеги-еталони різко набрали вагу.

Нині кілограм — єдина одиниця в системі СІ, яка визначена за допомогою предмета, виготовленого людьми — платиново-іридієвого еталона. Всі інші одиниці тепер визначають за допомогою фундаментальних фізичних властивостей та законів.

Еталон було виготовлено в 1889 році і з того часу він зберігається в Міжнародному бюро мір та ваги під трьома герметичними скляними ковпаками. Це сплав платини та іридію 3,9 см заввишки та діаметром.

Також було виготовлено точні копії міжнародного еталона, які використовуються як національні еталони кілограма. Всього було створено 80 копій. В НДІ метрології ім. Менделєєва Російської Федерації також зберігається копія еталона.

Приблизно один раз на десять років національні еталони порівнюють з міжнародним. З різних причин за 100 років міжнародний еталон втрачає 0,00000003-тю частину своєї маси.

Проте, за визначенням, маса міжнародного еталона з точністю дорівнює одному кілограму. Тому будь-яка зміна дійсної маси еталона призводить до зміни величини кілограма.

За матеріалами: <http://www.log-in.ru/articles/589/z>.



УКРАИНКИ В ИТАЛИИ: ПРОБЛЕМЫ ТРУДОВОЙ МИГРАЦИИ

Дмитрий Акимов,
*глава генеральной дирекции Международной академии
рейтинговых технологий и социологии "Золотая
Фортуна", доктор философии, кандидат
социологических наук*

Феминизация миграционных потоков, резкое увеличение числа женщин, выезжающих на заработки из постсоветских стран, в т. ч. Украины в европейские страны и, в частности, в Италию, породили серьезные проблемы, причем, как негативного характера, так и достаточно дискуссионные, неоднозначные.

В связи с этим Центр социально-психологических исследований Международной академии рейтинговых технологий и социологии "Золотая Фортуна" (далее — МАРТИС "Золотая Фортуна") провел в конце 2007 г. социологическое исследование: опрос среди представителей украинской диаспоры, проживающих и работающих в Италии. Всего было опрошено около 300 чел. в возрасте от 18 до 60 лет и старше.

В этой статье мы излагаем некоторые интересные и во многом новые, неизвестные данные относительно обсуждаемой проблемы.

Эволюция гендерных представлений о трудовой миграции

В последние годы, особенно в последнее десятилетие произошли серьезные изменения в представлениях о роли и специфике женской трудовой миграции, в первую очередь в европейские страны. Так, ранее традиционно считалось (да так оно и было в реальности), что женщины в миграционном плане выступают как "вторичные", "зависи-

мые" мигранты (которые выезжают вслед за семьей или мужем).

В настоящее же время ситуация в корне изменилась. Произошла серьезная "феминизация" миграционных потоков. Для работы за рубежом выезжают множество женщин без семей или мужей. К примеру, в Италии, по данным ряда социологических исследований, из каждой ста мигрантов примерно 90 — женщины. Появился даже специальный термин для обозначения подобных женщин-мигрантов: "*unattached migrants*" (то есть самостоятельные, "не прикрепленные" к мужьям и семьям мигранты).

Естественно, новая ситуация, возникшая в процессе "феминизации" миграционных потоков, имеет как позитивные, так и негативные аспекты. С одной стороны, огромное число женщин, не имеющих работы на родине или имеющих работу, но низкооплачиваемую, получили возможность обеспечивать себя и свои семьи. Причем, нередко, в среднем такие мигранты "кормят" на родине до трех-четырех человек, членов семьи. С другой стороны, сама специфика работы, которой занимаются в Европе женщины-мигранты, это труд "второго сорта", достаточно непрестижный, малооплачиваемый в отличие от труда мужчин.

Как правило, это домашний труд или работа в сфере секс-услуг, индус-



ДО ВІДОМА

стрии досуга и развлечений. Именно поэтому женская трудовая миграция — это, в общем, сфера довольно серьезного социального риска. Подобный труд плохо поддается регламентации в контрактах, носит индивидуальный характер, нередко приводит к нарушению прав работающих. Тем не менее, складывающаяся сегодня ситуация, в первую очередь — в ряде стран постсоветского пространства, такова, что другого выбора у многих миллионов женщин практически не остается.

Кто приезжает и зачем?

Пожалуй, наиболее интересен, когда речь идет о трудовой миграции, вопрос о том, кто приезжает работать за рубеж и по каким причинам. Статистические данные и результаты социологических исследований, которые уже проводились, во многом различаются. Однако, если говорить об украинских трудовых мигрантах в Италии, то, по крайней мере, две основные тенденции действительно имеют место.

Как свидетельствуют результаты социологического исследования, проведенного МАРТИС "Золотая Фортуна" (и это вполне подтверждается данными других исследований), первая из этих тенденций заключается в том, что украинская трудовая миграция в Италии имеет "женское лицо". Около 90% работающих в Италии украинцев — женщины.

Вторая тенденция: регион, откуда, в основном, приезжают на работу в Италию украинцы, Западная Украина. По результатам упомянутого исследования МАРТИС "Золотая Фортуна", около трех четвертей опрошенных приехали именно оттуда. По данным, любезно предоставленным нам сотрудницей римского муниципалитета Татьяной Кузык, которая постоянно и активно изучает описываемые проблемы, 32% ук-

раинцев, работающих в Италии, приехали из Львовской области; 17% — из Тернопольской; 9% — из Ивано-Франковской; 8% — из Хмельницкой; 4% — из Черновицкой; 3% — из Волынской.

Относительно образовательного уровня трудовых мигрантов, работающих в Италии: вопреки существующим кое-где, особенно на исторической родине, стереотипам, подавляющее их большинство имеет вполне достаточный уровень образования. Так, по данным упомянутого исследования, 58% опрошенных имеют высшее образование и еще 18% — незаконченное высшее. Другой вопрос: использование этого образовательного потенциала. В силу сложившейся с трудовой миграцией ситуации в подавляющем большинстве случаев этим достаточно образованным людям чаще всего приходится работать уборщицами, присматривать за детьми, больными и пожилыми людьми.

Если говорить о причинах выезда на работу за границу, то основная из них очевидна: необходимость работы и заработка — на это указали 95% опрошенных. По данным других исследований, в частности, предоставленным Татьяной Кузык, "складывается" эта потребность в работе за рубежом из следующих причин: низкая заработная плата в Украине (54% опрошенных женщин, в рамках этого исследования, проведенного Центром "Женские перспективы", опрашивались исключительно работающие в Италии женщины); необходимость приобретения жилья (33%); безработица в Украине (32%); высокая плата за обучение детей (26%); необходимость возврата долгов (32%).

Интересно, что кроме побудительных мотивов, связанных с заработком часть опрошенных МАРТИС "Золотая Фортуна" отметила и дру-

Д. Акимов

ДО ВІДОМА



гие. Так, 11% респондентов указали на то, что параллельно учатся в Италии; 9% — хотят здесь остаться на постоянное жительство; 5% — хотят выйти замуж за итальянцев; 2% — приехали на работу и лечение.

Где и кем трудятся украинцы в Италии?

Ответы на эти вопросы, к сожалению, получить непросто. Дело в том, что проведение репрезентативного социологического исследования среди трудовых мигрантов практически невозможно, из-за целого ряда причин. Что же касается опросов, проведенных по стихийной выборке, т.е. на вопросы анкет отвечают исключительно желающие (именно данные подобных опросов приводятся в статье), то понятно, что отвечают по личному желанию на вопросы анкет отнюдь не все, кто трудится за рубежом. Вряд ли можно, в частности, "подключить" к опросу женщин, работающих в сфере развлечений или секс-услуг. Поэтому приводимые здесь данные заведомо неполны.

К примеру, по результатам исследования, представленным Татьяной Кузык, среди опрошенных в Италии украинок работали в качестве уборщиц — 49% респондентов; в качестве присматривающих за больными — 14%; за пожилыми людьми — 25%; за детьми — 5%; на почасовой оплате — 1,3%; на сельскохозяйственных работах — 0,5%; в барах — 1,3%. При этом, до отъезда в Италию 11,7% женщин работали в медицине; 11% — в сфере обслуживания; 10,4% — в сфере торговли; 11,5% — в сфере образования; 21% — на производстве; 3% — в органах государственного управления. Среди них также были предприниматели и студенты.

Как видно, приведенные данные действительно неполны. Украинские женщины (впрочем как и представители других постсоветских стран) активно работают и в ряде

иных сфер, в частности, в сфере развлечений (танцовщицами, стриптизершами, занимаются консумацией и т.п.); в общественном сервисе (персонал отелей, ресторанов и др.); фотомоделями и манекенщицами; в сфере интимных и сексуальных услуг. МАРТИС "Золотая Фортуна" предполагает при проведении дальнейших социологических исследований изучить проблемы, связанные как с отношением трудовых мигрантов, их родственников и знакомых в Украине к работе мигрантов в различных сферах (см. прилагаемую к статье анкету), так и со спецификой выполняемой работы (с использованием фокус-групп, тестирования, экспертных опросов).

К сказанному нужно добавить, что доля иммигрантов, работающих в европейских странах и, в частности, в Италии, легально и нелегально, по данным разных исследований колеблется в весьма значительных границах. Это вполне понятно, учитывая то обстоятельство, что значительная доля нелегалов весьма неохотно отвечает на вопросы анкет, участвует в проведении социологических исследований. Судя по данным исследования, проведенного МАРТИС "Золотая Фортуна", легально трудятся в Италии 57,5% опрошенных украинцев. Судя же по данным Минтруда Украины, только 2% выезжающих на заработки в различные страны украинцев трудоустраивается легально. Однако, это во многом зависит, естественно, от законодательств принимающих стран. Данная проблема выходит за рамки нашего анализа и требует углубленного не только социологического, но и правового рассмотрения.

На "чужбине"..., но неплохо

Одна из наиболее распространенных легенд, касающихся пребывания украинских трудовых мигрантов в Италии (впрочем, это касается и при-



ДО ВІДОМА

езжающих из других постсоветских стран в государства Европы), сводится к тому, что жизнь их здесь очень трудна. Царит якобы тяжелейшая эксплуатация, наблюдается плохое отношение коренных граждан к иммигрантам, работающие здесь иностранцы лишены всякой социальной защиты. И тому подобное.

Однако, как выяснилось, к примеру, при проведении исследования МАРТИС "Золотая Фортуна", все здесь отнюдь не так уж и плохо. По крайней мере, 91% опрошенных считают уровень их социальной защищенности в Италии хорошим или удовлетворительным. И только 7% — плохим.

Интересно, что отношение итальянцев к украинским трудовым мигрантам 61% опрошенных оценили как позитивное, еще 31% — как равнодушное, только 6% респондентов считают, что итальянцы относятся к украинцам, работающим в их стране, негативно. Вполне возможно, что многое здесь объясняется спецификой итальянского менталитета.

Думается, важные и серьезные данные дало бы проведение подобного же исследования в других странах, где работают украинцы. В частности, изучение отношения к украинским трудовым мигрантам, к примеру, в России.

Проведенные исследования говорят и о том, что большинство итальянцев, не только благожелательно относятся к украинцам, работающим у них, но и поддерживают различные культурные акции, проводимые украинцами. 83% респондентов указали на то, что они участвуют или хотели бы участвовать в культурных акциях проводимых украинскими ассоциациями.

Подавляющее большинство опрошенных также указали на то, что они имеют возможность покупать в

Италии литературные и музыкальные произведения на украинском языке (87% опрошенных), интересующие их кинопроизведения. При этом "доступ" к национальным произведениям культуры имеют не только украинцы, проживающие в Риме, но и в различных регионах страны.

В общем, можно говорить о том, что в Италии (вряд ли без проведения соответствующих исследований подобную ситуацию можно экстраполировать на другие страны, где работают украинцы) для приезжающих на работу из Украины созданы не только неплохие условия непосредственно для труда, но и возможности для организации культурной жизни. Важно и то обстоятельство, что подавляющее число опрошенных (79%) указали на возможность бесплатного изучения итальянского языка во время работы в этой стране.

Трудности и проблемы

Понятно, что человек, покинувший родину, город, семью и уехавший на заработки в другую страну, часто серьезно отличающуюся в социально-культурном плане, непременно сталкивается с рядом трудностей. Каковы они? Данные социологического исследования, проведенного МАРТИС "Золотая Фортуна", позволяют говорить, что к основным из них можно отнести: проблемы, связанные с поиском работы, трудоустройством (59% опрошенных), и проблемы, связанные с легализацией своего положения в стране (37%).

Кроме того, серьезное значение приобретают для трудовых мигрантов трудности, связанные с поиском жилья (28% респондентов). Еще ряд серьезных трудностей зафиксирован при проведении других исследований. Среди них: проблемы, связанные с незнанием языка (указывают около половины опрошиваемых); семейные проблемы на родине, в частности, с детьми (указывают до 30%

Д. Акимов

ДО ВІДОМА



опрашиваемых); проблемы, связанные с обманом при оплате труда (отмечают до 20% опрошиваемых).

В то же время весьма интересно то обстоятельство, что минимальное число опрошенных женщин-украинок, работающих в Италии, указывая на проблемы со здоровьем, естественно возникающие у всех людей, практически не отмечают трудностей, связанных с получением медицинского обслуживания.

О замужестве с иностранцами

Еще одна устойчивая и распространенная легенда, сопровождающая украинок, выезжающих на заработки в Европу, та, что главной целью подобных "путешествий" выступает желание выйти замуж за иностранца, в частности, за итальянца и остаться в Италии. В действительности дело обстоит несколько иначе. Во-первых, около 60% опрошенных украинцев состоят в браке и приехали в Италию отнюдь не для заключения брачных контрактов.

Во-вторых, отвечая на прямой вопрос о том, каковы причины их пребывания в Италии, только около 5% опрошенных указали на то, что преследуют цель выйти замуж за гражданина Италии. При том, что большинство украинцев относится к подобным бракам между украинскими мигрантами и итальянцами вполне терпимо. Реально же значительная часть украинцев уже состоит в браке и имеют детей, которые чаще всего проживают в Украине.

Ностальгия и связь с Родиной

Большинство работающих в Италии украинцев находятся в этой стране не один год. Поэтому вполне закономерен вопрос о том, насколько они, так сказать, "скучают" по Родине. Тем более, что у большинства из них в Украине остались супруги, дети, родители. Судя по ответам респондентов на вопрос о том, какие чувства они испытывают в связи с

длительным пребыванием за границами Украины, ситуация здесь следующая:

- 47% опрошенных — в Италии испытывают существенное улучшение материального положения;
- 17% — чувство политической свободы;
- 34% — чувство ностальгии;
- 20% — надежду на возвращение в Украину;
- 4% — равнодушие;
- 9% — чувство тревоги;
- 17% — чувство одиночества.

В целом, как видно, лишь около половины опрошенных так или иначе тоскуют по Родине и ждут возвращения на нее. В то же время подавляющее большинство опрошенных МАРТИС "Золотая Фортуна" интересуются социально-политическими событиями в Украине, отслеживают их. 51% — поскольку в Украине проживает семья; 32% — поскольку планируют вернуться в Украину.

Основными источниками информации об Украине для трудовых мигрантов, работающих в Италии, выступают (указан процент опрошенных):

- 23% — телевидение;
- 52% — газеты;
- 40% — Интернет;
- 51% — переписка с родственниками (знакомыми), проживающими в Украине;
- 45% — общение с украинцами, которые живут и работают в Италии;
- 27% — участие в работе украинских или итало-украинских культурных ассоциаций.

В целом же информацию о жизни Украины получает подавляющее большинство опрошенных. Не интересуются социально-политической жизнью Украины лишь около 3% опрошенных.



ДО ВІДОМА

Так зло это или нет?

Пожалуй, проблема женской трудовой миграции (и не только в Украине) является сегодня одной из обсуждаемых наиболее пристрастно и спекулятивно. Действительно, что могут, к примеру, сказать украинские политики по данному поводу? "Нужно трудиться на Родине!". "Нельзя бросать своих детей и престарелых родителей!" "За рубежом с вами может случиться все что угодно" и т.п. За всеми этими разговорами скрывается общая проблема иммиграционной политики. Реально, скажем так, "латентно" проводимая на практике политика, при которой более десяти процентов трудоспособного населения выезжает на работу за границу, вряд ли может считаться "патриотичной" или же "социальной" по отношению к своему населению.

И это касается не только Украины. Известно, что после Второй мировой войны огромная трудовая эмиграция наблюдалась из Югославии. Затем по этому же пути "пошли" Турция и Польша (в западном полушарии — Мексика). Сегодня "пришла очередь" Украины и других постсоветских стран. По данным статистики и различных социологических исследований в настоящее время за рубежом работают 3-3,5 миллиона украинцев (это данные Минтруда, что же касается цифр 5-7 миллионов, то они явно преувеличены). Больше всего украинцев работают в России, также около 300 тыс. чел. — в Польше, по 200 тыс.чел. — в Чехии и Италии.

С нашей точки зрения, проблема не в численности трудовых мигрантов, а в том, насколько "эффективной" (применим подобный термин) является трудовая миграция при объективно проводимой государством-донором рабочей силы миграционной политике. Если абстрагиро-

ваться от популистских заявлений политиков, жалостливо "заботящихся" об уехавших за рубеж на работу мигрантов, особенно — женщинах, то можно говорить в принципе о "тройной пользе", которую принесит подобная трудовая миграция.

Во-первых, от этого "выигрывают" сами уезжающие трудиться, которые на родине не могли получить подобного вознаграждения за труд и, следовательно, обучать детей, покупать жилье и т.п.

Во-вторых, подобная миграция приносит пользу странам, принимающим мигрантов. И проблема здесь в том, что, в силу ряда социально-экономических причин, западноевропейские страны (а в последнее время и Чехия, Польша и др.), испытывают огромный дефицит в рабочей силе, которая занята на достаточно непрестижных и малопривлекательных для населения этих государств работах. Кстати говоря, подобная миграция из стран Восточной Европы ослабляет необходимость привлечения кадров для этих стран из Африки и азиатских государств.

В-третьих, трудовая миграция выгодна и странам-донорам, которые "посылают" своих граждан (чаще всего "создают" определенные условия для этого) на работу за рубежом. По разным подсчетам в Украину от трудовых мигрантов ежегодно поступает от 40 до 50 млрд. гривен. Причем, речь идет только об официально перечисляемых средствах и о деньгах из европейских стран. Это весьма весомая "добавка", в частности, к национальному бюджету. ♦

ДО ВІДОМА



**II Міжнародна наукова конференція
"ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ ІННОВАЦІЙНОЇ
ДІЯЛЬНОСТІ В УМОВАХ ГЛОБАЛЬНОЇ ЕКОНОМІЧНОЇ СИСТЕМИ"
(22-24 травня 2009 р., м. Маріуполь)**

З 22 по 24 травня 2009 року в Приазовському державному технічному університеті відбулася (ПДТУ) II Міжнародна наукова конференція "Теоретичні та практичні аспекти інноваційної діяльності в умовах глобальної економічної системи".

Конференція організована Державним департаментом інтелектуальної власності разом з ПДТУ, Донецькою облдержадміністрацією, Маріупольською міськрадою, Державним інститутом інтелектуальної власності, Приазовською науковою діаспорою за підтримки Управління загального харчування та торгівлі ОАО "ММК ім.Ілліча".



Андрій Каргин, віце-президент Академії економічних наук України Микола Белопольський, вчені, співробітники Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності Академії правових наук України під



керівництвом к.е.н., вченого секретаря НДІ Володимира Нежиборця, а також 118 учасників із 11 наукових установ України та 7 країн ближнього та дальнього зарубіжжя.

*Інформація підготовлена
І. Петренко*

Фото надані Є. Бабкіним



ДО ВІДОМА

Проект

РЕКОМЕНДАЦІЇ
II Міжнародної наукової конференції
"ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ ІННОВАЦІЙНОЇ
ДІЯЛЬНОСТІ В УМОВАХ ГЛОБАЛЬНОЇ ЕКОНОМІЧНОЇ СИСТЕМИ"
(22-24 травня 2009 р., м. Маріуполь)

Світовий досвід останніх років дещо змінив уявлення про можливі шляхи розвитку людства. Якщо раніше вважалося, що провідна роль у зростанні економіки держав належить природним ресурсам, то зараз, як стверджують експерти ООН, на передній план виступає інтелектуальний потенціал нації. Частка капіталізації знань в сумарному показникові капіталізації середнього сучасного високотехнологічного підприємства досягла 85%. При цьому найціннішими знаннями є ті, що можуть набути форму інтелектуальної власності, яка охороняється у вигляді винаходів, промислових зразків, корисних моделей, товарних знаків, програм для ЕОМ, баз даних тощо.

В умовах інноваційного розвитку глобалізованої економіки здатність до інновацій, рівень технологічної готовності, сприйняття технологій на рівні компаній забезпечуватиме отримання нею стійких конкурентних переваг інноваційного характеру, без чого неможливо підвищити стандарт життя працівників окремої компанії та суспільства в цілому.

Вирішення проблем інноваційної розвитку підприємницьких структур і економіки в цілому стає можливим шляхом удосконалення законодавчої бази, сприяння фінансовому забезпеченню інноваційного розвитку підприємств з боку держави і органів місцевого самоврядування, формування централізованої, регіональної та відомчої інфраструктур підтримки інновацій в промисловості, забезпечення науково-технічної діяльності кваліфікованими кадрами, що є підґрунтям піднесення економіки України.

В результаті виконання програми конференції та дискусій учасники конференції відзначили таке.

У сфері управління інтелектуальною власністю:

- Для підвищення якості законодавства щодо захисту прав інтелектуальної власності проводити уніфіковані процедури та відслідковувати міжгалузеві перехресні посилання.
- Доцільно ввести норми щодо досудового розгляду спорів, наприклад, методом медіації, а в судову практику України впровадити спеціалізовані, патентні суди.
- Механізм правової охорони комп'ютерних програм повинен бути комплексним, із застосуванням різних інститутів права інтелектуальної власності, поєднувати простоту набуття прав (подібно до авторського права), ефективну та сильну правову охорону (подібно до патентного права) та розумно зменшений термін дії майнових прав на програму для комп'ютера порівняно з іншими об'єктами авторського та патентного права.

ДО ВІДОМА



З метою подальшого удосконалення законодавчої та нормативно-правової бази охорони інтелектуальної власності доцільно:

1. Для уникнення розбіжностей стосовно тлумачення комерційного найменування пропонується змінити норму щодо охорони прав на комерційні найменування у проекті Закону України "Про охорону прав на торговельні марки, географічні зазначення та комерційні найменування" і викласти її у такій редакції:

"Позначеннями, що становлять комерційне найменування, можуть бути, зокрема, позначення, що складаються з вказівки на вид та/або напрямок діяльності юридичної особи, та з позначення, що є вирізняльною частиною цього комерційного найменування.

Вирізняльна частина комерційного найменування може містити елементи найменування юридичної особи, або може повністю відрізнитись від нього".

2. Для припинення недобросовісної конкуренції між товарними знаками та промисловими зразками в Законі України "Про охорону прав на промислові зразки, ввести норми, які виключали б надання правової охорони будь-яким літеро-, цифро- та словосполучення, тобто тим написам, які можуть бути охороноспроможними елементами товарних знаків, а оскільки фонетичний аспект словесного позначення до промислового зразка не має відношення, за визначенням самого об'єкта по суті як художньо-конструкторське рішення зовнішнього вигляду виробу, то може лише входити як елемент дизайну.

3. Для вирішення питання щодо проведення кваліфікаційної експертизи промислових зразків з метою запобігання недобросовісних дій конкурентів при подання заяв, як на промислові зразки, так і на товарні знаки ввести пошукову базу серед товарних знаків.

4. З метою захисту економічної конкуренції рекомендувати Антимонопольному комітету України прийняти спеціальний акт, що стосувався б вимог щодо договорів з трансферу технологій (наприклад, Типових вимог щодо узгоджених дій у сфері укладення договорів з трансферу технологій, закріпивши обмеження окремо як для підприємств конкурентів, так і для неконкуруючих підприємств залежно від частки їх присутності на ринку.

5. Для врахування всіх особливостей облікової політики підприємства щодо визначення, обліку нематеріальних активів, їх амортизаційної політики:

- Змінити термін нематеріальних активів відповідно до Положення (стандарту) бухгалтерського обліку № 8.
- Враховувати нематеріальні активи (комп'ютерні програми) в обліку незалежно від вартості.
- Доповнити пункт 8.3.5. окремим підпунктом, із зазначенням норм амортизації для групи нематеріальних активів і порядку нарахування амортизації.
- Внести доповнення: якщо витрати з удосконалення нематеріальних активів призведуть до збільшення майбутніх економічних вигод від їх використання, то і в податковому обліку необхідно збільшувати їх балансову вартість.



ДО ВІДОМА

- У податковому обліку необхідно чітко зазначати період, з якого починається нарахування амортизації нематеріальних активів.
- Ввести норми амортизації в податковому обліку, аналогічно бухгалтерському обліку.

6. Стосовно відображення у договорах на виконання НДР та ДКТР питань, пов'язаних із врегулюванням відносин щодо об'єктів інтелектуальної власності, необхідно: у главі 62 ЦКУ серед істотних умов договорів на виконання НДР та ДКТР необхідно передбачити обов'язкові умови про набуття, здійснення та захист прав інтелектуальної власності, як це передбачено Законом України "Про наукову і науково-технічну діяльність" стосовно договорів на виконання НДР та ДКТР, що створюються за рахунок коштів державного бюджету.

У сфері інноваційної діяльності:

Загальною проблемою для промислових підприємств України є застаріле обладнання і технології виробництва. В контексті вступу України до СОТ першочерговим завданням стає конкурентоспроможність її продукції на світових ринках, яку можна підвищити тільки за рахунок переоснащення виробництва і впровадження нових технологій виробництва металопродукції, тому подальший розвиток металургійної галузі повинен базуватися на інноваційній моделі розвитку.

Для цього доцільно впроваджувати виважену інноваційну політику, яка була б спрямована на активне стимулювання вітчизняних підприємств до інноваційної діяльності, тому необхідно:

- виділити пріоритетні напрямки інноваційної діяльності вітчизняних підприємств, які будуть фінансуватися в повному обсязі за рахунок бюджетних коштів;
- створювати пільгові умови для технічного і технологічного переоснащення підприємств, зокрема через податкові знижки;
- створення оптимального правового поля для ефективного впровадження інновацій;
- всебічна підтримка науково-дослідних, дослідно-технологічних, дослідно-конструкторських та інших інноваційних організацій;
- створення умов для функціонування позабюджетних джерел фінансування науково-дослідних, дослідно-технологічних, дослідно-конструкторських робіт та освоєння серійного виробництва нової техніки;
- державне замовлення та закупівля інноваційної продукції;
- державне страхування ризикових інноваційних проектів;
- технологічне переозброєння промислового комплексу, у тому числі на базі конверсії оборонної промисловості і використання технологій подвійного споживання;
- створення екологічно чистих виробництв і випуск екологічно безпечних видів продукції;
- підвищення конкурентоспроможності продукції, що випускається, шляхом розвитку національних систем сертифікації продукції і систем якості на основі міжнародних стандартів.

ДО ВІДОМА



Створення багатофункціональної системи наукового забезпечення розвитку промисловості, у тому числі галузевих і регіональних науково-технічних центрів, науково-технічних служб.

У сфері функціонування глобальної економічної системи:

Розвиток світового господарства супроводжується розгортанням системи суперечностей. Глобалізація як об'єктивний процес посилює та загострює їх, видозмінюючи тим самим світове господарство.

В умовах глобальних трансформаційних процесів, які диктують правила гри на світових ринках, проблеми інноваційного розвитку країни стають на перше місце. Конкурентоспроможність країни і зокрема окремої галузі значною мірою залежить від того наскільки технічно і технологічно вони розвинені, як впроваджуються нові технології у виробництво та здатністю до інноваційного розвитку:

- структурування глобальних ринків інноваційних товарів шляхом використання стандартів;
- оптимальним чинником підвищення стійкості банківської системи на сучасному етапі є часткова націоналізація, а саме — якщо системному банку потрібна локальна допомога, то держава може брати участь в його капіталі як міноритарний акціонер, наприклад, з 10%-ою часткою, щоправда, не з простими, а привілейованими акціями, що дають власникам право на першочергове отримання дивідендів за фіксованою ставкою незалежно від рівня прибутку, отриманого банком.

Припинити падіння економіки України в умовах глобальної кризи неможливо без відновлення коопераційних зв'язків з країнами СНД, особливо з Росією. Політика України одновекторного напрямку тільки на захід призводить до відмови від українських товарів шляхом прийняття деякими країнами СНД заходів, які замінюють ці товари. Найближчим часом це може призвести до колапсу національної економіки. Попит на продукцію українських товаровиробників в країнах СНД знижується, обсяг інвестицій зменшується у зв'язку з відтоком російського капіталу з переважної кількості підприємств реального сектору економіки (заміна на іноземний капітал малоімовірна).

У сфері стратегії інноваційного розвитку держави й регіонів:

Реалізація ефективної державної та регіональної інноваційної політики в Україні потребує певного вдосконалення організаційної структури управління у сфері науково-дослідної та інноваційної діяльності.

Основоположним принципом реалізації державної інноваційної політики повинна стати концентрація ресурсів на пріоритетних напрямках розвитку науки і техніки, організація інноваційної діяльності, правова охорона та захист результатів наукових досліджень, які часто є об'єктами інтелектуальної власності.

Основні заходи мають бути спрямовані на реформування функцій центральних та місцевих органів виконавчої влади та самоврядування, забезпечення структурної повноти їх повноважень, більш чітке визначення



ДО ВІДОМА

завдань і прав, механізму координації їх взаємодії між собою та з іншими органами влади.

Для вирішення проблем депресивних територій за допомогою програмних механізмів потрібно вжити таких заходів:

- встановлення порядку формування щорічно оновлюваного переліку депресивних територій як потенційних об'єктів програмного вирішення (закріплення цієї функції за Міністерством економіки України). Об'єктом конкретної програми повинні стати не "регіон" або його "соціально-економічний стан", а конкретні проблеми, які можна вирішити. Було б корисно, щоб відповідні пропозиції переважно виходили від самих регіонів;
- встановлення єдиних принципів, критеріїв і методів відбору (з вищевказаного переліку проблемних територій обмеженої кількості) найбільш пріоритетних, для вирішення проблем яких є (гарантовані) бюджетні ресурси. Ці положення повинні бути нормативно закріплені та направлені керівництву всіх регіонів;
- забезпечення гласності та відкритості конкурсного відбору проблем депресивних територій для їхнього програмного вирішення на національному рівні;
- встановлення порядку проходження пропозицій щодо розробки програм через процедури розробки та затвердження бюджету на черговий рік;
- закріплення умови обов'язкового фінансування програм (консолідації ресурсів) з боку національного, регіональних та місцевих бюджетів;
- закріплення умови персоніфікованої відповідальності за фінансування, цільове використання фінансових коштів та виконання програмних завдань;
- закріплення єдиних методів оцінки результативності та ефективності програм;
- встановлення порядку міжпрограмної координації, форм і методів її організації;
- в 2010р. в межах міжнародної наукової конференції "Теоретичні та практичні аспекти інноваційної діяльності в умовах глобальної економічної системи" сформувати (спільно з Донецькою обласною державною адміністрацією) секцію "Регіональні проблеми інноваційної діяльності на сучасному етапі".

Учасники конференції вважають, що реалізація цих рекомендацій з адаптацією до умов зовнішнього середовища, що змінюються, дозволить ефективно реалізувати інноваційну стратегію на рівні держави, регіонів і господарюючих суб'єктів України.

ДО ВІДОМА



**Друга науково-практична конференція
"МЕТОДОЛОГІЯ ПРИВАТНОГО ПРАВА: СУЧАСНИЙ СТАН І
ПЕРСПЕКТИВИ"**

(22-23 травня 2009 року м. Київ)

У сучасних умовах дослідження методології приватного права повинно сприяти пізнанню закономірностей розвитку правових процесів та явищ, визначенню цілей та вдосконаленню механізмів правового регулювання, науковому забезпеченню ефективного впливу права на розвиток суспільства.

Це обумовлює необхідність подальшого розвитку методології приватного права як цілісного системного явища, який вимагає застосування сучасних загально філософських та світоглядних підходів, що спираються на загальнолюдські цінності з урахуванням особливостей глобалізації суспільних відносин.

Вагомим орієнтиром правової доктрини, реформування вітчизняної правової системи та змін в українському законодавстві, безсумнівно, став розвиток *acquis communautaire* Європейського Союзу, національних правових систем країн-членів ЄС.

Учасники Другої науково-практичної конференції "Методологія приватного права: сучасний стан і перспективи" зазначають, що стан розроблення проблем методології приватного права підтверджує їх актуальність у світлі трансформації соціально-економічних відносин в Україні, виходячи з принципів демократизації, юридичної рівності, справедливості та засад формування ринкової економіки сучасного європейського рівня.

Водночас учасники відзначають ряд нагальних проблем методології приватного права, щодо яких були надані рекомендації Першої національної конференції "Методологія приватного права", які залишилися нині не впровадженими, і стосуються, зокрема питань прискорення прийняття Житлового кодексу України, узгодження понятійного апарата цивільного та господарського законодавств з метою системного врегулювання приватноправових відносин, забезпечення наукового супроводження законодавчих ініціатив.

Учасники констатують, що п'ятирічний досвід застосування Цивільного та Господарського кодексів України свідчить про становлення нового механізму регулювання суспільних відносин в Україні, які наразі все ще далекі від гармонійності. На жаль, юридична наука повною мірою не змогла відповісти на актуальні питання практики, не надала ефективних рекомендацій для вирішення найгостріших соціально-економічних та політико-правових проблем. Деяке розмежування права як науки і практичної сфери діяльності призвело до певного відриву приватного права від потреб практики.

Ще однією досить вагомою причиною посилення уваги до досліджень методології приватного права є розгортання глобальної фінансової кризи, яка здійснює суттєвий вплив на соціально-економічну сферу в Україні та вимагає застосування спеціального приватно-правового інструментарію.



АНОТАЦІЇ ДО СТАТЕЙ

Ковальський В.С.
Система і види функцій права
С. 3-10

У своїй статті автор проводить наукове дослідження системи функцій права, яка включає базові ідейні положення (принципи регулятивного та охоронного права), типи регулювання правових відносин та відповідну правову емпірику.

Пшеничний Д.В.
Концепція тісного зв'язку та імперативні норми іноземної (третьої) країни: європейський досвід
С. 11-18

Стаття містить аналіз застосування імперативних норм іноземної держави в сучасному колізіційному праві. В статті показано зв'язок між імперативними нормами та концепцією тісного зв'язку в сучасному МЧП, демонструються підходи, що використовуються суддями (арбітрами,) при використанні іноземного імперативного права.

Амангельди А.А.
Авторський договір як основа виникнення зобов'язань
С. 19-42

В статті розглянуті основні класифікації авторського договору, його поняття. Досить ретельно розкриті елементи авторського договору та його суттєві умови. Проведено порівняльно-правовий аналіз законодавства в сфері авторського права Казахстану, Росії та інших країн.

Дорошенко О.Ф., Щукіна К.А.
Структура комерційного найменування
С. 43-52

У статті досліджуються складові елементи комерційного найменування та пропонується найбільш доцільна його конструкція, що надасть можливість уникнути зіткнення прав на комерційні найменування

Ковальський В.С.
Система и виды функций права
С. 3-10

Автор статьи проводит научное исследование системы функций права, включающей в себя базовые идейные положения (принципы регуляторного и охранного права), типы регулирования правовых отношений и соответствующую правовую эмпирику.

Пшеничный Д.В.
Концепция тесной связи и императивные нормы иностранного (третьего) государства: европейский опыт
С. 11-18

Статья содержит анализ применения императивных норм иностранного государства в современном коллизионном праве. В статье показана связь между императивными нормами и концепцией тесной связи в современном МЧП, демонстрируются подходы, используемые судьями (арбитрами,) при применении иностранного императивного права.

Амангельды А.А.
Авторский договор как основание возникновения обязательств
С. 19-42

В статье рассмотрены основные классификации авторского договора, его понятие. Достаточно подробно раскрыты элементы авторского договора и его существенные условия. Проведен сравнительно-правовой анализ законодательства в сфере авторского права Казахстана, России и других стран.

Дорошенко А.Ф., Щукина Е.А.
Структура коммерческого наименования
С. 43-52

В статье исследуются составные элементы коммерческого наименования и предлагается наиболее целесообразная его конструкция, которая предоставит возможность избежать столкновения прав на коммерческие

АНОТАЦІЇ ДО СТАТЕЙ



та торговельні марки та спростить процедуру і підходи до встановлення схожості між цими позначеннями. Визначається різниця між найменуванням юридичної особи та комерційним найменуванням з огляду на їх функції та призначення.

Коваль І.Ф.

Визначення правопорушення “Неправомірне використання комерційного найменування”

С. 53-60

Автор статті, на підставі аналізу складу правопорушення “неправомірне використання комерційного найменування” формулює загальне визначення цього правопорушення.

Бутник-Сиверський С.О.

Права інтелектуальної власності на винахід, корисну модель, промисловий зразок як об’єкт спадкування

С. 61-71

Розглянуто, які саме права інтелектуальної власності на винахід, корисну модель, промисловий зразок можуть переходити у спадщину. Зроблено висновок про невизначеність в законодавстві України питання переходу у спадщину права на подання заявки та одержання патенту.

Штефан А.С.

Судова експертиза об’єктів авторського права: проблемні питання незалежності експерта

С. 72-80

На прикладі висновку судової експертизи об’єктів інтелектуальної власності автором аналізуються помилкові та необґрунтовані підходи експерта до проведення дослідження об’єкта авторського права, причини неправильних висновків, а також надаються пропозиції щодо певного обмеження незалежності судового експерта.

наименования и торговые марки и упростит процедуру и подходы к установлению сходства между этими обозначениями. Определяется разница между наименованием юридического лица и коммерческим наименованием, учитывая их функции и назначение.

Коваль И.Ф.

Определение правонарушения “Неправомерное использование коммерческого наименования”

С. 53-60

Автор статьи, на основании анализа состава правонарушения “Неправомерное использование коммерческого наименования” формулирует общее определение данного правонарушения.

Бутник-Сиверский С.А.

Права интеллектуальной собственности на изобретение, полезную модель, промышленный образец как объект наследования

С. 61-71

Рассмотрено, какие именно права интеллектуальной собственности на изобретение, полезную модель, промышленный образец могут переходить по наследству. Сделан вывод о неопределённости в законодательстве Украины вопроса перехода по наследству права на подачу заявки и получение патента.

Штефан А.С.

Судебная экспертиза объектов авторского права: проблемные вопросы независимости эксперта

С. 72-80

На примере заключения судебной экспертизы объектов интеллектуальной собственности автором анализируются ошибочные и необоснованные подходы эксперта к проведению исследования объекта авторского права, причины неправильных выводов, а также даются предложения относительно некоторого ограничения независимости судебного эксперта.

УДК 347.(77+78)

**Наукова рада журналу:**

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., Грошев Ю.М., Дорошенко О.Ф. (заступник голови редакційної колегії), Дроб'язко В.С., Закалюк А.П., Захарченко Т.Г., Копиленко О.Л., Крупко П.М., Крупчан О.Д., Мироненко Н.М., Москаленко В.С., Нежиборець В.І., Панов М.І., Петришин О.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.

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.

Прохання до авторів, 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: 03680, МСП, м. Київ-150, вул. Боженка, 11, корп. 4

Тел.: 228-21-37, 228-22-16

Тел/факс: 200-08-76

www.ndiiv.org.ua

e-mail: letter@i.kiev.ua

Відповідальний секретар — І. Петренко

Коректор — В. Рябиця

Комп'ютерна верстка — Л. Цикаленко

Рекомендовано до друку

Ученою радою НДІ інтелектуальної власності АПРН України, протокол № 4 від 28.04.2009 р.

Здано до набору 29.04.09. Підписано до друку 22.05.09 Формат 70х108/16.

Папір офсетний. Офсетний друк. Наклад 300 примірників. Зам. 83

Надруковано з оригінал-макета в ТОВ “Лазурит-Поліграф”, тел/факс (044) 417-21-70

04080 м. Київ, вул. Костянтинівська, 73