

ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ



Науково-практичний журнал

5 (55) ' 2010

УДК 347.(77+78)

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

ЗАСНОВНИК

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

Свідectво про державну реєстрацію
КВ № 10573 від 07.11.2005 р.

Рекомендовано до друку Ученою
радою НДІ інтелектуальної
власності НАПрН України,
(протокол № 8 від 28.09.2010).

Редакція:

Прахов Б. Г. — головний редактор,
Петренко С. А. — заступник
головного редактора,
Петренко І. І. — відповідальний
секретар,
Мацкевич О. О. — редактор,
Рябиця В. М. — коректор.

Адреса редакції:

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

Надруковано з оригінал-макета в
ТОВ "Лазурит-Поліграф", 04080,
м. Київ, вул. Костянтинівська, 73,
тел/факс (044) 417-21-70, свідоцтво
суб'єкта видавничої справи ДК
№ 3133 від 17.03.2008.

Здано до набору 11.10.10. Підписано
до друку 29.10.10. Формат 70х108/16.
Папір офсетний. Офсетний друк.
Наклад 300 примірників. Зам. 163.

ЗМІСТ

Погляд науковця

Пшеничний Д. Розвиток ідеї тісного
та реального зв'язку в англійському
міжнародному приватному праві 3

Погрібний С. Аналогія закону та
аналогія права як засоби регулювання
договірних цивільних відносин 14

Невідомий В. Регулятивний
та самоорганізаційний аспекти
правової реальності 22

Штефан О. Деякі цивільно-правові
та цивільно-процесуальні аспекти
вчення про інтерес 30

Амангельды А. Особенности правового
регулирования франчайзинговых
отношений 44

Авторське право

Дроб'язко В. Актуальні проблеми
авторського права і суміжних прав у
цифровому середовищі 66

Засоби індивідуалізації

Романадзе Л. Поняття, функції
та види торговельних марок 82

Наукова рада журналу:

Демченко С. Ф., к.ю.н.; Довгерт А. С., чл.-кор. НАПрНУ, д.ю.н. проф; Кузнецова Н. С., акад. НАПрНУ, д.ю.н., проф.; Майданик Р. А., чл.-кор. НАПрНУ, д.ю.н. проф.; Малишева Н. Р., д.ю.н., проф.; Пасенюк О. М., голова ВАСУ; Патон Б. Є., през. НАНУ, д.т.н.; Побірченко І. Г., акад. НАПрНУ, д.ю.н.; Притика Д. М., акад. НАПрНУ, д.ю.н.; Редько В. В., д-р с.-г. н.; Сташис В. В., акад. НАПрНУ, д.ю.н.; Тацій В. Я., през. НАПрНУ, д.ю.н.; Шемшученко Ю. С., акад. НАПрНУ, д.ю.н.

Редакційна колегія журналу:

Орлюк О. П. (голова редакційної колегії), Дорошенко О. Ф. (заступник голови редакційної колегії), Андрощук Г. О., Бутнік-Сіверський О. Б., Галиця І. О., Грошевий Ю. М., Дроб'язко В. С., Захарченко Т. Г., Копиленко О. Л., Крупко П. М., Крупчан О. Д., МIRONENKO 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.

Селіваненко В. Форми порушення прав на комерційне найменування 89

Право та інновації

Сімсон О. Інноваційні правовідносини. Проблема ідентифікації та класифікації ... 98

Договірні відносини

Рязанова Н. Юридичні гарантії майнових прав на службові об'єкти інтелектуальної власності 105



РОЗВИТОК ІДЕЇ ТІСНОГО ТА РЕАЛЬНОГО ЗВ'ЯЗКУ В АНГЛІЙСЬКОМУ МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

Дмитро Пшеничнюк,

здобувач Інституту міжнародних відносин Київського
національного університету імені Тараса Шевченка

Враховуючи те, що Закон України «Про міжнародне приватне право» використовує для об'єктивного визначення застосовуваного права колізійний принцип тісного зв'язку, актуальним для національної науки та практики міжнародного приватного права (далі — МПрП) залишається аналіз іноземного досвіду визначення критеріїв тісного зв'язку. В англійському МПрП сформульована унікальна теорія належного права, яка за змістом та результатами застосування є схожою із колізійним принципом тісного зв'язку. У зарубіжній науці над нею працювали такі вчені, як наприклад, Дж. Блум, Дж. Вестлейк, Ф. Ман, Дж. Моріс, П. Норт, К. Шмітгофф, Дж. Чешир. В Україні окремі аспекти зазначеної проблеми досліджували В. Кисіль, О. Мережко, А. Довгерт, В. Гайворонський, В. Жушман, В. Король та ін. Проте нині в українській науці відсутнє системне дослідження змісту, структури та механізму дії колізійного принципу тісного зв'язку, що особливо негативно віддзеркалюється на його практичному застосуванні. Зважаючи на це, дослідження взаємозв'язку між теорією належного права та колізійним принципом тісного зв'язку в англійському

МПрП можуть бути корисними для глибшого усвідомлення потенційних можливостей застосування тісного зв'язку в українському національному праві.

Наприкінці XIX століття в англійському праві вперше з'являється ідея застосовувати для вирішення колізій принцип тісного та реального зв'язку. Так, у 1880 році англійський правник Дж. Вестлейк (John Westlake) публікує працю «Вчення з міжнародного приватного права», де зазначає: «Право, що визначає внутрішню дійсність та юридичні наслідки договору, обирається в Англії, виходячи з міркувань сутності справи, та перевага надається тій державі, з якою правочин має найбільш реальний зв'язок» [9, с. 219].

Проте розвиток прогресивної гіпотези Дж. Вестлейка був відкладений на пізніший час через надмірну революційність ідеї англійського вченого про застосування тісного зв'язку для визначення права. Крім цього, необхідно враховувати, що на кінець XIX століття проблема гнучкого колізійного регулювання ще взагалі не була сформульована ані у теорії, ані у практиці англійського міжнародного приватного права. Відтак, майже до середини XX століття у англійському МПрП панів-



ною колізійною доктриною залишалася теорія належного права (*proper law theory*), а принцип тісного зв'язку радше перебував у її тіні. Водночас, незважаючи на те, що дана теорія по суті перешкождала запровадженню гіпотези про тісний зв'язок, між цими двома інструментами об'єктивного визначення застосовуваного права, на нашу думку, проглядається очевидний та стійкий генетичний зв'язок. Більш того, аналіз процесу формування колізійного принципу тісного та реального зв'язку неможливий без комплексного та всебічного дослідження його взаємозв'язків із англійською доктриною домислюваного наміру (*doctrine of presumed intention*), теорією намірів у суб'єктивному (*subjective theory of intent*) та об'єктивному значенні (*objective theory of intent*), які в теорії та практиці англійського МПРП розглядаються як складові та окремі стадії розвитку теорії належного права.

Аналізуючи розвиток теорії належного права, французький вчений А. Наусбам оцінив її як один із найбільш вагомих внесків англійської науки до загальної теорії МПРП. Інший вчений, Д. Моріс, уточнюючи думку свого попередника щодо унікальності доробку англійського права, наголосив, що найціннішою частиною теорії належного права слід вважати саме ту, яка стосувалася об'єктивного визначення права за відсутності вибору сторін [6, с. 199].

На ранніх етапах розвиток теорії належного права ґрунтувався на доктрині домислюваного наміру сторін (*presumed intention*), виникнення якої пов'язують з економічним принципом *laissez-faire*, що в англійському приватному праві надавав абсолютного значення ідеї свободи

договору. В англійському колізійному праві цей бентамівський принцип суттєво вплинув на формування суб'єктивної доктрини належного права (*subjective approach of proper law theory*) у XIX столітті.

Відповідно до цієї доктрини при встановленні права, що підлягає застосуванню, абсолютне значення надавалося саме наміру сторін. Так, якщо сторони зробили вибір права, яке підлягає застосуванню в очевидній формі, то англійський суд мав застосовувати таке право. За умови, коли сторони не змогли обрати право, суд повинен був припустити або домислити наміри сторін. Прикладом застосування суб'єктивної доктрини належного права у судовій практиці може бути рішення у справі *R. v. International Trustee*, в якому лорд Аткин зазначив таке: «...Теорія належного права добре обґрунтована в англійському праві. Таким правом вважається право, застосування якого входило до наміру сторін. Намір сторін має бути виведений з наміру, який виражений у договорі і у випадку, якщо такий намір існує, він повинен бути визначальним (для судді — Д. П). ... У випадку, якщо жодного наміру не було виражено сторонами, такий намір мав бути припущений судом та виведений з умов договору і супутніх обставин» [7, с. 9].

Аналіз практики застосування англійськими судами доктрини домислюваного наміру показує, що останні як техніку об'єктивного визначення застосовуваного права використовували цю доктрину, як мінімум, у двох категоріях справ: а) справах, де вибір сторін існував, проте був зроблений у прихованій або нечіткій формі (*intention case*) та б) справах, де сторони не зробили

вибору взагалі (*no choice case*). Однак, як стверджує канадський професор Дж. Блум, на ранніх етапах розвитку доктрини домислюваного наміру поділ справ на такі, в яких існував реальний намір сторін, проте не був очевидно та ясно висловлений, та такі, де сторони взагалі не думали та не обговорювали здійснення вибору права у будь-якій формі, не був помітним. Більше того, друга категорія справ, де сторони взагалі не мали навіть наміру визначити право, тривалий час вирішувалася за рахунок того, що англійський суд застосовував теорію намірів сторін та де-факто приписував сторонам нібито їх намір. Відтак, поділ між справами, де вибір був присутній, але не був явно висловлений, та справами, в яких сторони не висловили наміру взагалі, на думку канадського професора Дж. Блума, став важливим після того, коли доктрина домислюваного наміру сторін поступилася місцем більш об'єктивній формулі — принципу тісного та реального зв'язку [1, с. 170].

Повертаючись до аналізу сутності та природи доктрини домислюваного наміру сторін, бачимо, що стає очевидною деяка подібність цієї колізійної доктрини з теоретичними настановами автономії волі. Співставлення прихованого наміру сторін, який повинен виводитись суддею з обставин та умов договору, з вибором сторін, який, відповідно до поглядів Ш. Дюмулена, міг також бути прихованим або висловленим у вигляді мовчазної згоди (*Tacit Agreement*), лише підсилює відчуття подібності. Американський професор К. Янгер, розглядаючи схожість інститутів автономії волі сторін та теорії наміру сторін, дійшов цікаво-

го висновку. Він слушно припускає, що мотивом появи доктрини домислюваного наміру було прагнення англійських юристів поширити позитивний ефект автономії волі на ті випадки, коли сам факт існування вибору сторін був сумнівним, тобто на об'єктивний метод вирішення колізії. Разом із тим, суддівське прагнення до використання теорії намірів, на нашу думку, доцільно розглядати як спосіб, за допомогою якого судді намагалися уникнути практичних проблем, притаманних будь-якій об'єктивній методології визначення застосовуваного права, зокрема: механічності колізійної норми, справедливості колізійного врегулювання, справедливості матеріального врегулювання тощо. До речі, доцільно зауважити, що саме цих проблем позбавлена теорія автономії волі *ad initio*.

Водночас добрі наміри суддів поширити позитивні ефекти автономії волі на колізійну теорію намірів сторін призвели до виявлення інших, доволі суттєвих недоліків останньої.

Саме на один із таких недоліків доктрини домислюваного наміру звертає увагу англійський суддя Потер під час розгляду справи *Saule v. His Creditors*. Він справедливо наголошує, що приховані наміри сторін існують тільки в уяві суддів [4, с. 57]. Фактично він має на увазі те, що застосовуючи цю теорію, англійські судді були змушені припускати наявність наміру у конкретній справі, навіть тоді, коли такого наміру не було, створюючи у такий спосіб правову фікцію у судовому рішенні.

Згодом занепокоєння суддів щодо теорії намірів сторін знайшло відображення у доктрині англійського колізійного права. Піддаючи критиці цю теорію, провідні англійські



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

вчені Дж. Чешир та П. Норт вказують, що штучність логічних побудов або використання фікції можуть ставити суддю в незручне становище, для чого немає жодних підстав [10, с. 260]. По суті, доктрина домислюваного наміру припинювала роль та значення англійського судді під час вирішення конкретної справи, оскільки відводила йому функції ретранслятора намірів сторін.

Окрім цього, під час судового розгляду траплялись практичні труднощі при встановленні спільного наміру сторін. Зокрема, на етапі судового розгляду нерідко складним або майже неможливим завданням ставав пошук наміру сторін, оскільки принцип змагальності сторін у ході процесу заважав знаходженню спільного наміру сторін: адвокати позивача, як правило, доводили суддям вигідні їм правові позиції щодо вибору права, а адвокати відповідача наполягали на протилежних. Нарешті, теорію намірів значно послаблювали, з одного боку, обов'язковість посилання лише на один «оголений» намір сторін регулювати правовідносини певним чином, а з другого, — необґрунтоване і суцільне ігнорування всіх інших об'єктивних прив'язок (факторів) та обставин справи. При цьому ігнорувалися не тільки обставини, що могли надати судді вказівку для визначення належного права, але й той факт, що явно висловлений вибір сторонами права міг мати ознаки недобросовісності або бути зробленим із умисним бажанням оминати обов'язкові приписи права.

На початку XX століття в англійському праві з'являється тенденція до об'єктивізації теорії належного права. Під впливом негативних наслідків, які стають неминучими

через наявність абсолютної свободи суб'єктивного вибору права (наприклад, вибір права здійснений сторонами з метою обходу закону або вибір права, не пов'язаного зі справою тощо), англійські суди відмовляються від суб'єктивізму та тенет фіктивності при встановленні домислюваного наміру сторін на користь більш об'єктивного визначення наміру.

На думку судді лорда Райта, різниця між суб'єктивною та об'єктивною доктринами теорії наміру сторін була подібною до різниці між філософськими поняттями «суб'єктивне» та «об'єктивне». Якщо згідно з суб'єктивною доктриною теорії належного права суд має виходити із суб'єктивного та гіпотетичного намірів, які були притаманні конкретним сторонам, то згідно з об'єктивною доктриною теорії належного права суд уводить зовнішній критерій «розумної людини» [2, с. 124], починаючи дослідження питання про вибір права з наміру, який мав би бути притаманним розумним особам.

Англійські колізіоністи наполягають на тому, що поведінка розумної людини передбачає врахування об'єктивного стану справ. Отже, коли йдеться про обрання регулюючого права, розумна людина, як правило, зважає не тільки на власне бажання підкорити договір певному правопорядку, але й на майбутній правовий зв'язок самого договору з певною територією, державою чи правовою системою. Подібну точку зору відстоюють професори Дж. Чешир та П. Норт, вважаючи за потрібне не «змушувати досліджувати гіпотетичну волю сторін, ... а постати перед більш ясною, хоча і складною, проблемою: вирішити, який намір повинні були б мати розумні особи

щодо належного права, враховуючи всі супутні обставини, які мають відношення до справи» [10, с. 246].

Саме у цьому руслі прагматизації та раціоналізації МПрП слід розглядати подальший розвиток судової практики. З огляду на це, показовим є прецедент *Mount Albeit Borough v. Australian Temperance and General Mutual Life Assurance Society Ltd*, в якому чітко помітне бажання англійського судді надати доктрині домислюваного наміру більш об'єктивного характеру. Англійський суддя зазначає, що сторони могли зовсім не обговорювати питання вибору права під час укладення договору. У такому випадку суд повинен домислити наміри або визначити за сторонами належне право, яке вони, як чесні та розумні особи, мали б на увазі, коли б подумали про це питання на момент укладення договору.

Коментуючи зазначені зміни акцентів в англійському колізійно-правовому регулюванні, слід сказати про загальну тенденцію до прагматизації та раціоналізації розвитку МПрП у той історичний період. На перший план теорії належного права все більше виходить нововведений критерій розумної поведінки та запровадження раціонального осмислення вирішення колізії.

Наприкінці першої половини ХХ століття під впливом наукових робіт Дж. Чешира та Д. Моріса англійська судова практика робить другий крок у напрямку застосування принципу реального та тісного зв'язку. В авангарді прихильників об'єктивного тесту на наявність реального зв'язку між правом та справою поряд з указаними науковцями знаходяться також авторитетні судді лорд Деннінг та лорд Сімондс.

У 1949 році лорд Денніг, ймовірно перебуваючи під впливом теорії локалізації договору, у справі *Bois-sevain v. Weil* прямо вказав на необхідність виявлення зв'язку між правом та договором. «...Питання про чинність договору, — наголошував він, — залежить від належного права, що регулює такий договір, визначення якого залежить не стільки від місця його укладання або від наміру сторін, скільки від місця, з яким він має найбільш істотний зв'язок» [5, с. 444].

Два роки по тому, у 1951 році, досліджуючи питання колізійного регулювання деліктів, британський вчений Дж. Моріс розкриває потенціал принципу тісного та реального зв'язку. Він наполягає на тому, що для розв'язання колізії у сфері деліктів можна обирати право на підставі правової політики, яка матиме найсуттєвіший зв'язок з ланцюгом дій та юридичних наслідків. Це явно контрастує з усталеною практикою орієнтації суддів на колізійні правила останньої події, якщо прямо не суперечить їй. Таким чином, чи не вперше в теорії МПрП було висунуто гіпотезу про застосування принципу найтіснішого зв'язку поза межами договірних правовідносин [6, с. 201].

В 1952 році доктрина реального та суттєвого зв'язку детально аналізується лордом Сімондсом під час розгляду справи *Bonython v. Commonwealth of Australia*. За результатами розгляду цієї хрестоматійної судової справи Таємна Рада узагальнила погляди на те, яким чином англійський суд має обирати право, коли відсутній вибір сторін. У тексті рішення доповідач по справі лорд Сімондс слушно зауважив, що належне право — це та система права,



на яку зроблене посилання у договорі під час його укладення, або та система права, з якою договір має тісний та найбільш реальний зв'язок [8, с. 200].

У сучасній доктрині англійського МПРП висновок лорда Сімондса про об'єктивний вибір права називають не інакше, як формула *Bonython*. Текстуальний аналіз формули вказує на існування двох її частин. Перша частина формули *Bonython* (система права, на яку зроблене посилання у договорі під час його укладення), на думку Ентоні Джеффея, стосується випадків прихованого наміру сторін, коли вибір існує, проте зроблений сторонами у нечіткій або прихованій формі, та може виводитись крізь призму показників, які викривають прихований вибір. У практиці англійського права показниками здійснення прихованого вибору сторонами могли бути: вибір юрисдикції / арбітражу (напр., *Hamlyn v. Tslisker Distillery* (1894), *NV Kwik Tong Handel Maatschappij v. James Finlay & Co.* (1927), *Tzortzis v. Monark Line A/B* (1968), *Compagnie d'Armement Maritime SA v. Compagnie Tunisienne de Navigation S.A.* (1970)); стиль документу, специфічні правові інститути, характерні для певної правової системи (напр., *The Industry* (1894), *James Miller v. Whitworth Street Estate (Manchester)* (1970), *Amine Rasheed Shipping v. Kuwait insurance Co.* (1983)); дійсність зобов'язань (*Hamlyn v. Tslisker Distillery* (1894), *Re Missouri Steamship Co.* (1889), *P&O Steam Navigation Co. v. Shand* (1865), *Sayers v. International Drilling* (1971), *Coast Lines Ltd v. Hudig & Veder Chartering* (1971)) тощо.

Індикатором прихованого вибору вважається застосування спеціального терміна, наприклад вживан-

ня у полісі морського страхування клаузули «слідувати Лондону» (*Follow London*), що зобов'язувала американські страхові компанії дотримуватися розрахунків за претензіями англійських страхових компаній, які застрахували певну частину страхового ризику.

Про намір обрати англійське право також можна було судити, виходячи зі специфічної форми документа або його стилю. На практиці застосування стандартизованих форм фінансових документів *Loan Market Association*, наприклад, договорів позики, синдикаційних кредитів, кредитів на субординаційних умовах, як правило, свідчить про те, що сторони мали намір підпорядкувати правовідносини англійському праву.

Встановлення правопорядку, насамкінець, можна було виводити з дійсності договірних зобов'язань. Англійська практика МПРП вважала, що розумні сторони мають намір підкорити договір тій правовій системі, право якої визнавало би його дійсність (*lex validitionis*). Виходячи з цього, у випадку, коли договірні зобов'язання зберігали власну дійсність відповідно до однієї правової системи та водночас втрачали юридичну силу за умови застосування іншої правової системи, суд логічно припускав, що реальний вибір сторін полягав у виборі правопорядку, застосування якого зберігало дійсність зобов'язання.

Серед інших фактичних умов і обставин, які могли, на думку судді, вказувати на здійснення сторонами вибору права у прихованій формі, автори відомого англійського підручника з МПРП Дж. Чешир та П. Норт додатково називають такі: використання мови, місце проживання сторін (громадянство), харак-

тер та місце знаходження предмета договору, валюта платежу, зв'язок з попередніми правочинами або навіть такий факт, що однією із сторін угоди є уряд [10, с. 259].

Зазначені індикатори не мали єдиної оцінки та застосовувались суддями по-різному при вирішенні окремих справ. Деякі юристи вважали, що кожен із зазначених індикаторів може одноосібно, залежно від конкретних обставин справи, вказувати на право, що підлягає застосуванню. Водночас інші судді наполягали на тому, що індикатори вказують не на право, що підлягає застосуванню, а на зв'язок справи із певною юрисдикцією. Відтак лише сукупний аналіз зв'язків, на думку останніх, давав можливість обрати право. Таким чином, техніка прихованого вибору не тільки не вказувала на вибір належного права, але й вносила непорозуміння у те, яким чином застосовувати другу частину формули Bonython [3, с. 532].

Друга частина формули Bonython (система права, з якою угода має тісний та найбільш реальний зв'язок), за твердженням Е. Джеффея, стосується випадків встановлення належного права об'єктивнішим способом, наприклад, спираючись не на намір сторін, а на виключно об'єктивні елементи договору як-то: місце виконання, місце укладення, а також зв'язок сторін з державами. В основі визначення тісного та реального зв'язку лежить прийом локалізації правовідносин, відповідно до якого місцезнаходження «центру ваги зобов'язання», а також правова система, яка має тісний зв'язок із правовідносинами, визначаються за сукупністю об'єктивних елементів договору. Фактично при локалізації йдеться про групування існуючих

об'єктивних критеріїв, що містяться (виражаються) у самому договорі, його умовах [3, с. 531, 533].

Описуючи механізм дії теорії локалізації у договірних правовідносинах, П. Чешир зазначає: «...Сторони самостійно, завдяки власним діям, локалізували договір у тому сенсі, що вони встановили низку колізійних прив'язок з тією чи іншою країною та розташували його (*договору — Д.П.*) центр ваги у тій країні, де такі колізійні прив'язки є найбільш стійкими та виразними» [2, с. 122].

Дослідження показують, що серед таких об'єктивних елементів англійська доктрина виокремлює: порядок укладення договору, порядок його виконання, факти та події, що пов'язані з договором та вказують на його локалізацію і належність до певної правової системи.

Слід зазначити, що з моменту ухвалення судового рішення у справі Bonython, словосполучення «тісний та реальний зв'язок», «найбільш значний» та інші подібні терміни стають звичайними кліше у текстах рішень англійських судів.

Завершальний етап розвитку принципу тісного та реального зв'язку пов'язаний з розглядом справи United Railways of Havana & Regal Warehouses. У 60-ті роки XX сторіччя відбувається удосконалення та оптимізація формули Bonython. Так, лорд Деннінг усуває зі структури двочленної формули її першу частину, відповідно до якої англійський суд виводив право у тих категоріях справ, де сторони зробили його у нечіткій формі (*intentional cases*). Лорд Деннінг роз'яснює, як треба проводити тест на тісний та реальний зв'язок права з обставинами справи, відзначаючи, що «зміст зобов'язання повинен визначатися на-



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

лежним правом договору, тобто системою права, з якою угода має тісний та реальний зв'язок... За умови, якщо очевидного посилення на регулююче право немає, воно має виводитись з усіх обставин цієї справи» [5, с. 445]. В історичному контексті лорд Деннінг, по суті, повертається до ідеї Дж. Вестлейка про застосування тесту на реальний зв'язок права із обставинами справи до усіх категорій справ, де відсутній очевидний вибір сторін.

Аналіз формули тісного та реального зв'язку показує, що цей інструмент вирішення колізії позбавлений ознак фіктивності та гіпотетичності об'єктивного вибору, оскільки в його основі лежить локалізація об'єктивних елементів договору. Разом із тим, слід зауважити, що сутність цього принципу усе ж таки залишалася в англійському колізійному праві недостатньо з'ясованою.

По-перше, центральне поняття принципу — поняття «зв'язок» — потребує додаткового тлумачення. На цьому наголошує канадський вчений Дж. Блум, коли ставить питання про те, який саме зв'язок лежить в основі нового механізму визначення належного правопорядку: а) зв'язок справи зі сторонами; б) зв'язок справи із територією; в) зв'язок справи із державою. Якщо припустити, що в основі принципу тісного та реального зв'язку лежить теорія локалізації, тобто наявний географічний характер зв'язку з певною суверенною територією, тоді формула справи *Bonython* повертається до квазітериторіальної доктрини, що однозначно оцінюється Дж. Блумом як регрес в МПРП.

По-друге, існує проблема різної методології встановлення тісного та реального зв'язку. Зокрема, можна

говорити про два методи визначення тісного зв'язку справи із правовою системою: перший — застосування прийому локалізації договору *per se*; другий — комбіноване застосування прийому локалізації договору разом із додатковою перевіркою результатів колізійного рішення на предмет їх відповідності критеріям зручності та ділової ефективності.

Перший метод ґрунтується на пошуку (локалізації) центру ваги зобов'язання. Своєю чергою визначення центру ваги договору може здійснюватись за рахунок застосування різних технік.

З одного боку, при визначенні центру ваги зобов'язання широкого використання набула техніка, за допомогою якої спершу виявляються колізійні прив'язки до різних держав і на підставі їх мажоритарної більшості встановлюється та держава, яка має найбільший зв'язок із правовідносинами. У такому випадку англійська судова практика фактично спирається на просту арифметичну більшість зв'язків правовідносин із певним правом (правовою системою).

З другого боку, може застосовуватися альтернативна техніка визначення центру ваги зобов'язання, згідно з якою спочатку виявляються колізійні прив'язки до різних держав, а надалі з-поміж них обирається та колізійна прив'язка, яка, на думку судді, є вирішальною у конкретній справі. Як правило, в англійській літературі та текстах судових рішень такі прив'язки іменують епітетами: життєво важлива (*vital connection*), істотна (*most impressive*), стійка (*enduring*), що віддзеркалює їх значимість для вирішення колізійної справи.

Узагальнення англійської судової практики свідчить, що суддями най-

частіше як вирішальні використуються колізійні норми *lex loci solutionis* (напр., *Chatenay v. Brazilian Submarine Telegraph Co* (1891), *Miller v. Whitworth Street Estate* (1970)) та *lex loci contractus* (напр., Див.: *Jacobs v. Credit Lyonnais* (1884), *Sayers v. International Drilling Co* (1971), *Coast Lines v. Hugig & Veder* (1972)).

Застосування такої альтернативної техніки спостерігається у добре відомій фахівцям справі *the Assunzione*. Відповідно до фабули справи *the Assunzione* французькі фрахтувальники вимагали від італійського власника судна компенсацій збитків за недопоставку вантажу (зерна), яке транспортувалося з Дункірка до Венеції. Суд мав обрати застосовуване право. Ситуація ускладнювалась тим, що з аналізу правовідносин виявлялося існування численних колізійних прив'язок, які вказували на застосування протилежних правових систем: французької або італійської. З одного боку, переговори щодо договору фрахту відбулися у Франції та Італії, договір був укладений в місті Париж (Франція), коносамент (додаток до договору) був вчинений у Франції, договір укладений англійською мовою, а коносамент — французькою, а з іншого, — судно було італійським, вантаж був відвантажений у Франції та поставлений до Італії, послуги фрахта оплачувалися в Італії, в італійських лірах. Із наведеного розмаїття точок локалізації договірних відносин апеляційний суд урахував, що важливе та вирішальне значення мають форма платежу, місце платежу та валюта платежу. Таким чином, платіж мав бути здійснений в італійських лірах в Італії, до того ж судно було зареєстровано в Італії та ван-

таж мав поставлятися до італійського порту. Відповідно ці прив'язки зумовили застосування італійського права до розгляду справи.

Незважаючи на те, що різниця між двома описаними техніками в теорії чітко окреслена та зрозуміла, актуальним для англійського колізійного права залишається практичне питання, поставлене англійським колізіоністом Е. Джаффеем: «Чому якась певна прив'язка у комбінації з іншими (чи ізольовано від інших) стає вирішальною або найсуттєвішою та саме на її підставі відбувається визначення права, що підлягає застосуванню?» На жаль, це запитання не отримало належної відповіді та залишається відкритим. По суті, дотепер залишається нез'ясованим та раціонально необґрунтованим питання про те, чому в одному випадку визначальну роль відводять арифметичній сукупності колізійних прив'язок, а в іншому — визначальною вважається окрема колізійна прив'язка. Отже, можна констатувати, що в англійському МПрП при розгляді конкретної справи відсутня єдина шкала вимірювання відносної цінності та важливості кожної з колізійних прив'язок.

Другий метод встановлення тісного та реального зв'язку передбачає комбіноване застосування прийому локалізації із коригуванням отриманого результату на предмет відповідності критеріям зручності (*convenience*) та ділової ефективності (*business efficacy*). Зародження такої техніки спеціалісти пов'язують із розглядом справи *The Adriatica* (1931). В цій справі суддя-лорд Лангтон стверджує, що двоє ділових людей неодмінно намагаються вирішити питання, у тому числі і щодо



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

застосовуваного права, у найзручніший для них спосіб. Додатково суддею вводяться такі критерії об'єктивного вибору, як зручність та ділова ефективність [2, с. 124].

Такий метод знайшов практичне втілення через декілька десятків років у прецеденті *Offshore International-SA v Banco Central SA* (1976). У цій справі суддя лорд Анкер визнавав право, що застосовується до операцій за акредитивом. У процесі встановлення права він стверджував, що Іспанія, іспанське право та іспанський банк-емітент акредитиву є джерелом (місцем) виникнення зобов'язання. Проте центр ваги зобов'язання знаходиться у місці його виконання, яке для операцій, пов'язаних із акредитивом, буде співпадати із місцезнаходженням американського підтверджуючого банку (США, штат Нью-Йорк), оскільки у цьому місці пред'являтимуться документи бенефіціаром та здійснюватиметься платіж банком за акредитивом. Він мотивує вибір на користь американського права тим, що застосування іспанського закону завдасть значних незручностей при виконанні операції, оскільки підтверджуючий банк, який має здійснювати виплати за акредитивом, буде змушений застосовувати іноземне право, а отже, всю множинність іноземних законів.

Водночас в іншому судовому прецеденті — *Sayers v. International Drilling Co.* лорд Деннінг, локалізуючи договір, наводить у тексті судового рішення такі колізійні прив'язки: «...а) переговори щодо укладення договору були проведені в Англії; б) договір був укладений англійською мовою; в) зарплата працівнику, який мав англійське громадянство, виплачувалася в англій-

ських фунтах; г) працівник був застрахований за програмою Національного англійського плану страхування; д) працедавцем був громадянин Данії, однак, місце здійснення підприємницької діяльності (діловий центр) знаходився у Лондоні, документація відносно працевлаштування зберігалась у Лондоні» [3, с. 535]. Якщо спиратися на арифметичну більшість зазначених колізійних прив'язок, то стає очевидним необхідність застосування англійського права як регулюючого, проте суддя дотримується іншої думки з цього приводу. Він визначає, що застосуванню підлягає право Данії, оскільки це цілком зумовлене критеріями зручності та ділової ефективності. Аргументуючи такий вибір, суддя роз'яснює, що датський працедавець використовував типову форму трудового контракту та її стандартні умови: англійську мову контракту, англійську національну валюту та англійську страхову компанію при укладенні трудових контрактів із працівниками з різних куточків світу, оскільки саме у такому разі всі договірні відносини між працівником та працедавцем підкорялись би одному праву, що, зрозуміло, було зручним та ефективним для всіх сторін, включаючи працедавця.

Таким чином, на прикладі наведених судових справ бачимо, що при вирішенні питання про право, що підлягає застосуванню, отримані результати внаслідок локалізації договору коригуються за допомогою критеріїв зручності та ділової ефективності, які є по суті визначальними для обрання того чи іншого права. Водночас зазначимо, що ці два додаткові критерії визначення тісного та реального зв'язку, виведені англійськими суддями, справедливо

піддаються критиці за те, що їх зміст та сутність не були чітко доведені [3, с. 539] ані у цій справі, ані у наступних. Так, у декількох справах *The Adriatic* (1931), *Sayers v. International Drilling Co. N.V.* (1971), *Offshore International-SA v. Banco Central SA* (1976), де ці критерії були визначальними при здійсненні вибору, судді не пояснювали, чому вони надавали перевагу саме цим критеріям перед іншими.

Як демонструє загальний аналіз доктрини тісного та реального зв'язку, в основу двох методів визначення реального та тісного зв'язку справи з правовідносинами покладено протилежні цілі. Якщо перший метод (визначення тісного зв'язку через пошук (локалізацію) центру ваги зобов'язання) більше зорієнтований на врахування та задоволення інтересів держави, то другий — (визначення тісного зв'язку через приз-

му критеріїв зручності та ділової ефективності) — спрямований на забезпечення та дотримання інтересів сторін.

На нашу думку, викладений аналіз застосування принципу тісного та реального зв'язку в Англії є особливо цінним тому, що дає можливість краще зрозуміти та осмислити підходи сучасної загальноєвропейської кодифікації з питань вибору права у договірних відносинах, оскільки проект Римської конвенції про право, що застосовується до договірних зобов'язань (1980), готувався із урахуванням унікального теоретичного та практичного досвіду англійського МПРП. ♦

Список використаних джерел:

1. *Blom J. Choice of Law Methods in the Private International Laws of Contract // Canadian Yearbook of International Law. — Vol. 18. — 1980. — P. 96-180.*
2. *Cheshire G.C. The Significance of the Assunzione // British Yearbook of International Law. — 1955. — Vol. 32. — P. 124-290.*
3. *Jaffey A.J.E. The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention // International and Comparative Law Quarterly. — Vol. 33. — P. 531-557.*
4. *Juenger F.K. Choice of Law and Multistate Justice. — M. Nijhoff Publ., Dordrecht, 1992. — P. 265.*
5. *Mann F.A. The Proper Law in the Conflict of Laws // International and Comparative Law Quarterly. — 1987. — № 36. — P. 437-451.*
6. *Morris J.H.C. The Proper Law of Contract: A Replay // International Law Quarterly. — 1950. — Vol. 36. — № 3. — P. 197-207.*
7. *Schmitthoff C.M. New Lights on Proper Law // Manitoba Law Journal. — 1968. — Vol. 3. — P. 1-16.*
8. *Spiro E. The Proper Law of the Contract and Renvoi further Comments on the Amin Rasheed Shipping Case // International Comparative Law Quarterly. — 1984. — Vol. 33. — № 1. — P. 199-202.*
9. *Wastlake J. A. Treatise on Private International Law. — [2-d edition] — P. 219.*
10. *Чешир Дж. Международное частное право / Дж. Чешир, П. Норт ; пер. с англ. С. Н. Андрианова ; под. ред. Богуславского М. М. — М. : Прогресс, 1982. — 496 с.*



АНАЛОГІЯ ЗАКОНУ ТА АНАЛОГІЯ ПРАВА ЯК ЗАСОБИ РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВІРНИХ ЦИВІЛЬНИХ ВІДНОСИН

Сергій Погрібний,
*заступник голови Приморського районного суду
м. Одеси, д.ю.н., доцент, член-кор. НАПрН України*

Використання такого правового засобу, яким є аналогія, має як загальнотеоретичний, так цивільно-правовий вимір.

Перш ніж аналізувати аналогію закону та аналогію права як засобів регулювання договірних цивільних відносин, слід зупинитися на характеристичі аналогії закону та аналогії права в загальній теорії права.

Аналогія закону та аналогія права розглядаються в загальній теорії права як засоби заповнення прогалин в законодавстві шляхом їх усунення чи подолання [5, с. 416].

Причому одні дослідники говорять про прогалини у законодавстві, а інші — про прогалини у праві.

Прогалина у законодавстві, — відзначає П. М. Рабінович, — це відсутність нормативно-правової регламентації певної групи суспільних відносин у сфері правового регулювання, окреслюваній основними принципами права [9, с. 140].

С. С. Алексеев визначає прогалину у законодавстві як «...повну або часткову відсутність у чинних законах необхідних юридичних норм» [1, с. 118].

Прогалина у праві, — підкреслює О. Ф. Черданцев, — це відсутність норми права, що повинна бути у системі права з точки зору принципів

та оцінок самого права, або інакше — це така ситуація, коли має місце факт, що за своїм характером знаходиться у сфері правового регулювання та потребує правового рішення, однак норма права, що має його передбачати, відсутня [11, с. 256].

В. В. Лазарев визначає прогалину у праві як «...повну або часткову відсутність нормативних настанов, необхідність яких обумовлена розвитком суспільних відносин і потребами практичного вирішення справ, основними принципами, політикою, сенсом і змістом чинного законодавства» [7, с. 37].

Порівняння визначень прогалин у праві та у законодавстві свідчить про їх схожість за суттю і це не випадково. Адже по суті прогалини можуть бути лише у законодавстві, а тому надалі ми виходитимемо саме з такого розуміння прогалин.

Отже, прогалини у законодавстві ускладнюють регулювання відповідних суспільних відносин через відсутність у законодавчому акті нормативного припису (норми права), що безпосередньо спрямована на їх врегулювання.

Аналізуючи прогалини у законодавстві, дослідники з питань загальної теорії права звертають особливу увагу на такі обставини.



По-перше, відсутність необхідної норми права може бути обумовлена різними причинами. Це стосується як первісних, так і наступних прогалин.

Первісні прогалини зумовлені тим, що законодавець не врахував у формулюваннях нормативних актів всю багатоманітність життєвих ситуацій, які вимагають правового регулювання. Це може трапитися також через прорахунки допущені при розробці закону, у використанні прийомів юридичної техніки.

Наступні прогалини з'являються об'єктивно, внаслідок постійного розвитку суспільних відносин, виникнення нових життєвих ситуацій, які не могли бути заздалегідь передбачені законодавцем [5, с. 416].

По-друге, найкращим способом правового регулювання за наявності прогалин у законодавстві є не застосування аналогії закону або аналогії права, а усунення самої прогалини [2, с. 508].

По-третє, єдиним способом усунення прогалини є правотворча діяльність державних органів. Однак, якщо прогалину виявлено в процесі правозастосування, то швидко прийняття необхідних правових норм не завжди можливе, тому правозастосовні органи зобов'язані використовувати оперативні засоби заповнення прогалин з метою вирішення конкретної юридичної справи. До таких засобів належать: аналогія закону, аналогія права, субсидіарне застосування правових норм [5, с. 416-417].

Указаний обов'язок правозастосовних органів випливає з дії принципу, згідно з яким суд не може відмовити у позові через наявність прогалини у законодавстві. Інший підхід свідчив би про можливість відмови особі у здійсненні правосуддя.

Невипадково, у передмові до нового перекладу Цивільного кодексу Франції (Кодексу Наполеона) 1804 р., її автори А. С. Довгерт та В. М. Захватаєв особливо підкреслюють принциповість положень його статті четвертої, яка встановила право судового переслідування судді за відмову у здійсненні правосуддя через прогалину у законі, неясність або непослідовність його положень [3, с. 7].

Після проведення у Росії судової реформи 1864 р. положення, що зобов'язували суддів під загрозою покарання розглядати справи у випадках неповноти, незрозумілості або суперечливості законів містилися не тільки у Статуті кримінального судочинства, а й у інших юридичних актах, таких, зокрема, як Статут цивільного судочинства та Статут торговельного судочинства [8, с. 365-366].

Правило про заборону відмови у розгляді справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини, містяться у п. 9 ст. 8 чинного Цивільно-процесуального кодексу України від 18 березня 2004 р. [15].

Нарешті, в загальній теорії права сформульовані такі загальні положення щодо сутності аналогії закону та аналогії права.

Аналогія закону — це поширення в процесі правозастосування на конкретні не врегульовані правом життєві відносини чинності норм, які регулюють відносини, подібні тим, що потребують урегулювання в рамках даної галузі права за найсуттєвішими ознаками. «Подібність» відносин означає однотипність правового режиму їх регулювання [5, с. 417].

Аналогія права — це застосування до конкретних відносин загальних засад і сенсу законодавства у

разі відсутності норм, що регулюють подібні за найсуттєвішими ознаками відносини. Це означає, що юридична справа вирішується на основі принципів права, таких як справедливність, гуманізм, юридична рівність, відповідальність за вину тощо, що переважно закріплені у відповідних статтях Конституції України або загальних положеннях законодавчих актів. Застосування аналогії права до конкретної справи не має у майбутньому обов'язкової сили при вирішенні інших, подібних справ [5, с. 417].

Слід особливим чином підкреслити те, що сутнісна характеристика нормативного припису, який використовується при врегулюванні конкретних суспільних відносин, котра надається фахівцями із загальної теорії права, є неоднаковою.

Так, М. А. Вороніна вважає, що на підставі застосування аналогії закону розширюються межі регулюючого впливу норми. Внаслідок цього вона стає такою, що має два предмети регулювання: визначений законодавцем, а також юридичною практикою застосування норми за аналогією і в субсидіарному порядку [5, с.417].

О. Е. Лейст висловив думку про те, що у разі використання аналогії закону та аналогії права має місце «свобода розсуду» правозастосовного органу, що знаходить свій прояв у створенні ним правової норми для конкретних випадків або суспільних відносин. Саме тому він вважає, що рішення справ на підставі аналогії закону або аналогії права підлягає додатковим перевіткам наглядовими інстанціями, та, головне, воно повинне стати сигналом та стимулом для прийняття нормативних актів, які усуватимуть прогалину у праві [10, с. 744].

Нам важко погодитись з М. А. Вороніною щодо сутнісної характеристики нормативного припису, який використовується при застосуванні аналогії закону з таких міркувань.

Предмет регулювання нормативного припису, на нашу думку, встановлюється (визначається) виключно органом, який прийняв відповідний акт законодавства у межах власних повноважень з нормотворення.

Застосування правозастосовним органом нормативного припису, розрахованого на регулювання конкретних суспільних відносин, до подібних відносин, прямо не врегульованих актом законодавства, є лише, як вірно вказує сама М. А. Вороніна, оперативним засобом подолання прогалини у законодавстві з метою вирішення конкретної юридичної справи. Подолання прогалини у законодавстві не пов'язане зі зміною предмета регулювання нормативного припису, що використовується. До того ж, цей оперативний засіб має часові межі для застосування, оскільки він не усуває прогалину у законодавстві, а лише дає можливість подолати її у конкретному випадку.

Саме тому, на нашу думку, правозастосовний орган не змінює й не може змінювати предмет регулювання нормативного припису акту законодавства.

Не можна, на нашу думку, говорити і про розширення меж регулюючого впливу норми при застосуванні аналогії закону. Адже аналогія закону, як вже відзначалось, — це лише юридично-технічний засіб подолання правозастосовним органом прогалини у законодавстві з суто прагматичною метою — вирішенням конкретної юридичної справи.

Тим більше, ми не можемо погодитись із думкою О. Е. Лейста про



те, що у разі використання аналогії закону та аналогії права має місце «свобода розсуду» правозастосовного органу, що знаходить свій прояв у створенні ним правової норми для конкретних випадків або суспільних відносин.

По-перше, якщо йдеться про сутнісну характеристику нормативного припису, що використовується правозастосовним органом для подолання прогалини у законодавстві, аналізувати можна лише такий спосіб, як аналогія закону. Адже при застосуванні аналогії права як регулятора суспільних відносин виступає не нормативний припис (норма права), а загальні засади (принципи) законодавства.

По-друге, О. Е. Лейст під «свободою розсуду» розуміє необхідність вибору правозастосовним органом одного з можливих рішень у межах відносно визначеної правової норми. Отже, «свобода розсуду» має місце тоді, коли інваріантність поведінки правозастосовного органу передбачена диспозитивною нормою і йому належить право вибору одного з можливих рішень.

Між тим, згідно з ч. 3 ст. 10 Цивільно-процесуального кодексу Російської Федерації від 14 листопада 2002 р. [4], яка передбачає правила застосування аналогії закону та аналогії права при розгляді судом справ, у разі відсутності норм права, що регулюють спірні відносини, суд застосовує норми права, що регулюють подібні відносини (аналогія закону), а за відсутності таких норм, вирішує справу, виходячи із загальних засад та смислу законодавства (аналогія права).

Аналіз цієї норми дає підстави стверджувати те, що вона є абсолютно визначеною і не передбачає інва-

ріантності поведінки правозастосовного органу. Навпаки, ця норма чітко визначає послідовність дій правозастосовного органу. Спочатку треба здійснити спробу вирішення справи на підставі аналогії закону, а якщо це виявиться неможливим — вирішення справи має відбуватися за правилами про аналогію права. Отже, ніякої «свободи розсуду» у суду при вирішенні справи, на нашу думку, немає.

По-третє, при застосуванні аналогії закону та аналогії права не відбувається створення правозастосовним органом правової норми для конкретних випадків або суспільних відносин.

Аналізуючи аналогію закону та аналогію права як засобів регулювання саме цивільних відносин взагалі, та договірних цивільних відносин зокрема, слід вказати на таке.

Чинний Цивільний кодекс України (далі — ЦК України) від 16 січня 2003 р. [12] вперше закріпив у ст. 8 спеціальні правила щодо використання аналогії закону та аналогії права при усуненні прогалин у цивільному законодавстві.

Необхідність закріплення цих правил на рівні ЦК України обумовлена низкою таких чинників.

По-перше, чинний ЦК України у ст. 1 містить визначення цивільних відносин, як особистих немайнових та майнових відносин, заснованих на юридичній рівності, вільному волевиявленні та майновій самостійності їх учасників. Причому характер цих відносин, як підкреслює А. С. Довгерт, є природним, а не таким, що залежить від волі законодавця, завдання останнього полягає лише в пізнанні природної суті цих відносин та встановлення їх адекватного регулювання [13, с. 6-7].



Отже, цивільно-правове регулювання охоплює усі цивільні відносини незалежно від тієї сфери діяльності, у якій вони виникають та існують.

По-друге, чинний ЦК України закріпив у ст. 4 систему актів цивільного законодавства, нормативними приписами яких регулюються цивільні відносини. При цьому визначено, що основу цивільного законодавства становить Конституція України, а основним актом цивільного законодавства є Цивільний кодекс України. Актами цивільного законодавства є також інші закони України, які приймаються відповідно до Конституції України та Цивільного кодексу України. Слід підкреслити, що під «іншими законами» — актами цивільного законодавства — в контексті абзацу другою частини 2 ст. 4 ЦК України слід розуміти не будь-які закони, а лише ті, які, по-перше, регулюють цивільні відносини, і, по-друге, відповідають вимогам Конституції України та ЦК України.

До актів цивільного законодавства ст. 4 ЦК України відносить і такі підзаконні акти, що регулюють цивільні відносини. Йдеться про акти Президента України, але лише у випадках, встановлених безпосередньо Конституцією України, та про постанови Кабінету Міністрів України, що не суперечать положенням Цивільного кодексу України або іншому закону України. Що стосується інших органів державної влади України, у тому числі міністерств та відомств, а також органів влади Автономної Республіки Крим, то відповідно до ч. 5 ст. 4 ЦК України, вони можуть видавати нормативно-правові акти, що регулюють цивільні відносини, лише у випадках і в межах, встановлених Конституцією України та законом.

По-третє, чинний ЦК України закріпив як соціальні регулятори цивільних відносин не тільки нормативні приписи актів цивільного законодавства, а й договір. Можна стверджувати, що за чинним цивільним законодавством України, учасники договірних цивільних відносин визнаються суб'єктами їхнього регулювання нарівні з державою. Саме тому у ст. 6 ЦК України закріплені правила про співвідношення актів цивільного законодавства та договору.

Суть цих правил полягає у такому. Сторони можуть укладати договори як передбачені актами цивільного законодавства, так і договори, не передбачені ними, за умови відповідності таких договорів загальним засадам цивільного законодавства. У договорах, передбачених актами цивільного законодавства, сторонам належить право врегулювати відносини, які не врегульовані зазначеними актами. Крім того, сторони у цих договорах, згідно з абз. 1 ч. 3 ст. 6 ЦК України, можуть відступати від положень актів цивільного законодавства і врегульовувати свої відносини на власний розсуд. Відповідно до абз. 2 ч. 3 ст. 6 ЦК України сторони не можуть відступати від положень актів цивільного законодавства, якщо в них прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їхнього змісту або із суті відносин між сторонами.

Ретельний аналіз ст. 6 ЦК України дає підстави для таких висновків.

Чинний ЦК України розглядає договір як регулятор договірних цивільних відносин. Право сторін договору відступати від положень нормативних приписів актів цивільного

законодавства та врегульовувати свої відносини на власний розсуд є нічим іншим, як правом сторін на саморегулювання договірних цивільних відносин. Межі такого саморегулювання встановлені абз. 2 ч. 3 ст. 6 ЦК України. Сторони договору на власний розсуд вирішують питання про те, чи скористаються вони своїм правом на саморегулювання договірних цивільних відносин, чи відмовляться від його здійснення. У разі, якщо сторони відмовляться від здійснення цього права, регулятором договірних цивільних відносин будуть нормативні приписи актів цивільного законодавства. Використання сторонами права на саморегулювання договірних цивільних відносин унеможливорює застосування до таких відносин положень актів цивільного законодавства.

Таким чином, якщо нормативні приписи актів цивільного законодавства виступають регуляторами цивільних відносин за їхнього державного (зовнішнього) регулювання, то правила, закріплені у договорі виступають регуляторами цивільних відносин за умови їхнього внутрішнього регулювання, що йменується саморегулюванням договірних цивільних відносин.

По-четверте, чинний ЦК України закріпив як соціальний регулятор цивільних відносин також і звичай, що не суперечить договору або актам цивільного законодавства. Згідно зі ст. 7 цього Кодексу звичаєм визнається правило поведінки, яке не встановлено актами цивільного законодавства, але є ustalеним у певній сфері цивільних відносин. Саме тому ч. 1 ст. 8 ЦК України, на нашу думку, потребує доповнення. Ми пропонуємо викласти її в такій редакції:

«1) Якщо цивільні відносини не врегульовані цим Кодексом, іншими актами цивільного законодавства, договором, або звичаєм, вони регулюються тими правовими нормами цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, що регулюють подібні за змістом цивільні відносини (аналогія закону)».

По-п'яте, чинний ЦК України закріпив у ст. 3 такі загальні засади цивільного законодавства: неприпустимість самовільного втручання у сферу особистого життя людини; неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків встановлених Конституцією України та законом; свобода договору; свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом; судовий захист цивільного права та інтересу; справедливість, добросовісність та розумність.

Саме цим загальним засадам цивільного законодавства мають відповідати договори, не передбачені актами цивільного законодавства, що укладаються сторонами згідно з ч.1 ст. 6 ЦК України.

Із урахуванням усіх викладених чинників у ст. 8 ЦК України сформульовані правила про аналогію закону та аналогію права, що використовуються для врегулювання цивільних відносин при наявності прогалин в актах цивільного законодавства.

Сутність правила про аналогію закону полягає у такому: якщо цивільні відносини не врегульовані Цивільним кодексом України, іншими актами цивільного законодавства України, договором або звичаєм, вони регулюються тими нормативними приписами, які містяться у Цивільному кодексі України, інших



актах цивільного законодавства, що регулюють подібні за змістом цивільні відносини.

Слід підкреслити, що це правило носить універсальний характер, тому що воно розраховано на врегулювання усіх цивільних відносин, у разі наявності прогалин у цивільному законодавстві України, у тому числі й договірних цивільних відносин.

Але при цьому слід мати на увазі таке.

При застосуванні правила про аналогію закону слід, перш за все, з'ясувати характер цивільних відносин, не врегульованих актами цивільного законодавства, а саме: чи є ці відносини договірними.

Якщо цивільні відносини, не врегульовані актами цивільного законодавства, є договірними, прогалина у законодавстві матиме місце лише тоді, коли у Цивільному кодексі України, інших актах цивільного законодавства, передбачених у ст. 4 ЦК України, а також у договорі, укладеному його сторонами та у звичаях, що діють у цій сфері цивільних відносин, відсутньою є норма, що регулює ці відносини.

Якщо цивільні відносини, не врегульовані актами цивільного законодавства, не є договірними, прогалина у законодавстві буде мати місце, коли у Цивільному кодексі України, інших актах цивільного законодавства, передбачених у ст. 4 ЦК України та у звичаях, що діють у цій сфері цивільних відносин, відсутньою є норма, що регулює ці відносини.

Для застосування аналогії закону в обох зазначених випадках необхідно віднайти у актах цивільного законодавства, передбачених у ст. 4 ЦК України, нормативний припис,

який регулює схожі за змістом цивільні відносини.

У разі неможливості використання правил про врегулювання цивільних відносин за аналогією закону, вони підлягають регулюванню за правилами про аналогію права, викладеними у ч. 2 ст. 8 ЦК України. Суть цього правила полягає у тому, що цивільні відносини, регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства, які, як вже відзначалося, закріплені у ст. 3 ЦК України.

Отже, при застосуванні аналогії закону врегулювання конкретних цивільних відносин здійснюється з використанням нормативного припису, розрахованого не на їх врегулювання, а на врегулювання подібних відносин. При застосуванні аналогії права врегулювання конкретних цивільних відносин здійснюється на підставі загальних засад цивільного законодавства, що виконують при цьому функції регулятора цивільних відносин.

Нарешті, виникає запитання, а чи можуть загальні засади цивільного законодавства виконувати функції регулятора цивільних відносин? Відповідь на нього, на нашу думку, має бути позитивною, з урахуванням двох наступних обставин.

По-перше, слід вказати на те, що загальні засади цивільного законодавства, закріплені у ст. 3 ЦК України, більшістю правників виважено ототожнюються саме з принципами цивільного права [14, с. 21].

По-друге, як вірно відзначає А. М. Колодій, до найсуттєвіших ознак принципів права треба віднести, насамперед, їх регулятивність. Нормативно-регулятивний характер принципів права, підкреслює далі вчений, вбачається у тому, що за-



фіксовані у праві, принципи набувають значення загальних правил поведінки, які мають загальнообов'язковий державно-владний характер, що стає притаманним як безпосередньо нормам-принципам,

так і принципам, які виводяться з норм [6, с. 17-19]. ♦

Список використаних джерел:

1. Алексеев С. С. *Право: азбука — теория — философия : опыт комплексного исследования* / С. С. Алексеев. — М. : Статут, 1999. — 712 с.
2. Венгеров А. Б. *Теория государства и права : учебник* / А. Б. Венгеров. — М. : Омега-Л., 2004. — 508с.
3. *Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона)* / [пер. с франц. В. Захватаев / предисловие : А. Довгерт, В. Захватаев / приложения 1-4 В. Захватаев ; отв. ред. А. Довгерт] . — К. : Истина, 2006. — 1008с.
4. *Гражданско-процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. // СЗ РФ. — 2002. — № 346. — ст. 4532*
5. *Загальна теорія держави і права : підручник* / [М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.]. ; за ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПРН України М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПРН України, О. В. Петришина. — Харків : Право, 2009. — 584 с.
6. Колодій А. М. *Принципи права України : монографія* / А. М. Колодій. — К. : Юрінком Інтер, 1998. — 208с.
7. Лазарев В. В. *Пробелы в праве и пути их устранения* / В. В. Лазарев — М. : «Юрид. лит.», 1974. — 184 с.
8. Марченко М. Н. *Источники права : учеб. пособие* / М. Н. Марченко. — М. : ТК Велби. Изд-во Проспект, 2005. — 760 с.
9. Рабінович П. М. *Основы загальної теорії права та держави : навчальний посібник* / П. М. Рабінович. — [Видання 5-те, зі змінами]. — К. : Атіка, 2001, 176 с.
10. *Теория государства и права : учебник* / [под ред. М. Н. Марченко]. — М. : Зерцало, 2004. — 800с.
11. Черданцев А. Ф. *Теория государства и права : учебник* / А. Ф Черданцев. — М. : Юрайт, 1999 — 432 с.
12. *Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — ст. 461*
13. *Цивільний кодекс України : постатейний коментар у двох частинах : частина 1* / [керівники авторського колективу та відповідальні ред. проф. А С. Довгерт, проф. Н. С. Кузнєцова]. — К. : Юстініан, 2005. — 680 с.
14. *Цивільне право України : підручник : у 2 т. / [Борисова В. І., кер. авт. кол. Баранова Л. М., Жилінкова І. В. та ін.] ; за заг ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. — К. : Юрінком Інтер, 2004. — Т. 1. — 480 с.*
15. *Цивільно-процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 40-42. — ст. 492.*



РЕГУЛЯТИВНИЙ ТА САМООРГАНІЗАЦІЙНИЙ АСПЕКТИ ПРАВОВОЇ РЕАЛЬНОСТІ

Василь Невідомий,

член Рахункової палати України, кандидат юридичних наук

У контексті ціннісно-сислового аналізу права як культурного феномену, останнє постає принаймні у двох аксіологічних площинах: з одного боку, світ правових явищ можна розглядати як регулятивну підсистему суспільного життя (тобто оцінювати право у його суто «інструментальній» функції), а з другого, — підходити до нього як до цивілізаційного утворення, що має власну, самостійну значущість (тобто фігурує як «самоцінне» надбання людства) [2, с. 44]. Відповідно, у своїй буттєво-функціональній динаміці правова реальність виявляє одночасно ознаки як засобу владного-вольового (а, отже, суб'єктивного) впливу на упорядкування, охорону та розвиток суспільних відносин, так і відносно автономної самоорганізованої системи, що відзначається наявністю певних об'єктивних, незалежних від будь-якої законодавчої волі, тенденцій та механізмів.

Разом із тим, попри згадану «двоєдиність» самої природи права, ці два аспекти правової реальності досліджуються в сучасній юридичній та філософсько-правовій літературі здебільшого як «паралельні» аналітичні предмети, в той час як між ними існує тісний корелятивний зв'язок. Адже говорити про певні

гарантії ефективності правового регулювання можна лише за умови відповідності нормативних орієнтирів права реальним можливостям їхнього функціонування та здійснення, існуючому балансу потреб та інтересів тих суб'єктів, відносини між якими вони мають регулювати, «загальним закономірностям самоорганізації системних явищ... і закономірностям цілеспрямованої організації таких явищ» [9, с. 204], за якої зміст «доцільності» визначається не свідомістю чи бажанням суб'єкта, що намагається оперувати системою, а співвідношеннями дійсних та потенційних станів самої системи. Нарешті, регулятивна дієвість права істотно залежить від реалізації в юридичному законі та механізмах правового впливу на суспільні відносини тих універсальних характеристик системності, що є «несумісними з неузгодженістю, суперечливістю, прогалинами структурних елементів кожної юридичної системи, або ж із відсутністю обов'язкових структурних елементів кожної юридичної норми чи відповідності між процедурно-процесуальними та матеріальними юридичними нормами» [9, с. 204].

Іноді навпаки, праворегулятивний вплив на характер, структуру й

динаміку суспільних відносин спричинює в межах останніх низку необоротних змін і тим самим також стає одним із чинників їхньої самоорганізації. Тож, достатньо актуальними є дослідження, спрямовані на виявлення принципів залежностей між регулятивним та самоорганізаційним аспектами права.

Розглядаючи право як соціальний регулятор, доречно диференціювати, по-перше, способи впливу (з боку різних суб'єктів права) на саму систему засобів правового регулювання і, по-друге, форми й механізми такого впливу на упорядкування міжсуб'єктних відносин. Тобто право, будучи «людським витвором», є, насамперед, інструментом реалізації потреб, інтересів, цілей людини та інших виявів її суб'єктивності; однак при цьому виконання даної його функції стає можливим лише за тієї умови, що право стає також засобом певного самообмеження, окреслення правових рамок суспільної свободи суб'єктів. Адже нормативність права (згідно з етимологією поняття «норма») передбачає загальність характеру її власних вимог; відповідно, якщо йдеться про дійсно правове регулювання, то й самі суб'єкти останнього (у тому числі органи законодавчої влади) не можуть опинитись поза сферою дії цієї нормативності.

Щоправда, коли постає питання про деонтологічні витoki правових регулятивів, зазвичай вважається, що норми права є продуктами інституційного закріплення нормативних основ моральності людських відносин або ж, інакше кажучи, — позитивізації тих загальних засад суспільного існування, котрі природно сформувалися в системі людського буття. У багатьох випадках це на-

справді так, оскільки право, щоб взагалі бути прийнятним людиною, не повинно суперечити моральним основам людяності як такої. Тому, певна річ, воно має передусім втілювати в собі такі нормативні основи. Разом з тим, право як соціальний регулятор навряд чи можна звести до простої матеріалізації в юридичному законі тих чи інших норм моралі. Причиною тому є існування цілої низки специфічно правових, жодним чином не отримуваних логічним виведенням із засад моральної свідомості, регулятивних засад та цінностей. Наприклад, моральний зміст справедливості завжди пов'язаний насамперед з певною імперативністю, спрямованістю на виконання того чи іншого *обов'язку* або ж здійснення якогось *належного* цільового стану в індивідуальному чи суспільному бутті. Для права ж, навпаки, *обов'язок* є підпорядкованим *свободі*, будучи не стільки метою, скільки *засобом* її реалізації. До того ж, моральне зобов'язання доволі «жорстко» скеровує людську поведінку у напрямку його виконання, тоді як право покликане забезпечити суспільно доцільний діапазон *можливостей самовизначення* людини. Тому, на відміну від моралі, нормативність права передбачає реалізацію справедливості в суспільстві не стільки у здійсненні певних ціннісних ідеалів, скільки в упорядкуванні «суб'єктивних просторів свободи», далеко не завжди при цьому «визначаючи те, що учасники правовідносин *повинні* робити» [12, с. 4].

Хоча на перший погляд складається враження про те, що навіть поява й подальше утвердження правового регулювання спричинені порівняною «м'якістю» моральних ре-



гулятивів, що апелюють здебільшого до внутрішньої духовності суб'єкта і не передбачають примусовості «із-зовні», але, «як це не парадоксально, насправді суворі й жорсткі ознаки права здебільшого коріняться не в чому іншому, а як раз у моралі, у її безкомпромісних, нерідко максималістських, граничних вимогах, безоглядних імперативах. Уся справа лише в тому, що ці вимоги й імперативи, коли вони «виходять» на владу, отримують каральне підкріплення від влади, котра використовує — часто-густо за власним розсудом, максимально — свої... примусово-владні прерогативи, надаючи своїм велінням юридичної форми... Навпаки ж, коли йдеться про право з точки зору його гуманістичного, людського призначення, його місії в утвердженні ліберальних основ у житті людей, то цей бік юридичного регулювання знаходиться в іншому вимірі, в іншій площині відносно тієї, де право близько, хоча й через владу, контактує з мораллю» [1, с. 338-339]. Тобто «сутнісною місією» права є забезпечення тієї автономізації людини, без якої вона не мислима як особистість.

Проте, розглядаючи право як сферу та засіб реалізації суб'єктивної свободи, не слід, безумовно, ігнорувати й ту обставину, що зміст самого поняття «реалізація» передбачає втілення ідеальних конструкцій бажаного в об'єктивній дійсності. Отже феномен правового регулювання є тією цариною, де правова належність безпосередньо стикається й переходить у *дійсність права*, в силу чого стосовно останнього доречно говорити не тільки про «смислові ідеї», але й як про особливу форму матеріалізованого буття —

правову реальність. Відповідним чином, як і будь-якій іншій з таких форм, реальності світу права притаманні власна логіка упорядкування та принципи динаміки як відкритої самоорганізованої системи (а, отже, суб'єктивне волевиявлення далеко не завжди фігурує тут як визначальний чинник нормативного змісту). Тому організація права як регулятивної системи, підпорядкованої забезпеченню належної суб'єктивної свободи самовизначення, має корелювати з об'єктивно-логічними тенденціями самоорганізації світобуття як такого та правової реальності як його органічної складової.

Варто зауважити, що дослідження проблем, пов'язаних із самоорганізаційним аспектом права, наразі є ще досить віддаленими від якщо й не остаточних, то, принаймні, однозначних вирішень, у множині яких можна вирізнити ті, які є результатами вивчення динаміки права як цілком автономної й «самопобудовної» системи, і такі, що подають правовий розвиток невідривно від загального контексту природно-суспільної еволюції.

Перший із згаданих різновидів тлумачення правової самоорганізації найбільш виразно представлений в автопойетичній концепції права, згідно з якою останнє, володіючи власними механізмами самовідтворення та самопродукування, автономізується відносно будь-яких зовнішніх — «метаюридичних» — чинників свого становлення й функціонування [7, с. 17]. Відповідно, в межах цієї дослідницької стратегії домінує «спрямованість на виявлення циркулярних відносин всередині правової системи, а також аналіз їхньої внутрішньої динаміки та зовнішніх взаємодій» [13, с. 1].



При цьому згадані «зовнішні взаємодії» правової системи з її «соціальним оточенням» розглядаються виключно в плані встановлення показників її ефективності, однак таке «оточення» вважається неспроможним якимось чином визначати будь-які «внутрішні» її характеристики: правова система «сама себе вибудовує» за власними принципами, постійно «накладаючи» продукovanі нею «фрейми» та «матриці» належності на реальність правовідносин. У міру виявлення своєї практичної дієвості, такі схематичні зразки закріплюються у вигляді сталих та узагальнюваних норм суспільної поведінки; у разі ж їхньої неефективності, вони трансформуються в ході подальшої циклічної динаміки правової системи, де перманентні циркулярні процеси є основою її «поступального руху» у напрямку самопобудовної зміни. Те ж саме відбувається й із модифікованою її структурою, а також усіма подальшими її реструктуризаціями, оскільки саме таким чином правова система прагне до параметрів гармонійної взаємовідповідності з іншими соціальними підсистемами та підвищення рівня своєї дієвості як нормативного регулятора суспільних відносин. Отже, базовими елементами правової системи, з цієї точки зору, виступають не самі правові норми, не суб'єкти правотворчості чи правореалізації, не ціннісно-сміслові установки їхньої правосвідомості і навіть не правовідносини, що встановлюються між ними через формальне визначення суб'єктивних прав та юридичних обов'язків, а насамперед реальні правові дії та правові комунікації. Як відзначає Г. Тойбнер, «правовий автопоїєзис», тобто у повному розумінні са-

моорганізація системи правоявищ, «спонукається лише з появою такого елемента правової системи, як правова дія. Правові дії — це комунікативні ситуації, що змінюють правові структури» [13, с. 3]. Завдяки таким діям стає можливою «операційна замкненість» правової системи (паралельно з її функціональною та когнітивною відкритістю), її здатність до самоконструювання на основі своєї внутрішньої циркулярності: адже кожна така дія призводить до утворення нових структурних елементів правової реальності, а функціонування останніх нерозривно пов'язане з розширенням обсягу правових дій тощо. Тобто правові дії стимулюють саморозвиток правової системи в режимі її безперервної циклічної динаміки [13, с. 5].

На перший погляд, таке тлумачення є несумісним відносно аксіоматичного змісту закону збереження, згідно з яким результат взаємодії певних елементів не може матеріально чи енергетично перевищувати суми взаємодіючих об'єктів або процесів. Однак специфіка буття права, порівняно з фізичною реальністю, полягає як раз у тому, що воно є своєрідним єднальним «мостом» між суцим та належним, ідеальним та матеріальним, деонтологічним та онтологічним аспектами людського існування. А тому логіка його організації далеко не в усьому співпадає з принципами упорядкування дійсності світобуття як такого (тобто розглядуваного незалежно від ідеальних людських уявлень про належне). Наприклад, якщо два суб'єкти обмінюються своїми будинками, то в матеріальному плані кожен з них матиме так само по одному будинку, як і до цього обміну. Проте, якщо вони на-



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

дають один одному *право* власності на свій будинок (таким чином, що обидва стають співвласниками обох цих будинків), то кожен з них володітиме вже не одним, а двома будинками (аналогічно тому, як обмінюючись власними ідеями, кожен із учасників даного обміну матиме в результаті цього не лише ті ідеї, котрі він висловив сам, але й ті, що були запропоновані рештою учасників, оскільки, на відміну від «світу речей», у «світі ідей» можливість такого множення є цілком очевидною).

Разом із тим, попри, здавалося б, логічну припустимість такого підходу, він стикається з доволі важко вирішуваними в його концептуальному полі проблемами, пов'язаними зі встановленням «жорстких кордонів» між сферою суто правової реальності та рештою виявів людського буття (у тому числі й тих суспільних відносин, що підлягають правовому регулюванню). Адже насправді, мабуть, правові ідеї, цінності, норми чи інші регулятивні засоби формуються аж ніяк не в замкненому просторі самої лише юридичної системи, «закидаючись» потім з її «інкубатора» у вирій суспільно-правового життя, де вони проходять свою «атастацію на виживання». Радше навпаки — сама інтерактивність та конфліктність суспільного буття людини дають ініціюючий поштовх для генерування правових ідей, а тому у «знятому» вигляді вже є присутніми у процесах та результатах творення правової нормативності. Відповідно, ще до будь-якої суспільно-практичної апробації останньої доволі багато можна сказати про її актуальну та потенційну ефективність, з огляду на її доречність за наявних економічних, політичних, соціокультур-

них та інших умов її застосування. Відтак суб'єкти права взагалі та правотворчої діяльності зокрема виступають із законодавчими ініціативами, звичайно ж, не «навмання», а керуючись певними аргументами доцільності та раціональності. Щоправда, цілком очевидно, що серед таких аргументів далеко не завжди на перший план висуваються певні об'єктивні підстави упорядкування правовідносин, а здебільшого фігурують особисті та вузькокланові інтереси. Одначе, базуючись на постулатах розглядуваного підходу, навіть цей аспект розвитку права (не говорячи вже про аналіз правової системи у ширших буттєвоекволюційних контекстах) «випадає» з предметних рамок дослідження і взагалі не враховується через доволі штучне потрапляння даного розвитку в залежність виключно від «внутрішньоправових» системних принципів та специфічної для правової реальності логіки.

Спроби подолання такої обмеженості спостерігаються, зокрема, серед сучасних розробок різного роду еволюційних підходів до аналізу природи й динаміки права, зпоміж яких особливо вирізняється синергетична концепція правової реальності. Її основний зміст, як відомо, полягає у «вписуванні» процесів становлення, функціонування й розвитку права як системного утворення в контекст універсальної самоорганізації світу, базуючись на виявленні спільних для таких утворень (незалежно від їхньої онтологічної специфіки) закономірностей та принципових механізмів упорядкування. Адже право є одним з різновидів «дехаотизації» суспільного життя та набуття ним певних форм організованості у прагненні до

справедливого (з точки зору сформованих у суспільстві уявлень) порядку. При цьому, зважаючи на непомірну складність і багатовимірність природних та суспільних систем, а також незбагненну множинність чинників впливу на їхню динаміку, прибічники розглядуваного підходу відмовляються від ідеї «раціонального регулювання» останньої. Як зазначає з цього приводу Ф. А. фон Хайек, таке завдання є просто непосильним для людського розуму: надто мало ймовірною є його здатність будь-коли повністю вивчити й пояснити самого себе, і, відповідно, ще менш імовірним було б те, щоб «він був здатен пояснити чи передбачити результати взаємодії величезної кількості умів» [10, с. 138]. А тому ми фактично можемо здійснювати упорядкування чогось маловідомого та здебільшого непередбаченого розумові, лише певним чином викликаючи й стимулюючи його *самоупорядкування*. До того ж, в еволюції права, як і у всіх інших різновидах еволюційних процесів, простежується «один і той же принцип відбору — принцип... репродуктивної переваги. Мінливість, пристосування й конкуренція утворюють однотипні, процеси, наскільки б різноманітними не були їхні конкретні механізми... І річ не лише у тому, що будь-яка еволюція ґрунтується на конкуренції; безперервна конкуренція є необхідною навіть для збереження вже досягнутого» [10, с. 49-50].

Виходячи з тези про те, що такі регулятивні соціальні інститути, як мораль і право, не можуть бути логічно виведеними з якого-небудь апіорного, «передвстановленого» людським розумом порядку, синергетико-еволюціоністська парадигма тлумачить упорядкування суспіль-

ного життя виключно в поняттях природного упорядкування. Відповідно, еволюція таких інститутів не повинна оцінюватись як «справедлива» чи «несправедлива»: «просто в ході еволюції відбувається природний добір, в результаті чого виживають та розвиваються лише ті соціальні групи, котрі дотримуються правил поведінки, що дозволяє найліпшим чином адаптуватися до невідомого» [8, с.103].

Цілком очевидно, що, з одного боку, розглядуваний підхід є виправданим з точки зору пов'язаності з ним тих колосальних додаткових можливостей щодо теоретико-концептуального моделювання процесів суспільної самоорганізації, які можуть бути ефективно використуваними у праворегулятивній діяльності. Адже, не зважаючи на те, що правопорядок є результатом цілеспрямованих людських дій щодо реалізації певних суб'єктивних інтересів, право також, «будучи самоорганізованою системою,... здатне саме себе будувати й структурувати. І суб'єктам правотворчості важливо враховувати тенденції його саморозвитку, щоб діяти в такт з ними і тим самим породжувати резонансні ефекти. Точно розраховані резонансні впливи на систему даватимуть найбільшу результативність, дозволятимуть їй розгорнути усе багатство прихованих раніше форм та можливостей. Принципи синергетики передбачають у ході правотворчої діяльності виведення правової системи на власні лінії розвитку, що відповідають її природі й характерові соціуму, всередині якого вона існує» [3, с. 521-522].

З другого ж боку, інтерпретована в такому надто натуралістичному дусі «соціальна самоорганізація —



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

багатолика і бездушна до наших цінностей. Її цікавить, перш за все, порядок, але вона не вирішує, на яких ціннісно-нормативних засадах він виникає. Для неї норма — лише інструмент упорядкування» [4, с. 429], тоді як у дійсності «соціальний порядок — це людський продукт, або, точніше, безперервне людське виробництво... Він є людським продуктом... і за своєю генезою,... і у своєму нинішньому стані (соціальний порядок взагалі існує, лише оскільки людина продовжує його створювати у своїй діяльності)» [5, с. 88-89]. Як зауважував з цього приводу ще Б. О. Кістяківський, творча активність людського суб'єкта як «реалізатора» самої ідеї права та закладених у ній основ людяності буття не може бути зведеною лише до «еволюційного процесу, зумовленого стихійними силами, наприклад, сліпими силами фізико-хімічної організації людини або ж простим розвитком соціальних відносин. Навпаки, вона є результатом цілком свідомих етичних дій людей, вчинених заради категоричного імперативу» [6, с. 92].

Таким чином, коли йдеться про динаміку становлення й функціонування правової реальності, варто, мабуть, виходити при цьому з положення про єдність її регулятивного та самоорганізаційного аспектів. Адже загалом внутрішній світ людини, у тому числі, звичайно ж, і її правосвідомість як творче джерело права, формується та розвивається аж ніяк не поза межами процесу еволюції суспільства, а остання, через об'єктивацію нормативно-правових ідей в ході її розгортання, тяжіє до набуття раціонального та «олюдненого» характеру (тобто до панування в ній не лише природно-

стихійного, а насамперед людського начала). Вже сам факт наявності своєрідної «подвійної реалізації» права — як у формі державно-владного регулювання, так і у вигляді правової самоорганізації громадянського суспільства — свідчить на користь вищезазначеного положення. При цьому ціннісно-смыслові орієнтири права формуються шляхом «зіткнення» й взаємоузгодження, з одного боку, генерованих (самоорганізаційним шляхом) в суспільно-комунікативному середовищі «мірил справедливості», а з другого — нормативності об'єктивного юридичного закону, без якого не було б можливим гарантування реалізації таких орієнтирів та здійснення ефективного й доцільного правового регулювання суспільних відносин. Водночас дієвість (та й взагалі реалізованість) як перших, так і других, істотно залежить від їхньої скорельованості відносно тих еволюційно-динамічних принципів та тенденцій, що характеризують самоорганізацію самої предметної сфери їх застосування і можуть бути виявленими за допомогою концептуально-методологічних засобів синергетичного підходу до правової реальності. І хоча використання таких засобів «є релевантним лише у тих випадках, коли можна знехтувати впливами суб'єктивного фактора доцільності людської діяльності (через їхню незначну питому вагу чи взаємонейтралізацію), однак урахування резонансних ефектів когерентної поведінки, кооперативних механізмів системної організації, параметрів домінантної атракції (характеристик потенційних станів, до яких система є найбільш онтологічно схильною) тощо відкриває досить широкі можливості стосовно гармо-



нізації правових інституцій із динамікою їхніх суспільно-буттєвих підвалин» [11, с. 149]. Тим більше, що регулятивна дія правових норм не є безпосередньою: вони не мають прямого впливу на суб'єктивну поведінку та організацію суспільних відносин, а задають *моделі бажаного* їхнього упорядкування, лише «ініціюючи» (або ж, висловлюючись у термінології нелінійної теорії поряд-

ку, створюючи «атракцію») *саморегуляційних* процесів у сфері соціального життя. ♦

Список використаних джерел:

1. Алексеев С. С. *Право: опыт комплексного исследования* / С. С. Алексеев. — М. : Статут, 1999.
2. Бандура О. О. *Єдність цінностей та істини у праві* / О. О. Бандура. — К. : НАВСУ, 2000.
3. Бачинин В. А. *Философия права и преступления* / В. А. Бачинин. — Х. : Фолио, 1999.
4. Бевзенко Л. Д. *Социальная самоорганизация. Синергетическая парадигма: возможности социальных интерпретаций* / Л. Д. Бевзенко. — К. : Наукова думка, 2002.
5. Бергер П. *Социальное конструирование реальности : трактат по социологии знания* / П. Бергер, Т. Лукман. — М. : Академия-Центр ; Медиум, 1995.
6. Кістяківський Б. О. *Вибране* / Б. О. Кістяківський. — К. : Абрис, 1996.
7. Луман Н. *Социальные системы: очерк общей теории* / Н. Луман. — СПб. : Наука, 2007.
8. Мережко А. А. *Введение в философию международного права. Гносеология международного права* / А. А. Мережко. — К. : Юстиниан, 2002.
9. Рабінович П. М. *Основи загальної теорії права та держави* / П. М. Рабінович. — Львів : Край, 2008.
10. Хайек Ф. А. *Пагубная самонадеянность. Ошибки социализма* / Ф. А. фон Хайек. — М. : Прогресс, 1992.
11. Цимбалюк М. М. *Онтологія правосвідомості: теорія та реальність* / М. М. Цимбалюк. — К. : Аміка, 2008.
12. Habermas J. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. — Cambridge : Polity Press, 1996.
13. Teubner G. *Law as an Autopoietic System // Autopoietic Law: A New Approach to the Law and Society*. — Berlin / N.Y. : W. de Gruyter, 1988. — P. 1-18.



ДЕЯКІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ ТА ЦИВІЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНІ АСПЕКТИ ВЧЕННЯ ПРО ІНТЕРЕС

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

Конституція України гарантує громадянам свободу художньої, наукової і технічної творчості, захист інтелектуальної власності, авторського права, моральних і матеріальних інтересів творців, що пов'язані із різними видами творчої інтелектуальної діяльності (ст. 54).

Конституційна гарантія захисту моральних і матеріальних інтересів творців отримала своє продовження у нормах цивільного процесуального законодавства. Об'єктом цивільно-процесуального «захисту» є не лише суб'єктивне цивільне право, а й інтереси суб'єктів правовідносин (ч. 2 ст. 15 ЦК України, ст.ст. 1, 3, 4 ЦПК України). Слід брати до уваги й той факт, що законодавець у ЦК України, окремо в ч. 1 ст. 15, надав особі право захищати свої цивільні права в разі їх порушення, невизнання чи оспорювання, а ч. 2 ст. 15 ЦК України безпосередньо присвятив праву особи на захист їх цивільних інтересів, які не суперечать загальним засадам цивільного законодавства. Тобто законодавець

розрізняє поняття «право», «свобода», «інтерес».

Уперше в юриспруденцію категорію інтересу ввів німецький правознавець Рудольф фон Ієрінг у XIX столітті, визначивши його у двох площинах: перша, пов'язана з минулим — спочатку людина усвідомлює потребу, а потім діє, тобто суб'єкт діє «тому, що» йому це необхідно; друга, спрямована в майбутнє — спочатку у особи формується уявлення про певне благо як мету, а потім — про дію, тобто суб'єкт діє «для того», щоб досягнути мети¹. До появи та розробки вчення про інтерес існувала вольова теорія, яка була створена як протипома природно-правовій доктрині, яка пропагувала природність та невідчужуваність прав особистості. Вольова теорія визначала суб'єктивне право як своєрідний наказ, який визначається об'єктивним правопорядком та надається конкретній особистості у розпорядження, як надану державою владу та панування, свободу або дозволеність волі в межах, встановлених законом². Проте, ми не

¹ Михайлов С. В. Категория интереса в российском гражданском праве / С. В. Михайлов. — М. : «Статут», 2002. — С. 16;

² Иоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву : Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права» / О. С. Иоффе. — 2-е изд., испр. — М. : «Статут», 2003. — С. 555;



будемо вдаватись до аналізу соціально-філософських підходів представників вольової теорії, зазначимо лише те, що «воля» та «інтерес» є взаємопов'язаними категоріями. Можна повністю погодитися із точкою зору С. В. Михайлова, відповідно до якої інтерес є об'єктивною категорією, необхідним елементом, що наповнює волю певним змістом³, тобто воля рухає інтерес, без волі особа не може задовольнити інтерес, а відтак й досягти певної мети, при цьому дії особи, продиктовані її волею та інтересом не повинні порушувати закон. Вольова теорія та теорія інтересу, своєю чергою стали, базисом для теорії влади, теорії влади та інтересу, волі та інтересу, теорії блага тощо.

Вчення про «інтерес» було і є предметом дослідження не лише у правовій доктрині, а й у філософській та соціологічній доктринах. Так, щодо природи інтересу в соціологічній доктрині існують дві основні точки зору. Одні дослідники вважають, що інтерес як соціологічна категорія є об'єктивним⁴, інші дослідники, не заперечуючи об'єктивного змісту інтересу, його соціальної обумовленості, вважають, що інтерес нерозривно пов'язаний зі свідо-

містю і поза свідомості, психіки існувати не може⁵.

Ю. С. Зав'ялов розглядав інтерес в праві у двох аспектах: по-перше, інтерес як передумову, фактор, впливу на волю законодавця; та, по-друге, інтерес як мету, до досягнення якої прагне суб'єкт права за допомогою використання правових норм⁶.

Розглядаючи матеріально-правове значення інтересу в об'єктивному праві, слід враховувати роль соціально-економічних факторів (фактичних) інтересів для правотворчості. Практично уся свідомо діяльність суб'єктів суспільних відносин спрямована на реалізацію тих чи інших інтересів, проте, об'єктивно обумовлена неможливість задоволення інтересів усіх суб'єктів суспільства. Тому суспільне життя характеризується наявністю в ньому конфлікту інтересів⁷. Таким чином, основне завдання права й полягає у розмежуванні різноманітних, протилежних людських інтересів⁸. В основу регулювання колізій інтересів закладена ідея правового регулювання суспільних відносин. Її сутність полягає у встановленні визнаних та дотримуваних усіма суб'єктами сус-

³ Михайлов С. В. Там же — С. 36;

⁴ Гак Г. М. Общественные и личные интересы и их сочетание при социализме // Вопросы философии — 1965. — № 4. — С. 19; Гак Г. М. Учение об общественном сознании в свете теории познания. — М.: Изд. Госполитиздат, 1960. — С. 64; Чечет Д. М. Субъективное право и формы его защиты. — Л.: Издательство ЛГУ, 1968. — С. 29; Философский словарь / Под ред. М. М. Розенталя, П. Ф. Юдина (Изд. 2-е, испр. и доп.). — М.: Изд-во Политической литературы, 1968. — С. 133 та інші;

⁵ Здравомыслов А. Г. Проблемы интереса в социологической теории. — Л.: Издательство Ленинградского Университета, 1964. — С. 31; Кон И. С. Социология личности. — М.: Политиздат, 1967. — С. 27; Кузнецов А. В. Уголовно-правовая охрана интересов личности. — М.: Юридическая литература, 1969. — С. 20 та інші;

⁶ Зав'ялов Ю. С. Проблемы интереса в марксистской теории социалистического права: дисс... канд. юрид. наук. — М., 1968. — С. 153;

⁷ Михайлов С. В. Цитована праця — С. 29;

⁸ Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права/ Н. М. Коркунов. — Изд. 8-е. — СПб.: «Тип. Н. Н. Клобуков», 1908. — С. 7;



пільства, в тому числі й державою об'єктивних правових норм, за допомогою яких і вирішуються конфлікти між суб'єктами права⁹, а, на думку Г. Ф. Шершеневича, право, взагалі, існує тому, що існує боротьба інтересів¹⁰. Виходячи зі своїх інтересів особи вступають у відносини один із одним, тому саме з формування та усвідомлення суб'єктами власних інтересів виникає необхідність у правовому врегулюванні таких відносин¹¹.

Отже, можна повністю погодитись із думкою С. В. Михайлова, що існування права в об'єктивному розумінні є необхідною умовою сучасного суспільного життя. Об'єктивне право має забезпечувати реалізацію інтересів суб'єктів суспільних відносин за допомогою правових норм. Завдяки правовій регламентації суспільних відносин їх учасникам надається механізм вирішення колізій та конфліктів, а відповідно, й задоволення їхніх інтересів¹². Водночас, не можна не погодитись й з В. А. Тарховим, який стверджував, що право в об'єктивному розумінні також є суб'єктивним, оскільки воно створюється людьми, незважаючи на те, що їх воля об'єктивно обумовлена¹³. Тобто правова регламентація суспільних відносин полягає у тому, що законо-

давець, визначаючи пріоритет реалізації того чи іншого інтересу, тим самим закріплює, охороняє та стимулює вольову поведінку суб'єктів у конкретних суспільних відносинах. Та навпаки, правові заборони означають обмеження реалізації відповідних інтересів¹⁴.

Саме через ці підстави не можна погодитись із твердженням С. В. Михайлова, що поняття «законний інтерес» та «охоронюваний законом інтерес» є різними категоріями та різними об'єктами правового захисту¹⁵. І в першому і в другому випадках «інтерес» пов'язаний із «законом», тобто йдеться про ті інтереси суб'єктів суспільних відносин, які отримали своє правове врегулювання у нормі закону. Таким чином, можна підтримати точку зору науковців, які вважають, що «законний інтерес» та «охоронюваний законом інтерес» є ідентичними поняттями¹⁶.

В правовій доктрині деякі дослідники об'єднали думки щодо об'єктивного та суб'єктивного розуміння інтересу і розглядають інтерес як певний тривалий процес. Інтерес, будучи об'єктивно існуючою потребою, визначається місцем особи у суспільстві та не залежить від свідомості його носія. Той момент, коли

⁹ Сабикинов С. Право и социальные интересы в период социализма. / Отв. ред. : Баймаханов М. Т. — Алма-Ата : Наука КазССР, 1986. — С. 106;

¹⁰ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права : Лекции профессора Московского университета Г. Ф. Шершеневича, читанные в Московском Коммерческом институте в 1909/10 г. — М., 1911. — С. 83;

¹¹ Степанян В. В. Выражение интереса общества в социалистическом праве. (Механизм: структура, функционирование) / В. В. Степанян. — Ереван : Изд-во АН АрмССР, 1983. — С. 47;

¹² Михайлов С. В. Зазначена праця. — С. 31;

¹³ Тархов В. А. Гражданское право. Общая часть : курс лекций / В. А. Тархов. — Чебоксары: Чув. кн. изд-во, 1997. — С. 31;

¹⁴ Михайлов С. В. Зазначена праця. — С. 32;

¹⁵ Там само. — С. 38;

¹⁶ Гукасян Р. Е. Правовое и охраняемое законом интересы // Советское государство и право. — № 7. — 1973. — С. 105; Сиренко В. Ф. Обеспечение приоритета общегосударственных интересов (организационно-правовые вопросы). — К. : Наук, думка, 1987. — С. 48;



інтерес усвідомлюється особою і перетворюється у стимул до дії, визначається заінтересованістю¹⁷. Безпосереднє усвідомлення особою інтересу — це момент його реалізації, перетворення об'єктивного у суб'єктивне. Заінтересованість, так само як й інтерес, є об'єктивним станом, що є похідним від соціального місця особи в суспільстві. Своєю чергою, усвідомлена заінтересованість у правовій доктрині визначається як «суб'єктивна заінтересованість»¹⁸.

У філософській доктрині проводиться класифікація інтересу за різними ознаками. Залежно від того, хто є носієм інтересу, його класифікують на: індивідуальний (особистий), носієм якого є окремий індивід, особистість; груповий, носієм якого є будь-які групи або суспільні прошарки; суспільний, інтерес розвитку всього суспільства¹⁹.

Також інтереси класифікують за часом їх дії на: основні та приватні; тривалі та тимчасові; віддаленні та наближені²⁰.

За сферою дії інтереси можуть бути класифіковані на матеріальні (економічні), політичні та духовні. Матеріальні — це інтереси виробництва, обміну, розподілу. Політичні — інтереси державної влади. Духовні — пов'язані духовними цінностями, продуктами духовної творчості. Це інтереси науки, мистецтва, моралі²¹.

У правовій доктрині окремо виділяють правовий інтерес, який не може бути охоплений політичним інтересом. Правові інтереси задовольняються правовими засобами, при цьому численні матеріальні, духовні та інші інтереси опосередковані правовим інтересом. Одним із способів задоволення суспільних та особистих інтересів є їх правова охорона²². Також у правовій доктрині проводиться класифікація законного інтересу залежно від його змісту на процесуальний та матеріально-правовий²³.

Інститут «законного інтересу» був достатньо ґрунтовно досліджений у національній²⁴ та зарубіж-

¹⁷ Лавриненко В. Н. Интерес как категория исторического материализма / В. Н. Лавриненко // Вестник Московского университета — (Серия VIII. Экономика, философия) — № 1. — 1964 — С. 65;

¹⁸ Мальцев Г. В. Соотношение субъективных прав, обязанностей и интересов советских граждан / Г. В. Мальцев // Советское государство и право. — № 10. — 1965. — С. 20;

¹⁹ Здравомыслов А. Г. Проблемы интереса в социологической теории / А. Г. Здравомыслов. — Л.: Издательство Ленинградского Университета, 1964. — С. 31;

²⁰ Глезерман Г. Интерес как социологическая категория / Г. Глезерман // Вопросы философии. — № 10. — 1966. — С. 20;

²¹ Здравомыслов А. Г. Зазначена праця — С. 32-35;

²² Гукасян Р. Е. Избранные труды по гражданскому процессу / Р. Е. Гукасян. — М.: Проспект, 2009. — С. 19, 22;

²³ Витрук Н. В. Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе / Н. В. Витрук. — М.: «Наука», 1979. — С. 33;

²⁴ Особисті немайнові права інтелектуальної власності творців: монографія / За заг. ред. В. В. Луця. — Тернопіль, Підручники і посібники, 2007. — С. 193-194; Ромовська Зорислава. Українське цивільне право. Загальна частина. Академічний курс. Підручник. — К.: Атіка, 2005. — С. 21; Орлов М. Правове забезпечення реалізації екологічних інтересів — основа належної охорони довкілля і розвитку економіки України // Право України. — № 1. — 2001. — С. 69-72; Чепис О. І. Законний інтерес як категорія цивільного права / О. І. Чепис // Форум права. — 2009. — № 1. — С. 551-559; Ткач Г. Адміністративно-правовий захист: окремі питання прав, свобод та законних інтересів громадян // Вісник Львівського університету. Серія юридична. — 2001. — Випуск 36. — С. 240-244 та інші;



ній²⁵ правовій доктрині, проте, усі дослідники висловлюють однакову думку про те, що не всі сторони цього предмета дослідження повністю розкриті.

Правовідносини, будучи важливою формою реалізації норм права, являють собою певний зв'язок між особами, в силу якого одна особа наділена суб'єктивними правами, а інша — обов'язками. Суб'єктивні права дають можливість їх носію здійснювати в межах закону певні дії, користуватися певними соціальними благами, вимагати відповідної поведінки від інших осіб та звертатися у разі необхідності за захистом до державних органів²⁶.

Суб'єктивне право гарантує створення певних необхідних соціальних (правових) умов для задоволення інтересу уповноваженої особи. Тобто суб'єктивне право охороняє інтерес, а інтерес, який охороняється суб'єктивним правом, є охороню-

ваним законом інтересом²⁷. Будь-яке суб'єктивне право охороняє не лише особисті, а й суспільні інтереси, оскільки у будь-якому суб'єктивному праві та на будь-якій стадії його реалізації знаходять відображення поєднання суспільних та особистих інтересів²⁸.

У правовій доктрині існує кілька різних підходів щодо зв'язку суб'єктивного права та інтересу (законного, охоронюваного законом). Так, згідно із однією позицією, суб'єктивне право не можна пов'язувати із будь-яким конкретним інтересом, оскільки воно, відповідно до своєї природи, здатне задовольнити різноманітні інтереси уповноваженої особи²⁹. Тобто інтерес — це потреби людини у будь-чому, саме потреби і складає його зміст. Форма, в якій ця потреба реалізується у дії, поведінці людини, може бути різною, але вона завжди виражатиме певну цілеспрямованість її дій³⁰.

²⁵ Теория государства и права / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Юрист, 2001. — С. 204; Малько А. В., Субочев В. В. Законные интересы как правовая категория. — М.: ЮЦ Пресс, 2004. — 359 с.; Алексеев С. С. Общая теория права. курс : в 2-х т. — Т. 2. — М.: «Юридическая литература», 1982. — С. 115-116; Грибанов В. П. Интерес в гражданском праве // Советское государство и право. № 1, 1967. — С. 49-56; Малеин Н. С. Охраняемый законом интерес // Советское государство и право. — 1980. — № 1. — С. 27-34; Фаткуллин Ф. Н. Проблемы государства и права : курс лекций. — Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1987. — С. 294; Алексеев С. С., Матузов Н. И., Фарбер И. Е., Явич Л. С. Общая теория права. — Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1976. — С. 186; Гукасян Р. Е. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве. — Саратов : Приволжское книжное изд., 1970. — С. 38; P. J. Kelly. Privacy and the Public Interest : A Communitarian View / Law and the public interest : Proceedings of the 1992 ALSP conference / Ed. by Roger Brownsword. Stuttgart : Steiner, 1993. — P. 53-66; Bernd Ruthers. Rechtstheorie : Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts. — 2. Auflage. — Munchen : Verlag C. H. Beck, 2005. — S. 48-52, 355-370; Kurt Seelmann. Rechta philosophy. — 3. Auflage. — Munchen : Verlag C. H. Beck, 2004. — S. 66 и др.;

²⁶ Матузов Н. И. Субъективные права граждан СССР / Под общ. ред. Фарбер И. Е. — Саратов : Приволж. кн. изд-во, 1966. — С. 46;

²⁷ Алексеев С. С. Социальная ценность социалистического права как регулятора общественных отношений // Советское государство и право. — № 3. — 1968. — С. 17;

²⁸ Грибанов В. П. Интерес в гражданском праве // Советское государство и право. — № 1. — 1967. — С. 54;

²⁹ Там само. — С. 55;

³⁰ Грибанов В. П. Интерес в гражданском праве // Осуществление и защита интереса. — Изд. 2-е, стереотип. — М.: «Статут», 2001. — С. 239;



Слід зазначити, що аналогічної точки зору дотримується й С. В. Михайлов, вказуючи на те, що інтерес як потреба суб'єкта має суспільний характер і проявляється у діях з усвідомлення та реалізації мети у суспільних відносинах³¹. На противагу вищевикладеній точці зору А. Т. Ханіпов, певною мірою підтверджує, що потреба як спонукання до діяльності виступає одним із джерел інтересу та є його складовою частиною, проте такі поняття, як «потреба» ті «інтерес» не можна ототожнювати. Наявність у будь-якого соціального суб'єкта діяльної позиції, що полягає у його вибіркового відношенні до об'єктивних можливостей, тенденцій суспільного розвитку і саме це є інтересом³². Тобто А. Т. Ханіпов інтерес розуміє як певні суспільні відносини. Інші дослідники, безпосередньо М. В. Першин, при визначенні інтересу виходять із розуміння інтересу як «залежності» суб'єкта від предметів та відносин, з якими він пов'язує очікувану користь або шкоду³³. Тобто М. В. Першин розвинув позицію Р. Ієренга, який розумів суб'єктивний інтерес як відчуття залежності у житті³⁴. При цьому М. В. Першин, визначаючи інтерес, акцентує увагу саме на суб'єктивному розумінні цієї категорії, зазна-

чаючи, що інтерес є характеристикою відношення суб'єкта до умов його існування в конкретних життєвих обставинах, в яких і завдяки яким суб'єкт отримує те, що може задовольнити відповідну його інтересам потребу³⁵.

Не вдаючись до детального аналізу наведених концепцій лише зазначимо, що всі дослідники, визначаючи інтерес, вказують на наявність спрямованості суб'єкта на досягнення або збереження тих чи інших благ, а основна різниця їх точок зору полягає у більшому або меншому акцентуванні уваги на суб'єктивному або об'єктивному характері цієї спрямованості. Тому з цього загального розуміння інтересу і виходимо у подальшому дослідженні цього питання.

У процесі спілкування у соціальних групах і з окремими особистостями виникають специфічні потреби. Відповідно, у цих соціальних групах та окремих особистостей виникають певні інтереси, спрямовані на задоволення певних потреб³⁶.

Соціально значимі інтереси отримують правове врегулювання з боку держави і стають юридичними (законними) інтересами. Не зважаючи на те чи, згадується «інтерес» у тексті нормативно-правового акта, інтерес отримує втілення у всіх нор-

³¹ Михайлов С. В. Интерес как общенаучная категория и ее отражение в науке гражданского права / С. В. Михайлов // Государство и право. — М.: Наука, — 1999. — № 7. — С. 88;

³² Ханипов А. Т. Интерес как форма общественных отношений / А. Т. Ханипов. — Новосибирск : Наука, 1987. — С. 80-81;

³³ Першин М. В. Частноправовой интерес (понятие, правообразование, реализация) : дис.... канд. юрид. наук., 12.00.01. / М. В. Першин — Н. Новгород, 2004. — РГБ ОД, 61:04-12/1560. — С. 23;

³⁴ Иеринг Р. Интерес в праве / пер.: Борзенко А. — Ярославль: Тип. губ. зем. управы, 1880. — С. 83;

³⁵ Першин М. В. Зазначена праця. — С. 131;

³⁶ Козлов М. А. Субъективное право и охраняемый законом интерес как предмет судебной защиты / М. А. Козлов // Журнал российского права. — № 3. — М.: Норма, 2008. — С. 71;



мах права³⁷. Законодавець, приймаючи ту чи іншу норму права, завжди має на меті охорону певних інтересів³⁸.

В юридичній літературі висловлювались різні підходи до розуміння юридичного (законного) інтересу. Одні дослідники трактують інтерес у вузькому розумінні, пов'язуючи його або з суб'єктивними правами, або з правовими явищами, що не охоплюються суб'єктивними правами.

Так, наприклад, Н. В. Вітрук вказує, що законний інтерес, так само як і позитивне право, є можливістю особистості користуватися соціальними благами, що полягають у правоздатностях носія законного інтересу певним чином діяти, вимагати певної поведінки від зобов'язаних осіб, органів та установ, звертатися за захистом до компетентних державних або громадських установ³⁹. Таким чином, законний інтерес у розумінні Н. В. Вітрук повністю співпадає із суб'єктивним правом.

У той же час, нерозривний зв'язок суб'єктивного права та інтересу не свідчить про те, що інтерес (особистий чи суспільний) входить до змісту суб'єктивного права⁴⁰. Такий висновок дослідники роблять не тому, що законодавець не вимагає для реалізації та захисту суб'єктивного права доводити не лише на-

явність права, а й тому що необхідно доводити й наявність інтересу⁴¹. Наявність інтересу може презюмуватися лише у випадках оспорювання, що підлягає доказуванню. Інтерес не входить до змісту права тому, що не є правовою категорією. Інтерес — це соціальне явище, охороні якого слугує суб'єктивне право, яке являє собою специфічну форму реалізації інтересу⁴².

У сучасній правовій доктрині висловлюється дещо інша думка. Так, за наявності охорони тих чи інших суб'єктивних прав наявність інтересу у суб'єктів права призюмується, а відтак, доказувати наявність інтересу непотрібно. Лише у виключних випадках, таких як втрата інтересу суб'єктом права, коли така втрата є очевидною, тягне за собою негативні наслідки для інших учасників відносин (наприклад, відмова власника від речі), саме за таких умов втрата інтересу тягне за собою припинення суб'єктивного права. Проте втрата інтересу тягне за собою припинення суб'єктивних прав не автоматично, а лише за наявності закріплення суб'єктивних прав за іншими учасниками правовідносин. Тобто суб'єктивне право розглядається як юридична надбудова інтересу. У тих випадках, коли така надбудова відсутня, мова йтиме про охорону-

³⁷ Малєин Н. С. Охраняемый законом интерес / Н. С. Малєин // Советское государство и право. — М. : Наука, 1980. — № 1. — С. 29;

³⁸ Кабалкин А. Ю. Гражданско-правовая охрана интересов личности / А. Ю. Кабалкин. — М. : Наука, 1969. — С. 23;

³⁹ Витрук Н. В. Система прав личности / Н. В. Витрук. // Права личности в социалистическом обществе. — М. : Наука, 1981. — С. 109;

⁴⁰ Венедиктов А. В. Государственная социалистическая собственность / А. В. Венедиктов / Отв. ред. В. К. Райхекр. — М. : Изд-во АН СССР, 1948. — С. 38;

⁴¹ Таранов В. А. Некоторые вопросы охраны имущественных прав трудящихся по советскому гражданскому законодательству // Ученые труды Саратовского юридического института им. Д. И. Курского : вып. II. / отв. ред. Манохин В. М. — Саратов : Коммунист, 1965. — С. 87;

⁴² Гукасян Р. Е. Зазначена праця. — С. 23-24;



ваний законом інтерес, при здійсненні захисту якого необхідно доказувати його наявність. Тому, при зверненні до суду, в одних випадках необхідно доказувати наявність права, а в інших — наявність інтересу⁴³. М. А. Рожкова стверджує, що термін «законний інтерес» використовується законодавцем для позначення в цивільному процесуальному законодавстві або господарському процесуальному законодавстві об'єктів судового захисту у тих випадках, коли особі, яка звертається за судовим захистом, не належать суб'єктивні права (право вимоги). Разом із тим існуючі інтереси, які не пов'язані із суб'єктивним правом, та які особа хоче захистити у судовому порядку, визнаються та підтримуються законом (об'єктивним правом), і саме тому вони позначаються терміном «законний інтерес»⁴⁴.

При цьому, як вірно зазначає А. В. Малько, суб'єктивне право та законний інтерес є різними формами правового опосередкування інтересів. Суб'єктивне право — більш високий рівень і більш досконала форма такого опосередкування. Воно займає вищий щабель, аніж законний інтерес, оскільки ця форма має юридично більшу змістовну насиченість⁴⁵. На думку Н. С. Малеїна, охоронюваний законом інтерес характеризується як

юридично передбачене прагнення суб'єкта у досягненні тих благ, отримання яких дозволене державою та забезпечене правовими можливостями певного виду⁴⁶.

У правовій доктрині також висловлювалась думка про те, що інтерес не входить до змісту суб'єктивного права. Так, наприклад, С. Н. Братусь⁴⁷ та Д. М. Чечот⁴⁸ виключають зі змісту суб'єктивного права інтерес, розглядаючи його як передумову та мету права. Зазначену думку розвиває А. В. Власова, яка вказує на те, що інтерес існує за межами суб'єктивного права та, як правило, є передумовою цього права і метою, для досягнення якої уповноважена особа вчиняє ті чи інші дії. Інтерес, який задовольняється суб'єктивним правом, не може бути складовим елементом цього права⁴⁹.

Можна також погодитись із висловленою точкою зору про те, що суб'єктивне право і законний інтерес є різними підспособами правового регулювання. Перший є посиленням у юридичному значенні, другий, без сумнівів, є менш забезпеченим, проте, інколи, не менш важливим, оскільки виступає ширшим та глибшим підспособом правового регулювання, що враховує специфіку індивідуальних життєвих ситуацій та відносин, які розвиваються та модифікуються, радикально змінюються,

⁴³ Козлов М. А. Зазначена праця. — С. 76.;

⁴⁴ Рожкова М. А. Судебный акт и динамика обязательства / М. А. Рожкова. — М.: Статут, 2003. — С. 22;

⁴⁵ Малько А. В. Субъективное право и законный интерес / А. В. Малько, // Правоведение. — 2000. — № 3. — С. 44;

⁴⁶ Малеин Н. С. Зазначена праця. — С. 29-30;

⁴⁷ Братусь С. Н. Субъекты гражданского права / С. Н. Братусь. — М.: Госюриздат, 1950. — С. 20;

⁴⁸ Чечот Д. М. Субъективное право и формы его защиты / Д. М. Чечот. — Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1968. — С. 35;

⁴⁹ Власова А. В. Структура субъективного гражданского права : дис. ... канд. юрид. наук. : 12.00.03. / А. В. Власова. — Ярославль, 1998. — С. 21;



при цьому законодавець не встигає закріпити в об'єктивних нормах права суб'єктивні правоздатності, на відміну від суб'єктивного права, яке має певні межі⁵⁰.

Наведена точка зору отримала свій розвиток у дослідженні Д. Н. Горшунова, який зазначає, що законні інтереси, не маючи у своєму змісті правоздатності вимоги відповідної поведінки від зобов'язаних осіб, а лише розраховуючи на власну поведінку і можливість юрисдикційного їх захисту, має не спрямований на інших суб'єктів характер. Окрім цього, у зв'язку із тим, що законні інтереси не мають правових меж, визначених в об'єктивному праві, а впливають із розуміння і змісту непротиправності фактичного інтересу, що знаходиться у правовому полі, а відтак інтерес може мати соціальний характер і персональну значимість, які є наближеними до інтересу, закладеному у суб'єктивне право, а також зважаючи на те, що може виникнути потреба у правових засобах їх захисту. У зв'язку із цим та з урахуванням природи законного інтересу, на стадії правотворчості (правового оформлення юридично значимих інтересів) є неможливою їх однозначна регламентація, та має межі правового виразу, яка є характерною для змісту суб'єктивного права: усі необхідні правоздатності суб'єкта, визначення відносної або абсолют-

ної кореспонденції, вказівка на об'єкт⁵¹.

У той же час, у правовій доктрині висловлювалась спірна думка про необхідність поділу інтересів на правові та охоронювані законом. Так, наприклад Р. Е. Гукасян стверджував, що правові та охоронювані законом інтереси це різні соціальні явища і правові категорії, оскільки правова охорона тих чи інших інтересів не перетворює їх у правові за змістом, вони лише стають охоронюваними законом. Ототожнення правових інтересів і охоронюваних законом інтересів призводить до заперечення самостійності правових інтересів як соціального явища, що існують одночасно із іншими інтересами і мають свої засоби реалізації⁵².

Проте обґрунтованішою видається точка зору, висловлена Ф. О. Богатирьовим, а саме: оскільки той чи інший інтерес знаходить підтримку у нормах права, охороняється законом у широкому розумінні (на основі правоздатності (компетенції) засобами суб'єктивного права або стає інтересом, що охороняється законом), то такий інтерес стає правовим. Поняття «правового інтересу» є ширшим, аніж поняття «охоронюваний законом інтерес» (якщо останній трактується у вузькому розумінні, тобто як засіб захисту благ, що знаходиться за межами суб'єктивного права). Юридично значимий інтерес охоплюється або суб'єктив-

⁵⁰ Малько А. В. Основы теории законных интересов / А. В. Малько // Журнал российского права. — 1999. — № 5/6. — С. 71;

⁵¹ Горшунов Д. Н. Некоторые частноправовые аспекты соотношения категорий «субъективное право» и «законный интерес» / Д. Н. Горшунов // Актуальные проблемы гражданского права и процесса : сборник материалов Международной научно-практической конференции. — Вып. 1 / Отв. ред. Д. Х. Валеев, М. Ю. Чельшев. — М. : «Статут», 2009. — С. 19-20;

⁵² Гукасян Р. Е. Правовые и охраняемые законом интересы / Р. Е. Гукасян // Советское государство и право. — 1973. — № 5. — С. 115;



ним правом, або виступає у якості охоронюваного законом інтересу⁵³.

Беручи до уваги пануючі доктринальні положення щодо співвідношення суб'єктивного права та законного інтересу, Конституційний Суд України у своєму рішенні від 1 грудня 2004 року по справі № 1-10/2004, дав офіційне тлумачення поняттю «охоронюваний законом інтерес» вказавши, що охоронюваний законом інтерес регулює ту сферу відносин, заглиблення в яку для суб'єктивного права законодавець вважає неможливим або недоцільним. Також Конституційний Суд України дав своє офіційне тлумачення терміну «охоронюваний законом інтерес» як прагнення до користування конкретними матеріальними та/або нематеріальними благом, як зумовлений загальним змістом об'єктивного і прямо неопосередкований у суб'єктивному праві легітимний дозвіл, що є самостійним об'єктом судового захисту та інших засобів правової охорони з метою задоволення індивідуальних і колективних потреб, які не суперечать Конституції та законам України, суспільним інтересам і справедливості, добросовісності, розумності та іншим загальноправовим засадам (Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої ст. 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інтерес) Справа № 1-10/2004 від 1 грудня

2004 року № 18-рп//Комп'ютерно-правова база «Нормативні акти України»).

Тому, зважаючи на офіційне тлумачення Конституційним Судом України терміна «інтерес», було б доцільним внести відповідні зміни до ст.ст. 1, 3, 4 ЦПК України і вказати на можливість судового захисту не просто «інтересу» як соціологічної (філософської) категорії, а саме «охоронюваного законом інтересу», як це мало місце у ст. 4 ЦПК України 1963 р.

Окрім цього, законодавець у ч. 2 ст. 15 ЦПК України зазначив, що інтерес, який захищається, не повинен суперечити загальним засобам цивільного законодавства. Так, законодавець закріпив одну із ознак законного інтересу — його непротиправність. Як слушно зазначає О. І. Чепис, непротиправність інтересу полягає в тому, що у разі реалізації інтересу не повинні порушуватись норми права, які виражають інтереси суспільства, колективів й окремих громадян. Сфера непротиправних інтересів не є однорідною. Частина таких інтересів закріплена нормами права, досить велика їх частина — не закріплена. Виникає необхідність застосування терміна «законний інтерес» у вузькому розумінні, який позначає частину законних інтересів, не закріплених у нормах права, але таких, що відповідають принципам і духу права, й тому підлягають охороні державою⁵⁴.

Законодавча та судова практика Європейського Союзу при захисті ін-

⁵³ Богатырев Ф. О. Обязательства с нематериальным интересом : дис. ... канд. юрид наук : 12.00.03. / Ф. О. Богатырев. — М., 2003. — С. 27;

⁵⁴ Чепис О. І. Законний інтерес як категорія цивільного права / О. І. Чепис // Форум права. — 2009. — № 1. — С. 556;



тересу також базується на загально-правових принципах. Так, Директива Європейського Союзу «Про захист прав інтелектуальної власності» від 29 квітня 2004 року закріплює право вимагати застосування способів захисту будь-якою особою, яка має прямий інтерес чи юридичне відношення⁵⁵.

Враховуючи все вищевикладене, видається помилковим та утопічним твердження деяких національних дослідників щодо сутності «законного інтересу». Так, висловлювалась думка, що «необхідність захисту інтересів особи пояснюється їх різноманітністю, яку неможливо охопити законодавчо, і прогалинами права та законодавства, що поступово заповнюються шляхом закріплення найбільш значимих інтересів у суб'єктивні права»⁵⁶.

Не можна обґрунтовувати необхідність правового захисту будь-якого об'єкта з підстави його «різноманітності». Тому виникає запитання, а якщо інтереси не характеризувалися б, різноманітність їх не треба охороняти?

Інше питання щодо наведеного твердження пов'язане з тим, як можна інтерес, чи взагалі будь-що, охороняти тим, чого немає — «прогалинами права та законодавства»? Прогалинами в праві слід вважати

відсутність у діючій системі права і законодавства нормативних приписів відносно обставин, які знаходяться в сфері правового регулювання і вимагають юридичного впливу⁵⁷. Можна припустити, що дослідники мали на увазі аналогію права. В процесі розвитку суспільних відносин виникають такі відносини, що не врегульовані нормами права, виникають соціально значимі інтереси, охорона яких нормами права не передбачена і для забезпечення яких заінтересована особа не забезпечена відповідним суб'єктивним правом⁵⁸. У таких випадках здійснюється охорона та захист на основі загальних засад цивільного законодавства. Застосовуючи право за аналогією, відбувається охорона та захист інтересу, який не опосередкований суб'єктивним правом⁵⁹.

Також викликають заперечення й твердження про те, що «відсутність у чинному законодавстві самостійного права творця на оприлюднення та на відкликання твору призводить у ряді випадків до незахищеності інтересів автора»⁶⁰.

Щодо виключних майнових прав автора твору (чи іншої особи, яка має авторське право), то законодавець дозволяє йому використовувати твір у будь-якій формі і будь-яким способом. При цьому виключне

⁵⁵ Феліцина С. Директива Європейського Союзу про захист прав інтелектуальної власності / Феліцина С., Антіпіна І. // Інтелектуальна власність. — № 5. — 2006. — С. 46-53;

⁵⁶ Особисті немайнові права інтелектуальної власності творців : монографія / за заг. ред. В. В. Луця. — Тернопіль : Підручники і посібники, 2007. — С. 193-194;

⁵⁷ Алексеев С. С. Проблемы теории права : курс лекций : в 2 т / С. С. Алексеев; М-во высш. и сред. спец. образования РСФСР, Свердловский юридический ин-т. — Свердловск: Свердловский юридический ин-т, 1973. — Т. 2: Нормативные юридические акты; Применение права; Юридическая наука (правоведение). — Б.м. : Б.и., 1973. — С. 261;

⁵⁸ Комиссаров К. И. Судебное усмотрение в советском гражданском процессе / К. И. Комиссаров. // Советское государство и право. — 1969. — № 4. — С. 55;

⁵⁹ Гукасян Р. Е. Избранные труды по гражданскому процессу / Р. Е. Гукасян. — М.: Проспект, 2009. — С. 26;

⁶⁰ Луць В. В. Зазначена праця. — С. 194;

право автора (чи іншої особи, яка має авторське право) на дозвіл чи заборону використання твору іншими особами дає йому право дозволяти або забороняти відтворення творів (частини 2, 3 ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Безпосередньо у ч. 1 ст. 441 ЦК України як спосіб використання законодавець вказує його опублікування (випуск у світ). Тому перша частина пропозиції щодо закріплення «у чинному законодавстві самостійного права творця на оприлюднення твору» повністю втрачає свій сенс.

Щодо другої пропозиції про закріплення «у чинному законодавстві самостійного права творця на відкликання твору»⁶¹, то вона також не є необхідною. Питання відкликання твору знаходиться у площині договірних відносин. Законодавець не забороняє автору твору, наприклад, у видавничому договорі закріпити за собою право на відзив твору із видавництва для доопрацювання твору у зв'язку із змінами певних поглядів, викладених у творі.

У деяких сферах суспільного життя, які врегульовані цивільним правом, існує й безпосередня охорона та захист інтересу, а інколи закон містить й пряму вказівку на це⁶². Так, наприклад у п. 4 ч. 1 ст. 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права» закріплено, що автор має право вимагати збереження цілісності твору і протидіяти будь-якому перекрученню, спотворенню чи іншій зміні твору або будь-якому іншому посяганню

на твір, що може зашкодити честі і репутації автора. В даному випадку законодавець має на увазі захист інтересів, а не суб'єктивних прав. Суб'єктивне право передбачає кореспондуючий йому обов'язок інших осіб. Оскільки захист твору знаходиться у прямій залежності від честі і репутації автора, а відтак доки честь та репутація автора не буде порушені, він не має права здійснити будь-які дії або вимагати здійснення їх від інших осіб⁶³.

Можна погодитись із точкою зору, що саме охорона інтересу, а не захист суб'єктивного матеріального права здійснюється судом, коли подається позов про захист честі та репутації, особи, яка померла⁶⁴. Саме у цьому випадку йдеться про захист інтересів особи, яка подала позов, оскільки зі смертю особи припиняється його правоздатність, а відтак не може відбутися захист суб'єктивного права померлої особи, оскільки інтереси є соціальними потребами, а у померлого будь-які потреби відсутні. Незважаючи на те, що у ч. 2 ст. 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права» закріплена пряма заборона автору твору здійснювати будь-які дії щодо передачі (відчуження) немайнових авторських прав, до складу яких належить й право на недоторканість твору та захист честі та репутації автора, у ч. 2 ст. 29 Закону України «Про авторське право і суміжні права» з цього правила зроблено виключення. Так, відповідно до зазначеної норми Закону, спадкоємці мають право захищати

⁶⁰ Луць В. В. Зазначена праця. — С. 194;

⁶¹ Там само. — С. 194;

⁶² Гукасян Р. Е. Цитована праця. — С. 24;

⁶³ Чечот Д. М. Цитована праця. — С. 41-42;

⁶⁴ Мальцев Г. В. Зазначена праця. — С. 26;



авторство на твір і протидіяти перекрученню, спотворенню чи іншій зміні твору, а також будь-якому іншому посяганню на твір, що може завдати шкоди честі та репутації автора, а відтак ця категорія немайнових авторських прав може спадкуватися.

У випадках, коли спадкоємці захищають цілісність твору, вони не вимагають захисту свого права на недоторканість твору та захисту честі та репутації автора. Спадкоємці мають право на звернення до суду і це є однією з форм охорони законом, інтересів неопосередкованих суб'єктивними матеріальними правами. Предметом судового захисту виступає особистий інтерес заявника. Тобто предметом судового захисту виступають інтереси позивача у тих випадках, коли ними поданий позов із метою поновлення справедливості, протидії перекрученню, спотворенню чи іншій зміні твору або будь-якому іншому посяганню на твір, що може зашкодити честі і репутації померлого автора⁶⁵.

Досліджуючи питання інтересу не можна не звернути уваги на те, що дослідники-правознавці здебільшого висвітлюють інтерес лише з точки зору матеріального права та його захисту. Водночас, «інтерес» має місце й у цивільно-процесуальних відносинах. Безумовно, якщо проводити розмежування інтересу за значимістю, то на першому місці буде стояти саме матеріально-правовий, а потім вже процесуальний, але ж він також має місце бути. Так, наприклад, інтерес позивача може

полягати у тому, щоб суд прийняв до розгляду його позовну заяву, визнав допустимими надані ним докази, задовольнив його позовні вимоги і т. п. Інтерес відповідача, наприклад, може полягати у тому, щоб суд відмовив у прийнятті позовної заяви та/або задоволенні позовних вимог. Отже, сторони мають у переданій на розгляд судові справі особистий юридичний інтерес, який буде протилежним за матеріальним і процесуальним характером. Матеріально-правовий інтерес визначається спірними цивільними, трудовими та іншими матеріальними правовідносинами сторін. Процесуально-правовий інтерес — наслідками розв'язання матеріально-правового спору, одержання певного за змістом рішення суду⁶⁶. Таким чином, процесуальний інтерес заінтересованими у справі особами досягається шляхом використання процесуальних засобів і способів захисту та реалізації процесуальних прав і обов'язків.

Виходячи із наведених доктринальних точок зору національних та іноземних дослідників проблем «законного інтересу», а також законодавчої та судової практики, можна зробити такі висновки:

- по-перше, законні інтереси відрізняються від суб'єктивних прав. При реалізації людиною свого права передбачаються активні дії правозобов'язаних суб'єктів щодо забезпечення цього права. На відміну від прав, законні інтереси припускають не активні дії правозобов'язаних суб'єктів, а дії самої

⁶⁵ Гукасян Р. Е. Цитована праця. — С. 26;

⁶⁶ Штефан М. Й. Цивільне процесуальне право України : академічний курс : підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / М. Й. Штефан. — К. : Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. — С. 101.

- особи з користування можливостями, наданими існуючої законодавчої ситуацією;
- по-друге, законні інтереси близькі до свобод. Держава лише гарантує, що реалізація непротиправних (законних) інтересів публічно визнаються правомірними, суспільно корисними і навіть підлягають захисту, якщо будь-які суб'єкти будуть перешкоджати у тій чи іншій формі їх здійсненню;
 - по-третє, законодавець може перетворити законний інтерес суб'єкта в його право, сформулювавши його саме як право на «....». Від того моменту, як законодавець, шляхом видання відповідного нормативно-правового акта дає гарантію, що з реалізації даного інтересу зобов'язані активно діяти конкретні особи (тобто з'являються правозобов'язані суб'єкти), законний інтерес перетворюється на суб'єктивне право.
 - по-четверте, законний інтерес виступає як попередник конкретного права, як об'єкт, що захищається державою, але ще не забезпечується його гарантіями у формі активних дій правозобов'язаних суб'єктів;
 - по-п'яте, законні інтереси виступають засобом продовження дії права за межами суб'єктивних прав, забезпечуючи можливість дії суб'єктів та забезпечуючи реалізацію цих дій з боку держави;
 - по-шосте, категорія «законний інтерес» є певним засобом правової компенсації при регулюванні суспільних відносин, зміст яких не дозволяє встановити конкретні межі правової поведінки шляхом надання їм суб'єктивних прав. ♦

ЦІКАВО ЗНАТИ

ЧЕРГОВИЙ ЮВІЛЕЙ КИШЕНЬКОВОЇ КНИЖКИ

Американське видавництво *Penguin* 30 липня 1935 року випустило свою першу книжку. Ідея випуску дешевих книжок кишенькового формату у м'якій обкладинці (pocket-book) зробила революцію у видавничій справі.

Ціна першої книжки складала всього 6 пенсів за примірник.

На той час, вважалося, що книжки кишенькового формату можуть бути лише несерйозними, низькопробними. Видавництво довело протилежне, почавши випуск класичних творів «зручного» формату. Крім того, продукція видавництва стала взірцем британського модернізму в дизайні.

За матеріалами сайтів:

<http://amyp.pf/news/2010/07/30/10.html>,
http://ru.wikipedia.org/wiki/Penguin_Books

ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ФРАНЧАЙЗИНГОВЫХ ОТНОШЕНИЙ

Айжан Амангельды,

докторант НИИ частного права Казахского гуманитарно-юридического университета

С развитием общественных отношений возникает необходимость в их регламентации посредством правовых норм. Но для частно-правовых отношений кроме государственного регулирования большое значение имеет их договорное оформление. Гражданско-правовой договор представляет собой разновидность сделки, соглашения двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей, которые и составляют его практическую суть. Он является основным средством регулирования деятельности участников имущественных отношений¹.

Договор, как и любая сделка, устанавливает, прекращает или изменяет гражданские права и обязанности. Именно поэтому к договорам применяются правила о двух- и многосторонних сделках, предусмотренные Гражданским кодексом Республики Казахстан (далее — ГК РК). А к обязательствам, которые возникают из договоров, применяются общие положения об обязательствах.

Считается, что система договорных отношений на основе франчайзинга возникла «из набора деловых сделок, методов и практической деятельности, которые были известны и использовались на протяжении многих лет»². По этой причине в большинстве стран франчайзинг получил широкое распространение еще до его законодательного регулирования. А с принятием Особенной части ГК РК франчайзинг стал использоваться в предпринимательской деятельности отечественных хозяйствующих субъектов достаточно активно.

Как отмечает В. Н. Евдокимова: «Гражданский кодекс ввел в торговый оборот и вместе с тем в законодательство, судебную практику и правовую теорию новую разновидность коммерческих сделок, являющихся эквивалентом известного в западном законодательстве понятия «франшиза», «франчайзинг»³.

Договор франчайзинга получил распространение более чем в 80 странах мира, и только в некоторых из них принято отдельное законода-

¹ Екимов С. А. Понятие и общая характеристика договора // Журнал российского права. — 2002. — № 10. — С. 55.

² Мендельсон М. Руководство по франчайзингу / пер. с англ. Исаенковой Л. Т. и Минервина Г. М. — Сибли Интернэшнл Инк., Соваминко, 1995. — С. 9-10.

³ Евдокимова В. Н. Передача технологии: правовое регулирование и правоприменительная практика в РФ. — М.: Информационно-издательский центр Российского агентства по патентам и товарным знакам. 2001. — С. 89.



тельство, регулирующее этот вид договоров⁴.

При отсутствии собственного отдельного законодательства о франчайзинге для регулирования этого договора используются три основных группы законодательных норм. Первую составляют общие нормы и принципы договорного и обязательного права; вторую — законодательство о промышленной и интеллектуальной собственности, т. к. предоставление исключительных прав на эти объекты, порядок и пределы их использования в основном и составляют предмет франчайзинга; третью — антимонопольное законодательство, законы о защите конкуренции, о недискриминационной торговой практике, о защите прав потребителей⁵.

С правовой точки зрения франшиза, по мнению экспертов ВОИС, в достаточной степени регулируется договорным правом, поэтому для ее функционирования и развития не нужны ни особые законы, ни специальные регулирующие структуры, то есть, нет необходимости в разработке каких-либо специальных правовых норм. По определению экспертов ВОИС, франшиза — договор, по которому одно лицо (правообладатель), имеющее разработанную систему ведения определенной деятельности, разрешает другому лицу использовать эту систему в обмен на вознаграждение⁶.

Основной целью франчайзинга является передача (предоставление)

на коммерческой основе определенного объема имущественных прав использования объектов исключительного права (ноу-хау, объектов промышленной собственности) для организации производства и реализации (оказания услуг) и оказания управленческих услуг по договору франчайзинга для получения сторонами дополнительной прибыли⁷.

По мнению А. Обыденова, «франчайзинг представляет собой форму гибридного институционального соглашения, т. е. занимает промежуточное положение между рынком и иерархией. В основе франчайзинга лежит договор коммерческой концессии, который предполагает долгосрочные взаимоотношения между заинтересованными сторонами в условиях неопределенности и специфичности ресурсов»⁸.

Отношения франчайзинга представляют собой возмездную передачу одной коммерческой организацией — предпринимателем (со сложившейся, хорошо известной потребителем деловой репутацией) своих средств индивидуализации производственных товаров, выполняемых работ или оказываемых услуг другому предпринимателю. При этом наряду с передачей ему прав пользования товарным знаком, знаком обслуживания, фирменным наименованием и тому подобными объектами, правообладатель обеспечивает пользователя также необходимой информацией и техноло-

⁴ Сосна С. А. Новое в гражданском праве : франчайзинг // Государство и право. — 1997. — № 7. — С. 25.

⁵ Евдокимова В. Н. Цитируемый труд. — С. 91-92.

⁶ Руководство по франшизе. — Женева : ВОИС, 1995. — С. 13-14.

⁷ Алтынникова И. В. Операции по договору коммерческой концессии (франчайзинга) // Библиотечка «Российской газеты». — 1999. — № 20. — С. 106.

⁸ Обыденов А. Франчайзинг как особая форма институциональных соглашений // Вопросы экономики. — 2001. — № 6. — С. 114.



гией производства, консультационной и иной помощью, с тем, чтобы товары и услуги пользователя на рынке выступали в таком же виде, как аналогичные товары и услуги правообладателя.

В результате пользователь по договору франчайзинга выступает в имущественном обороте (юридически) вполне самостоятельно, но в фактических отношениях со своими контрагентами-потребителями, как бы в роли правообладателя, оформляя результаты своей деятельности его атрибутикой. Первоначальный правообладатель, по существу, расширяет границы своего влияния не только без каких бы то ни было дополнительных затрат, но даже получает от этого прибыль (в виде платы от пользователя). Ведь последний старается показать своим клиентам — услугополучателям, что они приобретают товар или получают услугу, совершенно аналогичную результатам деятельности первоначального правообладателя, а по возможности даже подчеркнуть, что эту услугу им фактически оказывает сам правообладатель⁹.

В соответствии с ГК РК по договору комплексной предпринимательской лицензии одна сторона (лицензиар) обязуется предоставить другой стороне (лицензиату) за вознаграждение на срок или без указания срока право использовать в предпринимательской деятельности пользователя комплекс исключительных прав, принадлежащих правообладателю, в том числе право на фирменное наименование лицензиара, на охраняемую коммерческую информацию, а также на другие предусмотренные договором объекты ис-

ключительных прав — товарный знак, знак обслуживания и т. д.

Исходя из данного определения, под франчайзингом следует понимать совокупность общественных отношений, возникающих между субъектами — предпринимателями, в рамках которых один субъект (правообладатель) на определенных условиях предоставляет другому субъекту (пользователю) право использовать в предпринимательской деятельности комплекс исключительных прав. Здесь следует отметить, что термин «франчайзинг» может употребляться в двух значениях; во-первых, как совокупность общественных отношений и, во-вторых, как институт права — обособленная группа юридических норм, регулирующих однородные общественные отношения и входящих в соответствующую отрасль права.

Договор франчайзинга предусматривает использование комплекса исключительных прав, деловой репутации и коммерческого опыта правообладателя в определенном объеме (в частности с установлением минимального и(или) максимального объема использования), с указанием или без указания территории использования применительно к определенной сфере предпринимательской деятельности (к продаже товаров, полученных от правообладателя или произведенных пользователем, осуществлению иной торговой деятельности, выполнению работ, оказанию услуг).

Интересна, на наш взгляд, точка зрения И. Чемичева: «На практике большинство компаний считают, что стандартных положений договора франчайзинга недостаточно для регулирования франчайзинговых взаимо-

⁹ Суханов Е. А. Коммерческая концессия // Хозяйство и право. — 1996. — № 11. — С. 16.



отношений»¹⁰. Например, этот договор не защищает ноу-хау компании франчайзера в случае расторжения договора с партнером. Для многих компаний, особенно тех, которые не являются для своих франчайзи единственно возможными поставщиками продукции, это большая проблема.

Следует отметить, что комплекс исключительных прав, предоставленных правообладателем пользователю, состоит из известной триады прав: право действовать под фирменным наименованием правообладателя, право на товарные знаки или знаки обслуживания, право использовать принадлежащие ему охраняемые объекты промышленной собственности — изобретения, промышленные образцы, а также охраняемую коммерческую информацию (ноу-хау). Коммерческая информация и коммерческий опыт, предоставляемые пользователю по договору, включают обычно профессиональное обучение персонала, специальный инструктаж в течение всего периода действия договора по различным аспектам организации хозяйственной деятельности, таким как управление, создание сбытовой сети, эксплуатация оборудования, ведение учета и отчетности, обслуживание клиентуры, приготовление фирменных блюд¹¹.

Возвращаясь к понятию института франчайзинга, отметим, что данный институт является самостоятельным. Более того — межотраслевым, его содержание составляют нормы гражданского права и других отраслей, соответственно, как частноправового, так и публично-правового характера. Нормы, образующие

институт франчайзинга, содержатся, помимо ГК РК, в Патентном законе РК, в Законе РК «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров», ЗоАП РК, антимонопольном законодательстве, законодательстве о защите прав потребителей, «О правовой охране топологий интегральных микросхем», правилах регистрации договоров об уступке товарного знака и лицензионных договоров, международных конвенциях (Конвенции по охране промышленной собственности и Всемирной конвенции об авторском праве).

Таким образом, основными целями правового регулирования франчайзинга являются:

- 1) защита прав и законных интересов субъектов, вступающих во франчайзинговые отношения (правообладателя и пользователя по договору франчайзинга);
- 2) защита прав и законных интересов потребителей;
- 3) защита публичных интересов: развитие экономики страны, поддержание конкуренции и ограничение монополистической деятельности.

Договор франчайзинга — новый самостоятельный институт в казахстанском праве, которому в мировой практике соответствует термин «франчайзинг».

Широкому распространению и развитию франчайзинга в РК, на наш взгляд, будет способствовать принятие специального постановления Правительства РК о развитии франчайзинга в РК. Этим документом может, например, предусматриваться четыре блока мероприятий:

¹⁰ Чемичев И. Франчайзинг в законе. [Электронный ресурс] — Режим доступа: <http://dit.perm.ru>

¹¹ Евдокимова В. Н. Цитируемый труд — С. 94.



нормативно-правовое, финансово-кредитное, информационное и кадрово-консультационное обеспечение. Решение соответствующих задач потребует, в частности, улучшения взаимодействия республиканской системы поддержки бизнеса и региональных систем.

Соотношение договора франчайзинга и смежных договоров. Договор франчайзинга главой 45 ГК РК регламентирован как самостоятельный вид договора, однако в его конструкции можно обнаружить элементы других видов гражданско-правовых договоров. Поэтому, на наш взгляд, для подтверждения самостоятельности и специфики института франчайзинга, следует провести его сравнительный анализ со смежными с ним институтами. Наиболее наглядным представляется сравнение исследуемых отношений с уступкой прав, арендой, комиссией, агентированием, совместной деятельностью, доверительным управлением и авторским (лицензионным) договором.

Поскольку франчайзинг оформляет передачу прав от одного лица к другому, проведем различия между ней и цессией.

Заметим, что уступка прав — универсальный институт обязательственного права. В строгом смысле этого слова закон регламентирует уступку лишь требований в обязательствах, причем таких, которые могут существовать в отрыве от личности кредитора¹². Переход абсолютных прав данным институтом формально не охватывается. Между тем, по договору франчайзинга пере-

даются исключительные (абсолютные) права на результаты интеллектуальной деятельности, которые неразрывно связаны с личностью правообладателя.

Уступка, как правило, означает передачу прав в том же объеме, в каком они существовали у кредитора, и в этом смысле она бесповоротна. Уступка требований на срок действующим законодательством не предусмотрена. В то же время, франчайзинг изначально предполагает, что у правообладателя остается некоторый непередаваемый пользователю объем исключительных прав. Права, переданные пользователю, принадлежат ему только до тех пор, пока договор франчайзинга действует. По окончании договора права пользователя прекращаются, а у правообладателя остаются в прежнем состоянии. Эта ситуация похожа на ту, которая имеет место при возникновении и прекращении ограничений права собственности. Аналогичной точки зрения придерживаются А. П. Сергеев и Ю. К. Толстой¹³.

Представляется необходимым также провести сравнение между договором франчайзинга и договором о совместной деятельности, так как для франчайзинга свойственно сотрудничество сторон в процессе исполнения договора.

В настоящее время по этому вопросу в науке сложились две позиции. Одни ученые, например С. А. Бобков, А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой, полагают, что было бы неправильно рассматривать франчайзинг в контексте договора о совместной деятельности, так как характер сотрудничества сто-

¹² Бобков С. А. Коммерческая концессия как институт в российском гражданском праве // Журнал российского права. — 2002. — № 10. — С. 45.

¹³ Гражданское право : ч. 2. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М. : Проспект, 1997. — С. 636.



рон и его значение в этих договорах далеко не совпадают. Если в договоре о совместной деятельности такое сотрудничество имеет определяющее значение, и все участники такого договора имеют общие интересы, то во франчайзинге оно является лишь одним из элементов, кроме того, носит неравноправный характер, так как пользователь находится скорее в зависимых, чем в партнерских отношениях с правообладателем. Заметим, что каждый из участников договора франчайзинга стремится к извлечению максимальной выгоды за счет контрагента. Никакого общего имущества в данном случае не образуется.

По мнению других ученых, франчайзинг является разновидностью совместной деятельности. Так, например, Д. П. Земляков суть договора франчайзинга сводит к понятию договора о сотрудничестве¹⁴. В связи с этим представляется интересным суждение О. А. Орловой, которая также относит договор франчайзинга к договору о сотрудничестве. На ее взгляд, это, прежде всего, объясняется тем, что «основными началами гражданского законодательства являются: равенство участников гражданских правоотношений, свобода договора, осуществление гражданских прав своей волей и в своем интересе, установление любых, не противоречащих закону прав и обязанностей на основе договора»¹⁵.

На наш взгляд, следует согласиться с мнением тех авторов, которые проводят различие между франчайзингом и совместной деятельностью, поскольку при совместной

деятельности стороны договора объединяет цель именно совместного извлечения прибыли, дальнейшего ее распределения между собой, а также общее имущество, расходы и убытки, в то время как участники договора франчайзинга имущественно не связаны между собой. Отметим, что осуществление выплат пользователем правообладателю имеет иную правовую природу, не обусловленную общностью материальных активов.

Договор франчайзинга следует отличать от договоров комиссии и агентских договоров, хотя эти договоры в деловой практике нередко обслуживают сходные отношения, например, по сбыту продукции, их юридическое содержание не идентично.

Комиссионер и агент действуют в интересах и по поручению комитента (принципала), оказывая последнему определенные услуги, за что получают от него вознаграждение. При этом сделки, заключенные комиссионером или агентом с третьими лицами, имеют имущественные последствия для комитента или принципала¹⁶. Иначе строятся отношения сторон по договору франчайзинга. Здесь пользователь действует без поручения правообладателя, за свой собственный счет и по своему усмотрению. Он осуществляет самостоятельную предпринимательскую деятельность с использованием средств индивидуализации правообладателя и его коммерческого опыта, за что выплачивает правообладателю вознаграждение и несет

¹⁴ Земляков Д. П., Макалиев М. О. Франчайзинг. Интегрированные формы организации бизнеса. — М., 2003. — С. 45.

¹⁵ Орлова О. А. Договор франчайзинга // Право и экономика. 2003. № 7. С. 47.

¹⁶ Сосна С. А. Новое в гражданском праве : франчайзинг // Государство и право. — 1997. — № 7. — С. 25; Зенин И. А. Гражданское и торговое право зарубежных стран. — М., 2004. — С. 82.



ответственность за такие действия собственным имуществом. Таким образом, если агент, работающий по агентскому договору, получает от производителя товаров вознаграждение, то пользователь по договору франчайзинга сам платит вознаграждение правообладателю за возможность работать под его фирмой.

Однако некоторые авторы, например, А. Ляско, отождествляют франчайзинг с агентским договором, приравнивая правообладателя и пользователя по договору франчайзинга в правах и обязанностях к принципалу и агенту¹⁷. Отметим, что нам такая позиция представляется неверной, так как агентский договор допускает деятельность агента от своего имени, но за счет принципала или от имени и за счет принципала, а пользователь по договору франчайзинга выступает в отношениях с третьими лицами, используя фирменное наименование правообладателя.

Поскольку франчайзинг предполагает передачу права пользования, следует провести различия между ней и арендой. По договору аренды у арендатора возникает право пользования имуществом. Франчайзинг предполагает передачу права пользования исключительными правами на результаты интеллектуальной деятельности, которые, как правило, не имеют овеществленного характера.

Как отмечает С. А. Сосна, «законодательство предоставляет пользователю не имущество как таковое, а право пользования или исключительное право пользования имуществом. В данном случае право пользования, тем более исключительное

право пользования — это вовсе не аналог одноименного арендного права. Оно сопоставимо лишь с титульным арендным владением и использованием, но в действительности полнее, весомее, “качественнее” арендных прав»¹⁸.

Кроме того, ГК РК регламентирует аренду предприятий, в составе которых передаются и права на обозначения, индивидуализирующие деятельность предприятий и другие исключительные права. Но здесь речь идет об аренде предприятий в целом как имущественных комплексов, которые надлежит рассматривать как самостоятельные объекты. Поэтому даже если предприятие состоит из одних только исключительных прав, возникает право пользования именно им, а не отдельными правами. Следовательно, использование критерия объекта при разграничении договоров аренды и франчайзинга вполне оправдано.

Общим для этих договоров является и то, что заключаются они на длительный срок, в результате чего между сторонами возникают длительные отношения. Право собственности на передаваемые по данным договорам объекты, остается у арендодателей и правообладателей.

Договор франчайзинга отличается также от договора на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ. По договору на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ стороны могут приобрести право использовать результаты интеллектуальной деятельности. Такие

¹⁷ Ляско А. Трансакционные издержки франчайзинговых и лицензионных контрактов // Вопросы экономики. — 2002. — № 9. — С. 65.

¹⁸ Сосна С. А. Концессионное соглашение — новый вид договора в российском праве // Журнал российского права. — 2003. — № 2. — С. 16.



же права передаются по договору франчайзинга. Поэтому необходимо выявить различия этих договоров.

Обязанность передать право на использование комплекса исключительных прав — существенное условие договора франчайзинга. Ясно, что такие исключительные права существуют независимо от данного договора. Между тем в результате проведения научно-исследовательских работ исключительные права могут не возникнуть и вовсе. Отсюда следует, что для договоров на выполнение работ такие права — результат, который иногда возникает в процессе исполнения договора. На стадии же заключения договора их *apriori* не существует.

Исключительные права могут быть объектами доверительного управления имуществом и, следовательно, право их использования может перейти к доверительному управляющему. Однако последний обязан действовать не в своих, а в чужих интересах — интересах выгодоприобретателя. Кроме того, доверительный управляющий действует от своего имени, хотя и указывает, что действует в качестве такого управляющего.

Ряд авторов, в том числе И. Рыкова, проводят различие между договором франчайзинга и дистрибьюторским договором. Поскольку дистрибьютор является постоянным покупателем, который имеет исключительные права на определенной территории, она высказывает суждение о том, что «во-первых, дистрибьюторский договор является, по существу, договором купли-продажи или поставки и, соответственно, регулируется норма-

ми, предусмотренными для этих типов договоров. Во-вторых, дистрибьютор, а также и сам поставщик, несмотря на предусмотренные дистрибьюторским договором положения, касающиеся прав на товарный знак, а также защиты этих прав, вряд ли смогут выполнить соответствующие обязательства, если эти права не будут надлежащим образом зарегистрированы. В-третьих, в дистрибьюторских договорах, как правило, предусматривается обмен информацией. Именно поэтому важно четко определить, какой информацией, с каким уровнем секретности, в каком режиме будет происходить обмен, каким договором обмен будет регулироваться»¹⁹.

Хотелось бы обратить внимание на то, что дистрибьюторский договор не урегулирован как таковой казахстанским правом, поэтому, на наш взгляд, рассмотрение различий между франчайзингом и дистрибьюторским договором не является существенным.

Наиболее сложно, пожалуй, провести различие между исследуемым договором с одной стороны, и авторским и лицензионным договором — с другой. По авторскому договору передаются имущественные права на использование объектов авторского права. По лицензионному договору патентообладатель (лицензиар) обязуется предоставить право на использование изобретения, полезной модели или промышленного образца в определенном объеме другому лицу (лицензиату). Таким образом, по этим договорам, как и по договору франчайзинга, передаются права на использование результатов интеллектуальной деятельности.

¹⁹ Рыкова И. В. Франчайзинг: новые технологии, методология, договоры. — М, 2000. — С. 76.



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

Многие авторы считают, что франчайзинг — это разновидность лицензионного договора²⁰. Данные суждения основаны на том, что необходимым элементом предмета договора франчайзинга является разрешение (лицензия) на использование исключительных прав, а основным обязательством — предоставление правообладателем пользователю исключительных прав на использование объектов интеллектуальной собственности.

По мнению других авторов, франчайзинг отличается от лицензионных договоров²¹. Б. И. Пугинский считает, что «вопросы лицензионных соглашений являются лишь вспомогательной частью по отношению к задаче реализации товаров в рамках договора франчайзинга»²².

У этих двух договоров, как следует из смысла Патентного закона РК, действительно много общего. Ведь речь идет о предоставлении права на использование охраняемых объектов промышленной собственности в том или ином объеме. Лицензиат, как и пользователь по договору франчайзинга, выплачивает лицензиару обусловленные договором платежи за предоставленное право. Прибыль лицензиара также может зависеть от успеха деятельности лицензиата.

Вместе с тем, в отличие от лицензиата, успех пользователя договора франчайзинга зависит и от умения правообладателя создать прибыльную систему, обучить пользователя правилам надлежащей работы, совер-

шенствовать и развивать систему, постоянно контролировать пользователя и содействовать ему в течение срока действия договора франчайзинга, причем от этих обязанностей правообладатель не вправе отступить.

Если предметом лицензионного договора являются исключительные права на охраняемые объекты промышленной собственности и прекращение этих прав (окончание срока действия патента, досрочное прекращение действия патента из-за неуплаты пошлины, аннулирование, утрата конфиденциальности информации, составляющей ноу-хау) ведет к прекращению лицензионного договора, то прекращение исключительного права, пользование которым предоставлено по договору франчайзинга, не ведет к прекращению этого договора. В этом случае прекращают свое действие лишь положения, относящиеся к прекратившемуся праву, то есть «лицензионная часть» договора франчайзинга²³.

Кроме передачи права пользования интеллектуальной собственностью франчайзинг включает передачу права на использование наименования правообладателя, т. е. средств индивидуализации юридического лица. Это одно из существенных условий договора.

Иначе говоря, приобретатель технологии овладевает одновременно и правом пользоваться именем фирмы, завоевавшей репутацию производителя высококачественных товаров, услуг, что гарантирует устойчивый

²⁰ Андрощук Г., Денисюк В. Франчайзинг: определения, преимущества, перспективы // Бизнес Информ. Харьков. — 1997. — № 9. — С. 12; Каган В., Касьянова Г. Договор коммерческой концессии // Главбух. — 1997. — № 1-2.

²¹ Евдокимова В. Н. Цитируемый труд; Бобков С. А. Цитируемый труд; Бабченко Т. Н., Жукова З. А. Учет операций по договору коммерческой концессии // Главбух. — 1999. — № 22. — С. 34.

²² Пугинский Б. И. Коммерческое право России. — М., 1999. — С. 218.

²³ Евдокимова В. Н. Цитируемый труд. — С. 100.



сбыт. Пользователь этого права производит, торгует, оказывает услуги от имени фирмы правообладателя. Это условие франчайзинга придает, ему особый характер.

Имя правообладателя, как и интеллектуальная собственность, может передаваться не отчуждаясь. Принимая во внимание эту специфику, передачу прав пользования не следует отражать в бухгалтерском учете как списание объекта с баланса правообладателя. Поэтому получаемые правообладателем в соответствии с условиями договора платежи не могут быть признаны выручкой от реализации имущества²⁴.

Кроме того, правообладатель продолжает сам пользоваться этими правами, т.е. продолжает осуществлять свою хозяйственную деятельность. По отношению к ней платежи за пользование исключительными правами, исходя из содержания действующих нормативных документов, скорее можно признать внереализационным доходом организации-правообладателя. В то же время пользователь в рамках договора франчайзинга получает возможность только на использование комплекса исключительных прав, однако он не получает эти права во владение²⁵.

Итак, различия между этими договорами состоят в том, что:

- 1) передаваемые по договору франчайзинга права используются только в процессе предпринимательской деятельности, тогда как авторский и лицензионный договоры подобного ограничения не содержат;
- 2) франчайзинг предполагает передачу комплекса исключитель-

ных прав, хотя можно передать и какое-то одно, а лицензионный договор предусматривает использование прав на отдельные объекты интеллектуальной собственности;

- 3) договор франчайзинга всегда является возмездным договором, в то время как лицензионный договор может быть как возмездным, так и безвозмездным;
- 4) в качестве правообладателя по договору франчайзинга, как правило, выступает коммерческая организация, в редких случаях физическое лицо, являющееся предпринимателем. Лицензиарами могут быть как предприниматели, так и некоммерческие организации, и граждане, владеющие патентами;
- 5) договор франчайзинга имеет более широкую направленность, так как правообладатель полностью контролирует деятельность пользователя, устанавливает правила и требования, которым должен следовать пользователь. Лицензионный договор призван содействовать рационализации производства на основе передачи материальных объектов, и не обязывает участников работать в единой системе.

В связи с этим суждение о том, что договор франчайзинга можно рассматривать как разновидность лицензионных договоров, неверно.

Более того, логичнее рассматривать договор франчайзинга не как разновидность традиционного лицензионного договора, а лицензионный договор как составную часть более сложного и комплексного договора франчайзинга.

²⁴ Бобков С. А. Цитируемый труд. — С. 46.

²⁵ Бабченко Т. Н., Жукова З. А. Цитируемый труд. — С. 34.



Таким образом, сравнивая договор франчайзинга с другими смежными договорами, существующими в гражданском праве, можно сделать однозначный вывод: договор франчайзинга — самостоятельный договорный тип, поэтому, при отсутствии среди норм, содержащихся в главе 45 ГК РК, специальных правил, регулирующих правоотношения, вытекающие из договора франчайзинга, законодателем не предполагается применение норм, предназначенных для регламентации других договорных форм.

Таким образом, договору франчайзинга как самостоятельному гражданско-правовому договору присущи следующие отличительные признаки:

- особый субъектный состав, поскольку сторонами по этому договору являются предприниматели;
- в качестве предмета по договору выступает комплекс исключительных прав, включающий право на фирменное наименование, товарный знак, другие объекты интеллектуальной собственности и ноу-хау;
- цель договора — создание товаропроизводящей, обслуживающей или сбытовой сети;
- юридическая независимость пользователя, который действует в имущественном обороте от собственного имени, но информирует покупателей (заказчиков) о том, что использует исключительные права правообладателя по договору франчайзинга.

Подчеркнем что роль, отводимая казахстанским законодательством договору франчайзинга в регулировании отношений по передаче ис-

ключительных прав, весьма значительна, а установленные отличия со смежными договорами носят объективно-необходимый характер.

Субъекты и объекты франчайзинговых правоотношений. Учитывая, что гражданские правоотношения являются неотъемлемой частью нормального хозяйственного оборота и обеспечивают осуществление притязаний на удовлетворение тех или иных интересов посредством взаимного содействия их участников друг другу, гражданское правоотношение надлежит рассматривать как совокупность элементов, характеризующих способы связи между правоотношением и его социальными предпосылками. При этом способ связи элементов, «система их отношений в рамках целого» понимается как структура гражданского правоотношения, а само гражданское правоотношение рассматривается как самостоятельная автономная система²⁶.

Общепризнано, что структурно любое правовое отношение представляет собой единство четырех элементов: субъекта, объекта, субъективного права и юридической обязанности²⁷.

В соответствии с ГК РК сторонами по договору франчайзинга могут быть коммерческие организации и граждане, зарегистрированные в качестве индивидуальных предпринимателей. Стороны договора франчайзинга — правообладатель и пользователь, причем каждый из них должен быть специальным субъектом.

Правообладатель — это лицо, которому принадлежат те исключительные права, использование которых он разрешает пользователю.

²⁶ Алексеев С. С. Проблемы теории права. — Т. 1. — Свердловск, 1972. — С. 324.

²⁷ Венгеров А. Б. Теория государства и права. — М., 1998 — С. 469; Теория государства и права / Под ред. П. И. Матузова, А. В. Малько. — Саратов, 1995. — С. 392.



При этом необходимо иметь в виду то обстоятельство, верно подмеченное В. Евдокимовой, что «правообладатель должен быть надлежащим образом легитимирован как обладатель этих прав. Это означает, что он использует принадлежащие ему исключительные права в процессе коммерческой деятельности. Однако закон не требует, чтобы правообладатель приобретал соответствующие права, будучи предпринимателем. Достаточно лишь, чтобы он официально был зарегистрирован как предприниматель к моменту заключения договора франчайзинга»²⁸.

Пользователь — лицо, получающее возможность использовать исключительные права. Пользователем может быть самостоятельный субъект права, который отвечает по своим обязательствам своим имуществом, обладатель собственного, хотя и небольшого капитала, осуществляющий коммерческую деятельность по своему усмотрению и на свой риск, несущий полную ответственность в пределах принятых обязательств.

Поддерживая эту точку зрения, Е. Суханов отмечает, «поскольку и правообладатель и пользователь должны быть предпринимателями, участниками договора франчайзинга не могут быть некоммерческие организации и государство (государственные и муниципальные образования). Этот запрет распространяется и на те случаи, когда соответствующим субъектам разрешено заниматься предпринимательской деятельностью»²⁹.

В результате пользователь по договору франчайзинга выступает в

имущественном обороте самостоятельно, но в отношениях со своими контрагентами-потребителями выступает в роли правообладателя. Первоначальный правообладатель получает от этого прибыль в виде платы от пользователя, который показывает своим контрагентам, что они приобретают товар или получают услугу, аналогичную результатам деятельности первоначального правообладателя.

Интересна мысль О. Орловой, которая отмечает, что «одной из сторон данного договора является франчайзер (правообладатель) — организатор дела, владелец генеральной лицензии, ноу-хау, главный консультант, а другой — франчайзи (пользователь), чья текущая деятельность самостоятельна, но его предприятие является частью единого комплекса — франчайзинговой сети»³⁰. Тем самым подчеркивается самостоятельность пользователя.

Рассмотренные выше особенности позволяют сделать вывод о том, что субъектный состав договора франчайзинга представляется весьма интересным. Поскольку его сторонами могут выступать лишь коммерческие организации и граждане, зарегистрированные в качестве индивидуальных предпринимателей, то, следовательно, никакие иные лица и образования не вправе заключать договор франчайзинга.

Далее перейдем к рассмотрению вопросов, связанных с правовым положением объектов договора франчайзинга.

Р. О. Халфина утверждала, что «объект правоотношения имеет

²⁸ Евдокимова В. Н. Цитируемый труд. — С. 95.

²⁹ Суханов Е. А. Цитируемый труд. — С. 16.

³⁰ Орлова О. А. Франчайзинг как форма деловых связей // Законодательство и экономика. — 2002. — № 4. — С. 19.



значение для возникновения и развития многих видов правоотношений и для их структуры, не являясь вместе с тем элементом структуры»³¹.

Некоторые ученые занимали промежуточную позицию: высказывалось мнение о том, что не все правоотношения имеют определенный объект. Так возникла категория «безобъектных» правоотношений³². Не было единого подхода и к вопросу о том, что представляют собой отдельные элементы правоотношения.

О. С. Иоффе, характеризуя структуру гражданского правоотношения, отмечал: «Наука гражданского права рассматривает гражданское правоотношение как отношение между определенными субъектами, установленное в связи с определенным объектом, по поводу которого у его участников возникают определенные правомочия и обязанности. Субъекты и объект, правомочие и обязанность — таковы основные элементы всякого, в том числе и гражданского правоотношения»³³.

Научное определение объекта правоотношения является «крупной проблемой в теории права»³⁴, а вопрос об объекте гражданского правоотношения — едва ли не одним из самых дискуссионных в теории гражданского права. Сложность состоит в том, что до настоящего времени нет единства среди ученых в понимании одной из фундаментальных категорий правовой науки —

объект гражданского правоотношения определяется по-разному, а «дать научно правильное определение — значит раскрыть предмет в его сущности»³⁵. Между тем, решение проблемы объекта правоотношения представляется столь важным, что некоторые авторы предлагают начинать изучение правоотношения именно с анализа его объекта, считая, что традиционная схема исследования правоотношения не позволяет решить многие дискуссионные вопросы. Именно объект, с их точки зрения, является субстратом правоотношения, основой, связывающей субъекты правоотношения друг с другом³⁶.

Традиционным является рассмотрение объекта как блага, по поводу которого взаимодействуют субъекты. Согласно статье 115 ГК РК к объектам гражданских прав относятся вещи, включая деньги и ценные бумаги, иное имущество, в том числе имущественные права; работа и услуги; информация; результаты интеллектуальной деятельности, в том числе исключительные права на них (интеллектуальная собственность); нематериальные блага.

Когда объект гражданских прав в условиях конкретного договорного правоотношения трансформируется в объект этого правоотношения, он приобретает статус предмета договора.

Согласно ГК РК предметом договора франчайзинга является ком-

³¹ Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. — М., 1974. — С. 217.

³² Гражданское право / Под ред. М. М. Агаркова, Д. М. Генкина. — Т. 1. — М., 1944. — С. 72.

³³ Иоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву. — М., 2000. — С. 549.

³⁴ Венгеров А. Б. Теория государства и права. — М., 1998 — С. 482.

³⁵ Иоффе О. С. Цитируемый труд. — С. 537.

³⁶ Даннелян А. М. О методе исследования правовых отношений : тезисы докладов и сообщений на межвузовской конференции по теоретическим и методологическим проблемам правовой науки. — Кишинев, 1965. — С. 62-64.



плекс исключительных прав, закрепленных за правообладателем и индивидуализирующих либо его право на фирменное наименование, либо также производимые им товары, выполняемые работы или оказываемые услуги (право на товарный знак или знак обслуживания).

Профессор Е. А. Суханов подчеркивает, что «исключительные права (интеллектуальная собственность) являются особым видом гражданских прав наряду с вещными и обязательственными правами, а использование охраняемых ими объектов иными, нежели правообладатель, лицами допускается только с согласия правообладателя, то есть по договору с ним»³⁷.

Интересную точку зрения по поводу предмета договора франчайзинга высказывает Д. Н. Земляков. По его мнению, предметом договора франчайзинга «независимо от сферы бизнеса, является передача прав и возможностей эффективного ведения бизнеса, которыми располагает правообладатель и которые отсутствуют у пользователя»³⁸.

Автору настоящей статьи импонирует суждение Е. Куделиной, по мнению которой, передаваемый по договору франчайзинга комплекс исключительных прав является имущественным комплексом³⁹.

Она утверждает, что «имущественный комплекс является таковым, если позволяет извлекать прибыль от своего использования. Использование комплекса исключительных прав по договору франчайзинга приносит материальную выгоду. Нали-

чие таких признаков, как имущественная природа прав на результаты интеллектуальной деятельности, единство их целевого назначения, возможность достижения в результате их использования материального блага, характеризует комплекс исключительных прав как имущественный комплекс»⁴⁰.

Однако, как мы уже отмечали, комплекс исключительных прав, предоставленных правообладателем пользователю состоит из известной триады прав: действовать под фирменным наименованием правообладателя; на товарные знаки или знаки обслуживания; использовать принадлежащие ему охраняемые объекты промышленной собственности — изобретения, промышленные образцы, а также охраняемую коммерческую информацию (например, ноу-хау).

Для дальнейшего исследования необходимо более подробно раскрыть элементы, составляющие предмет договора франчайзинга.

В соответствии с ГК РК юридическое лицо, являющееся коммерческой организацией, должно иметь фирменное наименование. Юридическое лицо, фирменное наименование которого зарегистрировано в установленном порядке, имеет исключительное право на его использование. Лицо, неправомерно использующее фирменное наименование, обязано прекратить его использование и возместить причиненные убытки.

В мировой практике существует два основных подхода к определе-

³⁷ Суханов Е. А. Цитируемый труд. — С. 17.

³⁸ Земляков Д. П., Макалиев М. О. Франчайзинг. Интегрированные формы организации бизнеса. — М., 2003. — С. 46.

³⁹ Куделина Е. Имущественный комплекс как предмет договора коммерческой концессии // Юрист. 2004. — № 9. — С. 16.

⁴⁰ Там же.



нию момента возникновения права на фирменное наименование. В ряде стран правоустанавливающим юридическим фактом является регистрация фирменных наименований в соответствующем реестре. С момента такой регистрации фирмовладелец приобретает исключительное право на использование фирменного наименования⁴¹.

Некоторые законодательства используют так называемый явочный принцип, в соответствии с которым право на фирменное наименование приобретается в силу факта его правомерного использования, а последующая регистрация лишь закрепляет данное право и не всегда является обязательной. Именно такой подход и был заложен в Положении о фирме, утвержденном постановлением Центрального Исполнительного Комитета СССР и Совета Народных Комиссаров от 22.06.1927 г.

Законодатель в действующем ГК РК решил отказаться от явочного принципа возникновения права на фирменное наименование. ГК РК содержит презумпцию исключительного права коммерческой организации на фирменное наименование при условии, что оно «зарегистрировано в установленном порядке». При этом порядок регистрации должен быть предусмотрен специальным законодательством.

Однако «в условиях определенного дефицита правовых норм, регулирующих фирменные отношения (и отсутствия специального закона о фирменных наименованиях), следу-

ет признать, что действует скорее явочный, чем регистрационный порядок возникновения права на фирму», считает В. Бузанов, который при этом отождествляет понятия «право на фирму» и «фирменное наименование». «Фирменные наименования», по его мнению, «регистрируются косвенным образом (путем указания соответствующих данных в учредительных документах юридических лиц), и этот факт имеет скорее доказательственное, чем правообразующее значение»⁴².

В. Н. Евдокимова отмечает значительно меньшую надежность охраны, предоставляемой фирменному наименованию по сравнению с объектами промышленной собственности, охраняемыми в соответствии с Патентным законом и Законом «О товарных знаках и знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». По ее мнению это «в значительной степени обусловлено отсутствием единого государственного реестра юридических лиц, а также тем обстоятельством, что неотъемлемой частью фирменного наименования является указание организационно-правовой формы юридического лица»⁴³.

Порядок регистрации и использования фирменных наименований определяется законом и иными правовыми актами в соответствии с ГК РК.

На наш взгляд, конструкция договора франчайзинга вовсе не предполагает, чтобы по договору в обязательном порядке передавались все те объекты исключительных прав,

⁴¹ Тыцкая Г. И., Мамяева И. Э., Мотылева В. Я. Правовая охрана товарных знаков, фирменных наименований, указаний и наименований места происхождения товаров в капиталистических и развивающихся странах. М., 1985. С. 53.

⁴² Бузанов В. Интеллектуальная собственность на фирменное наименование // Хозяйство и право. — 2003. — № 4. — С. 65.

⁴³ Евдокимова В. Н. Цитируемый труд. — С. 98.



которые названы в ГК РК. Возможна ситуация, когда передается право на один объект и в этом случае пользователь не может требовать передачи ему других объектов исключительных прав в принудительном порядке⁴⁴. Здесь следует обратить внимание на то, что понятие «фирменное наименование» в ст. 896 ГК РК используется исключительно в качестве иллюстрации, примера одного из возможных объектов интеллектуальной собственности, право на который может быть передано по договору франчайзинга.

Если договор заключается с передачей прав на использование фирменного наименования, то необходимо принять к сведению следующее:

- 1) при передаче охраняемых прав на объекты интеллектуальной собственности правообладатель и пользователь гарантируют потребителю определенные свойства и качество товара. Фирменное наименование не является какой-либо гарантией, и пределы прав и ответственности практически не определяются;
- 2) должен быть определен механизм передачи соответствующих прав и распределена ответственность при возникновении спора с третьими лицами в случае смешения используемого фирменного наименования с фирменными наименованиями третьих лиц;
- 3) если прекращены принадлежащие правообладателю права на фирменное наименование без замены их новым аналогичным, договор франчайзинга прекращается;

- 4) в случае изменения одного из указанных прав договор будет действовать в отношении нового права, при этом пользователю предоставлено право требования соразмерного уменьшения причитающегося правообладателю вознаграждения, расторжения договора и возмещения убытков⁴⁵.

Таким образом, фирменное наименование является необходимым составляющим комплекса исключительных прав, передаваемых по договору франчайзинга, его стержневым элементом.

Помимо передачи права на фирменное наименование комплекс прав, передаваемый по договору, может включать и другие права, например, на товарный знак, знак обслуживания и др.

До недавнего времени проблемам охраны товарных знаков в казахстанском законодательстве и юридической науке уделялось незаслуженно мало внимания. И лишь с переходом к рыночной экономике отношение к объектам интеллектуальной собственности стало меняться.

Товарный знак, фирменное наименование, знак обслуживания, которыми маркируются производимые товары и оказываемые услуги, являются активным связующим звеном между изготовителем и потребителем.

Правовая охрана товарного знака и знака обслуживания установлена законом «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров». Под понятиями «товарный знак» и «знак обслуживания» понимаются

⁴⁴ Гражданское право : ч. 2 / под ред. Сергеева А. П., Толстого Ю. К. — М., Проспект, 1997 — С. 632.

⁴⁵ Рыкова И. В. Договор коммерческой концессии // Бухгалтерский учет. — 2002. — № 15. — С. 24.



обозначения, способные отличать соответственно, товары и услуги одних юридических или физических лиц от однородных товаров и услуг других юридических или физических лиц. Охрана товарного знака предоставляется на основании регистрации, а исключительное право владельца товарного знака подтверждается свидетельством, выдаваемым уполномоченным органом. Регистрация товарного знака производится для определенного перечня товаров (услуг), сгруппированных по классам международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков. Следует также иметь в виду, что в некоторых странах, в частности в США, обязательная государственная регистрация товарных знаков не требуется, хотя и не исключается⁴⁶.

Согласно Закону о товарных знаках, товарный знак может быть уступлен его владельцем по договору юридическому или физическому лицу в отношении всех или части товаров, для которых он зарегистрирован. Уступка товарного знака не допускается, если она может явиться причиной введения в заблуждение потребителя относительно товара или его изготовителя.

Анализ названного Закона позволяет говорить о том, что право на использование товарного знака может быть предоставлено владельцем товарного знака другому лицу по лицензионному договору, который должен содержать условие о том, что качество товаров лицензиата будет не ниже качества товаров лицензиара и что лицензиар будет осуществлять контроль за выполнением этого усло-

вия. Предоставление права пользования этими объектами регистрируется в уполномоченном органе.

В соответствии с ГК РК наряду с исключительными правами по договору франчайзинга могут быть переданы деловая репутация и коммерческий опыт производителя. Передача коммерческого опыта может осуществляться как в устной форме, например, в форме обучения, так и в письменной — в форме документа. Если мы говорим об использовании коммерческого опыта для получения определенных преимуществ в предпринимательской деятельности, исходя из смысла статьи ГК РК, то его передача и приобретение должны осуществляться с учетом норм ст. 126 ГК РК, т. е. как конфиденциальной информации, представляющей собой коммерческую тайну.

Информация составляет коммерческую тайну в случае, если она имеет действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу ее неизвестности, третьим лицам, и если стороны принимают все необходимые меры к ее охране.

При надлежащем оформлении информация может передаваться по договору и, соответственно, может быть защищена всеми способами, предусмотренными ГК РК и другими законами.

В составе коммерческой информации по договору передается «ноу-хау», то есть сама информация, а не право на ее использование. В соответствии с законодательством РК ноу-хау может являться предметом продажи, права на него могут вноситься в качестве вклада в уставный капитал юридических лиц.

⁴⁶ Суханов Е. А. Цитируемый труд. — С. 21; Зенин И. А. Гражданское и торговое право зарубежных стран. — М., 2004. — С. 108.

Под термином «ноу-хау» следует понимать как новые технические знания, так и опыт, секреты технологии, необходимые для производства продукции по договору франчайзинга. Конфиденциальная коммерческая информация может включать в себя:

- техническую и коммерческую документацию;
- другую информацию, необходимую пользователю для осуществления прав, переданных по договору (например, пособия и инструкции);
- информацию о передаваемых объектах интеллектуальной собственности и порядке их наиболее эффективного использования;
- секреты производства;
- другую конфиденциальную информацию.

Что же касается деловой репутации, то В. В. Витрянский отмечает, что «по договору франчайзинга деловая репутация правообладателя используется пользователем автоматически, без какой-либо ее специальной передачи»⁴⁷.

Деловая репутация правообладателя является его нематериальным активом, стоимость которой зависит от того, насколько успешно функционируют франчайзинговые предприятия в рамках франшизной сети.

Как считает А. А. Иванов, «однако это не означает появления новых предметов данного договора, поскольку и деловая репутация, и коммерческий опыт (ноу-хау) есть не что иное как объекты исключи-

тельных прав. В связи с этим нет никакого смысла говорить о расширении предмета договора франчайзинга. К нему относятся исключительные права интеллектуальной деятельности»⁴⁸.

Существует и иной взгляд на проблему объектов исключительных прав как предмета договора франчайзинга. Например, Е. Каган считает, что «охраняемая коммерческая информация не является объектом исключительных прав. Представляется, что это понятие нужно трактовать применительно к ст. 139 ГК РФ (ст. 126 ГК РК) (об информации, составляющей служебную тайну). Иначе говоря, «охраняемость» означает, что к информации нет свободного доступа на законном основании и обладатель информации принимает меры к ее охране. Данная информация имеет коммерческую ценность в силу ее неизвестности третьим лицам. В договоре франчайзинга необходимо подробно описать все элементы предоставляемой информации»⁴⁹. Пользователь обязан не разглашать секреты правообладателя и другую полученную у него конфиденциальную информацию.

Полагаем, для договора франчайзинга в законодательном порядке следует закрепить обязанность пользователя заключить со своими сотрудниками договоры о неразглашении коммерческой тайны, которые должны хранить в тайне полученные ими сведения, как в период действия договора, так и после ухода сотрудника в течение нескольких лет.

⁴⁶ Брагинский М. М., Витрянский В. В. Договорное право : книга третья. — М. : Статут, 2002. — С. 1010.

⁴⁸ Гражданское право : ч. 2 / под ред. Сергеева А. П., Толстого Ю. К. — М., Проспект, 1997 — С. 663.

⁴⁹ Каган Е., Касьянова Г. Договор коммерческой концессии // Главбух. — 1997. — № 1-2. — С. 54.



Учитывая вышеизложенное, следует признать, что предмет договора франчайзинга имеет комплексный характер, позволяющий пользователю с помощью средств индивидуализации сразу же включиться в хозяйственную деятельность и полноценно действовать на рынке. Это подтверждается самой сутью франчайзинга.

Подчеркнем, что промышленная собственность охватывает широкий круг объектов, которые защищены либо патентом, либо товарным знаком (знаком обслуживания), либо иными выдаваемыми государственными органами свидетельствами исключительных прав, либо режимом франчайзинга. Поэтому пользователи защищены в случае неправомерного заимствования права собственности на эти объекты. Следовательно, при составлении договора необходимо определить, какой именно объект промышленной собственности передан от правообладателя к пользователю, действительно ли он защищен от несанкционированного использования и может ли быть предметом передачи⁵⁰.

Особое внимание, на наш взгляд, следует уделить такому аспекту предмета договора, как эксклюзивность (исключительность) передаваемых прав. Мы полагаем, в договоре необходимо четко определить и передаваемые правообладателем права исключительности, и границы территории, на которой они будут действовать. Например, если переданы права на товарный знак, нужно предусмотреть поставку товаров для их последующей реализации, поэтому в договоре надо указать торговые квоты.

Таким образом, рассмотренные выше особенности предмета договора франчайзинга позволяют сделать вывод о том, что предмет договора отличается своеобразием и широким кругом передаваемых объектов.

Содержание франчайзинговых правоотношений. Особенность договора франчайзинга проявляется также и в его содержании.

В юридической литературе термин «содержание договора» употребляется в различных значениях, а именно: и как условия договора, и как права и обязанности сторон, составляющие содержание договорного правоотношения, и как пункты, составляющие содержание текста договора⁵¹.

Различное понимание и толкование рассматриваемого термина является следствием неоднозначной трактовки понятия «договор». А именно: термин «договор» употребляется и как юридический факт — соглашение, и как возникшее из него договорное правоотношение, и как документ, в котором фиксируются права и обязанности сторон.

Считается, что наиболее распространенным является рассмотрение содержания договора как совокупности прав и обязанностей его сторон. Поскольку франчайзинг является двусторонней сделкой, то есть договором, в котором правам одной стороны всегда корреспондируют обязанности другой, нами будут рассматриваться только последние.

Обязанности правообладателя можно разделить на императивные и диспозитивные. Первые сформулированы в законе таким образом, что не допускают изменения их по жела-

⁵⁰ Земляков Д. П., Макалиев М. О. Франчайзинг. Интегрированные формы организации бизнеса. — М., 2003. — С. 46.

⁵¹ Новицкий И. Б. Сделки. Исковая давность. — М., 1954. — С. 43.

нию сторон. Содержание же обязанностей второй группы стороны договора вправе изменить или даже вовсе отказаться от включения их в договор. Однако если этого не происходит, они действуют в полном объеме.

Согласно ГК РК правообладатель по договору франчайзинга обязан обеспечить передачу пользователю всего комплекса исключительных прав по договору. Эта обязанность в законе расшифрована достаточно подробно и сформулирована как императивная. Она включает в себя ряд субобязанностей: передать пользователю техническую и коммерческую документацию (планы, расчеты, чертежи), проинструктировать пользователя и его работников по вопросам осуществления прав, переданных по договору франчайзинга, а также предоставить пользователю иную информацию, необходимую для осуществления этих прав. По сути, данная обязанность является информационной и требует, чтобы правообладатель передал пользователю любую информацию, которая окажется необходимой для осуществления прав, передаваемых по договору франчайзинга. Перечень данных, которые можно потребовать раскрыть, оставлен открытым. Чтобы избежать необоснованных требований о раскрытии информации, правообладателю в договоре франчайзинга следует указывать, какая именно информация подлежит предоставлению. В противном случае между сторонами договора может возникнуть трудноразрешимый спор об объеме предоставления информации.

В связи с этим, следует согласиться с мнением некоторых авторов, например, Е. Дряхлова и Е. Назаренко о том, что «в законодательство по франчайзингу по аналогии с мировым, целесообразно включить пункт, отражающий обязанность правообладателя предоставлять пользователю исчерпывающую информацию о своей деятельности, за несколько дней до подписания договора и взимания любых платежей с последнего»⁵².

Информация должна включать (полностью или выборочно): наименование компании, ее текущее финансовое положение, состав учредителей, наличие лицензии на осуществление основной деятельности (с указанием даты истечения), анализ бухгалтерской и аудиторской отчетности, сведения о конфликтах с законодательством и о судебных исках, предъявленных компании, состав и территориальное распределение пользователя, стратегический план развития компании, реестр интеллектуальной собственности, информацию по договору франчайзинга (срок действия, условия продления, прекращения)⁵³.

Эта идея у вышеуказанных авторов появилась в связи с тем, что в 60-70 годах — в период наибольшего подъема франчайзингового бизнеса в США — разразилась масса скандалов, которые могли скомпрометировать саму идею франчайзинга. Причинами тому были: во-первых, существование огромного числа «липовых» франчайзинговых компаний, которые попросту собирали деньги и исчезали; во-вторых,

⁵² Назаренко Е. Е. Банковское обслуживание франчайзинга // Банковское дело. — 2001. — № 6. — С. 42.

⁵³ Дряхлов Е. Законодательство и нормы в области франчайзинга // Оборудование. Рынок. Предложение. Цены. — 2001. — № 2. — С. 40.



наличие фирм с недостаточной капитализацией и слабым менеджментом, которые достаточно скоро разорялись, оставляя после себя рухнувшие франчайзи и разорившихся людей⁵⁴.

Полагаем, весьма возможно, что с расширением сферы применения франчайзинга такие же события могут произойти в Казахстане. Не исключено, что число предпринимателей, которые изъявляют желание «разбогатеть» за счет продажи ничего не стоящего комплекса исключительных прав своей компании, будет достаточно большим.

Правообладатель также обязан выдать пользователю предусмотренные договором лицензии, обеспечив их оформление в установленном порядке. В данном случае речь идет о лицензиях, выдача которых предусмотрена применительно к товарным знакам (знакам обслуживания) и прочим объектам, передача прав на которые в силу закона подлежит регистрации.

В случае предоставления лицензии по договору на территорию сразу нескольких стран (например, СНГ) в договоре следует закрепить обязанность правообладателя по требованию пользователя обеспечить патентную охрану своих объектов интеллектуальной собственности в тех странах, где эта охрана еще отсутствует.

Договором на правообладателя может быть возложена и обязанность поддерживать патентные права в силе. Это обусловлено тем, что в случае истечения срока действия охранных документов на объекты интеллектуальной собствен-

сти, принадлежащие правообладателю, в случае неуплаты последним в установленный срок пошлин за поддержание патента или свидетельства в силе, наступает досрочное прекращение действия этих документов. В этом случае положения договора, относящиеся к прекратившемуся праву, перестают действовать.

В самом договоре желательно подробно описать и подтвердить охранными документами права правообладателя на объекты интеллектуальной собственности, передаваемые им пользователю.

В договоре франчайзинга может содержаться также и условие об обязанности правообладателя оказывать пользователю постоянное техническое и консультативное содействие, включая содействие в обучении и повышении квалификации работников.

По мнению некоторых авторов, например, Е. А. Суханова, это условие не считается обязательным, поскольку ставится в зависимость от усмотрения сторон. Обязательное требование закона — лишь инструктаж пользователя и его работников по всем вопросам, связанным с осуществлением соответствующих прав⁵⁵.

Однако, на наш взгляд, представляется более правильной позиция С. А. Сосны, полагающего что «возложение на правообладателя этой обязанности является вполне логичным, особенно в рамках долгосрочного договора. Ведь объекты прав, передаваемых по договору франчайзинга, как правило, непрерывно совершенствуются. Поэтому пользователь объективно заинтересован в по-

⁵⁵ Суханов Е. А. Цитируемый труд. — С. 18.



лучении полной информации, которая улучшит его позиции на рынке. В свою очередь, правообладатель за оказание информационного содействия может получить отдельное вознаграждение»⁵⁶.

В качестве обязанности правообладателя в договоре может быть предусмотрено осуществление контроля качества товаров (работ, услуг), производимых (выполняемых, оказываемых) пользователем на основании договора франчайзинга. Правообладателю как лицу, которое более глубоко знакомо с процессом выпуска товаров (выполнения работ, оказания услуг), гораздо проще проконтролировать их качество, чем пользователю. Ведь правообладатель — обычно и создатель интеллектуальных продуктов, права на которые передаются по договору франчайзинга и используются при создании товаров. К тому же он заинтересован в том, чтобы эти творческие продукты не обесценивались в результате выпуска товаров (выполнения работ, оказания услуг) худшего качества⁵⁷.

В договоре франчайзинга требования к качеству определяются путем указания либо нормативных документов по стандартизации, образца и (или) описания, которым должно соответствовать качество товара, либо показателей качества товара, либо одновременно двумя указанными способами.

К показателям качества могут относиться требования надежности, безопасности, энергопотребления,

эргономических, эстетических, экологических, количественных и других характеристик товара.

С учетом характера и особенностей деятельности, осуществляемой по договору франчайзинга, пользователь обязан использовать комплекс полученных им исключительных прав в строгом соответствии с условиями договора, в установленном объеме и надлежащим образом. Эта обязанность совпадает с его правом использовать такой комплекс. Однако было бы неправильным считать, что пользователь должен выполнять обязанность, которая одновременно является и его правом. У них различное содержание. Возможность использовать исключительные права касается главным образом тех действий, которые может совершать пользователь. Обязанность же его состоит в том, чтобы не выходить за пределы пользования, установленные договором*. ♦

⁵⁶ Сосна С. А. Новое в гражданском праве: франчайзинг // Государство и право. — 1997. — № 7. — С. 25.

⁵⁷ Гражданское право : ч. 2. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М., Проспект, 1997. — С. 639.

* окончание в следующем номере.



АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ АВТОРСЬКОГО ПРАВА І СУМІЖНИХ ПРАВ У ЦИФРОВОМУ СЕРЕДОВИЩІ

Володимир Дроб'язко,
*завідувач сектору суміжних прав НДІ
інтелектуальної власності НАПрН України,
кандидат філологічних наук*

Хоча Договір ВОІВ про авторське право і Договір ВОІВ про виконання фонограм нині містять основні норми, що визначають і регулюють охорону авторського права та суміжних прав у цифровому середовищі, а також є керівництвом і моделлю для національного законодавства, на міжнародному рівні окремі проблеми все ще залишаються невирішеними. Крім того, у сфері авторського права і суміжних прав останнім часом мали місце важливі досягнення, які в довгостроковій перспективі можуть мати вплив на промисловість, і які обговорюються законодавцями, юристами та іншою міжнародною громадськістю. В той час як суди в окремих юрисдикціях мають справу з новими видами порушення прав, пов'язаними з використанням цифрових технологій, у деяких країнах вже обговорюються й приймаються нові закони для забезпечення ефективного захисту і здійснення прав у цифрову еру.

Одночасно індустрія, пов'язана з авторським правом, адаптує свої бізнес-методи і використання технологій до цифрових методів захисту від нових ризиків.

Деякі з найважливіших проблем описані нижче і пов'язані з таким:

- (а)обсяг охорони авторського права в цифровому середовищі;
- (в)відповідальність онлайн-провайдерів послуг;
- (с)права виконавців у цифровому середовищі;
- (d)права організацій цифрового мовлення: веб-мовлення, цифрові кіно- і телебачення в онлайні;
- (е)зв'язування інформації про авторське право в онлайні — глибоке зв'язування і кадрування;
- (f)охорона баз даних;
- (g)файлообмінні системи, такі як Непстер.

Три найважливіші з цих проблем нині обговорюються у ВОІВ з метою можливої розробки нових міжнародних інструментів, а саме: права аудіовізуальних виконавців, права організацій мовлення, і охорона *sui generis* (спеціальним законодавством) баз даних, які не підпадають під охорону авторським правом. Два перші права вже охороняються багатосторонніми договорами, але вимагають актуалізації і вдосконалення; останнє може утворити нову форму міжнародної охорони. Додаткова діяльність в інших галузях також перебуває у стадії обговорення.

Обсяг охорони авторського права в цифровому середовищі

1.1. Винятки і обмеження у сфері авторського права. Система авторського права традиційно підтримує баланс між охороною майнових прав творця і його виключного права на контроль над використанням примірників свого твору і дотримання суспільних інтересів щодо добросовісного доступу і використання таких матеріалів. Закони з авторського права допускають винятки з авторського права для підтримання цього балансу. У США, наприклад, цей баланс підтримується принципом обмежень прав авторів у разі «добросовісного використання», тоді як в інших країнах, таких як Австралія і Великобританія, ця концепція реалізується шляхом введення законом винятків для «добросовісних угод» з переліку порушень авторського права.

Цей баланс розглядається нині стосовно цифрових технологій, напрямів їх зміни і тим, як ми одержуємо доступ і використовуємо інформацію. У фізичному світі ми можемо одержати доступ до захищених авторським правом матеріалів, не порушуючи авторського права, наприклад, беручи книгу з бібліотеки. В он-лайні кожний доступ до таких матеріалів включає акт копіювання, коли простий акт перегляду веб-сайту вимагає, щоб комп'ютер робив тимчасову локальну комп'ютерну копію даних у своїй оперативній пам'яті (RAM). Крім того, все більшою мірою твори авторського права вже не продаються у вигляді книги або відеокасети, як це було раніше, а ліцензуються на певний строк і з певними умовами регулюються контрактом, який

може впливати на застосування винятків і обмежень, традиційні перевірки та баланси системи авторського права, спрямовані на захист прав споживачів і суспільних інтересів.

Ряд питань було порушено відносно винятків і обмежень на права у цифровому середовищі. Чи є існуючі винятки і обмеження, написані мовою, що призначалась для інших обставин, надто широкими або надто вузькими? Деякі винятки, якщо їх буквально застосовувати в цифровому середовищі, можуть ліквідувати великі сектори існуючих ринків. Інші можуть значною мірою відповідати суспільним інтересам, але при цьому містити так багато обмежень, що їх не можна буде застосовувати для мережових взаємодій. Ці питання повинні досліджуватися у світлі міжнародного стандарту, розробленого для допущення винятків і обмежень певних прав, відомого як «трихступеневий критерій». Відповідно до цього критерію, як встановлено Бернською конвенцією і Угодою TRIPS, винятки допускаються «у певних особливих випадках», які «не завдають шкоди нормальній експлуатації» твору і «не ущемляють безпідставно законних інтересів [володільця]».

Стосовно обсягу таких виключних прав Інтернет-договори ВОІВ продовжують надавати гнучкість нормам окремих країн щодо визначення винятків і обмежень, які відповідають їх конкретним умовам. Загальний «триступеневий» критерій, застосовний до права на відтворення у Бернській конвенції і до всіх прав Угоди TRIPS, розширений для застосування до всіх прав Бернської конвенції, а також до ДАП (Стаття 10) і ДВФ (Стаття 16). Важлива погоджена заява у ДАП



(відносно Статті 10) і ДВФ (відносно статті 16) пояснює, що цей текст дозволяє країнам розширити склад існуючих винятків і обмежень у цифровому середовищі, або, за необхідності, додати нові. Наприклад, ДАП передбачає:

«Погоджена заява відносно Статті 10: Розуміється, що положення Статті 10 дозволяють Договірним сторонам переносити і належним чином поширювати на цифрове середовище обмеження і винятки у своїх національних законах, які вважаються прийнятними за Бернською конвенцією. Аналогічним чином ці положення повинні розумітись як такі, що дозволяють Договірним сторонам визначати нові винятки і обмеження, придатні в середовищі цифрових комп'ютерних мереж.

Також розуміється, що Стаття 10(2) не обмежує і не розширює сферу обмежень і винятків, допустимих Бернською конвенцією». Як зазначено вище, метою законодавців є досягнення необхідного балансу в законі, що надає сильні та ефективні права, але з розумними обмеженнями і з чіткими винятками. Якщо ці зусилля будуть успішними, результатом стане позитивний імпульс для всіх сторін. Торгівля творами, що охороняються авторським правом, виконаннями, фонограмами та іншими охоронними об'єктами стане основним елементом глобальної електронної комерції, яка збільшуватиметься і процвітатиме із зростанням цінності предметів торгівлі. Якщо можливість правоволодільців продавати і ліцензувати свою власність через Інтернет буде захищена, вони почнуть використовувати цей ринок на повну силу і нададуть найцінніші твори для доступу на дано-

му носієві. Відповідні обмеження і винятки продовжуватимуть захищати суспільні інтереси щодо використання. Результатом стане вигравш для споживачів, для правоволодільців, для постачальників послуг і для національної культури і економіки — ідеальна ситуація, в якій виграють усі.

1.2. Збереження прав авторів в он-лайн. На практиці увага до обсягу закону про авторське право в он-лайнному контексті була звернена двіма важливими судовими справами у США. Вони порушили питання щодо того, до якої міри автори зберігають право на контроль і ліцензування своїх творів, коли ці твори перекомпілюються і повторно поширюються електронним способом у цифровому середовищі. У справі *The New York Times, Co v. Tasini*, Верховний суд США прийняв рішення на користь Американського національного союзу письменників проти різних нових дистриб'юторів, які продавали матеріал незалежних письменників в електронні бази даних, включаючи Lexis/Nexis, без будь-якої додаткової оплати або переговорів про електронні права з авторами. Суд установив, що електронне перевидання творів письменників становить порушення авторського права, і що письменники мають право одержувати роялті за вторинне використання. Такі ж аргументи були підтримані стосовно справи *National Geographic v. Greenberg*, в якій Верховний суд США відхилив подану апеляцію на попереднє рішення Апеляційного суду про те, що відтворення творів незалежних фотографів на CD-ROM у пошуковій колекції старих журнальних видань становить нове використання, за яке



вихідним авторам повинні виплачуватися роялті. Із цих справ стає зрозуміло, принаймні для окремих юрисдикцій, що правова категоризація використання творів авторського права в електронному контексті спрямована на збереження і підтвердження прав творців у цифровому середовищі.

1.3. Просування програмного забезпечення з відкритим вихідним кодом. Просування «відкритого вихідного коду» в індустрії програмного забезпечення засноване на доктрині, відмінній від придбання прав інтелектуальної власності на програмне забезпечення, яке традиційно було приватною власністю і охоронялося авторським правом, а в окремих юрисдикціях — патентним законом. Відкритий вихідний код відноситься до розвитку програмного забезпечення, яке є публічно доступним у формі вихідного коду, відповідно до сертифікаційного стандарту, випущеного Ініціативою відкритого вихідного коду (OSI). Програмне забезпечення, хоча зазвичай і захищене авторським правом, розповсюджується без ліцензійних обмежень, що таким чином заохочує користувачів до того, щоб програмне забезпечення вільно використовувалось, модифікувалось, копіювалось і розповсюджувалось за дотримання певних умов, включаючи умову про те, щоб заохочувати розвиток програмного забезпечення на основі співробітництва, усуваючи помилки програмування або збої і сприяючи створенню модифікацій програм.

2. Відповідальність провайдерів Інтернет-послуг

Одним із питань, що викликають певну стурбованість у суспільстві

щодо інтелектуальної власності і в Інтернет-співтоваристві, є питання про те, хто повинен нести відповідальність за порушення авторського права, що має місце в онлайні. Це питання впливає із самої природи цифрових мереж. Коли твір передається з однієї точки в іншу, або надається для доступу широкій публіці, різні сторони включені у процес передачі. Серед них організації, що надають Інтернет доступ або он-лайн послуги (“ISP” або “OSP”). Коли такі провайдери послуг беруть участь у передачі або наданні доступу до матеріалів, наданих іншими сторонами, що порушують авторське право або суміжні права, чи несуть вони відповідальність за порушення прав? Така відповідальність може виникнути в одному з двох випадків: якщо виявлено, що сам провайдер послуг замішаний у недозволенних діях щодо відтворення або сповіщення для загального відома, або якщо він буде визнаний відповідальним за сприяння або за надання можливості вчинення акта порушення прав іншою особою.

Такі питання були порушені відповідно до китайського закону про авторське право, наприклад, у судовій справі *Wang Mrng v. Century Interconnecting Telecom Co, Ltd*, пов’язаній із провайдером послуг, на вебсайті якого без дозволу розміщені твори шести відомих китайських романістів. Відповідач заперечував зазначаючи, що китайський закон про авторське право не відноситься до Інтернету, і тому цифрові твори не можуть порушувати авторське право. Суд висловився на користь позивача, стверджуючи, що жодний похідний твір не був створений виключно завдяки процесу перекладу в цифрову форму, і що



АВТОРСЬКЕ ПРАВО

китайський закон про авторське право надає автору виключне право на використання твору і одержання від цього прибутку як в он-лайн, так і поза ним. Було встановлено, що ISP міг контролювати розповсюдження творів і у зв'язку з цим був відповідальний за порушення прав.

Питання відповідальності має важливий міжнародний підтекст. Оскільки Інтернет є носієм, що не має кордонів, а його режим — глобальний, важливо, щоб схожі підходи до даного питання були прийняті в усьому світі. Необов'язково, щоб ці підходи були ідентичними: вони можуть відрізнятися залежно від конкретних обставин і правових традицій будь-якої конкретно взятої країни. Та для стійкого розвитку глобальних мереж і електронної комерції вони повинні бути взаємно працездатними. Це питання було предметом розгляду на робочому семінарі ВОІВ у 1999 р., який досліджував національні та регіональні правові межі, системи «повідомлення та зняття» і можливості міжнародної гармонізації. ВОІВ продовжує слідкувати за розвитком цього питання, включаючи судові рішення, події на ринку і нові законодавства.

Під час Дипломатичної конференції з Інтернет-договорів ВОІВ у 1996 р. ця проблема активно обговорювалась. Кінцевим результатом було те, що договори, по суті, є нейтральними відносно даної проблеми, а питання про відповідальність залишається предметом визначення на рівні національних законодавств. Існує, проте, одне посилення на цю проблему в погодженій заяві до ДАП, яка передбачає що: «розуміється, просте надання фізичних засо-

бів, які дозволяють зробити або здійснюють повідомлення, як таке не є повідомленням у розумінні цього Договору або Бернської конвенції». Заява пояснює, що, наприклад, надання проводів, використовуваних для зв'язку, не становить самого акта зв'язку. Та застосування цієї заяви дуже обмежене; вона не охоплює ряду видів діяльності, в яких може бути задіяний провайдер послуг, і вона не пов'язана з концепцією відповідальності за співучасть у порушенні прав іншою особою.

Після 1996 року з'явився ряд законодавчих актів з даного питання. Всі ці законодавчі акти відрізняються стосовно того, чи присвячені вони тільки авторському праву або використовують горизонтальний підхід «тобто правило, що покладає відповідальність на провайдерів послуг незалежно від підстав, за якими матеріал незаконно передавався. Іншими словами, горизонтальний підхід охоплює не тільки порушення авторського права, а й інші закони, такі як закони про наклеп або нецензурні висловлювання. Нині в Німеччині та Швеції діють закони, які вирішують дане питання, використовуючи горизонтальний підхід. Японія також ввела «Закон про відповідальність провайдерів», який встановлює, що провайдер несе відповідальність тільки в тому разі, якщо існує технічна можливість застерегти передачу матеріалу, що порушує право; і провайдер знає про існування такого матеріалу і: знає, що він є порушенням прав або мав можливість знати, що він порушує права (Ст. 3(1)). Особа, чії права були порушені, може просити розкрити інформацію про особу, яка передає цей матеріал, якщо така інформація необхідна для подання судового по-



зову або з інших законних підстав (ст. 4(1)).

Європейське Співтовариство прийняло Директиву про електронну комерцію з положеннями, які сприятимуть гармонізації підходів до відповідальності в державах-членах, знову ж таки, використовуючи горизонтальний підхід. Деякі коментатори доводили, що існують протиріччя між Директивою ЄС про авторське право і Директивою ЄС про електронну комерцію щодо питання про відповідальність провайдерів послуг. Іншими країнами, включаючи Угорщину, Ірландію, Сінгапур і США, був прийнятий альтернативний підхід, а саме, введення спеціальних законів у галузі авторського права для визначення відповідальності провайдерів послуг в он-лайн. У США Конгрес ввів у дію спеціальне законодавство про авторське право як частину Акта про авторське право у сфері цифрових технологій (ДМСА) 1998 р. після того, як протягом попередніх років законодавство встановило різні стандарти в інших галузях права. Як складова частина ДМСА «Акт про обмеження відповідальності за порушення авторських прав в он-лайн» встановлює «безпечні гавані» для уникнення ISP відповідальності за порушення авторського права за певних обставин. ДМСА вводить керівництво відносно порушення авторських прав в он-лайн, хоча й не визначає, коли саме провайдер несе відповідальність за порушення авторського права і до нього, у зв'язку з цим, можуть застосовуватися існуючі принципи закону США про авторське право. Замість цього ДМСА визначає ті категорії діяльності провайдерів, коли провайдери звільняються від відпо-

відальності за шкоду за умови, що провайдер виконує роль тільки «пасивного провідника» інформації, не є виробником інформації і швидко реагує на запит володільця авторського права про зняття або припинення доступу до порушуючого права матеріалу (так звані положення про «повідомлення і зняття»). Для того, щоб претендувати на імунітет, провайдер повинен також впровадити політику, відповідно до якої припиняється надання послуг постійним порушникам прав, а також надати можливість і не перешкоджати встановленню технічних засобів для захисту та ідентифікації творів, захищених авторським правом.

В одній із судових справ США, в якій проходили перевірку ці положення «надійної гавані», *ALS Scan, Inc. v. Remarg Communities, Inc.*, питання полягало в тому, чи несе провайдер відповідальність за надання доступу до блоку новин для «дорослих», які містили несанкціоновані копії фотографій позивача, після того, як він був поінформований, що сайт порушує авторські права. У даній справі провайдер говорив, що він вилучить матеріал тільки тоді, коли будуть ідентифіковані і досить детально перераховані порушуючі права об'єкти, що було важким завданням, враховуючи кількість фотографій на сайті. Суд ухвалив, що позивач виконав вимогу про повідомлення і тому, будучи поінформованим, провайдер не може розраховувати на імунітет, надаваний ДМСА. Відповідно до ДМСА у США була також порушена справа, коли 13 компаній звукозапису звернулись до суду з вимогою на адресу чотирьох провайдерів Інтернет-послуг про блокування доступу до заснованого



в Китаї веб-сайту — *Listen 4ever.com.*, який звинувачувався в порушенні законів США про авторське право. Англomовний сайт пропонував до вільного вивантаження тисячі захищених авторським правом пісень, поки не закритися після порушення судової справи.

3. Права виконавців у цифровому середовищі

Хоча ДВФ і захищає права виконавців, його положення відносяться до аспектів живого виконання, а не до аудіовізуальних виконань. Це відбулось тому, що в різних частинах світу виникли різноманітні системи для захисту аудіовізуальних виконань, деякі з них засновані на юридичних правах, інші на контрактах, і важко досягнути компромісу між цими системами. Хоча деякі виконання охороняються багатьма національними законами, а також Римською конвенцією про охорону виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення, жоден багатосторонній договір не охоплює прав виконавців в авторизованих аудіовізуальних фіксаціях їх виконань. Можливе розширення міжнародної охорони виконавців на аудіовізуальні виконання можна розглядати як загальне питання, що не є специфічним для електронної комерції. Разом з тим, воно дуже тісно з нею пов'язано, оскільки аудіовізуальні виконання будуть все більше використовуватись в Інтернеті (кінофільми і музичне відео), наприклад, розширенням доступної смуги пропуску. Більше того, цифрові технології дозволяють недозволені маніпуляції та спотворення зовнішнього вигляду виконавців і голосів (наприклад трансформацію). Тому належне вирішення цієї про-

блеми є важливим компонентом загального роз'яснення прав, чинних в електронній комерції.

У грудні 2000 р. ВОІВ організувала Дипломатичну конференцію з охорони прав аудіовізуальних виконань. Оскільки обсяг даної Конференції включав низку питань стосовно такої охорони, вона стала також важливою спробою встановити відповідні права, пов'язані з конвергенцією цифрового і аудіовізуального середовищ. Результатом Конференції стало загальне взаєморозуміння між урядовими делегаціями, що брали участь, відносно найсуттєвіших положень договору ВОІВ про аудіовізуальні виконання, за винятком питання про міжнародне визнання передання прав відповідно до національних законодавств.

Невирішеним питанням стали наслідки, які могли потягнути за собою міжнародне визнання встановленого законом передання виключних прав. Країни, які підтримали таке визнання, вимагали визначеності та ясності щодо визначення можливості продюсера реалізовувати виключні права авторизації для ефективного показу кінофільмів у глобальному середовищі. Опозиція такому визнанню полягала в основному в стурбованості, що це може вплинути на застосування національних правил з правового регулювання передання або надання прав відносно показу кінофільмів по всьому світу.

Дипломатична конференція рекомендувала Асамблеї держав-членів ВОІВ на її сесії у вересні 2001 р. зібрати Конференцію ще раз з метою остаточного прийняття нового договору. Разом з тим, під час Асамблеї держави-члени вирішили, що не-

обхідно продовжити консультації для узгодження невіршених проблем відносно згаданих вище положень. Тому вони вирішили перенести дане питання на сесію Асамблеї ВОІВ 2002 р. Оскільки необхідних контактів не було, на сесії 2002 р. Генеральна Асамблея схвалила пропозицію Генерального директора про те, щоб Міжнародне бюро провело неформальні консультації із зацікавленими сторонами для дослідження можливості скликання «неформальної спеціальної наради» у першій половині 2003 р. «з метою неформального обміну думками відносно невіршених питань і шляхів їх вирішення». Водночас ВОІВ проводить тісний діалог з урядами і неурядовими організаціями для вирішення суттєвих протиріч і знаходження можливості прогресу на переговорах.

4. Права організацій цифрового мовлення

Інтернет пропонує великі можливості для провайдерів і дистриб'юторів об'єктів авторського права із представлення цих матеріалів глобальній аудиторії, включаючи (i) вебмовлення та (ii) цифрове кіно і телебачення в он-лайн.

4.1. Веб-мовлення

Веб-мовлення, також відоме як «стрімінг», це процес цифрової передачі музичних записів, радіо і телевізійних передач через Інтернет. Процес спроектований так, щоб не створювати постійних копій на жорстких дисках комп'ютерів кінцевих користувачів, хоча існує програмне забезпечення, яке дозволяє користувачам конвертувати потік аудіофайлів в інші формати, які можуть пересилатися файлообмінними системами (P2P).

Деякі законодавці відреагували на цей новий метод розповсюдження творів авторського права.

Акт про авторське право у сфері цифрових технологій США (ДМСА), наприклад, вводить примусову ліцензію для організацій веб-мовлення, чії послуги не надаються за запитом, і надає володільцям авторського права виключне право надавати дозвіл на вебмовлення, здійснюване за запитом. Передача «за запитом» є інтерактивною передачею, коли користувач вибирає, яку саме пісню йому прослухати на вебсайті. Крім передач ефірного мовлення, ДМСА адресується до чотирьох категорій вебмовлення: (1) сайти, що надають оригінали програм; (2) сайти, що здійснюють вторинну передачу ефірного мовлення радіо аналога; (3) сайти-агрегатори, що полегшують доступ до комерційних радіостанцій; і (4) розважальні сайти, що надають аудіо і розважальні новини.

Практика ретрансляції передач ефірного мовлення наземних радіостанцій через Інтернет також викликає стурбованість відносно авторського права. У справі *National Football League et al v. iCrave TV.com*, порушеній компаніями кінематографії та мовлення США і Канади, суд прийняв остаточну постанову про заборону канадському вебсайту iCrave TV.com конвертувати захищений авторським правом телевізійний матеріал 17 північноамериканських телевізійних станцій у цифрові веб-передачі і стрімінг їх через Інтернет. Несанкціонована ретрансляція була визнана порушенням виключного права позивача на виконання і відтворення своїх творів у США. Хоча передачі iCrave TV могли бути законними відповідно до



Закону про авторське право Канади, вони не відповідали положенням закону США, і не було можливості застерегти доступ через Інтернет користувачів США до цієї послуги. Після цього iCrave TV відновила свої онлайн-послуги, здійснюючи мовлення програм мережевого і кабельного телебачення на цей раз із використанням систем захисту авторського права для запобігання доступу користувачів із США.

4.2. Цифрові кіно і телебачення

Аудіовізуальній індустрії Інтернет пропонує безпрецедентний канал для глобального поширення творів кіно і телебачення. Разом з тим, до останнього часу аудіовізуальні компанії остерігались повністю переходити у цифрове середовище. Повільне зростання цифрової здатності, яке обмежувало швидкість передачі великих файлів, до останнього часу захищало індустрію від невтримного піратства. Водночас, побоювання кіностудії нині зростають у зв'язку з появою піратських версій більш відомих кінофільмів до їх офіційного випуску. Наприклад, «Зоряні війни, епізод II: Атака клонів» був доступним в он-лайні через службу підкачування файлів Internet Relay Chat за тиждень до своєї офіційної прем'єри. Дослідження показало, що від 400000 до 600000 фільмів щоденно вивантажується через такі мережі обміну файлами і піратські відеосайти за запитом. Зміни у структурі прокату фільмів, такі як покази «день у день», які одночасно випускають фільми в різних регіонах, допомагають стримувати піратство, але не вирішують проблеми. Ще одну стурбованість викликають так звані «аналогові дірки», які відносяться до проблем захисту, що виникають, коли цифрові сигнали пе-

ретворюються в аналогові при вході у телевізійний приймач, у цей момент механізми захисту копій, які були включені до цифрового файлу, стираються. Незахищений аналоговий фільм потім може бути завантажений в Інтернет і поширюватися піратським способом без обмежень. Іншим досягненням, за яким прискіпливо спостерігає кіноіндустрія, є масова поява «любительських фільмів» — цифрових фільмів, які зображають героїв і повторюють сцени фільмів, без дозволу володільця авторських прав, популярним прикладом чого є «Зоряні війни». Одного разу аніматор поширив в он-лайні любительський фільм про супермена, змусивши правоволодільців надіслати листа про призупинення і заборону показу.

Нові досягнення спостерігаються також у галузі цифрового інтерактивного телебачення (ITV), включаючи використання:

- персональних або цифрових відеопрогравачів (таких, як TiVo, PerlayTV і UltimateTV), які дозволяють глядачам здійснювати цифровий запис шоу відповідно до жанрів або акторів, робити паузи і прокручувати назад живе ТВ;
- відео за вимогою (VOD), що дозволяє глядачам вибирати, яку програму дивитися на умовах оплати за кожний перегляд або за передплатою;
- двосторонні програми, які дозволяють глядачам вступати в інтерактивний контакт з іншими глядачами.

Ці досягнення, разом з тим, стримуються відсутністю нині захисту копій, який убезпечив би власність правоволодільців за умови цифрового мовлення. Однією з таких техно-

логій, запропонованою кіноіндустрією та індустрією побутової електроніки, підтриманою Дискусійною групою щодо захисту мовлення і схваленою Федеральною комісією з комунікацій, є «індикатор передачі» — маркер, введений у передачі цифрового ТБ для контролю того, як споживачі електронних пристроїв можуть переглядати і записувати передачі, та вказівки на ті передачі, які не можна копіювати. Другою ініціативою була розташована в Голлівуді Технічна робоча група захисту копій, утворена для забезпечення захисту цифрового телевізійного і відеорозповсюдження.

Передачі організацій мовлення традиційно охороняються у багатьох країнах відповідно до закону про авторське право, або про суміжні права, і ці права також охороняються як Угодою TRIPS, так і Римською конвенцією. Разом з тим, у даній галузі, як і стосовно прав виконавців, необхідна актуалізація існуючих міжнародних норм. Існуючі договори можуть не давати відповідної гарантії відносно того, що організації мовлення (і провайдери популярних програм, не обов'язково тих, що охороняються авторським правом і суміжними правами, таких як окремі спортивні передачі) зможуть захистити і реалізувати свої роботи та інвестиції в Інтернеті. Новий договір зміг би захистити від цифрового піратства і маніпулювання сигналами мовлення, розвиваючи використання Інтернету як середовища для діяльності у сфері мовлення.

У ВОІВ продовжується дискусія про потенціал договору, пов'язаного з правами організацій мовлення, і пропозиції щодо мови договору вже одержані ВОІВ від Європейського Співтовариства і ряду держав-чле-

нів. Секретаріат ВОІВ підготував технічний документ щодо стану захисту передач, спрямований на те, щоб виділити питання, які вимагають подальшого обговорення Постійним комітетом з авторського права і суміжних прав.

5. Зв'язування інформації з авторського права в он-лайн

5.1. Відповідальність за зв'язування і глибоке поєднання того, що є вмістом он-лайну. Програмне забезпечення, покладене в основу дії Інтернету, забезпечує «гіперзв'язок» інформації або «зв'язаних гіперактивних посилань» всередині сайтів або між ними. Таке зв'язування зазвичай має місце, коли творець одного веб-сайта надає посилання на інший веб-сайт, зазвичай зображене кольоровим текстом або іконкою, використовуючи програмне забезпечення, яке дозволяє користувачеві натиснути на посилання і побачити вміст зв'язаного веб-сайта. Даючи можливість користувачам вільно переміщуватись від одного веб-сайта до іншого, така практика також зумовлює питання авторського права. Проста зв'язка від одного веб-сайта до головної сторінки іншого веб-сайта зазвичай не викликає стурбованості, бо таке використання зв'язок може бути прирівнене до використання посилань із посиланнями на інші сайти. Застосовуючи просту зв'язку, користувач всього лише переглядає матеріал іншого зв'язаного сайту і знає, що його джерелом є другий веб-сайт. Цей процес не створює копії зв'язаного твору, крім копії, створюваної в оперативній пам'яті (RAM) комп'ютера. Часто для того, щоб зробити зв'язку із сайтом, не вимагається будь-якого дозволу, або тому, що володілець



АВТОРСЬКЕ ПРАВО

веб-сайта надав відкриту ліцензію на здійснення зв'язки, вмістивши свій матеріал на вебi, або тому, що таке зв'язування вважається добросовісним використанням.

Разом з тим інша зв'язувальна практика є більш проблематичною. «Глибоке зв'язування» з'єднує користувача із вторинним матеріалом на другому сайті, обминувши основну або титульну сторінку цього сайту, і може призвести до порушення авторського права цього вторинного матеріалу. Подібним чином «впроваджене посилання» створює відсилання до змісту іншого веб-сайту таким чином, що вторинний матеріал подається як належний першому сайту. Такі зв'язки, названі також «встояними» зв'язками, не вимагають виготовлення копії зв'язаного матеріалу, але можуть порушувати права автора на відтворення або надання свого твору публіці.

Використання глибоких посилань для зчитування сторінок із бази даних сайту, що викликає інтерес, у деяких юрисдикціях становить порушення прав стосовно бази даних, яка містить вторинну інформацію. У Європі Директива ЄС про бази даних вимагає від держав-членів захищати володільців баз даних від «повторного і систематичного вилучення і/або повторного використання незначних частин змісту бази даних, що становить дію, яка суперечить нормальному використанню цієї бази даних». Ця Директива була введена для запобігання застосування вебсайтами, що агрегують новини, глибокого зв'язування зі статтями на комерційних газетних сайтах. У справі відповідно до Датського закону про авторське право Датський суд присяжних

видав постанову суду про запобігання надання *Newsbooster.com* послуг, які дозволяли користувачам на платній основі використовувати ключові слова для підказування у веб «ботах» (автоматизованих комп'ютерних програм) для пошуку нових сайтів. Відповідачам було заборонено пропонувати послуги з пошуку на основі глибоких зв'язок, відтворювати і публікувати заголовки із сайтів і з поширюваних електронних сторінок новин з допомогою глибоких зв'язок. У Німеччині Верховний суд Мюнхена прийняв аналогічне рішення щодо справи, порушеної німецькою газетою «Мейнпост» проти пошукової машини Ньюсклаб, яка, як було встановлено, порушувала охорону авторського права бази даних новин Майпоста, здійснюючи пошуки і зв'язки безпосередньо з нею. Разом з тим рішення Окружного суду Гронінгена, Нідерланди (в результаті апеляції) постановило, що колонка з переліком пропонованих робіт газети не становить собою базу даних відповідно до голландського законодавства, і тому не може бути захищена від подання її уривків на веб-сайті з пошуку роботи.

У США, де нині не існує закону про бази даних *sui generis*, володільці авторського права знаходять захист проти глибокого зв'язування, спираючись на закони, що відносяться до авторського права, зловживання, порушення контракту, і положення про незаконне присвоєння із загального права. У справі *EBay Inc. v. Bidder's Edge Inc.* було встановлено, що використання веб-ботів для одержання даних про аукціони становить зловживання. У справі *Ticketmaster Corp. v. Tickets.com Inc.*, он-лайнна служба Майк-

рософту Seattle Sidewalk розмістила глибоку зв'язку з веб-сайтом Тікет-мастера, за допомогою якої користувачі могли придбати квитки, оминувши головну сторінку Тікет-мастера і, отже, рекламу, призначену для відшкодування витрат, і корпоративну інформацію. Проте у цій справі Окружний суд постановив, що глибоке зв'язування не є ні введенням в оману, ні недобросовісною конкуренцією, ні порушенням авторського права, оскільки веб-адреса або універсальний визначач ресурсу (URL) як такий не є охоронним матеріалом. Питання про глибоке зв'язування порушувалось також у справі США *Kelly V. Arriba Sotf Corporation*, що включає «візуальну пошукову машину», яка здійснювала пошук на веб-сайтах для відтворення мініатюрних «зніжок» зображень із вмонтованими зв'язками до оригінальних фотографій, які з'являлися в повну величину у вікні сайту відповідача, коли користувачі натискали на мініатюрну фотографію. Один з фотографів, чий твір був включений до складу зображень без дозволу, звинуватив пошукову компанію у порушенні авторських прав. Хоча Апеляційний суд у даних обставинах визнав, що копіювання мініатюрних зображень є добросовісним використанням, він одночасно встановив, що використання вмонтованих зв'язок для надання повномасштабних фотографій дійсно порушує авторське право фотографа, порушуючи його право на доведення до загального відома і відволікаючи користувачів від його сайту. В іншій справі, порушеній у рішенні про відповідність з DMCA, *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes*, суд прийняв остаточне рішення про заборону позивачеві

організації зв'язування із сайтами, які забезпечували вивантаження програми обходу авторського права DeCSS, встановивши, що така програма є еквівалентною торгівлі обхідними пристроями, що суперечить DMCA.

5.2. Відповідальність за кодування вмісту в он-лайн. Пов'язане з цим питання виникає в результаті практики використання програмного забезпечення браузера для «кадрування» вмісту другого он-лайнного джерела. Юридична складність виникає у зв'язку з тим, що користувач бачить вміст вихідного веб-сайта, який може охоронятися авторським правом, складений іншим сайтом, з іншим URL і, можливо, з іншими логотипами і рекламою. Така практика може становити порушення авторського права в деяких юрисдикціях, оскільки копія матеріалу створюється в комп'ютерній пам'яті. В Німеччині, наприклад, кадрування розглядається як порушення права на перетворення, передбачене Статтями 62.1 і 39 Акта Німеччини про авторське право. У справі *Roche Lexicon* суд Гамбурга вирішив, що RAM копії, створювані у процесі кадрування становлять відтворення твору, на яке у праволодильця повинен бути одержаний дозвіл. Зрозуміло, що право, шляхом законодавчих і юридичних нововведень, і далі реагуватиме на проблеми, що виникають у зв'язку з новою практикою з'єднання інформації та користувачів з матеріалами в он-лайн. Оскільки використання Інтернету не має кордонів, було б бажаним, щоб такі реакції були сумісними, і дозволяли б користувачам і володільцям веб-сайтів з певністю використовувати веб з он-лайнною інформацією.



6. Охорона баз даних

Як зазначено вище, економічна цінність і значення баз даних як сховищ цифрової інформації швидко зростає в цифровому середовищі. Існують заклики до розширення обсягу існуючої міжнародної охорони баз даних. Бази даних, які є оригінальними за відбором і організацією всього, що є їхнім вмістом, вже охороняються відповідно до авторського права. Та авторське право не охороняє бази даних, які не є оригінальними, такі як база даних, що містить величезну кількість пов'язаних фактів, і тому не є селективною, і організована в нетворчому комерційному або алфавітному порядку.

Крім того, навіть ті бази даних, які підпадають під охорону авторським правом, можуть одержати дуже обмежений обсяг охорони, дозволяючи конкурентам відбирати і представляти на ринку суттєві частини інформації, яку вони містять. Такі бази даних часто є результатом значних зусиль та інвестицій своїх творців, і для цих інвестицій становить загрозу простота і дешевизна копіювання БД за допомогою нинішніх технологій. У відповідь на цю проблему Європейське Співтовариство прийняло «Директиву ЄС про охорону баз даних», що приписує державам-членам ввести окрему *sui generis* форму охорони баз даних. При цьому виникла стурбованість відносно того, що, якщо її детально не збалансувати, нова форма охорони може призвести до монопольного положення провайдерів інформації, або ж завдати шкоди науковому, дослідницькому і освітньому секторам.

Питання охорони баз даних розглядається ВОІВ як один з аспектів програми дій ВОІВ у цифрову еру,

пов'язаний із принципами охорони неоригінальних баз даних, а також форми, яку така охорона повинна собою представляти. Уряди багатьох країн зазначали, що ця проблема вимагає подальшого аналізу. ВОІВ доручила провести п'ять досліджень щодо економічного впливу охорони неоригінальних баз даних в країнах, що розвиваються, і країнах перехідного періоду, і нині ці дослідження вже закінчені. Ці дослідження були розповсюджені у зв'язку із сесією Постійного комітету у травні 2002 р., який дав доручення про проведення подальших досліджень, одночасно залишаючи дане питання в порядку денному Постійного комітету прав (SCCR).

7. Файлообмінні системи — Napster

Музична індустрія першою в системі інтелектуальної власності зіткнулась безпосередньо з проблемами, що виникли в галузі авторського права в результаті розвитку інформаційних технологій. Головним чином це пов'язано з тим, що музика ідеально підходить для розповсюдження через Інтернет. Доходи від цифрової музики досягнули \$ 2,1 млрд до 2007 р. і становили 17% торгівлі об'єктами музики. Створення програм стиснення, таких як MP3 (mpeg 3) дозволило переводити в цифрову форму і вільно завантажувати і розвантажувати їх із веба або сайтів протоколу передачі файлів (FTP). У справі, пов'язаній з MP3. Com. он-лайнної музичної служби, *UMG Recordings, Inc. v. MP3 com, Inc.*, Суд установив, що MP3. Com несе відповідальність за порушення авторського права, сприяючи піратству цифрової музики, надаючи свою базу даних з



80 тис. музичних записів, майже на всі з яких немає дозволу.

Музичне піратство, між тим, досягло небаченого рівня через появу файлообмінних систем (P2P), які сприяють обміну музичними і відеофайлами між користувачами. Першою файлообмінною системою була система Napster, описана нижче, проте потім уже з'явилися численні служби P2P, включаючи Aimster, KaZaA і Grokster (що використовують мережу Fast Transk), і Morpheus (що використовує мережу Gnutella). За поточною оцінкою 99% всіх файлів, передаваних через такі P2P системи, не мають дозволу авторів. Це має особливе значення у світлі того, що, за оцінками, 5,16 млрд аудіофайлів без дозволу використовувалися в 2001 р. у мережах P2P, і їх кількість зросла до 7,44 млрд файлів у 2005 р.

Найбільш відомою файлообмінною службою є Napster, яка використовує централізований сервер, що виконує роль пошукової машини для допомоги користувачам у вивантаженні музики з комп'ютерів інших передплатників Napster. У період свого розвитку, у лютому 2000 р. Napster нарахувала 1,57 млн. одночасних передплатників. Вивантаження музики користувачами Napster, як було встановлено щодо справи *AGM Records, Inc. v. Napster, Inc.*, є прямим порушенням авторського права компаній звукозапису. Суд визначив, що, навіть із врахуванням того, що Napster не брала плати за свої послуги, і користувачі вивантажували музику для свого особистого використання, вивантаження не було «добросовісним використанням» відповідно до Акта США про авторське право (§ 107). Було встановлено, що «повторне і

вибіркове копіювання захищених авторським правом творів, навіть якщо копії не призначені до продажу, може становити комерційне використання». Було встановлено, що копії робилися для того, щоб уникнути покупок. Ця практика згадувалася індустрією звукозапису як фактор, що став причиною 15% падіння продажу музики, що відбулось останніми роками. Крім встановлення відповідальності користувачів Napster у прямому порушенні авторського права, Суд установив, що сама Napster замішана у сприянні порушенню прав, на підставі дійсної та ймовірної поінформованості про діяльність, що порушує права, і здійснюваних іншими особами порушеннях авторського права, бо вона мала прямий фінансовий інтерес щодо залучення користувачів до своїх послуг як користувачів. До червня 2001 р. кількість користувачів Napster впала до 120 тис.

Разом з тим, у той час як юридичні дії значно обмежили діяльність Napster щодо представлення без дозволу в он-лайнний доступ охоронюваної авторським правом музики, важче стало регулювати інші системи P2P з іншою мережевою архітекстурою, яким непотрібен був централізований сервер для проведення пошуків і вивантаження, оскільки кожний комп'ютер у користуванні міг виконувати роль пошукової машини. Говорять, що такі системи, включаючи Gnutella, Audio-galaxy, KaZaA, MusicCity, Morpheus і Grokster, нині приваблюють близько 11,3 мільйона користувачів тільки Західної Європи.

Такі системи P2P є мішенями антипіратських кампаній, включаючи юридичні дії, ініційовані Асоціацією звукозаписувальної індустрії



АВТОРСЬКЕ ПРАВО

Америки (RIAA) і Австралійською національною асоціацією видавців музики проти Audiogalaxy, в результаті чого система P2P зняла можливість вивантаження для більшості музичних файлів.

В Японії за позовом, поданим 19 японськими компаніями звукозапису, Токійський окружний суд виніс тимчасову постанову суду проти японської ММО, для заборони на підтримку служби P2P під назвою File Rogue. У Республіці Корея за позовом, поданим Асоціацією індустрії звукозапису Кореї, Окружний суд Сангнама закрити Soribaba, найпопулярнішу у США мережу P2P. Аналогічний судовий процес був порушений у США Асоціацією кінематографії Америки проти операторів інших мереж P2P, включаючи KaZaA, MusicCity і Grokster, за порушення авторського права в кінофільмах і звукозапису. Проте важливо, що в Нідерландах Амстердамський суд виступав на підтримку KaZaA проти Buma Stemra — Голландської організації прав на музику. Суд постановив, що KaZaA не несе відповідальності за зловживання окремих осіб її програмним забезпеченням із обміну файлами. Альтернативний підхід, застосовний індустрією в галузі авторського права, полягає в переслідуванні окремих торгівців файлами через установи освіти або корпорації, на які припадає переважна більшість піратства, хоча велика кількість користувачів та питання конфіденційності й обмежують дієвість такого підходу. В одній із таких справ, Інтергрейтед Інформешн Системс досягла угоди з RIAA на \$ 1 млн після доведення нелегального вивантаження і обміну охоронюваними авторським правом файлами MP3 через корпоративну

мережу. В іншій справі RIAA вжила заходів для того, щоб примусити провайдера онлайнових послуг відкрити ім'я споживача, звинуваченого в крупномасштабному нелегальному обміні файлами. Як згадувалось вище, деякі американські компанії звукозапису надають перевагу порушенню судових позовів безпосередньо проти провайдерів Інтернет-послуг, намагаючись блокувати доступ до офшорних музичних файлів, замість того, щоб намагатися порушити судові справи в іноземних юрисдикціях проти самих володільців сайтів.

Полеміка виникла внаслідок спроб індустрії в галузі авторського права захистити свої права проти піратства шляхом використання цифрових технологій для відслідковування користувачів матеріалів авторського права на предмет потенційного порушення прав. Індустрія кіно впровадила пошукову машину, розроблену для перегляду Веба в пошуку захищених авторським правом кінофільмів у мережах P2P, і потім для направлення користувачам листів про призупинення і припинення через їх провайдерів Інтернет-послуг (ISP). Провайдери, своєю чергою, встановлюють потенційних порушників, проводячи моніторинг користувачів широкої смуги пропуску, які найімовірніше можуть обмінюватись захищеним авторським правом аудіовізуальним матеріалом, бо необхідно мати значну смугу пропуску для підкачування великих файлів кінофільмів. Альтернативною технікою, що застосовується індустрією авторського права, є поширення «онлайнових» файлів з музичними або кінотворами у мережах P2P, які містять тільки обмежені або зменшені ча-

стини творів, розроблені для того, щоб усунути схильність до піратства, роблячи нелегальні служби обміну файлами привабливими для використання.

Конгресмен-демократ Говард Берман подав до законодавчого органу США проект закону, розроблений для надання володільцям авторського права імунітету від відповідальності за будь-яку шкоду, якої вони можуть завдати при «виведенні з ладу, втручанні, блокуванні, відволіканні або будь-якому іншому припиненні» несанкціонованого використання їх творів у публічно доступних файлообмінних мережах. Згідно з американським правом законодавство повинно надавати володільцям авторського права надійну гавань від відповідальності за використання інструментів, включаючи уловлювачі або блокування файлів, для запобігання піратству відносно їх

творів авторського права у мережах P2P, таких як Napster. Разом із тим, ця пропозиція викликала критику як з боку вітчизняних, так і з боку міжнародних кіл. Одна з проблем виникає у зв'язку з тим фактом, що імунітет може відноситись тільки до американського права, але може привести керівників індустрії до відповідальності в інших юрисдикціях за несанкціонований доступ до комп'ютерних систем, або порушення національних законів про конфіденційність. ♦

Список використаних джерел:

1. *Интеллектуальная собственность в Интернете : Обзор проблем. — WIPO/INT/02, 2002.*
2. *Договор ВОИС по авторскому праву и Согласованные заявления в отношении Договора ВОИС по авторскому праву. — Женева : ВОИС, 2000.*
3. *Договор ВОИС по исполнению и фонограммам и Согласованные заявления в отношении Договора ВОИС по исполнению и фонограммам. — Женева : ВОИС, 2000.*
4. *Луцкер А. П. Авторское право в цифровых технологиях и СМИ / А. П. Луцкер. — М. : КУДИЦ-ОБРАЗ, 2005.*
5. *Пастухов О. М. Авторське право в Інтернеті / О. М. Пастухов. — К. : Вид-во «Школа», 2004.*



ПОНЯТТЯ, ФУНКЦІЇ ТА ВИДИ ТОРГОВЕЛЬНИХ МАРОК

Луїза Романадзе,

*доцент кафедри права інтелектуальної власності
і корпоративного права Одеської національної
юридичної академії, кандидат юридичних наук*

Основні норми щодо торговельних марок в чинному законодавстві України містяться у Цивільному кодексі України, Господарському кодексі України та у Законі України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15 грудня 1993 р. № 3689-ХІІ зі змінами та доповненнями.

Відповідно до ст. 492 Цивільного кодексу України торговельною маркою може бути будь-яке позначення або будь-яка комбінація позначень, які придатні до вирізнення товарів (послуг), що виробляються (надаються) однією особою, від товарів (послуг), що виробляються (надаються) іншими особами. Такими позначеннями можуть бути, зокрема, слова, літери, цифри, зображувальні елементи, комбінації кольорів.

Сьогодні в законодавстві України відсутній єдиний термін для позначення цього об'єкта інтелектуальної власності. Так, у Законі України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» вжито термін «знак для товарів і послуг». У низці інших нормативно-правових актів стосовно зазначеного поняття використовуються терміни «торговельна марка» і «торговельний знак» (зокрема, у Законах України: «Про насіння і садивний матеріал», «Про

зовнішньоекономічну діяльність», «Про телебачення і радіомовлення» тощо). У Цивільному та Господарському кодексах України, які набрали чинності з 1 січня 2004 р., вживається термін «торговельна марка (знак для товарів і послуг)». Вказане є істотним недоліком правил законодавчої техніки.

Однак, незалежно від обраного термінологічного позначення (торговельний знак, торговельна марка чи знак для товарів і послуг), у всіх випадках йдеться про один і той самий об'єкт права інтелектуальної власності, а не про різні правові категорії.

Торговельні марки є об'єктами промислової власності та відносяться до засобів індивідуалізації учасників цивільного обороту (виробників) та продукції, яку вони виробляють.

Правову природу торговельної марки визначають виконувані нею *функції*, оскільки напрямки законодавчого регулювання значного обсягу питань щодо правової охорони досліджуваних об'єктів залежать саме від того змісту, який вкладається в поняття функції торговельної марки.

Як зазначають вчені — дослідники цього питання, зокрема, О. А. Підпригора, О. Д. Святоць-

кий, торговельні марки призначені для ідентифікації (індивідуалізації) товарів і послуг різних виробників, для розрізнення сервісу підприємств. Крім основної (розпізнавальної) функції, торговельні марки виконують й інші функції: вказують на походження товарів або послуг (не географічне, а, так би мовити, виробниче), на їхню певну якість, рекламують товари і послуги, надаючи споживачам відповідну інформацію про них і виконуючи функцію мовчазного продавця.

Видатний дореволюційний цивіліст Г. Ф. Шершеневич писав про те, що споживачі, оцінивши якість товарів певного походження, зазвичай, відшукуюватимуть їх між іншими за відмітною торговельною маркою. Чим більший попит на цей товар, тим більша спокуса для інших торговців скористатись такою торговельною маркою, ввести публіку в оману і відтягти частину споживачів до себе. Такою дією порушується:

- а) інтерес публіки, якщо під підробленим знаком їй пропонується товар гіршої якості;
- б) інтерес покупця, який вперше встановив репутацію товару¹.

Розвиток ринку товарів та послуг зумовлює розширення функцій торговельних марок. За розрізняльною функцією з'являється ряд інших. Нині вони вже становлять систему, комплекс функцій, які виконують марки. Дослідники проблем правової охорони торговельних марок по-різному визначають цей комплекс,

хоча, необхідно зазначити, що загалом вони все ж збігаються. Одні вважають, що торговельні марки виконують такі функції: розрізняльну, інформативну, рекламну, охоронну, гарантійну, психологічну². Інші фахівці дещо інакше визначають основні функції торговельної марки: позначення виробника чи продавця (розрізняльна функція), реклама товарів і послуг (рекламна функція), підвищення якості товарів (стимулююча функція), захист прав виробника чи продавця (охоронна функція), позначення певного виду товарів (індивідуалізуюча функція), впорядкування випуску і збуту товару (регулятивна функція), естетичне виховання (культурно-просвітницька функція)³.

Розрізняльна (розпізнавальна) функція торговельних марок є основною. Вона полягає в призначенні марки — розрізнити товари чи послуги одного виробника від таких же товарів чи послуг іншого. Гостра конкурентна боротьба за ринок збуту примушує виробників, підприємців позначати торговельними марками товари чи послуги, що надаються ними. Торговельні марки полегшують вибір, який повинні робити споживачі, купуючи певні товари чи користуючись певними послугами, сприяють привабливості і популярності продукції певного підприємства серед споживачів. Саме тому споживач має змогу, орієнтуючись на торговельну марку, обрати потрібний йому товар чи послугу з маси однорідної продукції, а володі-

¹ Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права (по изданию 1914 г.) — М.: СПАРТАК, 1994. — С. 179.

² Кукрус Ю. А., Кейтель Х. Охрана промышленной собственности / Аналитический обзор. — Таллин, 1980. — С. 44-53.

³ Богуславский М. М. Международная охрана промышленной собственности / Парижская конвенция. — М.: ЦНИИПИ, 1967. — С. 32.



ЗАСОБИ ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЇ

лець марки за її допомогою реалізує вироблену продукцію.

Розрізняльна функція торговельної марки в сучасних умовах світового ринку має надзвичайно важливе значення. Ринок перенасичений товарами і послугами. Споживачеві (покупцеві) буває важко розібратися в існуючому «морі» однорідних товарів і послуг. При цьому потреби покупців також бувають різними — одному потрібна річ як подарунок, іншому — щоб менше споживала енергії, третьому — зручна в користуванні, четвертому — надійна, п'ятому — недорога тощо. Ось тут і стає в нагоді торговельна марка, яка допомагає споживачеві у виборі потрібного товару. Завдяки особистому досвіду, завдяки рекламі або завдяки порадам друзів (родичів, спеціалістів) у споживачів формується певна думка стосовно окремих торговельних марок, що допомагає споживачу надалі при придбанні товару. Вирішальне значення при цьому відіграє особистий досвід споживача. Однак саме реклама чи поради друзів (родичів, спеціалістів) спонукають споживача придбати товар під якоюсь торговельною маркою вперше.

Інформативна функція торговельної марки полягає в тому, що вона має змістовну інформацію, яка не просто цікавить споживача, покупця, а інформує його про виробника, про якісні характеристики товару чи послуг. Інформативна функція тісно пов'язана з розрізняльною. У поєднанні вони можуть дати вичерпну інформацію як про виробника, так і про товар. Насамперед, марка є продовженням й інформативним

різновидом фірмового найменування підприємця, виробника, продавця тощо. Часто вона використовується в поєднанні з фірмовим найменуванням і є не просто якимось зображенням, позначенням, а відображає найменування підприємства⁴.

Інформативна функція торговельної марки, безумовно, одна з найважливіших. Інформація, що міститься в ній, може сприяти зростанню популярності товару чи послуг, а отже — попиту на нього, а може, навпаки, нести таку інформацію, яка не задовольняє споживача. А зазначені фактори, безумовно, впливають на прибуток виробника.

Важливою функцією торговельної марки є те, що вона вказує на певну якість товарів чи послуг, до яких ця марка застосовується. Власник торговельної марки гарантує, що під цією маркою пропонуватимуться лише такі товари чи послуги, що відповідають певним стандартам та вимогам якості (при цьому гарантія якості товару не є юридичною). Якщо куплений товар своїми якісними характеристиками повністю відповідає вимогам покупця, то наступного разу він купуватиме продукцію, позначену саме цією маркою. Більше того, споживачі, яких задовольняють своєю якістю та ціною товари, позначені певної маркою, досить часто віддають перевагу й іншим товарам із такою самою маркою. Разом з тим, торговельні марки сприяють постійному підвищенню якості виробленої продукції з метою завоювання прихильності якомога ширшого кола покупців.

⁴ Ариєвич Е. А. Некоторые вопросы правовой охраны товарных знаков в развитых капиталистических странах // Вопросы изобретательства. — 1985. — № 1. — С. 46.

Охоронна функція торговельної марки зумовлюється виключним правом на її використання, що гарантується державою власнику марки. Зазначена функція має не менш важливе значення як для внутрішньодержавної, так і для міжнародної торгівлі. Вона має на меті шляхом реєстрації торговельної марки захистити інтереси виробника, продавця, а також і споживача від недобросовісної конкуренції.

Ефективному здійсненню цієї функції марки сприяє, передусім, її правова охорона як на національному, так і на міжнародному рівнях. Усі країни світу мають національні законодавства про торговельні марки. Укладено ряд міжнародних угод стосовно їх охорони. Зрештою, це означає, що ніхто, крім власника торговельної марки, без його дозволу використовувати марку не має права. У разі порушення даного права настає майнова відповідальність. Слід зауважити, що охоронювану функцію можуть виконувати тільки зареєстровані у встановленому порядку торговельні марки.

Використовуючи торговельну марку, її володілець може представляти попереджувальне маркування у вигляді латинської літери R, обведеної колом — ®, або поєднання літер — ТМ. Застосування попереджувального маркування поруч із позначенням, що зареєстроване як торговельна марка, інформує споживачів товарів та інших учасників комерційного обороту, інших зацікавлених осіб про наявність правоохоронних документів на цю торговельну марку, а також застерігає необмежене коло осіб від порушень прав її законного власника.

Відповідно до Цивільного кодексу України та Закону України «Про

охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15 грудня 1993 року № 3689-ХІІ (із змінами і доповненнями), (далі — Закон), об'єктом торговельної марки може бути будь-яке позначення або будь-яка комбінація позначень. Такими позначеннями можуть бути, зокрема, слова, в тому числі власні імена, літери, цифри, зображувальні елементи, кольори та комбінації кольорів, а також будь-яка комбінація таких позначень.

Залежно від форми вираження виділяють словесні, зображувальні, об'ємні, комбіновані позначення тощо. Словесними позначеннями можуть бути слова, в тому числі власні імена, сполучення літер, сполучення слів тощо. Графічне виконання словесних позначень може бути здійснено за допомогою звичайного або оригінального шрифтів. Наприклад, торговельні марки «ROSHEN», «ПРЕЗИДЕНТ», «ФРАНЦУЗСКИЙ БУЛЬВАР». До зображувальних позначень відносяться графічні композиції будь-яких форм на площині: малюнки, символи тощо. Наприклад, зображення корови на упаковці молока «ЛАСУНЯ». Об'ємними позначеннями є тримірні фігури або їх композиції. Наприклад, оригінальна за формою пляшка для напоїв. Комбіновані позначення являють собою комбінацію словесних та зображувальних елементів. Наприклад, торговельна марка «ЧЕРНЫЙ ЖЕМЧУГ», словесний елемент якої доповнений зображенням перлини.

Донині законодавства більшості країн світу забезпечували правову охорону лише обмеженому колу торговельних марок залежно від форми їх виразу. Правова охорона на законодавчому рівні передбачалась передусім для словесних, зображувальних та іноді об'ємних позначень.



ЗАСОБИ ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЇ

Але поступово, шляхом внесення відповідних змін до спеціального законодавства, коло позначень, здатних виконувати функції торговельних марок, було розширено. Певною мірою цьому сприяло прийняття двох основних міжнародних документів, спрямованих на гармонізацію національних законодавств країн-учасниць та забезпечення єдиного підходу до правової охорони торговельних марок у межах світового співтовариства. Такими документами, безумовно, вважаються Директива Ради ЄС 1988 року (89/104/ЄЕС) зі зближення законодавств держав-членів ЄС про товарні знаки (далі за текстом — «Директива ЄС») та Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності 1993 р. в рамках Світової організації торгівлі (далі — Угода TRIPS). Відповідно до вказаних нормативних документів торговельною маркою може бути будь-яке позначення за умови, що йому притаманна здатність відрізняти товари та послуги однієї особи від товарів і послуг інших осіб. Єдиною умовою, яка висувається Директивою ЄС як абсолютна вимога та віддається на розсуд національних законодавств Угодою TRIPS, є здатність таких позначень сприйматись візуально, тобто бути графічно відтвореними. Така вимога ставиться з метою надання можливості іншим особам отримувати повну інформацію про зареєстровані торговельні марки шляхом відповідної публікації або до реєстрації марки, або відразу після реєстрації і надавати достатні можливості для подання звернень про анулювання реєстрації. Таким чином, незважаючи на те, що тексти обох документів прямо не називають звук, колір, форму, запах як об'єк-

ти, що можуть отримати правову охорону як торговельні марки, така можливість передбачається опосередковано, виходячи із запропонованого визначення торговельної марки. Так, згідно з п.1.4 Правил складання, подання та розгляду заявки на видачу свідоцтва України на знак для товарів і послуг, затверджених наказом Державного патентного відомства України від 28 липня 1995 року № 116 (зі змінами і доповненнями), знаки також можуть бути звуковими, світловими, кольором, але такі знаки реєструються при наявності технічної можливості внесення їх до Державного реєстру свідоцтв України на знаки для товарів і послуг та оприлюднення інформації стосовно їх реєстрації.

Найефективнішими торговельними марками є позначення, що містять словесні елементи, але ці елементи не повинні бути загальнозживаними символами й термінами або описовими при використанні щодо зазначених у заявці товарів і послуг, або у зв'язку з ними, зокрема не вказувати на вид, якість, склад, кількість, властивості, призначення, цінність товарів і послуг, місце й час виготовлення чи збуту товарів або надання послуг. Словесні позначення легше запам'ятовуються і є зручними в рекламі, в тому числі по радіо. Вони легко сприймаються і зором, і слухом, легше вимовляються, перекладаються тощо.

Зображувальні торговельні марки є найдавнішими в історії торговельних марок. Часто зображувальні торговельні марки є результатом образотворчої діяльності. В такому разі таке позначення є одночасно об'єктом авторського права. Ефективно виконувати свою функцію

зображувальна торговельна марка може за умови її простоти, ергономічності і естетичності. Вона також має легко запам'ятовуватись, бути оригінальною та звертати на себе увагу. Зображувальні позначення є менш вигідними з точки зору реалізації їх рекламних функцій, оскільки можуть сприйматись лише за допомогою зору.

Об'ємні торговельні марки найчастіше повторюють форму самого виробу або його упаковки, що характеризується тримірністю. Проте торговельна марка може не лише повторювати предмет, а й бути новою. Найпоширенішими об'ємними торговельними марками є оригінальні упаковки, наприклад, флакони для парфумів або пляшки для спиртних напоїв. Разом з тим об'ємною торговельною маркою повинна визнаватись лише така форма виробу, упаковки або інших супроводжуючих товар чи послугу об'єктів, яка не визначається виключно їх функціональним призначенням і вказує на конкретного виробника.

Залежно від кола користувачів торговельні марки можна класифікувати на: індивідуальні позначення; позначення, які перебувають у спільній власності кількох осіб; та колективні торговельні марки.

Індивідуальна торговельна марка — це позначення, зареєстроване на ім'я окремої особи, яка одноособово вирішує, використовувати марку самостійно чи надати право на її використання іншим особам.

Торговельна марка, яка перебуває у спільній власності кількох осіб, — це позначення, зареєстроване на ім'я кількох осіб, які спільно за уго-

дою між собою вирішують питання використання марки. В разі відсутності відповідної угоди, кожен з власників марки може користуватися і розпоряджатися нею за своїм розсудом, але жоден із них не має права видавати ліцензію на використання марки та передавати право власності на неї іншій особі без згоди решти власників охоронного документа на неї.

Колективна торговельна марка — це торговельна марка союзу, господарської асоціації або іншого добровільного об'єднання підприємств, призначена для позначення товарів (послуг), що випускаються або реалізуються ними. При цьому товарам (послугам) мають бути притаманні єдині якісні чи інші спільні характеристики.

Залежно від ступеня відомості торговельні марки можуть бути звичайними та добре відомими.

Звичайною торговельною маркою є будь-яке нове, оригінальне позначення товарів, яке відповідає умовам надання правової охорони і зареєстроване відповідним компетентним органом як торговельна марка⁵.

Добре відомими визнаються торговельні марки, які відомі широкому колу осіб у відповідному секторі суспільства завдяки їх тривалому використанню для позначення певних товарів (послуг).

Деякі науковці виділяють також знамениті торговельні марки. В сучасному світі існують марки, які, з огляду на свою виняткову цінність, стоять дещо осторонь всіх інших позначень. Вони мають силу самостійної привабливості, що проявляється незалежно від товарів і послуг, які

⁵ Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. — М.: ТЕИС, 1996. — С. 564.



ЗАСОБИ ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЇ

ними позначаються. Йдеться про такі позначення як, наприклад, DIOR, KODAK, COCA-COLA, ROLLS-ROYCE тощо. В юридичній літературі такі марки називають по-різному — «всесвітньо відомі марки», «марки з високим ступенем відомості», «надзвичайно відомі марки» та ін.

Слід звернути увагу на те, що на міжнародному рівні приділяється досить багато уваги питанням правової охорони прав інтелектуальної власності на торговельні марки. Існує ряд багатосторонніх та двосторонніх угод, що різною мірою регулюють питання правової охорони прав на торговельні марки. Україна є учасницею, зокрема, таких міжнародних багатосторонніх угод:

- Паризька конвенція про охорону промислової власності від 20 березня 1883 року;
- Мадридська угода про Міжнародну реєстрацію знаків від 14 квітня 1891 року;
- Ніццька угода про міжнародну класифікацію товарів і послуг для реєстрації знаків від 15 червня 1957 року;
- Найробський договір про охорону олімпійського символу від 26 вересня 1981 року;
- Протокол до Мадридської угоди про міжнародну реєстрацію знаків прийнятий в Мадриді 28 червня 1989 року;
- Договір про закони щодо товарних знаків (TLT) від 27 жовтня 1994 року;
- Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (TRIPS) від 15 квітня 1994 року;
- Угода про заходи щодо попередження та припинення використання неправдивих товарних знаків та географічних зазна-

чень, підписана 4 червня 1999 р.;

- Сінгапурський договір про право товарних знаків, прийнятий 27 березня 2006 року, тощо.

Підсумовуючи, слід зазначити, що на сьогодні торговельна марка являє собою важливий інструмент в реалізації товарів і послуг на внутрішньому та зовнішньому ринках, який сприяє захисту інтересів не тільки виробника, а й споживача. Торговельна марка як засіб спілкування передає відомості про властивості та якість товарів, створює образ фірми. Позитивні емоції, викликані вдалою покупкою, міцно пов'язуються у свідомості споживача з торговельною маркою конкретного виробника і стимулюють подальше бажання здійснювати покупки. Підприємства потребують торговельної марки для індивідуалізації своєї продукції, щоб звернути на себе увагу споживачів і спілкуватися з ними. Таким чином, торговельні марки слугують своїм власникам в цілях реклами і збуту товарів, а також розвитку економіки, допомагаючи вдосконалювати комерціалізацію товарів. ♦



ФОРМИ ПОРУШЕННЯ ПРАВ НА КОМЕРЦІЙНЕ НАЙМЕНУВАННЯ

Володимир Селіваненко,
магістр права (Академія адвокатури України)

Кількість розглянутих останнім часом в судах спорів, предметом яких були права на комерційні найменування, свідчить про те, що роль комерційних найменувань в економічному житті держави та суспільства є доволі значною. В той же час певні недоліки законодавства щодо захисту прав на комерційні найменування та невіднайдень шляху їх подолання принаймні на теоретичному рівні не дає змоги стверджувати про існування в Україні дієвого механізму захисту прав на такі найменування.

Загалом у доктрині цивільного права України проблемам правового регулювання інституту комерційного найменування приділяється багато уваги. Питання загального характеру регулювання комерційного найменування в Україні були досліджені в дисертаційних роботах А. О. Кодинця, І. В. Кривошеїної та С. І. Іщука. Окрім того, тематика комерційного найменування розглядалась в працях таких вчених, як: Г. О. Андрощук, В. Д. Базилевич, Г. Боденхаузен, Ю. Л. Бошицький, В. Ю. Бузанов, В. О. Жаров, О. О. Козлова, О. А. Підпригора, О. О. Підпригора, О. Д. Святоцький та ін.

Проте в працях зазначених науковців фрагментарно розглянуте пи-

тання щодо того, яким чином (в яких формах) можуть відбуватися порушення прав на комерційне найменування. А розуміння і знання саме цього питання дає змогу власникові комерційного найменування передбачити дії інших суб'єктів господарювання, спрямованих на його (комерційне найменування) недобросовісне використання: щоб знати, яким чином захищати право, потрібно знати, як його можуть порушити.

Відповідно до ст.ст. 1, 4 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 7 червня 1996 року [2] використання чужого комерційного (в термінології згаданого закону — фірмового) найменування є недобросовісною конкуренцією.

Для подальшого розкриття теми виділимо такі основні її складові:

- 1) що таке комерційне найменування;
- 2) які дії слід вважати використанням комерційного найменування;
- 3) що є недобросовісною конкуренцією;
- 4) особи, які можуть вчиняти дії, котрі можна кваліфікувати як недобросовісну конкуренцію;
- 5) безпосередні форми актів недобросовісної конкуренції щодо не-



ЗАСОБИ ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЇ

законного використання комерційного найменування.

Комерційне найменування — це таке найменування, під яким особа діє в цивільному обороті і яке індивідуалізує цю особу серед інших його учасників [7, с. 202] та яке закріплюється в її установчих документах [5, с. 331]. Воно не вказує на конкретні товари чи послуги, однак наголошує саме на юридичній особі, яка виробляє той чи інший вид товару чи надає відповідні послуги [21]. У комерційному найменуванні виокремлюють [20, с. 55; 18, с. 152] дві його частини: основну, яка іменується корпусом, і допоміжну, яка іменується додатком. Корпус комерційного найменування, який є обов'язковою частиною будь-якого комерційного найменування, вказує на організаційно-правову форму особи, її тип і вид діяльності.

Оскільки комерційні найменування та знаки для товарів і послуг виконують однакову функцію — індивідуалізації, то й використовувати їх можна лише одними й тими самими способами. Саме тому при визначенні способів використання комерційного найменування доцільно посилуватися приписами ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15 грудня 1993 року [4]. Отже, використанням комерційного найменування слід вважати:

- 1) нанесення його на будь-який товар, упаковку, в якій міститься такий товар, вивіску, пов'язану з ним, етикетку, нашивку, бирку чи інший прикріплений до товару предмет, зберігання такого товару з метою пропонування для продажу, пропонування його для продажу, продаж, імпорту (ввезення) та експорту (ви-

везення).

Те саме стосується й надання послуг: застосування комерційного найменування під час пропонування та надання послуг.

Цей спосіб використання комерційного найменування дуже схожий із аналогічним способом використання торговельної марки (знака для товарів і послуг) за єдиною відмінністю — знак використовується, зазвичай, лише щодо певних товарів, для яких його зареєстровано. Водночас комерційне найменування може наноситись на товар або застосовуватись при наданні послуг, у виробленні яких власник обмежений лише тими видами діяльності, які значаться як основні чи додаткові в його статуті;

- 2) застосування його в діловій документації чи в рекламі та в мережі Інтернет. Під застосуванням у діловій документації слід вважати зазначення комерційного найменування в статутних документах, при вчиненні правочинів, зокрема укладанні договорів тощо.

Ст. 1 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» визначає недобросовісну конкуренцію як дії у конкуренції (тобто фактично при здійсненні господарської діяльності), що суперечать торговим та іншим чесним звичаям у господарській діяльності. Це, зокрема, і використання комерційного найменування суб'єкта господарювання без його дозволу. А оскільки суб'єктами конкуренції є лише суб'єкти господарювання, то відповідно лише вони можуть вчиняти дії, що можна кваліфікувати як недобросовісну конкуренцію. Так, згідно зі ст. 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції» від

11 січня 2001 року [3] конкуренція — це змагання між суб'єктами господарювання з метою здобуття завдяки власним досягненням переваг над іншими суб'єктами господарювання. При цьому суб'єктами господарювання згідно із згаданим законом є юридична особа чи фізична особа, яка здійснює господарську діяльність (тобто фізична особа-підприємець).

Таким чином, формою порушення прав на комерційне найменування як акт недобросовісної конкуренції слід визнати незаконне використання комерційного найменування.

На практиці таке незаконне використання може набувати різноманітних форм та здійснюватися різноманітними способами, зокрема, шляхом:

- 1) використання суб'єктом господарювання комерційного найменування, яке є тотожним або схожим до ступеня змішування із комерційним найменуванням іншого суб'єкта господарювання (приклади: господарські справи №№ 12/295 [16], 20/89-02 [8], 21/461 [13]);
- 2) використання торговельної марки схожої з комерційним найменуванням до ступеня змішування (приклад: господарська справа № 21/518 [15]). При цьому слід наголосити, що проблемним залишається питання визнання порушенням прав на комерційне найменування шляхом вже навіть реєстрації торговельної марки — законодавством України це порушенням не вважається;
- 3) використання інших об'єктів інтелектуальної власності, які є тотожними/схожими із комерційним найменуванням суб'єкта

господарювання. Такими об'єктами є:

- а) комерційне позначення — назва друкованого засобу масової інформації, що є схожим до ступеня змішування із комерційним найменуванням суб'єкта господарювання (господарська справа № 5/20н [11]);
- б) об'єкт авторського права на твір, який відтворює повно чи частково комерційне найменування іншого суб'єкта господарювання (господарська справа № 12/444 [10]);
- в) доменне ім'я, яке відтворює комерційне найменування суб'єкта господарювання (господарська справа № 12/25 [19]).

Розглянемо зазначені вище форми та способи порушення прав на комерційні найменування детальніше.

1. Проблемним при встановленні тотожності/схожості в таких випадках є те, що в Україні відсутня законодавчо закріплена методологія експертного дослідження на предмет тотожності/схожості комерційних найменувань. Саме тому, на нашу думку, слід використовувати аналогічну методологію щодо торговельних марок, яку закріплено у Правилах складання, подання та розгляду заявки на видачу свідоцтва України на знак для товарів і послуг, затверджені наказом Державного патентного відомства України від 28 липня 1995 р. № 116 [6].

Отже, суд для встановлення тотожності/схожості комерційних найменувань виносить ухвалу про проведення експертизи порівнюваних комерційних найменувань суб'єктів господарювання, які фігурують у справі. Судова практика, в якій викладаються відповідні висновки експертів,



ЗАСОБИ ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЇ

пертизи, свідчить, що суб'єкти господарювання рідко використовують тотожні комерційні найменування. Так, постановою Вищого господарського суду України від 14 жовтня 2008 року у справі № 12/295, якою залишено в силі рішення попередніх інстанцій, зазначено таке: ТОВ «ТЕКО» ТОВ звернулося до господарського суду міста Києва з позовом про зобов'язання ТОВ «ТЕКО ГРУП» припинити використання у господарській діяльності, в тому числі в найменуванні відповідача, словесного позначення «ТЕКО», що є схожим з комерційним найменуванням позивача, та змінити найменування відповідача шляхом його перереєстрації.

Рішенням господарського суду міста Києва, залишеним без змін постановою Київського апеляційного господарського суду, позов задоволено: ТОВ «ТЕКО ГРУП» зобов'язано припинити використання в господарській діяльності, в тому числі в найменуванні товариства, словесного позначення «ТЕКО», а також внести відповідні зміни до статуту цього товариства та надати відповідні відомості до Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб — підприємців. Судові акти мотивовано обов'язком відповідача припинити використання в його найменуванні словесного позначення «ТЕКО», оскільки таке використання вводить в оману споживачів щодо товарів, які реалізує позивач, та послуг, які ним надаються.

Згідно з висновком від 3 серпня 2007 року № 4360 призначеної в справі судової експертизи повне комерційне (фірмове) найменування відповідача «товариство з обмеженою відповідальністю «ТЕКО Груп» і його скорочене комерційне (фірмо-

ве) найменування — «ТОВ «ТЕКО Груп» є схожими настільки, що їх можна сплутати, з повним комерційним (фірмовим) найменуванням позивача — «товариство з обмеженою відповідальністю «ТЕКО» ТОВ» і скороченим комерційним найменуванням позивача — «ТОВ «ТЕКО» ТОВ».

І хоча висновком експерта у зазначеній справі встановлено, що комерційні найменування сторін є схожими настільки, що їх можна сплутати, суд дійшов іншого висновку. Суд, підтримуючи позицію попередніх інстанцій, зазначив, що комерційні найменування позивача та відповідача у даній справі є однаковими.

Цікавою в цьому аспекті, на наш погляд, є постанова Вищого господарського суду України від 1 березня 2004 року [9]. Так, позивачем у даній справі було товариство з обмеженою відповідальністю «Бордо», відповідачем — приватне підприємство «Бордо». І попри ідентичні (тотожні) додатки комерційних найменувань обох суб'єктів господарювання — «Бордо», однакову сферу діяльності (в цьому випадку — виробництво будівельних матеріалів) в цілому комерційні найменування позивача і відповідача не є тотожними. Обов'язковою складовою комерційного найменування є зазначення організаційно-правової форми його власника, а тому відмінність навіть лише у цій частині комерційного найменування (ТОВ та ПП) виключає можливість визнання комерційних найменувань тотожними.

2. Для прикладу наведемо постанову Вищого господарського суду України від 3 жовтня 2006 року у справі № 21/461 [13], згідно з якою позивач у справі — відкрите акціо-

нерне товариство «Укрпластик» просив визнати недійсним свідоцтво на знак для товарів і послуг («Укрпластик»), який належить відповідачу — товариству з обмеженою відповідальністю «Укрпластик ХХІ століття» та який схожий до ступеня змішування із комерційним найменуванням позивача. Висновком експерта у даній справі встановлено, що конкуруюче комерційне найменування та спірна торговельна марка є схожими до ступеня змішування. Зважаючи на висновок експерта та на вимоги позивача (який вимагав лише визнання недійсним зазначеного свідоцтва, але не вимагав заборони використання схожого комерційного найменування), свідоцтво відповідача було визнано недійсним.

З наведеної справи стає зрозуміло, що права суб'єкта господарювання на комерційне найменування можуть бути порушені шляхом реєстрації схожого до ступеня змішування знака для товарів і послуг. Одразу слід зазначити, що, на нашу думку, не можна говорити про тотожність (однаковість) комерційного найменування та торговельної марки. Навіть враховуючи повну відповідність (як в наведеній вище справі № 21/461) торговельної марки «Укрпластик» та додатку комерційного найменування позивача ВАТ «Укрпластик» — «Укрпластик», комерційне найменування має розглядатися в цілому, тобто разом з його корпусом — «відкрите акціонерне товариство» («ВАТ»). За таких умов вони (комерційне найменування та торговельна марка) можуть бути визнані лише як такі, що є схожими до ступеня змішування. Єдиним винятком з наведеного положення є ситуація, коли чужий

знак для товарів та послуг повністю відображатиме комерційне найменування — і корпус («ВАТ», «ТОВ» тощо), і додаток («Укрпластик», «Медіа Сайкл» і т.п.). за таких умов комерційне найменування та торговельна марка, що протиставляються при експертизі, можуть бути визнані тотожними. Проте таких прикладів на практиці нам не відомо.

3. А) Так, у господарській справі № 5/20н, в якій Вищим господарським судом України 12 липня 2005 року прийнято постанову [11], якою рішення попередніх інстанцій залишено в силі, судом було встановлено, суть спору зводилася до такого:

Товариство з обмеженою відповідальністю «Видавництво «Ріо-Плюс» (далі — ТОВ «Видавництво «Ріо-Плюс»)) подало заяву до адміністративної колегії Антимонопольного комітету України у зв'язку з недобросовісною конкуренцією з боку товариства з обмеженою відповідальністю «Олівко» (далі — ТОВ «Олівко») у формі неправомірного використання останнім назви друкованого засобу масової інформації, що є схожим до ступеня змішування з позначенням заснованої третьою особою газети. Антимонопольний комітет України встановив, що ТОВ «Видавництво «Ріо-Плюс» заснувало газету «РІО-плюс», а ТОВ «Олівко» — газету «Р.И.О.-люкс», обидві газети випускаються у м. Алчевськ. В результаті розгляду заяви ТОВ «Видавництво «Ріо-Плюс» Антимонопольний комітет України дійшов висновку, що своїми діями, а саме — заснуванням та виданням зазначеної газети, ТОВ «Олівко» вчиняє акт недобросовісної конкуренції, що порушує права ТОВ «Видавництво «Ріо-Плюс», зокрема, на комерційне найменування. В рішен-



ЗАСОБИ ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЇ

ні Антимонопольного комітету України зокрема, зазначено, що використання позначення (назви) газети «Р.И.О.-люкс» може призвести до змішування з діяльністю ТОВ «Видавництво «Ріо-Плюс», а тому ТОВ «Олівіко» зобов'язано припинити порушення прав іншого суб'єкта господарювання (заявника).

ТОВ «Олівіко», не погоджуючись з позицією Антимонопольного комітету України, звернулось до господарського суду з проханням скасувати рішення останнього. Проте господарські суди (першої, апеляційної та касаційної інстанції) погодились з позицією Антимонопольного комітету України стосовно недобросовісності дій ТОВ «Олівіко» щодо видання газети, назва якої є схожою до ступеня змішування із назвою ТОВ «Видавництво «Ріо-Плюс».

Б) Наступною проаналізуємо справу № 12/444, в якій Вищим господарським судом України винесено постанову від 17 травня 2005 року [10], якою залишено в силі рішення попередніх інстанцій. Так, у цій справі позивач — закрите акціонерне товариство «Форт» (далі — ЗАТ «Форт») просило суд скасувати державну реєстрацію виключної правомочності на твір та визнання недійсним свідоцтва на твір, виданий Державним підприємством «Українське агентство з авторських та суміжних прав» (далі — ДП УААСП) на ім'я закритого акціонерного товариства страхова компанія «ДАСК» (далі — ЗАТ СК «ДАСК»). Підставою для зазначених вимог був факт державної реєстрації ДП УААСП на ім'я ЗАТ СК «ДАСК» виключної правомочності на твір серії ВП № 252 — «Назва закритого акціонерного товариства страхова компанія «ДАСК» з іноземними інвести-

ціями». На жаль, з тексту постанови Вищого господарського суду не зовсім зрозумілим є те, в чому полягали порушення прав ЗАТ «Форт», але в обґрунтуванні в постанові наведено таке твердження:

- словосполучення «Назва закритого акціонерного товариства страхова компанія «ДАСК» з іноземними інвестиціями» не може бути об'єктом авторського права, оскільки не є твором у галузі літератури, науки або мистецтва;
- зареєстроване словосполучення є найменуванням ЗАТ СК «ДАСК», під яким її було зареєстровано в Єдиному державному реєстрі підприємств і організацій України, та використовується на її бланках, тобто фактично є комерційним найменуванням ЗАТ СК «ДАСК»;
- ДП УААСП на момент видачі Свідоцтва про державну реєстрацію виключної правомочності особи на твір серія ВП № 252 не мало повноважень реєструвати фірмове чи комерційне найменування як твір.

Отже, з викладеного зрозуміло, що права на комерційне найменування можуть бути порушені шляхом недобросовісної реєстрації суб'єктом господарювання (або й фізичною особою) авторського права на твір, який відтворює повно чи частково комерційне найменування іншого суб'єкта господарювання. Використовуючи таким чином чуже комерційне найменування, суб'єкт господарювання може посилатися на належне йому свідоцтво на певний твір як на підставу такого використання. Необхідно зазначити, що для встановлення порушення в такій справі (і аналогічних їй, якщо

такі будуть мати місце) необхідно встановити саме комерційний характер реєстрації авторських прав.

В) Показовою, на нашу думку, є справа № 12/25, в якій Господарським судом м. Києва прийнято рішення від 3 лютого 2009 року [19]. У даній справі позивач — всесвітньо відома компанія Гугл Інк. (Google Inc., США) подала позов до товариства з обмеженою відповідальністю «ГОУ ОГЛЕ» (далі — ТОВ «ГОУ ОГЛЕ») та товариства з обмеженою відповідальністю «Хостмайстер» (далі — ТОВ «Хостмайстер») про припинення порушення прав інтелектуальної власності на комерційне найменування. З рішення зрозуміло, що ТОВ «Хостмайстер» зареєстрував на ім'я ТОВ «ГОУ ОГЛЕ» доменне ім'я «google.ua». Окрім цього у справі було встановлено такі обставини:

- частка «ua» у доменному імені вказує на Україну, як на окремий сегмент адресного простору у мережі Інтернет і не має розрізняльної здатності;
- доменне ім'я «google.ua», що використовується ТОВ «ГОУ ОГЛЕ», складається з двох елементів — «google» та «ua». При цьому розрізняльну здатність має лише один елемент — позначення «google»;
- спеціалістом у даній справі були підтверджені також і інші фактичні обставини, що мали значення для вирішення даної справи, зокрема:
 1. Розрізняльною частиною доменного імені «google.ua» є слово «google»;
 2. Комерційне найменування «Google» є тотожним з розрізняльною частиною доменного імені «google.ua»;

3. У доменному імені «google.ua» використано комерційне найменування «Google»;

4. Використання ТОВ «ГОУ ОГЛЕ» комерційного найменування «Google» в доменному імені «google.ua» вводить споживачів в оману щодо послуг, які ним надаються.

А оскільки комерційне найменування і компанії Гугл Інк., і ТОВ «ГОУ ОГЛЕ», на нашу думку, не є навіть схожими, то позивач правильно вимагає лише заборони використання доменного ім'я, яке відтворює індивідуалізуючу частину його комерційного найменування.

У зв'язку з викладеним постає логічне запитання: яким чином забезпечити власне комерційне найменування та прав на нього від порушення? Деякі науковці рекомендують включати комерційне найменування до складу торговельної марки як її частину [1, с. 61]. Законодавство ж України (ч. 3 ст. 489 Цивільного кодексу України, ч. 2 ст. 159 Господарського кодексу України) передбачає включення комерційних найменувань до відповідного реєстру. Хоча, як відомо, жодних реєстрів комерційних найменувань допоки не створено.

Зазначений варіант, а саме — включення комерційного найменування до складу торговельної марки (або й просто реєстрація комерційного найменування як торговельної марки), звичайно, може допомогти вирішити проблеми захисту прав на таке найменування. Проте він не є єдиним.

Простішим, на нашу думку, є такий варіант забезпечення власника від порушення його прав на комерційне найменування, як зазначення комерційного найменування в стату-



ЗАСОБИ ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЇ

ті юридичної особи. І незважаючи на те, що законодавством України не визначено такого способу використання комерційного найменування (та й взагалі способів використання комерційних найменувань), не встановлено і заборони таких дій.

Натомість видається необхідним на законодавчому рівні поновити чинність Положення про фірму, яке хоч і було введено в дію 1927 року [17], тим не менш регулює певні питання, не вирішені законодавством сучасної України (зокрема те, яким чином формується комерційне найменування).

Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що попри недостатність законодавчого врегулювання питання

щодо створення та використання комерційних найменувань в Україні, судова практика свідчить про перспективність судового захисту прав на такі найменування. Головні питання, які при цьому підлягають вирішенню, пов'язані з тим, що саме в кожному конкретному випадку виступає комерційним найменуванням та коли починається дія прав на нього. ♦

Список використаних джерел:

1. Бовин А. А. *Интеллектуальная собственность: экономический аспект* / А. А. Бовин. — М : Инфра-М, 2001.
2. Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 7 червня 1996 року № 236/96-ВР [Електронний ресурс] — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=236%2F96-%E2%F0>
3. Закон України «Про захист економічної конкуренції» від 11 січня 2001 року № 2210-III // *Відомості Верховної Ради України*. — 2001 р. — № 12.
4. Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15 грудня 1993 року № 3689-XII // *Відомості Верховної Ради України*. — 1994 р. — № 7.
5. Калятин В. О. *Интеллектуальная собственность (Исключительные права) : учебник для вузов* / В. О. Калятин. — М. : НОРМА, 2000.
6. Наказ Державного патентного відомства України від 28 липня 1995 року № 116 «Про затвердження Правил складання, подання та розгляду заявки на видачу свідоцтва України на знак для товарів і послуг» [Електронний ресурс] — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=z0276-95&p=1260802380465638>
7. Охорона інтелектуальної власності в Україні / [С. О. Довгий, В. О. Жаров, В. О. Зайчук та ін.]. — К. : Форум, 2002. — 319 с.
8. Постанова Вищого господарського суду України від 10 березня 2004 року у справі № 20/89-02. [Електронний ресурс] — Режим доступу до ресурсу : http://arbitr.gov.ua/docs/28_641637.html

9. *Постанова Вищого господарського суду України від 1 березня 2005 року у справі № 11/245. [Електронний ресурс] — Режим доступу до ресурсу : http://arbitr.gov.ua/docs/28_829533.html*
10. *Постанова Вищого господарського суду України від 17 травня 2005 року у справі № 12/444. [Електронний ресурс] — Режим доступу до ресурсу: http://arbitr.gov.ua/docs/28_914724.html*
11. *Постанова Вищого господарського суду України від 12 липня 2005 року у справі № 5/20н. [Електронний ресурс] — Режим доступу до ресурсу: http://arbitr.gov.ua/docs/28_972054.html*
12. *Постанова Вищого господарського суду України від 18 жовтня 2005 року у справі № 21/364. [Електронний ресурс] — Режим доступу до ресурсу: http://arbitr.gov.ua/docs/28_1068797.html*
13. *Постанова Вищого господарського суду України від 3 жовтня 2006 року у справі № 21/461. [Електронний ресурс] — Режим доступу до ресурсу: http://arbitr.gov.ua/docs/28_1365686.html*
14. *Постанова Вищого господарського суду України від 20 лютого 2007 року у справі № 38/210. [Електронний ресурс] — Режим доступу до ресурсу: http://arbitr.gov.ua/docs/28_1748978.html*
15. *Постанова Вищого господарського суду України від 17 липня 2007 року у справі № 21/518. [Електронний ресурс] — Режим доступу до ресурсу: http://arbitr.gov.ua/docs/28_1638729.html*
16. *Постанова Вищого господарського суду України від 14 жовтня 2008 року у справі № 12/295. [Електронний ресурс] — Режим доступу до ресурсу: http://arbitr.gov.ua/docs/28_2109250.html*
17. *Постанова ЦВК СРСР та РНК СРСР про «Введення в дію положення про фірму» від 22 червня 1927 року [№ б/н.] [Електронний ресурс] — Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=n0002400-27>*
18. *Право інтелектуальної власності : підручник для студентів вищих навч. закладів / [за ред. О. А. Підпригори, О. Д. Святоцького]. — К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2002. — с. 624.*
19. *Рішення Господарського суду м. Києва від 3 лютого 2009 року у справі № 12/25. [Електронний ресурс] — Режим доступу до ресурсу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/3218041>*
20. *Розенберг В. В. Фирма. Догматический очерк / В. В. Розенберг. — СПб., 1914.*
21. *Кривошеїна І. В. Фірмове найменування : регулювання та правова охорона за законодавством України : автореф. дис. на здобуття наук ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / І. В. Кривошеїна ; Київ. нац. ун-т ім. Т. Г. Шевченка. — К., 2007. — 18 с. — укр.*



ІННОВАЦІЙНІ ПРАВОВІДНОСИНИ. ПРОБЛЕМА ІДЕНТИФІКАЦІЇ ТА КЛАСИФІКАЦІЇ

Ольга Сімсон,

докторант Національної юридичної академії
ім. Я. Мудрого, старший науковий співробітник НДІ
інтелектуальної власності НАПрН України, доцент

В інноваційній сфері економічно розвинених країн, де відносини щодо використання інтелектуальних продуктів й існування ринку інновацій склалися природно, право здійснює в основному формально-юридичну функцію і закріплює вже усталені на практиці категорії та конструкції. У цьому сенсі суспільні економічні відносини, будучи врегульованими нормами права, набувають характеру правовідносин. З цієї точки зору, право опосередковує усталені, об'єктивно існуючі економічні відносини, які потребують юридичного закріплення. У даному випадку право йде слідом за інтересами приватних суб'єктів економічних відносин. Хоча специфіка інноваційної сфери з її нематеріальною, ризиковою природою потребує активної державної підтримки навіть за таких умов.

В умовах економіки, що розвивається, держава, керуючись метою саме інноваційного напрямку розвитку, стає основним ініціатором відповідних економічних процесів і суспільних відносин. Відповідно, право як основний засіб регулювання створює належні умови для формування та активізації інноваційних відносин, розвиток яких зумовлений державним інтересом. Держава на-

чебно активізує недостатній приватний інтерес, стимулює підприємницьку ініціативу в нематеріальній сфері. Такий механізм спрацьовує у тому разі, коли цих відносин у цій державі немає або вони недостатньо розвинуті. Це повною мірою стосується специфіки формування інноваційних правовідносин в Україні.

Звідси постає завдання створення моделі інноваційних правовідносин, де гармонійно поєдналися б приватні і публічні інтереси. **Головні публічні інтереси — це активізація інноваційних перетворень в господарській сфері, модернізація національних виробництв, залучення інтелектуального потенціалу країни, належна оцінка знань як ключового ресурсу інноваційних змін, створення ринку інновацій.**

Приватні інтереси підприємців-інноваторів полягають у досягненні конкурентних переваг на внутрішньому та міжнародному ринках інтелектуальної продукції та отриманні прибутків від її використання. Таким чином, наявна взаємна заінтересованість держави і суб'єктів приватного права у розвитку інноваційних відносин, а тому й система їх правового регулювання має будуватися на прин-

ципі балансу публічних і приватних інтересів.

Керуючись публічними інтересами, держава стає активним учасником інноваційних відносин щодо створення «правил гри» для учасників і безпосередніх суб'єктів інноваційної діяльності щодо фінансової підтримки інноваційної сфери за допомогою прямих і непрямих способів державного фінансування, щодо стимулювання інноваційної діяльності за допомогою створення необхідної інфраструктури. До публічних можна віднести також відносини з формування інноваційної політики і державного регулювання інноваційної діяльності (принципи, форми, методи, механізми і органи), реформування відносин власності в інтелектуальній сфері в бік її роздержавлення і приватизації тощо.

Але все ж таки основними інноваційними відносинами залишаються відносини у сфері приватного права. Це відносини між суб'єктами інноваційної діяльності щодо передачі (використання, реалізації) об'єктів інновацій у підприємницькій сфері з метою одержання прибутку (доходу) на базі цивільно-правових і господарських угод.

На наявність публічної і приватної складових відносин у сфері інновацій вказують як спеціалісти в галузі цивільного права [1, с. 57-58], так і представники господарської правової науки [2, с. 95].

Дихотомія інноваційних правовідносин (горизонтальних і вертикальних), на думку деяких правників, відбувається з огляду на взаємне становище сторін. Так, суб'єкти горизонтальних відносин є рівноправними, а одним з учасників вертикальних відносин виступає орган управління (в тому числі власник

майна чи уповноважений ним орган), що здійснює управлінсько-контрольні повноваження у сфері інноваційної діяльності [3, с. 302], а тому відносини носять характер влади і підпорядкування. Нам більш імпонує точка зору, за якою вказана дихотомія є породженням поділу права на публічне і приватне [4, с. 148]. Тобто у приватному праві, а значить, в горизонтальних правовідносинах звичайно первинним є суб'єктивне право (що повністю відповідає концепції природного права), а в публічному праві, де домінує публічний інтерес, і відповідно у вертикальних правовідносинах — перевага має надаватися юридичному обов'язку, що відповідає вольовій концепції. У публічних, вертикальних правовідносинах виражається воля держави і відбувається узгодження індивідуальних інтересів в інтересі публічному.

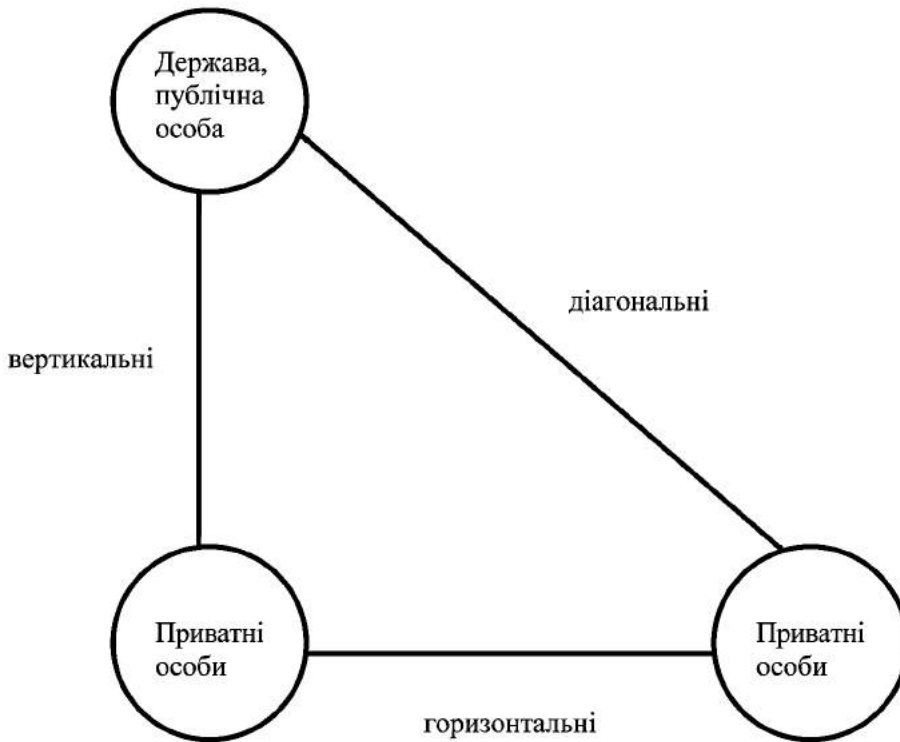
За характером горизонтальні інноваційні правовідносини є майновими. Вертикальні інноваційні відносини носять характер суто організаційних, як наприклад, відбувається при формуванні інноваційної політики і державному регулюванні інноваційної діяльності. Але інноваційні відносини, як і господарські, можуть набувати характеру організаційно-майнових. *Організаційно-майнові відносини часто називають «діагональними правовідносинами», тому що їм притаманні риси як горизонтальних, так і вертикальних правовідносин. Йдеться про відносини з приводу державного трансферу технологій; інноваційної діяльності технопарків як суб'єктів публічного права; діяльності венчурних та інноваційних фондів за участю державного капіталу як заохочувальних механізмів інноваційної інфра-*



ПРАВО ТА ІННОВАЦІЇ

структури і таке інше. З одного боку, ми стикаємося із суб'єктом публічного права (державою або юридичною особою), а з другого боку, він стає учасником майнових відносин аналогічних тим, що відбуваються у приватній сфері.

вертикалі по суті єдині, хоча між ними існує певна різниця. Ця різниця є видовою, вона існує у межах єдиного родового поняття господарських відносин [6, с. 12]. Тим не менш, вважаємо, що кожна із вказаних груп правовідносин має свої



На можливість сполучення елементів вертикальних і горизонтальних зв'язків у господарських відносинах вказує В. К. Мамутов. Він зазначає, що переважно приватні (горизонтальні) відносини включають певне публічне (вертикальне) начало, так само як переважно публічні (вертикальні) відносини включають приватне начало (приватний інтерес). У цьому випадку поділ відносин на вертикальні і горизонтальні значною мірою умовні [5, с. 16]. В. В. Лаптев стверджує, що господарські відносини по горизонталі і

особливості і регулюється своїм переважним методом правового регулювання. Наявність суб'єкта публічного права висуває на перший план публічні інтереси, у зв'язку з цим обсяг обов'язків порівняно з правами збільшується. Діяльність суб'єкта публічного права суворо регламентована, а його правосуб'єктність реалізується в господарській компетенції, прописаній актами законодавства і підзаконними нормативно-правовими актами. Це, своєю чергою, викликає відповідний контроль за виконанням публічною особою

своїх зобов'язань і адміністративно-правову відповідальність за їх невиконання.

У приватній сфері первинними є суб'єктивні права, сторони правовідносин рівні за обсягом прав і обов'язків, діють за власної ініціативи, керуючись вільним волевиявленням. Відповідальність за невиконання зобов'язань виникає в основному на договірній основі, що є наслідком диспозитивного методу правового регулювання.

Тобто є всі підстави говорити про бінарність інноваційних правовідносин і поділяти їх залежно від преваляючого інтересу на відносини приватні та публічні для їх подальшого гармонійного регулювання і взаємної адаптації.

Так, у публічних правовідносинах як основний суб'єкт виступатиме держава в особі компетентних органів, що матимуть відповідні повноваження. Безпосередня участь держави у інноваційних правовідносинах не означає автоматично, що ці відносини будуть лише організаційного, регулятивного характеру. Так, держава може виступати також інвестором або соінвестором, тобто вступати в майнові відносини, що за характером змісту будуть співпадати з горизонтальними.

Тому автор дослідження пропонує *залежно від взаємного положення суб'єктів та характеру взаємовідносин між ними диференціювати інноваційні правовідносини на:*

- **вертикальні**, відносини між державою або іншим суб'єктом публічного права і приватною особою, де перший суб'єкт (сторона правовідносин) виступає як володар власних повноважень, управлінець;
- **діагональні**, відносини між дер-

жавою або іншим суб'єктом публічного права і приватною особою, де перший суб'єкт (сторона правовідносин) виступає як господарюючий суб'єкт;

- **горизонтальні**, відносини між рівними приватними суб'єктами.

За характером змісту відповідних інноваційних правовідносин необхідно поділяти їх на відносини:

- **організаційного характеру**, відносини щодо регулювання (керування) інноваційної діяльності;
- **організаційно-майнового характеру**, де нерозривно пов'язані управлінські та господарські функції суб'єктів. Маються на увазі відносини з приводу державного трансферу технологій; інноваційної діяльності технопарків як суб'єктів публічного права; діяльності венчурних та інноваційних фондів за участю державного капіталу як заохочувальних механізмів інноваційної інфраструктури і таке інше;
- **майнові**, тобто, відносини стосовно введення об'єктів інновації у комерційний (підприємницький) обіг, що будуть збігатися з приватними інноваційними відносинами.

Як горизонтальні, так і діагональні інноваційні правовідносини мають майновий зміст, а тому при їх реалізації об'єкт цих правовідносин роздвоюватиметься на об'єкти першого і другого роду. Так, об'єктом першого роду виступатиме нематеріальне благо (об'єкт інновації), а об'єктом другого роду — дії щодо введення об'єктів інновації у підприємницький обіг у різних формах, тобто різні форми здійснення інноваційної діяльності. Види об'єктів інновації (об'єктів першого роду) бу-



дуть залежати від видів інноваційної діяльності у різних сферах економіки. Спільні риси у підході до класифікації господарських правовідносин можна простежити у В. В. Лаптева. Проведемо паралелі. Так, вчений стверджує, що об'єктом правовідносин визнаються або дії їх учасників, або поряд з тим — матеріальні і нематеріальні блага. Тому, з точки зору характеру господарських правовідносин, йому вбачається правильним розглядати як об'єкт правовідносин певні види діяльності в соціалістичній економіці — господарську діяльність та діяльність із управління господарською діяльністю. Поряд з цим переліком об'єктів господарських правовідносин В. В. Лаптев пропонує виділення й більш конкретних об'єктів у окремих правовідносинах. Наприклад, діяльність з виробництва матеріальних благ, виконання робіт, здійснення послуг у сфері економіки [6, с. 18-19]. Але нам здається, що наш підхід є більш послідовним, а тому пропонуємо виділити ті сфери діяльності, які формують особливий об'єкт інновації.

Це види діяльності, які одночасно формують великі сегменти ринку інновацій у сфері науки і техніки, виробництві, інформаційній сфері, сфері торгівлі і послуг, а також у галузі культури і шоу-бізнесу, якою так часто нехтують при дослідженні інноваційного процесу. Безумовно, інновації не обмежуються тільки цими сферами діяльності, але вивчення інновацій в таких галузях, як наука і техніка, виробництво, інформація, торгівля і послуги, а також шоу-бізнес дозволить виділити об'єкти, які мають настільки виражені характерні ознаки самого інтелектуального (творчого) продукту,

щоб претендувати на перші місця у переліку об'єктів інноваційної діяльності. Крім того, обрані види діяльності є найбільш поширеними сферами комерціалізації інновацій.

Таким чином, *відштовхуючись від об'єкта першого роду і багатогранності його проявів у різних сферах людської діяльності можна провести предметно-об'єктну класифікацію:*

- 1) *інноваційні правовідносини в сфері науки і техніки (об'єкт знання);*
- 2) *у виробничій сфері (технології);*
- 3) *в інформаційній сфері (інформація);*
- 4) *у сфері торгівлі та послуг (бренди);*
- 5) *у сфері культури, шоу-бізнесу (сценарні ідеї).*

Спираючись на об'єкт другого роду, залежно від форми інноваційної діяльності, в основі якої лежатиме відповідний цивільно-правовий або господарський договір на розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, слід виділити:

- 1) **відносини з горизонтальної передачі об'єктів інновації (горизонтальний трансфер);**
- 2) **відносини з регулювання державного трансферу об'єктів інновацій (вертикальний трансфер).**

Інноваційні правовідносини (див. Схему 1). ♦

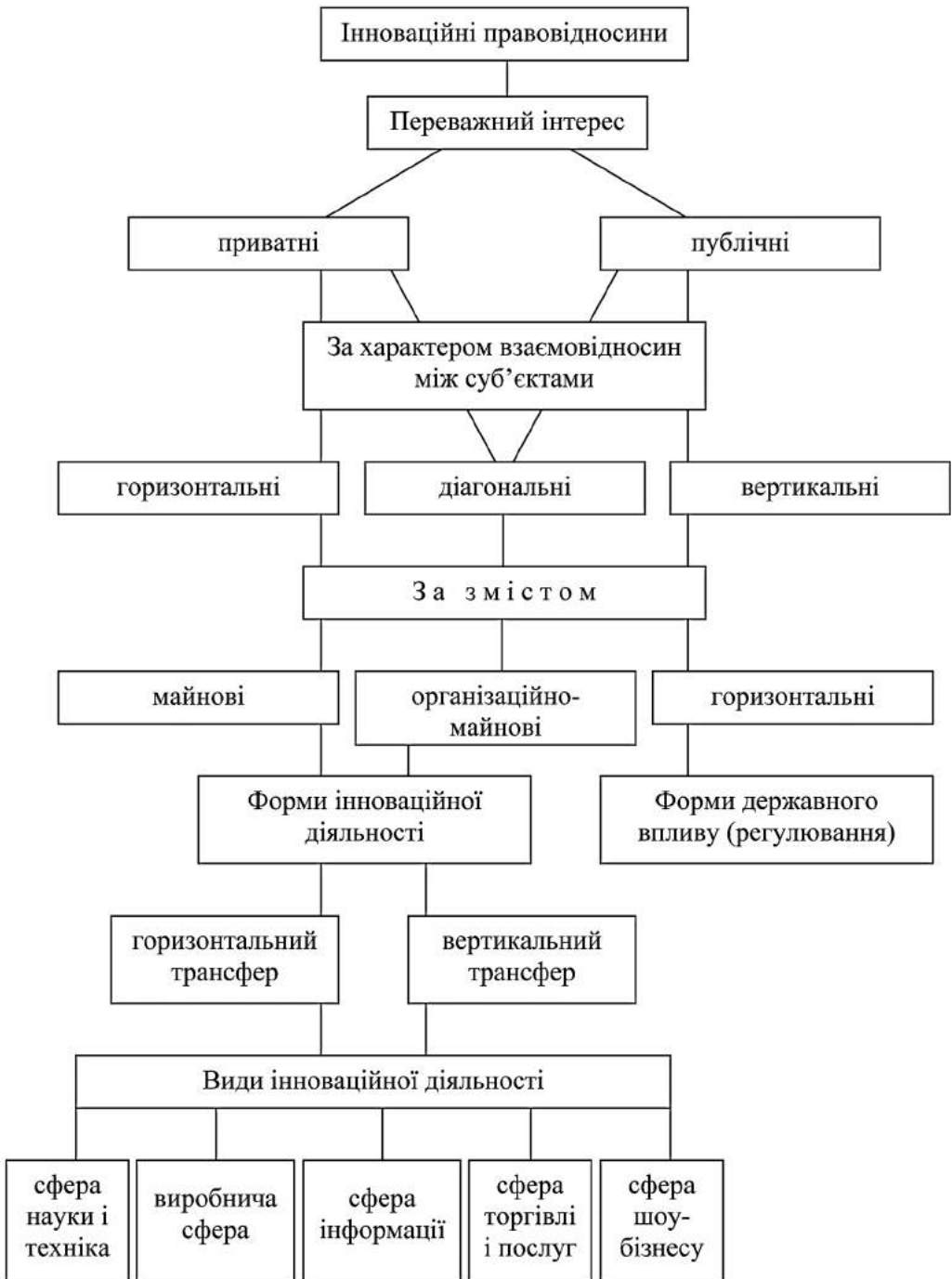


Схема 1

Список використаних джерел:

1. Кузнєцова Н. С. Цивільно-правові засоби забезпечення інновацій у сучасному законодавстві України // Інноваційний розвиток України : тези допо-



- відей Всеукр. науково-практ. конференції, 27-28 жовтня 2006 р. / [Упорядники: Петришин О. В., Кизим М. О.] — Х. : ВД «ІНЖЕК», 2007. — С. 56-60;
2. Мамутов В. К. Правовое обеспечение инновационной деятельности // Інноваційний розвиток України : тези доповідей Всеукр. науково-практ. конференції. 27-28 жовтня 2006 р. / [Упорядники: Петришин О. В., Кизим М. О.] — Х.: ВД «ІНЖЕК», 2007. — С. 82-96;
 3. Вінник О. М. Інвестиційне право : Навчальний посібник / О. М. Вінник. — К.: Юридична думка, 2005. — 568 с.;
 4. Харитонов О. І., Харитонов О. Є. Приватне і публічне право та деякі аспекти теорії правовідносин // Проблеми законності : респ. міжвідомч. наук. зб. — Х., 2002. — Вип. 53. — С. 142;
 5. Мамутов В. К. Хозяйственное право : учебник / [В. К. Мамутов, Г. Л. Знаменский, К. С. Хахулин и др.] ; под ред. Мамутова В. К.— К. : Юринком Интер, 2002. — 912 с.;
 6. Хозяйственное право : учебник / [под ред. В. В. Лаптева]. — М. : Юрид. лит., 1983. — 528 с.

ЦІКАВО ЗНАТИ

НАЙЦІННІШЕ «ЯБЛУКО»

Журнал Forbes оприлюднив новий рейтинг 50-ти найдорожчих брендів світу, 30% з яких припадають на частку технологічних компаній.

Цього разу список очолила компанія Apple, яка відтіснила на друге місце свого «вічного» суперника — компанію Microsoft.

Творіння Стіва Джобса, пише Forbes, належить до числа тих стійких брендів, які вистояли, незважаючи на проблеми і труднощі в бізнесі. Для того, щоб бренд потрапив в топ-50, він мав задовольнити низку вимог. Зокрема, бренд повинен бути так чи інакше представлений у США, оскільки, як пише видання, якщо бренд претендує на статус міжнародного, він повинен бути присутнім на американському ринку.

Перша десятка рейтингу виглядає так:

- № 1: Apple (США), комп'ютерна техніка. Вартість бренду: \$ 57,4 млрд;
- № 2: Microsoft (США), комп'ютерна техніка, \$ 56,6 млрд;
- № 3: Coca-Cola (США), безалкогольні напої, \$ 55,4 млрд;
- № 4: IBM (США), комп'ютерне ПЗ та послуги, \$ 43 млрд;
- № 5: Google (США), інтернет-послуги, \$ 39,7 млрд;
- № 6: McDonald's (США), ресторанний бізнес, \$ 35,9 млрд;
- № 7: General Electric (США), диверсифіковані галузі, \$ 33,7 млрд;
- № 8: Marlboro (належить компанії Altria/Philip Morris International (США)), тютюнові вироби, \$ 29,1 млрд;
- № 9: Intel (США), комп'ютерна техніка, \$ 28,6 млрд;
- № 10: Nokia (Фінляндія), телефони, \$ 27,4 млрд.

За матеріалами сайту: <http://www.rbc.ua/rus/digests/show/top-50-samyh-tsennyh-brendov-mira-02082010133700>



ЮРИДИЧНІ ГАРАНТІЇ МАЙНОВИХ ПРАВ НА СЛУЖБОВІ ОБ'ЄКТИ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Наталія Рязанова,
*здобувач НДІ інтелектуальної власності НАПрН
України*

Актуальність проблеми. У міру розбудови правової держави, удосконалення законодавства у сфері захисту прав інтелектуальної власності, питання взаємин роботодавця з працівником щодо авторських прав та юридичних гарантій на службові об'єкти інтелектуальної власності, які створюються працівником у процесі виконання ним трудових обов'язків, стає все більш актуальним. Неправильне оформлення роботодавцем своїх прав може призвести надалі до серйозних економічних втрат. Причинами цього можуть стати судові позови з боку працівника з приводу незаконного використання роботодавцем авторських прав, розміру авторської винагороди тощо.

Аналіз останніх досліджень. В основу написання даної статті покладені теоретичні доробки таких українських вчених, як К. Афанасьєва [1], яка комплексно дослідила авторське право за законодавством України, визначила основні правові прогалини регулювання даного інституту цивільного права та запропонувала авторські підходи щодо його удосконалення. Охороні авторського права та суміжних прав присвячена робота Г. Корчєвного [2], проблемами системи законодавства України про інте-

лектуальну власність займався О. Підпригора [3]. Юридичну природу прав на об'єкти інтелектуальної власності досліджував І. Сіренко [4]. Досить цікавою в контексті порівняльного правознавства є праця «Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавство України» за загальною редакцією Ю. Капіци [5].

Постановка проблеми. Більшість спеціальних законів про окремі види об'єктів права інтелектуальної власності (далі — ПІВ) не містять поняття «службового» виду об'єкта права інтелектуальної власності. Однак у всіх спеціальних законах про окремі види об'єктів права інтелектуальної власності вживається таке поняття, як «об'єкт права інтелектуальної власності, створений у зв'язку з виконанням службових обов'язків» та наводяться умови, за яких виключні майнові права на створений працівником об'єкт права інтелектуальної власності можуть належати його роботодавцю. У зв'язку з цим в юридичній літературі об'єкти права інтелектуальної власності, які створюються працівником роботодавця, традиційно позначаються таким узагальнюючим поняттям, як «службові об'єкти права інтелектуальної власності».



ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

У нормах спеціальних законів про окремі види об'єктів права інтелектуальної власності закладено загальний принцип, згідно з яким право на отримання охоронного документа та виключні майнові права на службовий об'єкт права інтелектуальної власності визнаються за його роботодавцем. При цьому положення всіх спеціальних законів передбачають вичерпний перелік необхідних умов, за яких створюваний працівником у зв'язку з виконанням трудового договору об'єкт права інтелектуальної власності може бути класифікований як «службовий».

Закріплення у спеціальних законах щодо окремих видів об'єктів права інтелектуальної власності переліку умов, необхідних для їх класифікації як «службових», обмежує можливість визнання службовими всіх без винятку об'єктів права інтелектуальної власності, які можуть створюватись працівником унаслідок виконання трудового договору, та дозволяє класифікувати як службові лише ті об'єкти права інтелектуальної власності, які створюються не просто внаслідок виконання трудового договору, а внаслідок виконання службових обов'язків за трудовим договором чи дорученням роботодавця, у результаті виконання яких можуть створюватись об'єкти права інтелектуальної власності, або ті об'єкти, які створюються працівником з використанням досвіду, виробничих знань, секретів виробництва й обладнання, матеріальних засобів і фінансових коштів роботодавця тощо.

Таким чином, у спеціальних законах про окремі види об'єктів ПІВ закладено принцип, який полягає в тому, що «службовими» визнаються об'єкти права інтелектуальної влас-

ності, створені працівником не на підставі самого факту його перебування у трудових відносинах з роботодавцем, а тільки у разі наявності встановлених спеціальним законом необхідних умов.

Водночас слід зазначити, що наявність передбачених у спеціальних законах про окремі види об'єктів права інтелектуальної власності необхідних умов для класифікації їх «службовими» не є достатньою для набуття роботодавцем виключних майнових прав на створені його працівником службові об'єкти ПІВ. Майже у всіх спеціальних законах містяться норми, які передбачають ряд додаткових умов, дотримання яких є обов'язковим для набуття роботодавцем виключних майнових прав на службові об'єкти права інтелектуальної власності.

Основний зміст дослідження. Згідно зі ст. 420 Цивільного кодексу України [6] (далі — ЦК) до об'єктів прав інтелектуальної власності відносяться:

- літературні й художні твори;
- комп'ютерні програми;
- бази даних;
- виконання;
- фонограми, відеограми, передачі (програми) організацій мовлення;
- наукові відкриття;
- винаходи, корисні моделі, промислові зразки;
- компонування (топографії) інтегральних мікросхем;
- раціоналізаторські пропозиції;
- сорти рослин, породи тварин;
- комерційні фірмові найменування, торгові марки (знаки для товарів і послуг), географічні позначення;
- комерційна таємниця.

Відповідно до ст. 418 ЦК, право інтелектуальної власності являє

собою право особи на результат інтелектуальної, творчої діяльності або на інший об'єкт права інтелектуальної власності.

Право інтелектуальної власності складається з особистого немайнового й (або) майнового права.

До особистих немайнових прав, згідно зі ст. 423 ЦК, відносяться:

- право на визнання людини творцем (автором, виконавцем, винахідником та ін.) об'єкта права інтелектуальної власності;
- право перешкоджати будь-якому зазіханню на право інтелектуальної власності, здатному завдати шкоди честі або репутації творця об'єкта ПІВ;
- інші немайнові права, встановлені законом.

До майнових прав інтелектуальної власності, згідно зі ст. 424 ЦК, відносяться:

- право на використання об'єкта права інтелектуальної власності;
- виключне право дозволяти використання об'єкта ПІВ;
- виключне право перешкоджати незаконному використанню об'єкта ПІВ, у тому числі забороняти таке використання;
- інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом.

Суб'єктами права інтелектуальної власності є творець (творці) об'єкта права інтелектуальної власності (автор, виконавець, винахідник та ін.) й інші особи, яким належать особисті немайнові та (або) майнові права інтелектуальної власності.

Безумовно, що частина визначених об'єктів інтелектуальної власності може бути створена працівником у процесі виконання ним своїх трудових обов'язків. Такі об'єкти прийнято називати службовими.

У ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» [7] дається таке визначення службового твору: «це твір, створений автором у порядку виконання службових обов'язків у відповідності зі службовим завданням або трудовим договором (контрактом) між ним і роботодавцем».

Згідно зі ст. 1 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» [8], службовий винахід (корисна модель) — це винахід (корисна модель), створений працівником:

- у зв'язку з виконанням службових обов'язків або дорученням роботодавця за умови, що трудовим договором (контрактом) не передбачене інше;
- з використанням досвіду, виробничих знань, секретів виробництва, а також обладнання роботодавця.

При цьому під службовими обов'язками працівника розуміються його функціональні обов'язки, зафіксовані в трудових договорах (контрактах), посадових інструкціях, які можуть призвести до створення винаходу (корисної моделі). А під дорученням роботодавця — видане працівнику в письмовій формі завдання, що має безпосереднє відношення до специфіки діяльності підприємства або діяльності роботодавця й здатне призвести до створення винаходу (корисної моделі).

У наведених вище визначеннях службового об'єкта вбачається його подвійний характер. З одного боку, його творцем, безумовно, є працівник й у цій якості він має на нього незаперечні права як автор. З другого боку, об'єкт був створений у робочий час, оплачуваний роботодавцем,



ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

і як продукт праці повинен належати роботодавцю.

Згідно зі ст. 429 ЦК України особисті немайнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору, належать працівнику, який створив цей об'єкт. У випадках, передбачених законом, окремі немайнові права інтелектуальної власності на такий об'єкт можуть належати юридичній або фізичній особі, де або в якій працює працівник.

Майнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору, належать працівнику, що його створив, і юридичній або фізичній особі, де або в якій працює працівник, спільно, якщо інше не встановлено договором.

Законом можуть встановлюватися особливості здійснення майнових прав інтелектуальної власності на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору.

У той же час, ст. 16 Закону України «Про авторське право і суміжні права» права автора й роботодавця на службові твори трактує в такий спосіб:

1. Авторське особисте немайнове право на службовий твір належить його автору.
2. Виняткове майнове право на службовий твір належить роботодавцю, якщо інше не передбачено трудовим договором (контрактом) і (або) цивільно-правовим договором між автором і роботодавцем.
3. За створення й використання службового твору автору призначена авторська винагорода, розмір і порядок виплати якої встановлюється трудовим договором (контрактом) і (або) ци-

вільно-правовим договором між автором і роботодавцем.

Аналіз Цивільного кодексу України та спеціального законодавства у сфері захисту інтелектуальної власності свідчить про певні розбіжності в трактуванні майнових прав на службовий твір. Закон України «Про авторське право й суміжні права» визначає, що виняткові майнові права на службовий твір належать роботодавцю, якщо інше не встановлено трудовим або цивільно-правовим договором, а Цивільний кодекс України — про те, що майнові права на об'єкт інтелектуальної власності належать працівнику, який його створив, і роботодавцю (замовнику) спільно, якщо інше не встановлено договором.

Тому з працівником, функціональні обов'язки якого припускають створення або можливість створення службового твору, трудові договори доцільно укладати в письмовій формі та із вказівкою, у явній формі, на те, що всі майнові права на об'єкт інтелектуальної власності, створений у процесі виконання працівником трудових обов'язків, належать роботодавцю.

Крім того, у випадку, якщо створюваний працівником об'єкт інтелектуальної власності має перспективу патентування, доцільно всю роботу провадити на підставі завдання в письмовому вигляді. У цьому завданні необхідно давати чіткі описи характеристик майбутнього продукту, що буде корисним при доказуванні пріоритетності прав у спірних ситуаціях.

Для роботодавця, з практичної точки зору, важливо знати не тільки свої права на службовий об'єкт інтелектуальної власності, але й момент їхнього виникнення, з якого

можна користуватись ними на законних підставах.

Розглянемо це питання на прикладі Законів України «Про авторське право і суміжні права» й «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», які стосуються найбільш актуальних об'єктів інтелектуальної власності.

Авторське право на твір, відповідно до п. 2 ст. 11 Закону України «Про авторське право і суміжні права», виникає внаслідок факту його створення. Для виникнення й здійснення авторського права не потрібна реєстрація твору або будь-яке інше спеціальне його оформлення, а також виконання будь-яких інших формальностей.

З цього моменту виникають і майнові права роботодавця на службовий твір. Бажано, щоб їхня передача була все-таки прямо передбачена трудовим або цивільно-правовим договором.

Роботодавець, якому на законних підставах належать майнові права на службовий твір, для сповіщення про свої права може використовувати знак охорони авторського права. Цей знак складається з наступних елементів:

- латинська буква «с», обведена навкруги;
- ім'я особи, що володіє авторським правом;
- рік першої публікації твору.

Водночас, протягом строку охорони авторського права роботодавець може зареєструвати свої майнові права на твір у відповідних державних реєстрах.

Державна реєстрація авторських прав на твір здійснюється Міністерством освіти й науки в особі Державного департаменту інтелектуальної власності, що діє в його

складі, відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України «Про державну реєстрацію авторського права і договорів, які стосуються права автора на твір» [9].

Варто підкреслити, для того, щоб виключити при реєстрації неоднозначність у трактуванні обсягу майнових прав роботодавця на службовий твір, доцільно укладати з працівником (колективом працівників) авторський договір на його створення, з прямим зазначенням даного положення.

Твір вважається службовим лише в тому випадку, якщо він виконаний відповідно до **службового завдання або трудового договору, в якому чітко визначені трудові обов'язки найманого працівника**. При невиконанні цих умов автор вважається вільним підрядчиком і, відповідно, володіє майновими правами на свій твір.

Роботодавці повинні зрозуміти, що внаслідок одного лише факту найму працівника та існування трудового договору вони не мають права на всі ідеї найманого працівника. Роботодавці мають право лише на ту частину творчої роботи найманого працівника, на яку вони видали завдання або задля якої найняли його. Тому в кожному випадку треба аналізувати умови, хід виконання робіт, щоб визначити, чи справді створено службовий твір.

Тобто, щоб твір було визнано службовим, його створення має передбачатися у трудовому договорі (контракті) або в результаті виконання автором службового завдання.

Однак зазначимо, що це завдання не може виходити за межі трудової функції автора (тобто за межі його



ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

службових обов'язків). Крім того, такі завдання за своїм обсягом не можуть перевищувати норм праці, встановлених законодавством. Інакше кажучи, якщо автор створив твір, який не передбачено умовами трудового договору (контракту) або службовим завданням, то такий твір, цілком ймовірно, не вважатимуть службовим і всі права на його використання повністю належатимуть автору.

Укладаючи трудовий договір (контракт) або призначаючи автору службове завдання, роботодавець фактично купує в автора твору пов'язані з ним виключні майнові права. Особисте немайнове право залишається за автором твору, як визначено у ст. 16 Закону України «Про авторське право і суміжні права». Чинним законодавством України встановлено, що виключне майнове право на службовий твір належить роботодавцеві, якщо інше не передбачено трудовим договором (контрактом) та (або) цивільно-правовим договором між автором та роботодавцем.

Наразі за створення та використання службового твору автору належить авторська винагорода, розмір і порядок виплати якої встановлюється трудовим договором (контрактом) та (або) цивільно-правовим договором між автором і роботодавцем. Отже, при використанні службового твору, його автор, окрім заробітної плати, має право на отримання авторської винагороди. Виплачувати авторську винагороду має та особа, яка використовує службовий твір. Для авторського права традиційною є договірна форма правовідносин між автором та особою, яка використовує результати творчої діяльності автора.

Виходячи з цього, можна сказати, що одним із правових засобів захисту авторських прав на службовий твір є авторський договір.

Як відомо, сутність договору визначається не його формою, а змістом. Але автори дуже часто вважають, що головне їхнє завдання — саме підписання договору, а не визначення того обсягу прав, який за цим договором передається. Автори просто забувають, що поки з ними не укладено договір, ніхто не може використовувати їхні твори. Можна зрозуміти психологічну складність ситуації. Дуже непросто творчим людям відразу надати їхнім відносинам зі створення та використання творів правового характеру. Але необхідно зрозуміти, що лише правильно, юридично грамотно складений договір, в якому враховані всі аспекти майбутніх відносин між сторонами, може допомогти авторам уникнути моральних і матеріальних збитків та втрати часу. І це при тому, що сьогодні законодавство намагається всебічно захистити автора не тільки тоді, коли його права вже порушено, а навіть тоді, коли самих прав ще не існує [4, с. 133].

Наприклад, ст. 33 Закону України «Про авторське право і суміжні права» встановлює, що предметом договору про передачу прав на використання твору не можуть бути права, яких не було на момент укладання договору. Ця норма — один із способів забезпечити інтереси автора від уступки права на раніше обумовлених умовах щодо твору, художня та комерційна цінність якого може бути набагато вищою, ніж була на момент укладання угоди.

Слід зазначити, що умови договору, які погіршують становище автора порівняно зі становищем, вста-

новленим чинним законодавством, а також умови, що обмежують права автора на створення майбутніх творів на зазначену в договорі тему, є недійсними. Необхідно також сказати декілька слів про час укладання авторського договору щодо службового твору. Якщо договір укладається на твір, що вже існує, який автор створив із урахуванням своїх службових обов'язків, — то використовувати такий твір наймач може лише після укладання авторського договору. За авторським договором замовлення автор зобов'язується створити в майбутньому твір відповідно до умов договору і передати його замовнику.

Договором може бути передбачена виплата замовником авторові авансу як частини авторської винагороди. Чинним законодавством України передбачено, що сторона, винна у невиконанні або неналежному виконанні умов договору, відшкодовує іншій стороні всі завдані збитки, враховуючи втрачену вигоду. Сьогодні користувачі в більшості випадків розуміють, що авторський договір — це могутня зброя, яку можна застосувати проти самого автора. Положення про визнання авторства є важливою юридичною гарантією, що стосується захисту інтелектуальної власності на службові об'єкти.

Висновки. Підсумовуючи, зазначимо, що важливою юридичною гарантією майнових прав інтелектуальної власності на службові об'єкти є *договір*. Це може бути договір про передачу виключних майнових прав на службовий об'єкт чи договір на створення або замовлення об'єкта права інтелектуальної власності. Крім того, варто пам'ятати про деякі правові підстави втрати права інте-

лектуальної власності на службові об'єкти.

Так, можна вважати, що при звільненні працівника роботодавець втрачає свої виняткові права на службовий твір. Це впливає з того, що авторське право на твір виникає внаслідок самого факту його створення, починає діяти з дня створення твору (ч. 1 ст. 28 Закону «Про авторське право і суміжні права») і не залежить від подальших відносин роботодавця з найманим працівником. На жаль, спеціальних правил для визначення терміну дії охорони службового твору не передбачено, а прив'язка до життя автора тут недоречна. Тому керуватись можна ст. IV Конвенції про авторське право [10], що передбачає 25-річний термін охорони твору, починаючи з дати оприлюднення. Крім того, варто відзначити, що після звільнення автор службового твору — найманий працівник, має право на винагороду за умови будь-якого використання твору. Справді, за створення і використання службового твору автору встановлено авторську винагороду. Але розмір і порядок виплати цієї винагороди встановлюється трудовим договором (контрактом) і (або) цивільно-правовим договором між автором і роботодавцем (ч. 3 ст. 16 Закону «Про авторське право і суміжні права»). Найманий працівник отримує зарплату за свою працю, і цим він відрізняється від незалежного підрядчика. Передбачене законом право автора (або іншої особи, яка має авторське право) вимагати виплати винагороди за будь-яке використання твору належить до майнових прав автора (ст. 15 Закону «Про авторське право та суміжні права»), яким у цьому випадку володіє роботодавець. ♦



ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

Список використаних джерел:

1. Афанасьєва К. О. Авторське право : практ. посіб / К. О. Афанасьєва. — К. : Атіка, 2006. — 224 с.
2. Корчевний Г. В. Розвиток законодавства про адміністративну охорону авторського права і суміжних прав в Україні / Г. В. Корчевний // Правова держава ОНУ ім. І. І. Мечникова. — Одеса : Астропринт, 2006. — № 5. — С. 171-175.
3. Підпригора О. Проблеми системи законодавства України про інтелектуальну власність / О. Підпригора // Інтелектуальна власність. — 2007. — №3. — С. 3-7.
4. Сіренко І. Юридична природа прав на об'єкти інтелектуальної власності / І. Сіренко // Українське право. — 2007. — Число 3. — С. 132-135.
5. 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. — 401 с.
6. Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40-44. — Ст. 356
7. «Про авторське право й суміжні права». — Закон України. — від 23 грудня 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — №10. — Ст. 62.
8. «Про охорону прав на винаходи й корисні моделі». — Закон України. — від 15 грудня 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — №7. — Ст. 32
9. «Про державну реєстрацію авторського права й договорів, які стосуються права автора на твір». — Постанова Кабінету Міністрів України № 1756 від 27.12.2001 р. [Електронний ресурс]. — Офіційний веб-сайт Верховної ради України // Законодавство України. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua>
10. Всесвітня конвенція про авторське право від 6 вересня 1952 р. [Електронний ресурс] — CD-ROM. Компьютерное законодательство Украины. // Бизнес-комплект «Юрист-плюс» — 2009.

Д. Пшеничнюк

Развитие идеи тесной и реальной связи в английском международном частном праве

С. 3-13

Статья посвящена развитию идеи тесной и реальной связи в английском коллизионном праве. В статье анализируется коллизионная доктрина домысленного намерения сторон, демонстрируются основные недостатки этой доктрины и ее эволюция в принцип реальной и тесной связи. Кроме этого, в статье приводятся основные прецеденты и подходы (техники) к применению упомянутого принципа в английском праве.

D. Pshenychnyuk

Evolution of real and closest connection doctrine in English Private International Law

P. 3-13

This article is devoted to the elaboration of idea of real and closest connection in English conflict of laws. This article provides an analysis of the choice-of-law doctrine of presumed intent, demonstrates main defects of this doctrine and its evolution in principle of real and closest connection. In addition, this article contains the description of the basic precedents and approaches to application of the mentioned principle in English law.

С. Погрибный

Аналогия закона и аналогия права как средства регулирования договорных гражданских отношений

С. 14-21

В статье анализируется общетеоретическое и гражданско-правовое измерение использования таких правовых способов, какими являются аналогия закона и аналогия права.

S. Pohribnyi

The analogy of the law and the analogy of the right as the regulation means of contractual civil relations

P. 14-21

The article examines the general theoretical and civil legal dimension of use of such legal techniques, as the analogy of the law and the analogy of the right

В. Невидомый

Регулятивный и саморегуляционный аспекты правовой реальности

С. 22-29

Правовую реальность следует рассматривать в единстве двух упомянутых аспектов: ведь юридические нормы не оказывают непосредственного регулятивного воздействия на общественные отношения. Они задают лишь некоторые модели должного поведения, легитимность которых существенно зависит от их соответствия векторам правовой самоорганизации общества.

V. Nevidomyi

Regulative and self-organized aspects of legal reality

P. 22-29

Legal reality should be regarded as a unity of the two mentioned aspects: juridical norms don't have a direct regulative influence on the social relations; they give just some models of due behavior, legitimacy of which essentially depends on their relevancy to the vectors of the legal self-organization of society.

Е. Штефан

Некоторые гражданско-правовые и гражданско-процессуальные аспекты учения об интересе

С. 30-43

O. Shtefan

Some civil law and civil procedural aspects of the doctrine of interest

P. 30-43

В статье автором сделан основательный анализ законодательных и литературных источников, касающихся понятия «интерес». На основании анализа автор раскрывает основные особенности понятия, его сходства и отличия от таких категорий, как, например, «права», «свободы».

А. Амангельды

Особенности правового регулирования франчайзинговых отношений
С. 44-65

В статье проанализированы предпосылки возникновения и развития франчайзинга как одного из эффективных методов ведения бизнеса. С учетом экономической и правовой специфики рассмотрены классификации франчайзинга, а также дано понятие договора франчайзинга. Проанализировано законодательство в сфере франчайзинга США, стран Западной Европы, России, Украины, Молдовы и Казахстана. С учетом изложенного автор статьи предлагает усовершенствовать часть норм, регулирующих франчайзинговые отношения в Казахстане.

В. Дробязко

Актуальные проблемы авторского права и смежных прав в цифровой среде
С. 66-81

Автор исследует объем охраны авторского права в цифровой среде, ответственность провайдеров Интернет-услуг, права исполнителей и организаций цифрового вещания, охрану баз данных, деятельность файлообменных систем.

Л. Романадзе

Понятие, функции и виды торговых марок
С. 82-88

В статье раскрывается понятие торговой марки. Проанализированы основные функции торговой марки,

In the article the author made a thorough analysis of legal and literary sources relating to the theme “Interest”. On the base of the analysis the author highlights basic distinctive features of the concept, its similarities and differences from such categories as “right”, “freedom”.

A. Amangeldy

Peculiarities of legal regulations of franchising
P. 44-65

The article is analyzed the conditions of franchising appearance and development as one of effective business practices. With consideration of the economic and legal specifics the franchising classifications are reviewed, and also is given the notion of a franchising agreement. Franchising laws in the U.S.A., Western Europe, Russia, Ukraine, Moldova and Kazakhstan are analyzed. In accordance with the foregoing the author of the article offers to improve a part of rules governing franchise relations in Kazakhstan.

V. Drobyazko

Urgent problems of copyright and related rights in the digital environment
P. 66-81

The author explores the extent of protection of copyright in the digital environment, the responsibility of Internet service providers, the rights of artists and organizations for digital broadcasting, database protection, and the activities of file-sharing systems.

L. Romanadze

Concept, functions and types of trademarks
P. 82-88

The article reveals the concept of trademarks. The main functions of the trademark as a distinctive, informati-

такие как различительная, информативная, охрannая и т.д. Определяется круг обозначений, которые могут быть зарегистрированы в качестве торговых марок. Охарактеризованы виды обозначений и классификация торговых марок. Приведены международные многосторонние соглашения в отношении торговых марок.

В. Селиваненко

Формы нарушения прав на коммерческое наименование

С. 89-97

Статья посвящена анализу способов использования коммерческих наименований в Украине, а также наиболее распространенным формам нарушения прав на такие наименования.

О. Симсон

Инновационные правоотношения. Проблема идентификации и классификации

С. 98-104

Автор анализирует правоотношения, которые возникают между субъектами инновационной деятельности. Исследователь предлагает несколько собственных классификаций правоотношений в сфере инновационной деятельности исходя из разных критериев.

Н. Рязанова

Юридические гарантии имущественных прав на служебные объекты интеллектуальной собственности

С. 105-112

Исследованы актуальные аспекты правового регулирования имущественных прав на служебные объекты интеллектуальной собственности. Установлены правовые пробелы регулирования субъективных имущественных прав на отдельные служебные объекты интеллектуальной собственности. Определены конкретные предложения по защите имущественных прав как работодателя, так и автора служебного произведения.

ve, security, etc are analyzed. Determine the range of signs that can be registered as trademarks. Described species designations and classification of trademarks. The following international multilateral agreements on trademarks.

V. Selivanenko

Forms of infringement of commercial names rights

P. 89-97

The article is devoted to the analyzing the ways of using of trade names in Ukraine and the most common forms of infringing rights to such names.

O. Simson

Innovation legal relationship. Identification and classification problem.

P. 98-104

The author analyzes the relationships arise between the subjects of innovation. The researcher offers several legal relations classifications of her own in the sphere of innovation which are based on the different criteria.

N. Ryazanova

Legal guarantees of property rights of property rights to the official objects of intellectual property

P. 105-112

The actual aspects of the legal regulation of property rights to the official objects of intellectual property are investigated. Legal blanks in regulation of subjective property rights on the separate official objects of intellectual property are certainied. There are determined concrete suggestions concerning the defence of property rights as an employer so author of official work.



До уваги авторів!

Редакція приймає рукописи статей, які раніше не друкувались, як на електронних носіях, набраних у програмах MS Office, так і надруковані на папері обсягом до 10 сторінок (шрифт — Times New Roman, розмір — 14, інтервал — 1,5).

Статті повинні бути оформлені відповідно до вимог ВАК України щодо наукових робіт, обов'язково мати рецензію та анотації російською та англійською мовами. Ілюстративний матеріал має бути у форматі .tif або .jpg, розміром 300 dpi.

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.

Надіслані до редакції матеріали авторам не повертаються.

Автор, який подав матеріали до друку, вважається таким, що погоджується на подальше безоплатне їх розміщення на сайтах НДІ інтелектуальної власності.

Відтворення матеріалів журналу або їхніх частин будь-якими засобами або в будь-якій формі, у тому числі в Інтернеті, забороняється без письмового дозволу редакції журналу.

ШАНОВНІ ЧИТАЧІ!

У 2011 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, а також за допомогою системи WebMoney на сайті ДП «Преса» — www.presa.ua.

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

Вартість передплати на 2011 рік					
	Індекс	2 міс/грн	4 міс/грн	6 міс/грн	12 міс/грн
Фізичні та юридичні особи	23594	35	70	105	210

З глибокою повагою,
редакційна колегія