

ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ



Науково-практичний журнал

6 (56) '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*

Свідцтво про державну реєстрацію
КВ № 10573 від 07.11.2005 р.

Рекомендовано до друку Ученою
радою НДІ інтелектуальної
власності НАПрН України,
(протокол № 10 від 30.11.2010).

Редакція:

Прахів 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, свідцтво
суб'єкта видавничої справи ДК
№ 3133 від 17.03.2008.

Здано до набору 10.12.10. Підписано
до друку 22.12.10. Формат 70х108/16.
Папір офсетний. Офсетний друк.
Наклад 300 примірників. Зам. 201

ЗМІСТ

Авторське право

Штефан О. Літературний агент — міф чи
реальність? 3

Ганжуров Ю. Охорона авторського права у
видавничій галузі: проблемні питання 11

Патентне право

Коваль І. Характеристика прав на об'єкти
промислової власності відповідно до
загальної моделі суб'єктивного права 14

Прахів Б. О выявлении и отборе
лицензионных тем в практике
продажи сопутствующих лицензий 22

Чомахашвілі О. Зміст адміністративно-
правового регулювання у сфері охорони
прав на промислові зразки 27

Засоби індивідуалізації

Дорохіна І., Самоловова Н. Деякі
аспекти дослідження семантики
словесних позначень 33

Договірні відносини

Рязанова Н. Актуальні аспекти зарубіжного
досвіду регулювання прав на службові
об'єкти інтелектуальної власності 39

Захист прав

Белєвцева В. Адміністративно-правові
аспекти режиму інтелектуальної
власності: захист та безпека 46

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. НАНУ, 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., Мироненко Н. М., Москаленко В. С., Нежиборець В. І., Панов М. І., Петришин О. В., Пічкур О. В., Святоцький О. Д., Семчик В. І., Сегай М. Я., Сидоров І. Ф., Солощук М. М., Теплюк М. О., Тихий В. П.

Гойко О. Від судового захисту до альтернативних методів вирішення спорів ..54

Право та інновації

Загрішева Н. Правове регулювання бухгалтерського обліку нематеріальних активів 61

Сімсон О. Реалізація моделі державно-приватного партнерства в інноваційній стратегії України 70

Погляд науковця

Амангельды А. Особенности правового регулирования франчайзинговых отношений 78

Цюкало Ю. Принцип недопустимості зловживання суб'єктивними цивільними правами з наміром завдання шкоди (шикана) в країнах романо-германської правової системи 97

Невідомий В. Еволюція правових цінностей та ідея конституціоналізму 104

Духневич І. Правові питання удосконалення аграрного законодавства 113

Кондрацька Ю. Правові акти Національного банку України: теоретичні та прикладні аспекти 121

Нижний А. Скріплення печаткою як елемент письмової форми цивільно-правового договору 129

До відома

Про підсумки Регіонального семінару «Проблеми правовой защиты интеллектуальной собственности в Украине» 135

Інформація про Громадську організацію «Асоціація протидії недобросовісній конкуренції» 136

Тематичний показчик статей і матеріалів, надрукованих у журналі за 2010 рік 143



ЛІТЕРАТУРНИЙ АГЕНТ — МІФ ЧИ РЕАЛЬНІСТЬ?

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 з різними видами творчої інтелектуальної діяльності (ст. 54). Проте держава не лише виступає гарантом, а й бере на себе функцію сприяння розвитку науки, літератури і мистецтва. Значення мистецтва у розвитку суспільства не можна недооцінювати. Саме сприянню розвитку різних видів мистецтва в усі часи будь-яке суспільство приділяло особливу увагу. Це пояснюється тим, що мистецтво є не лише формою задоволення естетичних потреб людини, а й виступає досить потужним засобом впливу на суспільство, формування шляхів його розвитку та світогляду. Сьогодні знову відбувається зростання інтересу до художньої літератури. Вона стала потужним засобом формування як окремої людини, так суспільства в цілому, а в гуманітарному значенні — найціннішим капіталом.

Розповсюдження досягнень художньої літератури як і культури загалом реалізується передусім шляхом публікації різноманітних художніх творів — прози, поезії, істо-

ричної літератури, драматичних творів тощо. У той же час, оприлюднення художньої літератури може відбуватись не лише у формі публікації, а й у радіо- і відеопередачах, спектаклях, постановках, п'єсах тощо. Проте найбільш розповсюдженим способом оприлюднення творів літератури й нині залишається опублікування.

Основною роботою автора літературного твору є передусім створення твору, в той час як видавництво має видавати такі твори. Але не завжди твір, створений в результаті творчої інтелектуальної праці, знаходить відповідний попит у тому чи іншому видавництві. При такій ситуації автор, замість того, щоб створювати нові твори, гає час та сили на пошук того, кого можуть зацікавити та заінтересувати результати його творчості. У країнах Європи, США в тому числі й у Росії, специфічним посередником між автором та видавництвами є літературний агент.

У західних країнах літературний агент є невід'ємною частиною книжкового бізнесу. Будучи обізнаним у книжковому ринку, він знає кому та за якою ціною можна запропонувати і продати той чи інший твір, тобто позбавляє контактів видавництва із графоманами, а письмен-



никам надає можливість продати їх твір на вигідних умовах, економлячи всім учасникам ринку час та гроші [1].

Хто такий літературний агент?

Як уже зазначалось, літературний агент — це посередник між автором та видавництвом. Автор за договором наймає агента та сплачує йому відсоток від тих доходів, які йому приносить книга, видана за сприяння агента. Так, наприклад, у США літературний агент працює в середньому за 15%, представляючи інтереси автора на внутрішньому ринку, та за 20% — за іноземне представництво. Зважаючи на те, що літературні агенти у країнах Європи з'явилися більше 200 років тому, сьогодні зазвичай вони спеціалізуються на конкретній літературі або ж у певних її жанрах. Як і видавництва, літературні агентства мають свої особливі «Вказівки для авторів» («*Writer's Guidelines*» або «*Submission Guidelines*»), що містять вимоги щодо жанру, оформлення рукопису та процедури передавання твору. Британські довідники наводять сотні адрес професійних літературних агентств, американські — тисячі. За характером послуг, які надають літературні агенти, поділяються на дві групи. До першої групи належать так звані «*primary agencies*» («первинні агентства»), які спеціалізуються на пошуку нових перспективних авторів, допомагають порадами у створенні рукопису, іноді навіть його редагують, з тим, щоб потім такий рукопис продати видавництву та отримати винагороду у розмірі 10-20% від авторського гонорару. Літературні агенти, представляючи інтереси автора, вирішують усі комерційні питання, пов'язані із використанням його

твору. У тих випадках, коли виникає питання продажу прав на опублікування твору за кордоном, «первинні агенти» та видавці-правовласники зазвичай звертаються до послуг так званих «*subagencies*» («субагентів»), які працюють у конкретній країні. Літературний «субагент» є іноземним партнером, який сприяє укладенню контракту і деякою мірою виступає гарантом від будь-яких зазіхань на права автора, а видавцям він полегшує процес набуття майнових авторських прав.

Традиційно агенти працюють із творами «крупних форм», такими як, наприклад, романи для СМІ (кіно-, телесценарії, п'єси, радіопостановки) та нехудожня література. Щодо «малих літературних форм», як-то: розповіді, статті, поетичні твори — то з ними агентства не працюють, оскільки такі твори є фінансово непривабливими для них. Виняток складають лише визнані, відомі письменники, які можуть передати представництво на оприлюднення таких розповідей та статей своєму агенту [2].

За кордоном літературні агенти об'єднуються у професійні асоціації. Членство у таких асоціаціях є специфічним сертифікатом якості роботи агента. Асоціації літературних агентів випускають бюлетені, проводять конференції та відпрацьовують стандарти професійної діяльності. Так, наприклад у США існує асоціація літературних агентів *Association of Authors' Representatives (AAR)*, членами якого є понад 300 літературних агентів [3].

Хто може бути літературним агентом?

Професія літературного агента вимагає глибоких знань та вмінь лі-



тературознавця, редактора, юриста та агента з продажу.

Літературознавча освіта необхідна агенту на тій підставі, що вона є основою професії письменника. Такий підхід пояснюється тим, що літературний агент має бути обізнаним у історії літератури. Особливо глибокі знання агент повинен мати з історії та розвитку тих жанрів і різновидів літератури, у яких він спеціалізується. Своєю чергою, наявність таких знань у агента дозволяють уникати ситуацій із плагіатом у разі незаконного «запозичення» ідеї або сюжетної лінії твору іншого автора, що працює або працював у тому ж жанрі.

Літературний агент повинен мати практичні знання у цій сфері бізнесу, перш за все знання редактора. Так, наприклад, у США, перш ніж створити професійне та прибуткове літературне агентство, особа має тривалий час, інколи протягом десятиліть, працювати в інших літературних агентствах та видавництвах, починаючи із кур'єра, поступово займаючи до редакційні посади, згодом одержавши посаду літературного агента або редактора, доки не обійме посаду заступника або партнера засновника. Лише після проходження усіх «кар'єрних сходів» особа, маючи досвід роботи літературних агентств із «середини», може створити власне літературне агентство, яке буде конкурентоздатне. Такий агент, з одного боку, дуже добре знає, що хочуть отримати від автора читач та видавництво, а з другого — до нього є довіра з боку видавництв, оскільки така особа може обрати саме той твір, що купуватиметься (читатиметься) читачами.

Також літературний агент має бути обізнаним у юридичних тонко-

щах книговидавничого процесу. Слід зазначити, що літературний агент — це не юрист, він не може, наприклад, представляти інтереси автора в суді або надавати консультації із деяких складних юридичних питань. Для вирішення таких питань у країнах Європи звертаються до «літературних юристів» (*«literary lawyers»*). Проте літературний агент, представляючи інтереси автора, повинен одразу бачити можливі «пастки» для автора у видавничих договорах, а також мати знання із міжнародного авторського права. Варто зазначити, що навіть якщо автор є професійним юристом або редактором, він незастрахований від помилок у книговидавничому процесі. Своєю чергою, літературний агент вирішує різноманітні проблеми автора кожного дня, і саме у цьому полягає його робота. Літературний агент знає внутрішню сторону книговидавничого бізнесу, до того ж, він сам безпосередньо заінтересований у вигідному для автора договорі, оскільки його прибуток залежить від прибутку автора.

Кожний літературний агент має бути тямущим агентом з продажу. Проте жоден агент не в змозі продати бездарний рукопис, до того ж видавництво, вкладаючи у видання свої гроші, не зацікавлене їх витратити на «слабкий» твір, який не буде продаватись. Агент також незацікавлений працювати із такого роду творами, оскільки його прибуток залежить від авторської винагороди автора. Водночас, у роботі літературного агента трапляються помилки у розрахунках щодо реалізації творів, наприклад, у США більше 70% книг списуються, не окупивши себе, а «бездарні» книги інколи стають бестселерами. У про-



цесі пропонування твору видавництва, агент бере мінімальну участь — він повинен представити рукопис з якомога привабливішої сторони, проте, остаточну долю книги вирішує видавець.

Професійний літературний агент має своє власне портфоліо, в якому містяться титульні сторінки книг (у відповідному жанрі), дати їхнього виходу у світ, інформація про клієнтів, з якими він працює. Також професійний літературний агент не пропонує будь-які оплатні «додаткові» послуги клієнту та не бере передоплату за читання, редагування або ж продаж рукопису видавництву. Інколи виникають ситуації, коли під час співпраці зі ще невідомим, але перспективним автором, агент може фінансувати створення ним твору, ще до виникнення переговорного процесу із видавництвом щодо опублікування цього твору [4].

Чи існують літературні агенти в Україні?

Якщо говорити про функції літературного агента країн Європи та США, то можна вважати, що в Україні немає ані літературних агентств, ані літературних агентів. Ті поодинокі особи, які пропонують послуги як літературні агенти, свою роботу будують на інших принципах, аніж їхні закордонні колеги, намагаючись взяти передоплату з автора, чим одразу задовольняють свої фінансові інтереси, втрачаючи заінтересованість у пошуку видавництва та укладенні від імені автора видавничого договору, або ж пропонують автору за його ж кошти видати рукопис, при цьому за свої «послуги» також беруть передоплату. Хоч би що там було, але в Україні все ж таки є літературні агентства, які, відповідно до своєї діяльності

виконують роль субагентів, працюючи здебільшого із російськими літературними агентами або видавництвами [5]. Деякою мірою функцію «первинних» літературних агентів виконують безпосередньо видавництва. Проте не слід забувати, що видавництво, публікуючи як «перспективного» нового автора, так і вже відомого буде прагнути перш за все задовольнити свої інтереси та потреби, в той час як літературний агент представляючи автора відстоює його права та інтереси перед видавництвом.

У Російській Федерації ситуація з літературними агентствами трохи краща. Там до повноцінних професійних літературних агентств відносять:

- агентство FTM Ltd., що спеціалізується на художній літературі, предметах образотворчого мистецтва, театральних та кінопостановках;
- агентство Олександра Корженевського, що здебільшого співпрацює із видавництвом «Wiley»;
- агентство Андрія Орлова, що спеціалізується на діловій літературі;
- агентство Юлії Гумен та Наталії Смернкової, найчастіше спеціалізуються на продажі творів російських авторів за кордон;
- літературне агентство Олени Салтанової [6].

Якщо говорити про національне законодавство з авторського права, то серед суб'єктів авторських прав літературний агент не згадується. Водночас, у законодавствах жодної із країн відсутня вимога про те, що автор твору має вести справи щодо оприлюднення свого твору, наприклад видавництвом, лише через літературного агента.



Одним із виключних майнових прав автора твору законодавець називає право використання твору у будь-якій формі і будь-яким способом. При цьому автор може здійснювати використання твору як самостійно, так й передавати зазначене право іншій особі (ст. 15 Закон України «Про авторське право і суміжні права»). В той же час законодавець встановлює й певний порядок, додержуючись якого автор може передати майнові права іншій особі. Так, він може передати свої майнові права будь-якій іншій особі повністю чи частково. Передача майнових прав автора (чи іншої особи, яка має авторське право) оформляється авторським договором (ч. 1 ст. 31 Закон України «Про авторське право і суміжні права»). До суб'єктів, яким належить авторське право, окрім авторів, законодавець відносить їхніх спадкоємців та інших осіб, яким автор чи спадкоємець передали належні їм майнові права (ст. 7 Закон України «Про авторське право і суміжні права»). Таким чином, до таких «інших осіб», яким автор може передати повністю або частково свої майнові авторські права, можна віднести й літературного агента.

Тобто, відповідно до чинного законодавства, автор літературного твору може самостійно шукати суб'єктів для співпраці щодо опублікування чи оприлюднення свого твору будь-яким іншим способом та укладати з такими суб'єктами відповідні авторські договори або ж може звернутись до літературного агента.

Що таке літературний агентський договір?

На договори у сфері авторського права поширюються загальні принципи та правила цивільного законодав-

ства. Національним законодавством передбачені такі види договорів:

1) відповідно до Цивільного кодексу України:

- ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності;
- ліцензійний договір;
- договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності;
- договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності;
- інший договір щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності (ст. 1107 ЦК України).

2) відповідно до Закону України «Про авторське право і суміжні права» (далі — Закону):

- договір про розподіл майнових прав на службовий твір (ст. 16 Закону);
- договір між співавторами твору (ст. 13 Закону);
- договір про передачу (відчуження) майнових прав суб'єктів авторського права і суміжних прав (ст.ст. 31, 39-41 Закону);
- договір про передачу виключного (невиключного) права на використання об'єктів авторського права і суміжних прав (ст.ст. 32, 39-41 Закону);
- договір замовлення (ст. 33 Закону);
- договір про колективне управління майновими правами суб'єктів авторського права і суміжних прав (ст. 48 Закону);
- договір між організацією колективного управління та особою, яка використовує об'єкти авторського права і суміжних прав (ст.ст. 32, 48 Закону);
- договір про виплату відрахувань



АВТОРСЬКЕ ПРАВО

виробниками та імпортерами об'єктів і матеріальних носіїв, із застосуванням яких у домашніх умовах можна здійснити відтворення творів і виконань, зафіксованих у фонограмах та відеограмах (ст. 42 Закону);

- договір про виплату винагороди за використання опублікованих з комерційною метою фонограм, відеограм, їх примірників та зафіксованих у них виконань (ст. 43 Закону);
- інші договори у сфері авторського права і суміжних прав.

3) відповідно до Закону України «Про видавничу справу»:

- видавничий договір (ст.ст. 17, 20 згаданого Закону).

Як бачимо, законодавець окремо не називає такий вид договору, як «літературний агентський договір», проте, авторське законодавство й не містить виключного переліку договорів, що можуть бути укладені у сфері авторського права. До того ж, у цивілістичній доктрині видавничі договори класифікують на прості та ускладнені (з обтяженням). Прості видавничі договори — це договори між автором та видавцем. Ускладнені договори — це договори між сторонами через третіх осіб. Так, автор може укласти, виконувати видавничий договір через літературних агентів, організації колективного управління майновими правами, а видавець — через типографії, розповсюджувачів. Особливість таких договірних зв'язків полягає в тому, що від здійснення третіми особами своїх обов'язків залежатиме виконання основного видавничого договору [7].

За своїм змістом літературний агентський договір представляє собою симбіоз довіреності щодо

представлення інтересів автора та укладання від його імені договорів щодо використання твору тим чи іншим способом, договору про передачу виключних або не виключних майнових авторських прав щодо використання того чи іншого твору автора та договору замовлення, у питаннях співпраці літературного агента із автором щодо його майбутніх творів. Разом з тим літературний агентський договір повинен містити й «специфічні» умови, що відображають відносини між літературним агентом та автором. Так, необхідно у договорі закріпити за автором обов'язок надавати літературному агенту інформацію щодо рукопису або особистості автора, яка буде йому необхідна для здійснення юридичних дій (наприклад, укладення видавничого договору). Необхідно також закріпити право автора на його вимогу отримувати інформацію від літературного агента про хід та ефективність реалізації переданих майнових авторських прав щодо використання твору третіми особами.

Як і будь-які інші договори у сфері авторського права літературний агентський договір має бути укладеним у письмовій формі (ст. 33 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). При укладанні договору сторони повинні узгодити необхідні умови договору:

- предмет договору;
- істотні умови договору (умови, які визначені законодавством як необхідні для даного договору);
- умови, які сторони вважають за необхідне включити до договору.

Відповідно до ЦК України та Закону України «Про авторське право і суміжні права» до істотних (обов'язкових) умов договору слід віднести:



- вид договору;
- спосіб (способи) використання об'єктів авторського права і суміжних прав;
- строк дії договору;
- територія, на яку поширюється передаване право;
- розмір, порядок і строки виплати винагороди за використання об'єктів авторського права і суміжних прав.

До інших умов, які доцільно включити у будь-який договір у сфері авторського права, у тому числі й у літературний агентський договір, слід віднести:

- визначення термінів, що використовуються в договорі, якщо вони мають свої особливості практичного застосування;
- передбачення відповідальності сторін договору;
- врегулювання спірних проблемних питань, пов'язаних із договірними відносинами;
- визначення тиражу виготовлення примірників об'єктів авторського права і суміжних прав (щодо видавничого договору);
- дії сторін у разі виникнення форс-мажорних обставин та інші необхідні умови, визначені на розсуд сторін договору.

Наприкінці слід звернути увагу на те, що на літературний агентський договір не можна розповсюдити правила агентського договору, що закріплені гл. 31 ГК України та ст. 243 ЦК України. Це пояснюється тим, що агентський договір законодавець визначає як комерційне

представництво у вигляді підприємницької діяльності, що полягає в наданні комерційним агентом послуг суб'єктам господарювання при здійсненні ними господарської діяльності шляхом посередництва від імені, в інтересах, під контролем і за рахунок суб'єкта, якого він представляє (ст. 295 ГК України). Літературний агентський договір укладається із автором твору літератури, науки, мистецтва, тобто договірні відносини виникають із фізичною особою, яка не є підприємцем, літературний агент діє від імені та в інтересах автора, який йому передав повністю або частково майнові права щодо свого твору, при цьому літературний агент здійснює свою представницьку діяльність не за рахунок автора, а за свій власний кошт із метою у майбутньому отримати відсоток з авторського гонорару від реалізації прав щодо використання твору. Згідно з ч. 2 ст. 303 ГК України комерційний агент не гарантує суб'єкту, якого він представляє, виконання третіми особами зобов'язань за угодами, укладеними за умови його посередництва. На відміну від комерційного агента літературний особисто заінтересований у виконанні третіми особами зобов'язань. Тобто літературний агентський договір має свою специфіку, обумовлену: суб'єктним складом, предметом, сферою відносин, на врегулювання яких він спрямований, та спеціальними умовами. ♦



Список використаних джерел:

1. О литературных агентах [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://4sm.com.ua/get-news/12/>;
2. Денисов Д. Литературный агент или Импортер интеллектуальной собственности [Електронний ресурс] / Дмитрий Денисов. — Режим доступу до ресурсу : <http://www.business-magazine.ru/>;
3. [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : http://ru.wikipedia.org/wiki/Литературный_агент;
4. Грант Р. Что же такое литературный агент, если обойтись без него можно? [Електронний ресурс] / Рина Грант. — Режим доступу до ресурсу : <http://rina-grant.livejournal.com/>; Герман Дж. Основные вопросы, которые писатели задают про литературных агентов : моральный кодекс члена ААР. [Електронний ресурс] / Джефф Герман // пер. с англ. Антон Носик. — Режим доступу до ресурсу : <http://lib.meta.ua/book/1537/>; Хрылова Т. Продай меня, если сможешь [Текст] / Хрылова Татьяна // «Деловой Петербург», 07.02.2007;
5. Волосевич І. Літературний агент — що це таке? [Електронний ресурс] / Інна Волосевич. — Режим доступу до ресурсу : <http://www.webstandart.net/magaz.php?aid=6154>;
6. [Електронний ресурс] http://ru.wikipedia.org/wiki/Литературный_агент;
7. Завальная Ж. В. Видавничий договір як вид авторського договору : автореф. дис. на здоб. наук. ступ. канд. юр. наук. — К., 2001. — С. 5;

ЦІКАВО ЗНАТИ**ІСТОРІЯ ЗАПАЛЬНОЇ РОЗВАГИ**

Сучасні новорічні свята рідко відбуваються без яскравих спалахів салютів та феєрверків.

Вони розпочали свій похід по планеті майже 2500 років тому з Китаю. Китайці вважали, що гучні вибухи допомагають відігнати злих духів. Спочатку з цією метою використовували бамбук, а після відкриття даоських монахів у IX ст. — порох.

Згодом у XIII ст. порох потрапив до Європи як компонент зброї, а з ним — і нова розвага. Європейські монархи одразу оцінили красу керованого вогню і регулярно влаштовували запальні розваги для свого звеличення. Особливих успіхів у цьому досягли італійці в XIV-XV століттях. Вони використовували для феєрверків статуї, живопис, ілюмінації.

З XIX століття виробництво феєрверків набуло комерційного характеру. З'явилися перші фабрики з виготовлення та проведення піротехнічних шоу. Розширюється асортимент «вогняних потіх». Різноманітність сучасних піротехнічних форм і засобів вражає.

За матеріалами сайту:

<http://www.para.te.ua/istoria-vognianoipotihy>

ОХОРОНА АВТОРСЬКОГО ПРАВА У ВИДАВНИЧІЙ ГАЛУЗІ: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ

Юрій Ганжуров,

керівник Видавництва Верховної Ради України, професор ВПІ НТУУ «КПІ»,
доктор політичних наук

Причини, що продукують проблеми реалізації програм захисту об'єктів авторського права, багатьом відомі. Можна, звичайно, посилатись на минулий досвід своєрідного усупільнення творчих здобутків із огляду на колективістську модель радянського буття. Не буде перебільшенням й твердження про недостатню психологічну, організаційну, професійну толерантність до європейської практики. У межах фахових інтересів вбачається доцільним зосередитись на окремих проблемних питаннях, пов'язаних із авторським правом у видавничій справі, зокрема нормах, виписаних у Законі України «Про авторське право і суміжні права» (далі — Закон), передусім у частині правовідносин між автором і видавцем. Власне, йдеться про ті проблемні зони, які виникають в результаті конфліктів інтерпретацій норм Закону, покладених у сферу їхньої реалізації. Насамперед йдеться про тлумачення поняття «авторське право». Адже перелік об'єктів, на які поширюється це поняття, не є вичерпним. Відомо, що світова практика не виключає можливість поширення охорони авторського права на видані органами державної влади у межах повноважень офіційні документи політичного, законодавчого, адміністративного характеру. Оскільки в правовому

полі функціонує категорія «авторське право на службові твори», яка кореспондується із необхідністю захисту змістової частини нормативно-правових актів, то ця проблема гостро актуалізується саме на рівні видавничої діяльності і часто призводить до реальних негативних наслідків.

Доволі неоднозначними щодо дефініції у визначенні об'єктів авторського права вбачаються причинно-наслідкові обставини реалізації норм Закону щодо передачі авторських прав. У чому, власне, полягає передача авторських майнових прав? У який спосіб воно здійснюється? Закон наголошує, що «*передача майнових прав автора (чи іншої особи, яка має авторське право) оформляється авторським договором*».

Таким чином, Закон визначає типологію договору (авторський), за яким може здійснюватись передача майнових авторських прав. Підкреслимо: авторський, а не видавничий. Водночас зазначений акт передачі фігурує в іншому документі — договорі на право використання творів, які за концептуальним змістом кореспондуються із видавничим договором.

Крім того, вимагає тлумачень норма Закону такого змісту: «*В усній формі може укладатися дого-*



АВТОРСЬКЕ ПРАВО

вір про використання (опублікування) твору в періодичних виданнях (газетах, журналах тощо)». Адже зрозуміло: навіть при документуванні усних домовленостей технічними засобами легітимність такої правової основи сумнівна. За таких умов гарантувати автору захист його прав видається проблематичним. Принагідно згадаємо у цьому контексті публікацію інтерв'ю. За Законом, співавторами інтерв'ю є особа, яка дала інтерв'ю, та особа, яка його взяла. Природно, що за таких умов регулювання правовідносин на договірних засадах набуває актуальності. Проте до останнього часу засоби масової комунікації не надають належного значення питанням охорони авторського права. Виняток складають окремі наукові періодичні видання, що позначають публікації знаком охорони авторського права (презумпція авторства).

Відомо, що видавництво, яке є однією стороною договору, може залучити інше видавництво для допомоги у виконанні укладеного договору, письмово повідомивши про це автора. Але воно не може, залишаючись стороною договору, надавати іншим організаціям право видавати даний твір автора, посилаючись на те, що видавництво, а не автор, володіє правом на опублікування, відтворення та розповсюдження творів. Майнові права, що передаються за авторським договором, мають бути у ньому визначені. Майнові права, не зазначені в авторському договорі як відчужувані, вважаються такими, що не передані. Час від часу висловлюються думки про можливість використання творів без дозволу автора. Щоправда, йдеться про фрагментарне використання творів без згоди на це автора (вільне використання

твору із зазначенням імені автора). Проте законодавчо межі такого використання не визначені. Тому компіляція є досить поширеним явищем, особливо у навчальній та науковій літературі. Отже, йдеться про з'ясування правової основи авторського договору. Важливо наголосити на тому, що суб'єкти авторського права можуть доручати управління своїми майновими правами на колективній основі відповідним державним організаціям, установчі документи яких передбачають здійснення таких функцій. Проте типові видавничі договори подібних правил не виписують. До останнього часу виняток стосувався використання творів вітчизняних авторів за кордоном. Типові видавничі договори включали пункт, який передбачав передачу автором видавництву своїх правочинностей щодо використання зазначеного в договорі твору за кордоном, якщо ці правочинності не були передані раніше іншій організації, про що автор зобов'язаний повідомити видавництво під час укладання договору. У такому разі видавництво представляє інтереси автора у розв'язанні питань стосовно використання його твору за кордоном. При цьому видавництво має вчасно інформувати автора про всі пропозиції, які стосуються використання його твору за кордоном, забезпечити під час укладення договору на використання твору за кордоном охорону особистих прав і майнових інтересів автора, а також можливість внесення в твір необхідних, на думку автора, змін і доповнень. Порівняно недавно серед фахівців з'явилась інша постановка питання, що стосується видавничого договору, яка, по суті, започатковує дискусію про природу авторського



договору. Порущується питання про те, що видавничий договір потрібно вилучити з галузі авторського права, а предметом правового регулювання видавничого права мають стати взаємовідносини видавництва з авторами (за видавничим договором), з рецензентами, науковими та іншими редакторами, консультантами (за відповідними договорами) та іншими позаштатними учасниками редакційно-видавничого процесу. Можливо, особливий статус матимуть і ті відносини, які складаються між видавництвом і автором замовного рукопису. Таким чином, авторське і видавниче право переходить у площину двох відносно самостійних взаємодіючих інститутів редакційного права. Відомо, що предметом авторського права є відносини, які складаються у зв'язку зі створенням і використанням творів науки, літератури і мистецтва. Уявімо собі ситуацію, коли відносини, пов'язані з відтворенням запатентованими електронними засобами творів науки, літератури і мистецтва, будуть вилучені з галузі авторського права та на їх базі утворюватиметься авторське право виробника електронної книги. Оскільки при цьому зберігається інститут авторського права, виникає питання: які ж відносини залишаються предметом його регулювання? Очевидно, що при такому підході авторські відносини повинні бути зведені тільки до закріплення авторства особи, яка створює твір, а всі інші відносини, що складаються відносно твору між авторами і організаціями — це самостійні предмети інших правових відносин. Таке розв'язання питання недоцільне, особливо в умовах інтеграції України до європейських стандартів, коли немайнові та майнові права автора

знаходять всебічну охорону і висуваються на перший план. Якщо в теорії авторського права і в законодавстві видавничий, постановочний, сценарний та інші договори обґрунтовано трактуються як різновиди авторського договору, оскільки у всіх цих договорах відносини складаються між суб'єктом авторських прав (автором або його правонаступником) та організацією (видавництвом) щодо творів науки, літератури або мистецтва, то узагальнюючим родовим поняттям зазначених договорів, у разі звуження сфери дії авторського права, повинен стати договір з надання автору послуг чи інше спрощене визначення цього поняття. Проте для послуги характерна така форма відносин, коли винагорода призначається тому, хто надає послугу, а не отримує її. Насправді ж, не автор платить, а автору виплачується авторська винагорода і не за надану йому послугу, а за створений ним твір, що є предметом авторського права і переданий організації для використання. На жаль, такі відносини автора і видавця, котрі з'являються на практиці останнім часом, призводять до розкладання авторського права на самостійні інститути правовідносин, кількість яких залежить від існуючих видів використання творів.

Ця обставина певною мірою актуалізує проблему контролю за неухильним додержанням норм законів України, що охороняють авторські та суміжні права. ♦



ХАРАКТЕРИСТИКА ПРАВ НА ОБ'ЄКТИ ПРОМИСЛОВОЇ ВЛАСНОСТІ ВІДПОВІДНО ДО ЗАГАЛЬНОЇ МОДЕЛІ СУБ'ЄКТИВНОГО ПРАВА

Ірина Коваль,

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

Для забезпечення ефективного механізму залучення прав на об'єкти промислової власності до економічного обороту визначальне значення має з'ясування правової природи та змістовного наповнення цього виду майнових прав¹. Вирішення даної проблематики є теоретичною платформою для вдосконалення основ правового регулювання комерціалізації прав на об'єкти науково-технічної творчості та засоби індивідуалізації.

Аналіз стану законодавчої регламентації відносин промислової власності свідчить про відсутність цілісного, узгодженого нормативного уявлення про характер та зміст прав на об'єкти промислової власності. Таке становище є наслідком «дуалістичного» підходу вітчизняного законодавця до конструювання прав на результати інтелектуальної діяльності: як на початковому етапі становлення національних основ правової охорони інтелектуальної власності, так і в нинішньому законодавстві простежується тенденція поєднання положень пропрієтарної теорії та теорії виключних прав. У нормах об'єктивного права позна-

чення досліджуваних прав супроводжується термінологічними варіаціями: «право власності», «право інтелектуальної власності», «виключні права», що, відповідно, не сприяє формуванню однозначного бачення їх юридичної характеристики.

У сучасному правознавстві права на об'єкти інтелектуальної, промислової власності ґрунтовно досліджено в наукових працях таких відомих авторів, як Ю. Є. Атаманова, І. І. Дахно, В. А. Дозорцев, О. В. Кохановська, О. А. Підпригора, О. О. Підпригора, А. П. Сергєєв, Р. Б. Шишка та ін. Утім, існування вже обговорюваних та поява нових проблемних аспектів у чинному законодавстві про охорону промислової власності загострює необхідність звернення до питань нормативного відображення прав на результати науково-технічної творчості та засоби індивідуалізації, зокрема їх змісту, задля забезпечення правових умов ефективної реалізації можливостей, що опосередковуються цією категорією майнових прав.

З огляду на викладене, **метою статті** є визначення правової характеристики прав на об'єкти промислової

¹ Предмет дослідження в рамках даної статті обмежується, по-перше, аналізом лише майнових прав на об'єкти промислової власності, по-друге, загальною характеристикою цієї категорії прав, без конкретизації особливостей змісту прав на окремі об'єкти промислової власності.



власності відповідно до загальнотеоретичної моделі суб'єктивного права.

Національне законодавство не оперує поняттям «право промислової власності», не розкриває його змісту. Це поняття є широковживаним у наукових колах, зокрема, в монографічній літературі [1], дисертаційних роботах [2], застосовується у судовій практиці [3]. Спроба запровадження категорії промислової власності відбулась на рівні проектів Господарського (ГК) та Цивільного (ЦК) кодексів України, які передбачали окремі частини із словосполученням «право промислової власності». Так, глава 21 проекту ГК мала назву «Використання в господарській діяльності прав промислової власності», відповідний проект ЦК включав розділ «Право промислової власності». Однак законодавець не підтримав таку узагальнену термінологію щодо винаходів, корисних моделей, промислових зразків, торговельних марок тощо. Ї залишився на позиції окремого регулювання відносин щодо кожного з цих об'єктів як об'єктів більш загальної категорії «право інтелектуальної власності». Незважаючи на відсутність легітимації терміна «промислова власність» у внутрішньому законодавстві України, він є загальновизнаним на рівні міжнародного документа — Паризької конвенції про охорону промислової власності [4], яка була прийнята у 1883 р. і набула чинності для України 25 грудня 1991 р., а тому є частиною національного законодавства і має пріоритет щодо актів законодавства України. Визначення промислової власності у Конвенції не розкривається, втім, наводиться перелік її об'єктів: винаходи, корисні моделі, промислові зразки, товарні знаки, знаки

обслуговування, фірмові найменування, зазначення місця походження (ст. 1).

Вітчизняний законодавець визнає сукупність прав на результати творчої діяльності як «право інтелектуальної власності» та широко оперує цим поняттям, однак, зміст майнових прав на ці результати конструює не на засадах власності. Невідповідність змісту права власності змістовній характеристиці прав на результати інтелектуальної діяльності обумовлено наявністю принципових особливостей інтелектуальних об'єктів, опосередкування яких повинно забезпечуватись суб'єктивним правом з адекватним цій специфіці характером та змістом. До відмінних ознак майнових прав на об'єкти промислової власності (з урахуванням специфіки окремих об'єктів) законодавство та наукова література відносять такі: об'єктом права є нематеріальні, об'єктивовані результати інтелектуальної діяльності у сфері промисловості; виникнення прав пов'язане з наявністю юридичного складу, необхідним елементом якого є видача державним органом охоронного документа (патенту, свідоцтва); обмежений строк існування прав, зі спливом якого об'єкт переходить у суспільне користування; обмежена територія існування прав; наявність особливих обмежень абсолютності права у вигляді випадків правомірного використання об'єкта промислової власності іншими особами без дозволу уповноваженої особи тощо.

Означені особливості суб'єктивних прав на об'єкти промислової власності найбільшою мірою враховуються конструюванням їх правового режиму з позиції виключних прав. Саме такий напрямок дозво-



ляє врахувати специфіку прав промислової власності в процесі правового регулювання економічних відносин, що складаються у сфері їхньої комерціалізації. Адже загальновідомо, що для кваліфікації будь-якого правового явища визначального значення набуває мета правового регулювання відповідних відносин. Для відносин промислової власності такою метою є забезпечення ефективного господарського використання винаходів, корисних моделей, торговельних марок, стійкого економічного обороту майнових прав на ці об'єкти. Національне законодавство, спираючись в регламентації відносин інтелектуальної власності переважно на концепцію виключних прав, ще не сформувало цілісного, узгодженого нормативного уявлення про характер та зміст прав на об'єкти промислової власності.

Повного з'ясування сутності прав на об'єкти промислової власності не може бути, на наш погляд, без звернення до традиційної для вітчизняної юридичної науки моделі суб'єктивного права.

Поняття «суб'єктивне право» завжди посідало центральне місце у правознавстві через його «генетичний» взаємозв'язок із самою сутністю права. Розмаїття формулювань визначення суб'єктивного права викликано значенням цієї правової категорії як базової для конструювання інших загальнотеоретичних та галузевих (спеціальних) понять. Одним із класичних визначень суб'єктивного права вважається його характеристика у працях Ю. К. Толстого, як закріпленої за управомоченою особою з метою задоволення її інтересів міри можливої поведінки, забезпеченої покладанням відповідних обов'язків на інших

осіб [5, с. 45-46]. Більш розгорнуте визначення суб'єктивного права наводиться Н. І. Матузовим: це «...создаваемая и гарантируемая государством через нормы объективного права особая юридическая возможность действовать, позволяющая субъекту (как носителю этой возможности) вести себя определенным образом, требовать соответствующего поведения от других лиц, пользоваться определенным социальным благом, обращаться в случае необходимости к компетентным органам государства за защитой — в целях удовлетворения личных интересов и потребностей, не противоречащих общественным» [6, с. 145].

Аналізуючи наведені та інші існуючі у юридичній науці визначення суб'єктивного права, можна зробити висновок, що квінтесенцію цієї правової категорії становлять відображені у правових нормах можливості вчинення певних дій управомоченою особою, забезпечені відповідними діями зобов'язаних осіб, з метою задоволення інтересів носія суб'єктивного права.

Структура суб'єктивного права визначається структурою суспільного відношення, що виникає з приводу задоволення інтересів наділеної правом особи. Правовідношення внутрішньо розділене на дії однієї та дії іншої сторони. При цьому кожна з них може здійснювати тільки ту частину сукупної діяльності, що необхідна для задоволення інтересу та втілюється у її власних діях. Тому суб'єктивно право як засіб забезпечення інтересу представлено у вигляді сукупності елементів — правомочностей [7, с. 114].

Більшість дослідників визнають загальнотеоретичний підхід, за яким суб'єктивне право складається із по-



єднання трьох правомочностей. Враховуючи різні термінологічні формулювання цих правомочностей у науковій літературі, узагальнено їх можна позначити як:

- (1) «право на «власні дії» (можливість управомочної особи здійснювати певні правомірні дії задля задоволення своїх інтересів);
- (2) «право на чужі дії» (можливість вимагати від зобов'язаних осіб здійснення певних дій або утримання від них);
- (3) «право на захист» (можливість вимагати захисту порушеного, невизнаного або оспорюваного права у разі порушення обов'язку зобов'язаної сторони).

Екстраполяція юридичної моделі суб'єктивного права на нормативну характеристику прав на об'єкти промислової власності свідчить, що законодавство ще не сформувало однозначного бачення природи та змістовної характеристики прав на об'єкти промислової власності. Так, Закон України «Про охорону прав на винаходи та корисні моделі», в одному випадку закріплює, що патент засвідчує право власності на винахід і корисну модель (ст. 1), в іншому — ст. 28 «Права, що впливають з патенту» — характеризує права на винахід і корисну модель у такий спосіб:

- «Патент надає його власнику виключне право використовувати винахід (корисну модель) за своїм розсудом» (ч. 2);
- «Патент надає його власнику виключне право забороняти іншим особам використовувати винахід (корисну модель) без його дозволу» (ч. 5);
- «Власник патенту може передавати на підставі договору право власності на винахід (корисну модель) будь-якій особі, яка стає

його правонаступником» (ч. 6);

- «Власник патенту має право дати будь-якій особі дозвіл (видати ліцензію) на використання винаходу (корисної моделі) на підставі ліцензійного договору» (ч. 7).

У більш систематизованому вигляді сформульовано права на об'єкти промислової власності у ЦК України. Відповідно до ст. 464 майновими правами інтелектуальної власності на винахід, корисну модель, промисловий зразок є: право на використання винаходу, корисної моделі, промислового зразка; виключне право дозволяти використання винаходу, корисної моделі, промислового зразка; виключне право перешкоджати неправомірному використанню і винаходу, корисної моделі, промислового зразка, в тому числі забороняти таке використання; інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом. За аналогічним принципом перераховано права на торговельну марку у ст. 495 «Майнові права інтелектуальної власності на торговельну марку» та права на комерційне найменування у ст. 490 «Майнові права інтелектуальної власності на комерційне найменування».

Наведені правові норми не створюють чіткого та системного уявлення про співвідношення перерахованих «прав». Перелік «прав, що впливають з патенту» у спеціальних нормах та загальна конструкція «майнові права на... », що застосовується у ЦК України, призводить до неоднозначних висновків щодо їх природи: у наведеному законодавчому контексті вони більше нагадують різні самостійні права патентовласника, аніж правомочності одного суб'єктивного права на об'єкт промислової власності.



ПАТЕНТНЕ ПРАВО

За допомогою прийому законодавчої техніки використання терміну у множині — «майнові права інтелектуальної власності на винахід, корисну модель, промисловий зразок» (ст. 464 ЦК) — законодавець, напевно, мав на меті економію правового матеріалу, враховуючи загальний характер цієї норми та змістовну спільність прав на три об'єкти — винахід, корисну модель, промисловий зразок (об'єкти патентних прав). Тому в буквальному розумінні обсяг терміна «майнові права інтелектуальної власності на винахід, корисну модель, промисловий зразок» слід визначати за формулою: право на винахід + право на корисну модель + право на промисловий зразок. Щодо перерахованих у ст. 464 ЦК майнових прав (на використання, дозволяти використання тощо), їх слід кваліфікувати як правомочності кожного суб'єктивного права на винахід, суб'єктивного права на корисну модель, суб'єктивного права на промисловий зразок.

Підтвердженням такої інтерпретації права на об'єкти промислової власності є законодавчі положення Господарського кодексу України: у главі 16 «Використання у господарській діяльності прав інтелектуальної власності» використовуються терміни «правомочність щодо використання винаходу, корисної моделі, промислового зразка» (ст. 156), «правомочність щодо використання торговельної марки» (ст. 157). Про правомочності йдеться і у Модельному Цивільному кодексі для держав-учасниць СНД: «Виключні права на результат інтелектуальної власності чи засіб індивідуалізації включають особисті немайнові та майнові правомочності, склад яких стосовно конкретних об'єктів інтелектуальної

власності визначається відповідними законами» (ст. 1037) [8, с. 1199].

Саме такий підхід щодо єдності та цілісності суб'єктивного права на об'єкт промислової власності відповідає природі та призначенню виключного права. З'явившись у правовому полі на противагу конструкції права власності, несумісної із нематеріальною сутністю результатів творчої діяльності, виключне право було призначене виконувати подібні до права власності на речі функції — забезпечення законної монополії правоволодільця задля введення прав на нематеріальні результати інтелектуальної діяльності у товарний оборот. Як писав В. А. Дозорцев, досліджуючи причини появи категорії виключних прав: «Исключительное право представляло собой нечто иное, как абсолютное право подобное праву собственности, которое признавалось необходимым условием рыночного оборота». І далі автор підкреслює, що: «Это не простое абсолютное право на новый вид объекта, а право с новым содержанием...» [9, с. 113].

Лише така конструкція виключного майнового права на об'єкт промислової власності, яка органічно поєднує всі елементи суб'єктивного права, здатна максимально забезпечувати задоволення і захист інтересів правоволодільця, що опосередковуються цим правом, адже ефективність реалізації «позитивних» можливостей управомочної особи щодо отримання економічних результатів від самостійного використання об'єкта, передачі прав на нього іншим зацікавленим особам, повністю залежить від «негативних» можливостей — у вигляді заборони використання об'єкта виключного права іншими особами та вимоги за-



хисту прав за допомогою відповідних форм, способів та засобів захисту.

Досліджуючи підхід ЦК України до формулювання змісту майнових прав на винахід, корисну модель, торговельну марку, інші об'єкти промислової власності, слід звернути увагу на ту обставину, що далеко не всі майнові права (правомочності у нашому розумінні) позначаються як виключні. У науковій літературі такий законодавчий поділ майнових прав на виключні та невиключні майже не знайшов обґрунтованої підтримки. О. А. Підпригора вважав його невдалим та недоцільним [10, с. 19], а О. М. Мельник — незрозумілим та невиправданим [11, с. 38], а на думку О. Жилінкової, такий поділ є некоректним та може призвести до труднощів на практиці [12, с. 63].

Аналіз нормативного матеріалу у сфері промислової власності дає підстави приєднатись до Ю. Є. Атаманової [13, с. 11] щодо критерію розмежування законодавцем майнових прав інтелектуальної власності на виключні та невиключні, а саме — наявність чи відсутність монополії в їх здійсненні. Так, наприклад, до невиключних віднесено право на використання об'єкта промислової власності, враховуючи, напевно, той факт, що таке використання може здійснюватись на законних підставах не тільки самим правовласником, а й у передбачених законом випадках іншою особою (використання винаходу без комерційної мети, на підставі права попереднього користування тощо). Означена законодавча логіка будується скоріше на буквальному розумінні сутності виключного права — тобто «ніхто, крім виключно правовласника». Утім, використовуючи поняття «виключні права» щодо результатів ін-

телектуальної (творчої) діяльності, слід враховувати «статус» цього словосполучення та контекст його застосування. Спираючись на загально-теоретичне уявлення про поділ правових понять та категорій на легальні і доктринальні [14, с. 59], необхідно розмежовувати ці обидва значення поняття виключних прав.

Визначаючи природу виключного права у теоретичній площині, безумовно, слід враховувати наявність певних обмежень монопольності правомочностей, що утворюють виключне право як різновид права абсолютного, передусім правомочностей на використання торговельних марок, комерційних найменувань, зазначення походження товарів тощо. Йдеться про нетрадиційний для абсолютного права зв'язок між правовласником та невизначеним колом зобов'язаних осіб, в якому є конкретні визначені суб'єкти, які так само, як і правовласник, мають законні права щодо об'єкта правової охорони. Подібні обмеження абсолютного характеру виключних прав, обумовлені особливостями об'єкта, дають підстави називати їх послабленими або «квазіабсолютними» [9, с. 120]. Проте такі обмеження не змінюють головного призначення виключного права (забезпечення монополії як умови введення прав у економічний оборот), не перетворюють його у «невиключне». Як підкресив з цього приводу В. А. Дозорцев: «Исключительность состоит не в том, что право принадлежит исключительно одному лицу, а в том, что оно закрепляется исключительно за лицом или лицами, определенными законом, и по основаниям, им установленным» [9, с. 120].

Трансформуючись у легальне, поняття «виключні права» повинне



ПАТЕНТНЕ ПРАВО

нормативно позначати назву особливого виду суб'єктивних прав — на результати інтелектуальної діяльності — яка відображає їхню специфічну сутність та підкреслює відмінність від права власності. Саме у такому монічному розумінні поняття виключних прав повинне набувати статусу легального терміна, як це має місце, наприклад, у частині четвертій Цивільного кодексу РФ. Так, відповідно до ст. 1226 ЦК РФ. «Правами на результати інтелектуальної діяльності и приравненные к ним средства индивидуализации признаются интеллектуальные права, которые включают исключительное право, являющееся имущественным правом, а ... также личные неимущественные права...». У розвиток цієї норми ст. 1229 «Исключительное право» встановлює: «Гражданин или юридическое лицо, *обладающие исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (правообладатель), вправе использовать такой результат или такое средство по своему усмотрению ...* » [15].

Отже, категорія «права на об'єкти промислової власності» як теоретична конструкція є узагальненим вираженням сукупності спільних за правовою природою, змістом суб'єктивних прав на об'єкти промислової власності. У законодавчій та практичній площині повинно йтись про суб'єктивне право на конкретний об'єкт: винахід, корисну модель, промисловий зразок, торговельну марку, комерційне найменування. Зміст

кожного суб'єктивного права є сукупністю правомочностей: використовувати об'єкт, дозволяти або забороняти використовувати об'єкт, вимагати захисту від неправомірного використання об'єкта та інших неправомірних дій відносно нього². Щодо термінологічного позначення елементів змісту прав на об'єкти промислової власності можливим є використання обох понять: «право» або «правомочність», хоча сучасна практика законодавчої техніки викладення змісту суб'єктивних прав свідчить про використання і терміна «можливість». Наприклад, ст. 271 ЦК України, що має назву «Зміст особистого немайнового права», закріплює: (п. 1) зміст особистого немайнового права становить можливість фізичної особи вільно, на власний розсуд визначати свою поведінку у сфері свого приватного життя. Стаття 317 «Зміст права власності» встановлює, що (п. 1) власникові належать права володіння, користування та розпорядження своїм майном.

Отже, суб'єктивне майнове право на об'єкт промислової власності (виключне право) є цілісним утворенням, що охоплює сукупність елементів — правомочностей, які опосередковують забезпечену законом можливість щодо використання результату інтелектуальної діяльності, передусім, у процесі здійснення господарської діяльності, надання дозволу на використання об'єкта іншим особам, та забезпечену законом можливість забороняти іншим особам неправомірні дії щодо об'єкту промислової власності та вимагати захисту. ♦

² Законодавче позначення права «перешкоджати неправомірному використанню об'єкта» не відображає повною мірою сутність правомочності «право на захист», адже неправомірне використання є не єдиним з можливих порушень прав на об'єкти промислової власності. Тому це формулювання слід замінити більш загальним — «вимагати захисту від неправомірного використання об'єкта та інших неправомірних дій відносно нього».

**Список використаних джерел:**

1. Охрана промышленной собственности в Украине : монография / Под ред. А.Д. Святоцкого, В.Л. Петрова. — К.: Издательский дом «Ин Юре», 1999. — 428 с.
2. Андрейцева О.Б. Цивільно-правові способи захисту прав на об'єкти промислової власності : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 // Київський національний університет імені Тараса Шевченка. — К. — 2009. — 222 с. Безух О.В. Захист від недобросовісної конкуренції у сфері промислової власності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04 // Інститут економіко-правових досліджень НАН України. — Донецьк. — 2001. — 19 с.
3. Про практику застосування господарськими судами законодавства про захист прав на об'єкти промислової власності : оглядовий лист Вищого господарського суду України від 13.07.2005 р., № 01-8/1234.
4. Паризька конвенція про охорону промислової власності від 20 березня 1883 р. (дата набрання чинності для України — 25 грудня 1991 р.) [Електронний ресурс] — Режим доступу : <http://www.rada.gov.ua>.
5. Толстой Ю.К. К теории правоотношения. — Л. : ЛГУ, 1959. — 87 с.
6. Матузов Н.И. Личность. Права. Демократия : теоретические проблемы субъективного права. — Саратов. 1972.
7. Трофименко А.В. К вопросу о соотношении общетеоретической модели субъективного права и цивилистической модели права собственности // Государство и право. — 2003. — № 2. — С. 114-118.
8. Кодифікація цивільного законодавства на українських землях : т. 2 / Уклад.: Ю.В. Білоусов, І.Р. Калаур, С.Д. Гринько та ін. / За заг. ред. Р.О. Стефанчука та М.О. Стефанчука. — К. : Правова єдність, 2009. — 1240 с.
9. Дозорцев В.А. Интеллектуальные права : Понятие. Система. Задачи кодификации : сборник статей / Исслед. центр частного права. — М. : Статут, 2005. — 416 с.
10. Підпригора О. Авторське право і суміжні права в новому Цивільному кодексі України // Інтелектуальна власність. — 2004. — № 2. — С. 16-20.
11. Мельник О.М. Суб'єкт права інтелектуальної власності та його цивільно-правовий статус : монографія. — Харків: вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2003.
12. Жилінкова О. Виключний характер майнових прав інтелектуальної власності // Юридична Україна. — 2007. — №1. — С. 60-63.
13. Атаманова Ю. Участие в хозяйственных обществах правами промышленной собственности: правовые проблемы передачи инновационного продукта. — Х., 2004. — 208 с.
14. Панов М. Проблеми формування понятійного апарату юридичної науки : методологічні аспекти // Вісник Академії правових наук України. — 2003. — №2 (33)-№3 (34). — С. 54-67.
15. Гражданский кодекс Российской Федерации : часть 4. Принят 18.12.2006 г. // Собрание законодательства РФ. — 2006. — № 52 (1 ч.). — Ст. 5496.



О ВЫЯВЛЕНИИ И ОТБОРЕ ЛИЦЕНЗИОННЫХ ТЕМ В ПРАКТИКЕ ПРОДАЖИ СОПУТСТВУЮЩИХ ЛИЦЕНЗИЙ

Борис Прахов,
*заведующий отделом промышленной собственности
НИИ интеллектуальной собственности НАПрН
Украины, главный редактор журнала «Теория и
практика интеллектуальной собственности»*

Сама жизнь подсказала необходимость новых путей предотвращения безвозмездной утечки за границу ценной научно-технической информации. Такая утечка нередко происходит при передаче иностранным фирмам технической документации в составе комплектного оборудования и документации, сопровождающей обычные поставки.

В конце 90-х годов заметно активизировали эту работу ряд научно-технических организаций и крупных машиностроительных объединений Украины. Ими осуществлялась передача технической документации в ряд стран на базе двусторонних соглашений о научно-техническом сотрудничестве. Например, в Германии была продана лицензия на поверхностный источник сейсмических сигналов СН-40, разработанный СКБ импульсной техники. Выгодная продажа лицензий на технологию переработки алунитов, технологию рафинирования олова, способ переработки сульфидных свинцовых и свинцово-цинковых концентратов существенно повлияла на пополнение валютных поступлений. Установив тесные деловые контакты с Минмашэкспортом сумели продать ряд лицензий на изготовление оборудования (или отдель-

ных его узлов). К числу таких лицензий относятся, например, проданные в Польшу лицензии на непрерывный широкополосный стан «2000» и машину непрерывного литья заготовок.

Сопутствующие лицензии — это выделение лицензионной части в контрактах при экспорте оборудования, строительстве за рубежом объектов при техническом содействии стран и др. В последнее время широкое распространение получила продажа лицензий, сопутствующих контрактом на строительство за рубежом объектов. Объектом сопутствующих лицензий при этом являются: техническая документация на отдельные виды включенного в технический проект оборудования для объекта, которое будет изготавливаться иностранным заказчиком самостоятельно; технические процессы, включенные в технический проект; техническая документация на изготовление запасных частей для отечественного оборудования, поставленного на объекты строительства; способы осуществления строительных и монтажных работ, если эти работы ведутся заказчиком, инженерные услуги по исследованию сырья, конструкторской доработке оборудования.



Как известно, существует несколько форм сопутствующих лицензий. Изложим их по порядку.

1. Сопутствующая лицензия при экспорте оборудования, которое составляло или составляет основу лицензионной темы, разрешенной для продажи по определенной форме.
2. Сопутствующая лицензия при экспорте оборудования, которое не составляет основу разрешенной к продаже темы.
3. Сопутствующая лицензия при строительстве за рубежом объектов при техническом содействии Украины. Объектом этой формы могут являться: технологические процессы, которые закладываются на производство на строительном предприятии, необходимые при этом знания, опыт (ноу-хау); техническая помощь в освоении и пуске объекта, консультации, обучение иностранных специалистов; техническая документация на оборудовании, которое будет производиться на строящемся предприятии; техническая документация на технологическое и другое производственное оборудование для объекта, которое будет изготавливаться иностранным заказчиком самостоятельно.
4. Сопутствующая лицензия при совместном изготовлении отдельных видов машин и оборудования, предназначенных для иностранного заказчика. В этом случае оборудование выпускается по документации в соответствии с разделительной ведомостью. Часть оборудования изготавливает украинская сторона и поставляет его иностранному заказчику, а другую часть —

сам заказчик по украинской документации, которая составляет объект сопутствующей лицензии. Поставка части оборудования и передача документации на основе сопутствующей лицензии осуществляется обычно в рамках одного контракта.

Одна из форм — сопутствующая лицензия при экспорте оборудования, которое составляло основу лицензионной темы, разрешенной для продажи «чистой» лицензии. При оформлении контракта на экспорт оборудования очень важно предусмотреть возможность реализации по повышенной цене оборудования с обязательным выделением в контракте стоимости сопутствующей лицензии.

Распространение получила также продажа лицензий, сопутствующих контрактов на строительство за рубежом объектов при техническом содействии Украины. Эта форма сопутствующей лицензии представляется наиболее перспективной, поскольку уже сейчас значительные проценты валютных поступлений по стране обеспечивает реализация таких лицензий. Правовую основу продажи таких лицензий составляют, как правило, межправительственные соглашения.

Объектом сопутствующих лицензий при этом являются:

- техническая документация на отдельные виды включенного в технический проект оборудования для объекта, которое будет изготавливаться иностранным заказчиком самостоятельно;
- технологические процессы, включенные в технический проект;
- техническая документация на изготовление запасных частей для украинского оборудования,



ПАТЕНТНЕ ПРАВО

поставленного на объекты строительства;

- способы осуществления строительных и монтажных работ, если эти работы ведутся заказчиком;
- инженерные услуги по исследованию сырья, конструкторской доработке оборудования.

Форма сопутствующей лицензии при строительстве за рубежом объектов является наиболее сложной. В этом случае заказчику передается право использования новейшей технологии лишь в пределах строящегося или реконструируемого объекта. Здесь важно учитывать, что цена крупного завода оговаривается на стадии подписания межправительственного соглашения и контракта на технико-экономическое обоснование (ТЭО) строительства. Поэтому для того, чтобы осуществлять продажу сопутствующей лицензии, необходимо доказать заказчику, что он будет иметь не просто хорошо работающий объект, но еще получит и дополнительную прибыль благодаря высоким технико-экономическим показателям украинской технологии и оборудования по сравнению с аналогичными, имеющимися на мировом рынке.

На всех стадиях проектных и предпроектных работ, которые ведутся в процессе выполнения контрактов, может быть найдено значительное число научно-технических и производственных достижений, которые можно выделить как объект сопутствующей лицензии.

Работа по выявлению и отбору лицензионных тем имеет свои особенности и сложности. Одним из важных моментов является сам выбор лицензионных тем.

Как показывает практика, ноу-хау, предлагаемые в качестве объ-

ектов лицензии, должны относиться к технологическим процессам, применение которых предусмотрено техническим проектом. Возмездная передача ноу-хау в этом случае оправдана. Наиболее характерная ошибка, допускаемая генеральными проектировщиками, — попытка передать по лицензии излишнюю информацию, касающуюся, например, изготовления оборудования поставляемого на строящийся объект. И это делается, несмотря на то, что такая поставка носит разовый характер и заказчику не предоставляется право на воспроизводство этого оборудования. Секреты производства, имеющие отношение к изготовлению оборудования, не могут пригодиться заказчику, и предлагать ему лицензию на ноу-хау бессмысленно.

Покупателю (заказчику) необходимы только опыт эксплуатации поставленного оборудования и сведения технологического характера, т.е. те изобретения и ноу-хау, которые используются при производстве конечной продукции. Все остальные изобретения, способы, методики, применяющиеся на предыдущих этапах работ, ему просто не нужны. Покупатель не получает ни права, ни необходимой информации для того, чтобы воспользоваться ими для самостоятельного осуществления проектных строительных, монтажных и подобных работ. Поэтому информация подобного рода поэтому не может служить объектом лицензии.

Разумеется, могут быть случаи, когда ноу-хау, рекомендуемые для передачи по лицензии заказчику, касаются изготовления отдельных узлов оборудования, которое подвергается частому износу и требует постоянного воспроизводства. Тогда



передача заказчику рабочих чертежей на изготовление такого оборудования на базе лицензии оправдана и целесообразна. В качестве примера можно назвать передачу по лицензии документации на производство валков прокатных станов в Германию и на изготовление полугильз кристаллизаторов в Турцию.

Совершенно очевидно, что строительство любого металлургического объекта за рубежом связано с выполнением ряда специальных исследовательских или проектных работ, которые относятся к услугам типа инжиниринг. К таким услугам в области металлургии можно отнести исследования руды на обогатимость и выдачу соответствующих рекомендаций, от которых будет зависеть как объект последующих проектных работ, которые также могут стать объектом сопутствующей лицензии. К лицензиям такого типа можно отнести, например, заключенные с одним из словацких предприятий соглашения о проработке марганцевых руд, а также с одной из финских фирм о подготовке технического проекта отделений внедоменной десульфурации чугуна.

Важная роль в проведении работы по продаже сопутствующих лицензий отводиться патентным службам. Они постоянно должны быть в тесном контакте с генпроектировщиком и разработчиками, своевременно выявлять и фиксировать научно-технические достижения, которые могут составить объекты сопутствующих лицензий.

Если институт является генпроектировщиком, то на стадии ТЭО должны быть выявлены все основные научно-технические достижения, которые могут быть предложены в качестве объектов сопутствующих

лицензий. Эти потенциальные лицензионные темы важно своевременно включить в контракт, и генпроектировщик должен этого добиваться. На стадии разработки технического проекта заводами-изготовителями и институтами-соисполнителями могут быть выявлены дополнительные лицензионные темы, которые затем необходимо включить в последующий контракт на поставку оборудования. Для патентных служб научно-исследовательских и проектных институтов, не являющихся генеральными проектировщиками, а также заводов-изготовителей оборудования, поставляемого за границу, очень важно с помощью разработчиков постоянно следить за тем, какие организации-генпроектировщики используют их разработки в своих проектах. Если эти разработки соответствуют требованиям, предъявленным к объектам сопутствующих лицензий, следует обращать на это внимание генеральных проектировщиков и внешнеторговых объединений и добиваться включения в контракт специальной статьи о продаже лицензий. Если, по желанию иностранного заказчика, факт продажи лицензий в контракте не оговаривается (обычно это связано со стремлением избежать, уплаты дополнительных пошлин), имеет смысл добиваться оформления актовой заметки, фиксирующей факт продажи лицензий. Своевременное проведение этой работы создает все предпосылки для увеличения общей стоимости контракта.

Успех всей этой работы возможен лишь при обеспечении тесных деловых контактов и полного взаимопонимания с внешнеторговыми объединениями. К сожалению, не во всех внешнеторговых объединениях существует понимание важности во-



просов продажі ліцензій. Крім того, служби навіть одного і того ж об'єднання по-різному стосуються до цієї роботи.

Представляється цілесообразним розпростирити позитивний досвід зовнішньоторгових організа-

цій, займаючихся, в частині, продажей супутніх ліцензій. ♦

Список использованной литературы:

1. Городисский М. П. Лицензии во внешней торговле/ М. П. Городисский — М., 1982;
2. Прахов Б. Г. Интеллектуальная собственность : словарь-справочник / Б. Г. Прахов — К. : Вища школа, 1999 г.;
3. Свядосц Ю. И. Промышленная собственность и внешнеторговые операции [учебное пособие] / Ю. И. Свядосц — М. : ВАВТ, 1995 г.;
4. Экспортно-импортные операции : правовое регулирование. — М. : Международные отношения, 1992 г.

ЦІКАВО ЗНАТИ

СПРАВА «BUDWEISER»

Найбільша в світі пивоварна компанія Anheuser-BuschInBev зазнала поразки у тривалій битві за права на бренд Budweiser.

Європейський Суд справедливості постановив: гігант, штаб-квартири якого розташовані в Бельгії і США, не має в Старому Світі ексклюзивного права на це ім'я.

Рішення винесено через 14 років після того, як пивний гігант вперше подав заявку на реєстрацію торгової марки на території Європейського Союзу; тоді її блокувала чеська пивоварна компанія Budejovicky Budvar.

Компанія Anheuser Busch, яку в 2008 році купив концерн InBev, почала розливати свій Budweiser в 1875 році, але не в Європі, а в Сполучених Штатах. А пивоварня Budvar з міста Чеські Будейовіце вперше продала пиво зі словом Budweiser на етикетці в 1895 році — і з тих пір торгувала ним у багатьох європейських країнах.

Нинішня постанова, яка узгоджується з рішенням, яке прийняв ще в грудні 2008 року Загальний європейський суд (підрозділ Суду справедливості), означає, що в Німеччині, наприклад, назву Budweiser можуть використовувати тільки чеські пивовари.

А в більшості інших країн ЄС, в тому числі і у Великобританії, обидві компанії — і Anheuser-Busch InBev, і Budejovicky Budvar — будуть ділити право на цей бренд.

За матеріалами сайту:

http://www.bbc.co.uk/russian/business/2010/08/100801_budweiser_name_case.shtml



ЗМІСТ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ У СФЕРІ ОХОРОНИ ПРАВ НА ПРОМИСЛОВІ ЗРАЗКИ

Олена Чомахашвілі,
доцент кафедри конституційного та
адміністративного права Київського університету
права НАН України, кандидат юридичних наук

Досягнення високого економічного і соціального рівня та підвищення добробуту різних верств суспільства потребує розвиненої та добре налагодженої системи правового забезпечення охорони інтелектуальної власності, що підтримує і зберігає державний потенціал у зазначеній сфері та сприяє залученню інвестицій, стабілізації економіки, тільки у таких умовах, в яких вітчизняні і зарубіжні інвестори можуть бути впевнені в тому, що їх права інтелектуальної власності будуть охоронятись. Створення у державі сучасної, міжнародно визнаної системи охорони інтелектуальної власності є необхідним елементом зрілої державності. Наявність саме такої системи має велике значення для України — держави зі значним науково-технічним та інтелектуальним потенціалом.

Основою для написання цієї статті стали праці вчених-адміністративістів: В. Б. Авер'янова, М. І. Ануфрієва, О. М. Бандурки, А. І. Берлача, Ю. П. Битяка, В. Т. Білоуса, І. П. Голснїченка, Е. Ф. Демського, Є. В. Додіна, С. В. Ківалова, В. В. Коваленка, Л. В. Ковалю, Т. О. Коломосьць, В. К. Колпакова, А. Т. Комзюка, В. Т. Комзюка, В. В. Конопльова, О. В. Кузьменко, С. В. Лихачова, Н. Р. Нижник,

О. І. Остапенка, Д. В. Приймаченко, О. П. Рябченко, В. К. Шкарупи, Х. П. Ярмачі та інших. Окремі питання щодо проблематики вказаного дослідження відображено у працях вчених-цивілістів, зокрема: В. Є. Макоди, О. А. Підпригори, О. О. Підпригори, Н. О. Халаїм та інших. Опрацьовані наукові розробки таких відомих російських фахівців: О. Л. Алексєєвої, Е. П. Гаврилова, В. А. Селякова та інших.

Мета статті полягає в тому, щоб на основі аналізу чинного законодавства України та узагальнень практики його реалізації визначити особливості механізму адміністративно-правового регулювання охорони прав на промислові зразки, визначити адміністративно-правові засади діяльності державних органів щодо охорони прав на промислові зразки.

Значення промислових зразків у життєдіяльності суспільства

Естетична привабливість товару є одним з тих чинників, які впливають на рішення споживача надавати перевагу одному виробу перед іншим. Особливо це стає помітним в тих випадках, коли асортимент товарів, що виконують однакову функцію, розташований близько

один від одного. У випадку, коли технічні характеристики різних продуктів, що пропонуються різними виробниками, є порівняно однаковими, зорова привабливість, звичайно із врахуванням ціни, буде визначати вибір споживача. Правова охорона промислових зразків виконує, таким чином, важливу функцію охорони однієї з розпізнавальних властивостей, завдяки яким виробники досягають успіху на ринку. При цьому, винагороджуючи розробника за працю, яка призвела до виготовлення промислового зразка, правова охорона є стимулом до вкладання коштів, що сприяють поліпшенню зовнішнього виду товарів. Саме сприятливі умови правової охорони об'єктів інтелектуальної власності, в тому числі і промислових зразків, сприяють підвищенню виробництва. Зважаючи на вищезазначене є доцільним проведення історичного аналізу нормативно-правових актів щодо охорони прав на промислові зразки.

Створення правової системи охорони промислових зразків, як і надання правової охорони всім формам інтелектуальної власності, вимагає встановлення балансу інтересів. По-перше, існує необхідність у наданні дієвої і ефективної охорони, для того щоб закон міг виконувати свої функції сприяння розвитку промислового дизайну у виробництві. По-друге — існує необхідність забезпечити, щоб закон не поширював надто дію охорони за межі того, що необхідно для спонукального мотиву, необхідного для творчої діяльності, щоб внести найменшу кількість перешкод для вільного використання існуючих промислових зразків. Установлення цього балансу вимагає уважного розгляду

низки питань, з яких найважливішими є:

- а) визначення об'єкта охорони;
- б) права, які стосуються власника об'єкта охорони;
- в) строк дії таких прав;
- г) надання таких прав;
- д) процедура прийняття таких прав.

Таким чином, питання правової охорони об'єктів інтелектуальної власності сьогодні залишається актуальним як для науково-дослідної сфери, так і для правозастосовчої діяльності. Подальшого розвитку можуть набути дослідження критеріїв охороноздатності (новизна, промислова придатність) саме в історичному аспекті.

Вплив держави на охорону промислових зразків

Ступінь впливу держави та її роль у впорядкуванні та контролі у цій сфері не завжди є однаковою, і на сучасному етапі актуалізуються питання призначення, мети, завдань, функцій та принципів адміністративно-правового регулювання, основних меж його впливу, та співвідношення державного, зокрема адміністративно-правового, регулювання з державним управлінням у сфері охорони прав на промислові зразки.

У правовій літературі як раніше, так і в сучасних умовах спостерігаються тенденції ототожнення державного управління та державного регулювання (наприклад, роботи В. Колпакова, Ю. Битяка, В. Ківалова та ін.), при цьому Ю. Тихомиров та В. Авер'янов зазначають про необхідність розмежування цих понять, співвідношення їх як широкого поняття (державне регулювання)



і складової (державне управління). Як зазначає Ю. Тихомиров, державне регулювання в багатьох наукових працях сьогодення «прив'язують» тільки до економіки, ототожнюючи його з функцією державного управління [1, с. 358], що не можна визнати виправданим.

Своєю чергою, «Юридична енциклопедія визначає державне регулювання як здійснення державою комплексних заходів (організаційних, правових, економічних тощо) у сфері соціальних, економічних, політичних, духовних та інших суспільних процесів із метою їх упорядкування, встановлення загальних правил і норм суспільної поведінки, а також запобігання негативним явищам в суспільстві. За своєю змістовою сутністю державне регулювання ширше, ніж поняття державне управління, оскільки останнє для досягнення своїх цілей застосовує насамперед адміністративні методи [2, с. 118].

Межі державного управління, його мета та зміст, перебувають у повній залежності від домінуючих економічних та соціальних відносин [3, с. 27-38]. На сучасному етапі проявляються тенденції до становлення системи державного регулювання, коли безпосереднє втручання апарату управління в діяльність об'єктів зменшується, а управлінський вплив пов'язується із самостійністю тих чи інших структур. Це ніскільки не знижує ролі виконавчої влади в державному управлінні, тим більше, що «між державним управлінням та державним регулюванням принципова відмінність відсутня, оскільки мета їх одна. Управляючи, органи виконавчої влади здійснюють регулювання, а регулюючи — управління. Відмінність полягає у ступені

впливу керуючого на керованого та рівні підлеглості або відсутності підлеглості» [4, с. 13].

Отже, співвідношення між поняттями «державне регулювання» та «державне управління» доцільно розглядати як похідне від тлумачення загальних категорій «регулювання» й «управління». Загальноновизначено, що регулювання й управління як соціальні явища, маючи спільну сферу застосування, передбачають різний за характером вплив на об'єкти управління з метою досягнення певних результатів, тобто реалізації встановлених цілей та завдань управлінського впливу. При цьому регулювання охоплює порівняно з управлінням ширшу сферу організаційної діяльності. Управління означає цілеспрямований вплив саме на об'єкти управління, використання методів, що передбачають підпорядкування цих об'єктів управлінському впливу з боку суб'єкта управління. Регулювання ж пов'язане не стільки зі впливом на об'єкти управління, скільки на оточуюче середовище. Воно передбачає високий ступінь альтернативності поведінки керованих об'єктів. Водночас регулювання інколи розглядається як одна із функцій управління, що зумовлено теоретичною невизначеністю співвідношення між даними поняттями.

Отже, адміністративно-правове регулювання у сфері охорони прав на промислові зразки — це впорядковувальний, цілеспрямований вплив держави на суспільні відносини в сфері набуття, здійснення та захисту прав на промислові зразки, межі та сутність якого зумовлені його міжгалузевим характером, та який полягає в організації ефективної діяльності господарюючих суб'єктів.



Поняття охорони прав на промислові зразки

Поняття охорони прав на промислові зразки є багатоплановим і може розглядатись у науковому, економічному та правовому аспектах, тому для того, щоб визначити охорону прав на промислові зразки як об'єкт адміністративно-правового регулювання, доцільно розглянути і суміжні поняття, серед яких: дизайн, промисловий зразок, права на промисловий зразок, охорона прав на промислові зразки як вид економічної, господарської діяльності, що надасть змогу сформулювати поняття охорони прав на промислові зразки як окремого об'єкта адміністративно-правового регулювання та окреслити його специфічні риси.

Здатність людини надавати необхідним їй речам привабливості, витонченості, вишуканості, зручності тощо стає ремеслом або професією, а уміння створювати речі, які характеризуються оригінальністю і неповторністю, звично називають творчістю, або інтелектуальною діяльністю.

За таких умов результат творчості потребує правової охорони. Необхідність надання результатам творчої діяльності, якими є форма товару, його розфарбування чи просто малюнок тканини правової охорони була усвідомлена в багатьох країнах Європи практично одночасно. Правова охорона результатів творчої діяльності щодо надання виробам певної форми, певного малюнка, розфарбування тощо увійшла складовою частиною у національні законодавства, набувши найменування промислових малюнків або моделей [5, с. 13].

Промисловий зразок за своєю природою дуалістичний об'єкт: його образотворча сутність — стосується авторського права, а юридичні процедури введення в господарський обіг здійснюються у відповідності з патентним правом. Проблема в тому, що розмаїтість предметів, які створюються з використанням дизайну, потребує юридичної охорони, дуже широка. Ефективність же використання заявником патентного права для охорони всього розмаїття об'єктів нового і оригінального дизайну, як свідчить практика, забезпечується не повною мірою. Це пов'язано з вибірковістю об'єктів дизайну, які підпадають під охорону закону.

Практика показує, що найефективніше патентне право забезпечує промислові зразки індустріального дизайну, коли об'єкт техніки виконаний на винахідницькому рівні, а дизайн підкреслює його технічну досконалість. Огляд аналогічного законодавства інших країн показує, що якщо зовнішній вигляд виробу, в якому застосований промисловий зразок, містить і образотворчі, і технічні ознаки, то охорона поширюється лише на образотворчі ознаки (декоративний аспект).

Поняття «право на промисловий зразок» можна застосовувати в двох значеннях:

- 1) у суб'єктивному розумінні цим терміном позначається комплекс правомочностей, які належать конкретній особі стосовно конкретного промислового зразка;
- 2) в об'єктивному розумінні цей термін позначає правовий інститут, що охоплює систему норм права, котрі регулюють суспільні відносини щодо промислових зразків [6, с. 20].



Слід зазначити, що дослідження юридичної природи права на результат творчості почалися ще в XIX ст., коли у зв'язку з міжнародною уніфікацією законодавства з охорони результатів творчості необхідність дослідження природи права на інтелектуальний продукт постала особливо гостро.

Позиції вчених, які намагаються пристосувати правомочності права власності до права на результат інтелектуальної діяльності, або тих, хто вважає, що зміст такого права складають лише майнові виключні права, не враховують ту особливість об'єкта права інтелектуальної власності, що він є нематеріальним (ідеальним) об'єктом. Для більшості цих об'єктів характерним є те, що вони мають своїх творців, тобто, крім майнових прав, мають існувати і особисті немайнові права, які не вкладаються у зміст речового права власності, а також виходять за рамки виключних майнових прав.

Крім цього, нерідкими є випадки паралельної творчості: практично одночасного створення різними особами однакового результату (про можливість такого повторення свідчить наявність пріоритету та права попереднього користування). Для речі, яка є визначеною у просторі, така ситуація не виникає, а тому і право власності таку особливість об'єкта не може врегулювати. Оскільки об'єкт права інтелектуальної власності є як результатом творчості, так і об'єктом, який вимагає економічного привласнення для участі в обороті, зміст права на нього має враховувати обидві ці сторони.

Адже у статті 418 Цивільного кодексу України вказані особливості об'єктів права інтелектуальної власності. Таким чином, право інтелек-

туальної власності як суб'єктивне право на результат інтелектуальної діяльності за українським законодавством складається з немайнової та майнової частин. У тому числі і право інтелектуальної власності на промисловий зразок.

Сьогодні юридичний аспект адміністративно-правового регулювання в сфері охорони прав на промислові зразки, на жаль, залишається без структурного, логічного аналізу як на доктринальному, так і нормативному рівні. Складність адміністративно-правового регулювання у зазначеній сфері полягає в тому, що існує значна кількість нормативно-правових актів, які містять норми, що відносяться до різних галузей законодавства, превалюють у більшості своїй підзаконні акти, що ускладнює систематизацію внаслідок їх великої кількості, відсутня визначена правова термінологія.

Висновки

Таким чином, доцільним вважається запропонувати таке визначення охорони прав на промислові зразки як самостійного об'єкту адміністративно-правового регулювання — це складова інституту охорони прав на об'єкти інтелектуальної власності, до складу якого входять підприємство, яке проводить патентну експертизу; підприємства колективного управління авторськими правами; органи, які мають право проводити судову експертизу.

Основними специфічними ознаками охорони прав на промислові зразки як об'єкта адміністративно-правового регулювання є :

- 1) міжгалузевий характер, оскільки охорона прав на промислові зразки є складовою системи охо-



рони інтелектуальної власності, що поєднує процедуру набуття прав на промислові зразки та їх захист;

- 2) безпосередній зв'язок із іншими правовими інститутами, що забезпечує економічне зростання та розвиток соціальної сфери держави;
- 3) своєрідність зовнішніх форм прояву елементів механізму адміністративно-правового регулювання (суб'єкти, принципи, функції, методи та форми) у даній сфері;
- 4) комплексний характер, пов'язаний із поєднанням економічної

та правової складових, зменшенням об'єму державного втручання, превалюванням на сучасному етапі розвитку економічної складової внаслідок розвитку нових суспільних відносин. ♦

Список використаних джерел:

1. *Административное право и процесс : полный курс. — 2-ое изд., перераб. и доп. / под ред. Ю.А.Тихомирова. — М. : Изд-во. Тихомиров, 2005. — 697 с.*
2. *Макода В.Є. Правова охорона промислових зразків в Україні: дис... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Володимир Євгенович Макода. — К., 2001. — 190с.*
3. *Колодій А.М. Державне будівництво і місцеве самоврядування в Україні : [підручник] / А.М. Колодій, А.Ю. Олійник. — К. : Юрінком Інтер, 2003. — 460 с.*
4. *Державне управління: теорія і практика / [Авер'янов В.Б., Цветков В.В., Шаповал В. та ін.]; под. ред. В.Б. Авер'янова. — К. : Юрінком Інтер, 1998. — 431 с.*
5. *Макода В.Є. Правова охорона промислових зразків в Україні : дис... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Володимир Євгенович Макода. — К., 2001. — 190 с.*
6. *Халаїм Н. Зміст права на промисловий зразок: теоретичний аспект / Халаїм Ніна. // Інтелектуальна власність. — № 1. — 2008. — С. 20-23.*



ДЕЯКІ АСПЕКТИ ДОСЛІДЖЕННЯ СЕМАНТИКИ СЛОВЕСНИХ ПОЗНАЧЕНЬ

Ірина Дорохіна,
науковий співробітник НДІ інтелектуальної власності НАПрН України

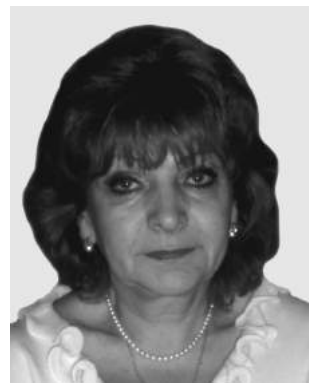
Торговельні марки (знаки для товарів та послуг) вже давно є невід'ємною частиною сучасного повсякденного життя суспільства та кожного споживача. Вони використовуються учасниками товарообігу всіх країн світу як засіб для індивідуалізації своїх товарів та послуг. Саме тому товаровиробники змагаються за привернення уваги споживача, використовуючи як торговельні марки літери, слова, цифри, зображувальні елементи, кольори та комбінації кольорів, і будь-яку їх комбінацію.

Дослідження, проведені відомим голландським фахівцем з торговельних марок Каспером Веркманом, свідчать, що словесні знаки складають основну масу — до 80% від загальної кількості зареєстрованих позначень. Це пов'язано з тим, що таким знакам властиве найбільше запам'ятовування за рахунок одночасної дії їх семантичної та фонетичної складових [1].

Аналіз практики проведення судових експертиз стосовно зазначеного об'єкта судовими експертами, що працюють в Науково-дослідному ін-

ституті інтелектуальної власності Національної академії правових наук України (далі — Інститут), свідчить про аналогічні показники. Так, загальна кількість експертних досліджень, які виконані судовими експертами Інституту за період із 2001 по 2009 роки щодо знаків, складає 312 висновків, у 245 з яких досліджувалися словесні позначення, що складає 78,5% від загальної кількості. При цьому в більшості випадків на вирішення судової експертизи виносяться питання щодо встановлення тотожності або схожості зареєстрованого знака та позначення, що використовуються порушником, щодо споріднених товарів та послуг [2].

У своїй діяльності судові експерти використовують, поряд з іншими джерелами, Правила складання і



Ніна Самолова,
старший науковий співробітник НДІ інтелектуальної власності НАПрН України



подання заявки на видачу свідоцтва України на знак для товарів і послуг, в яких зазначено: *«При встановленні схожості словесних позначень враховується звукова (фонетична), графічна (візуальна) та смислова (семантична) схожість»* [3]. Необхідно пам'ятати, що при дослідженні словесних знаків саме *«смислова схожість... може застосовуватись як самостійний критерій»* [4].

У науково-методичній літературі [4, 5] розглянуто лише загальне поняття семантики словесних позначень та основні ознаки, на підставі яких визначається смислова схожість. Більш глибокі дослідження, які розкривали б якісні характеристики семантики словесних позначень, в наведених роботах відсутні.

Метою роботи є дослідження якісних характеристик семантики словесних знаків, що впливають на загальний висновок щодо схожості /несхожості словесних позначень, в тому числі шляхом узагальнення експертної практики, яка стала значною за 9 років роботи Інституту.

Звернемось до словника. *«СЕМАНТИКА, -и, ж. Значення мовних одиниць — окремих слів, фразеологізмів, складових частин слова тощо»* [6].

Історично склалося, що з моменту, коли людина почала вживати слова, вони служили для того, щоб викликати у свідомості образи тих предметів, які вони символізували. Така цілісність сприйняття образів, за допомогою символів, призвела до того, що акцент уваги споживача щодо сприйняття словесного знака ставиться саме на його семантичне навантаження.

За загальним правилом, схожість семантичних ознак позначень має місце, коли вони породжують одна-

кові чи схожі асоціації, певне інтелектуальне враження. Стосовно слів, виконаних кирилицею, ситуація зрозуміла, наприклад, збіг семантичних ознак позначень «Фрукталія» — «Фрукталіта» (які використовуються для фруктових напоїв) буде підставою для висновку про схожість позначень до ступеня змішування, незважаючи на фонетичні розбіжності. Разом з тим, розбіжність семантичних ознак може сприяти визнанню порівнюваних позначень несхожими, навіть за наявності фонетичної схожості, наприклад позначення «Карат» — «Карате».

Дослідження позначень, виконаних літерами латинської абетки, мають особливості, які в основному, пов'язані з тим як саме пересічний споживач сприймає та розуміє те чи інше позначення. Чи воно є таким, що має певне семантичне значення, а, отже, може породжувати однакові чи схожі асоціації? При цьому необхідно враховувати, що лексика кожної мови формується протягом багатьох століть у тісному зв'язку з іншими мовами, передусім із грецькою та латинською, які історично були джерелами нових слів для різних мов. Наприклад, слово «глобус», що походить від латинського *«globus — куля»* [7], було скальковано на різні мови без зміни його значення та набуло такого вигляду: латинською, німецькою, польською, словенською, хорватською — *«globus»*, іспанською, італійською, португальською — *«globo»*, французькою, англійською — *«globe»* [8], російською, українською, білоруською «глобус».

Прикладів запозичення можна навести безліч. Всім знайомі такі слова, як «константа», «форма», «фігура», «фортуна», «хроніка» «ав-



тограф», «вето», «бонус» та багато інших, що мають своє походження від латинської та грецької мов, вже давно не сприймаються як іншомовні та входять до слів загального вжитку у різних народів.

Наведене дає підстави для твердження, що при дослідженні семантики слів іншомовного походження необхідно розглядати етимологію досліджуваних мовних одиниць із позиції сприйняття та розуміння пересічним споживачем закладених в позначеннях ідей. Так, англійське слово «*legal*», що походить від латинського «*Legitimus, a, um* — законний, установлений законом» існує і в українській мові в значенні — «легальний» та сприймається українським споживачем як таке, що має певне семантичне значення.

Англійське слово «*regal*», що походить від латинського «*regalis*», існує і в українській мові в значенні «регалії» та сприймається українським споживачем також як таке, що має своє конкретне семантичне значення.

Отже, дослідження семантики слів «REGAL» та «LEGAL» дають підстави для твердження, що, враховуючи їх латинське походження, вони сприймаються українським споживачем як такі, що мають семантичне значення «регалії» та «легальний», тобто є різними за семантикою. Таке дослідження за семантичним критерієм може бути підставою для висновку про несхожість даних словесних позначень, не дивлячись на їх звукову схожість. За аналогією з наведеним прикладом можна визнати несхожими і такі словесні позначення, як «*diva*» та «*viva*».

Непоодинокі випадки, коли досліджувані позначення мають однакову морфему — корінь, та різні за-

кінчення, що змінюють слова в цілому. Так, позначення «*actimia*», «*actimio*» «*actimel*» є фантазійними, та не мають певного значення, однак всі вони мають однакове буквено-сполучення «*acti*», з якого всі вони починаються. Етимологічним аналізом даної словесної одиниці встановлено, що це слово латинського походження (від «*actio, onis* — дія, справа», [7]), яке в англійській мові набуло такого вигляду:

«*act* 1. справа, вчинок; 2. акт, дія;

acting 1. діючий, виконуючий обов'язки;

action 1. дія, вчинок; 2. діяльність, робота;

active 1. активний, діяльний; 2. дійовий;

activity 1. діяльність; 2. активність, енергія» [9].

В українській мові використовують слова «активний», «активація», «активізувати», «активність», «активно», «активіст» та багато інших, що мають своє походження від того ж латинського «*actio*».

Таким чином, слова, які починаються на «*acti*», означають якусь дію, діяльність, активність, енергійність та асоціюються у споживачів саме з такими якостями і, не зважаючи на свою фантазійність, будуть викликати однакову асоціацію, тобто будуть семантично схожими.

За аналогією з наведеними прикладами можна визнати схожими словесні позначення, наприклад «Флора» — «FLORENA» «INTEL» — «INTELCON» або «REVOLUTION» — «Револуция» — «REVOLUTY».

Як відомо, українська мова належить до слов'янської групи мов індоєвропейської сім'ї. Формування лексики кожної мовної групи має певні закономірності, пов'язані з



ЗАСОБИ ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЇ

входженням лексем, як одиниць словарного складу мови, до певного етимологічного гнізда, що об'єднують генетично та дериваційно пов'язані лексичні одиниці [10]. Тобто окремі лексеми різних мов, що входять до однієї групи мов, мають єдине джерело походження, та, як наслідок, схоже фонетичне та графічне відображення.

Так, українське слово «горіння», що входить до слов'янської групи мов, для кожної з них, має різну фонетику, наприклад:

Болгарською — горене;
Сербською — горење;
Словенською — gorenje;
Білоруською — гарэння;
Македонською — горенье;
Російською — горение [11].

З наведеного видно, що перелічені слова походять від одного кореня -гор- та мають схоже фонетичне звучання, включаючи і словенське слово, що виконано латиницею. Згідно з правилами транслітерації дана лексема читається як [горенье], що є близьким до його перекладу на російську мову — [горение], значення якого абсолютно зрозуміле українським споживачам, враховуючи двомовність останніх.

Позначення, що протиставляється «Gorinnya», виконане літерами латинської абетки, є фантазійним, тобто не має певного значення, але початкова частина якого теж складає корінь -гор-. Транслітерація даної лексеми літерами української абетки виглядає як [горіння], що перекладається на словенську як «Gorenje».

Таким чином, близькість фонетичного звучання «Gorenje» та «Gorinnya» в поєднанні з семантичною схожістю за рахунок входження даної лексеми до одного етимоло-

гічного гнізда дає підстави для твердження про схожість зазначених позначень.

Цікавим є приклад, в якому фонетична складова нерозривно поєднана з семантичним критерієм, не зважаючи на самостійність останнього. Розглянемо на прикладі позначень «Energy FM» та «NRJ FM».

Досліджуючи фонетичну складову буквосполучення «NRJ FM», необхідно зауважити, що український споживач, найвірогідніше, буде вимовляти його в одному з таких варіантів:

[Енарджей ефем]
[Енежей ефем]
[Енаджи ефем]
[Енерджи ефем]
[Енерждей ефем]

Враховуючи те, що словесний елемент «FM» вказує на діапазон, в якому здійснюють сповіщення радіостанції, є описовим для послуг у сфері радіомовлення, розглянемо сильний, розрізняльний елемент «NRJ». Досліджуючи його за семантичним критерієм встановлено, що слово є вигаданим та не має певного значення. Однак за рахунок вимови окремих літер [N] [R] [J] у буквосполучення «NRJ», воно може сприйматися споживачами як слово «Energy», що в перекладі з англійської «енергія, сила» [9].

На підставі викладеного можна визнати позначення «Energy FM» та «NRJ FM» схожими за семантичним критерієм. За аналогією з наведеними прикладами можна визнати семантично схожими словесні позначення «Empty» — «Mpt» та «Enter» — «Ntr».

Однак, в окремих випадках, різність ідей, що закладена в позначеннях, може не мати вирішального значення під час дослідження сло-



весних знаків. Наприклад, досліджуючи семантику словесних позначень «ТІАРА» та «ТІАРЕ» необхідно зазначити, що:

ТІАРА — у, ж.1. Головний убір стародавніх східних царів, жерців, який був символом вищої влади, високого становища. 2. Триярусний головний убір римського папи [6].

ТІАРЕ — вид трав'янистих рослин із роду Гарденія сімейства Маренові [12].

З наведеного видно, що дані лексичні одиниці мають різне смислове значення. Однак, слід враховувати сприйняття цих позначень пересічним споживачем. Зважаючи на те, що обізнаність та використання слова «ТІАРЕ» обмежується лише спеціалістами, котрі працюють в галузі біології та рослинного світу, тобто вузького кола осіб, далеко не кожний пересічний українець сприймає слово «Тіаре» як таке, що має певне значення. Це дозволяє визнати позначення «ТІАРА» та «ТІАРЕ» схожими до ступеня змішування.

Проведений аналіз свідчить, що, при вивченні семантичних значень досліджуваних словесних позначень семантика кожного з них повинна розглядатись з позиції обізнаності пересічного споживача, та розповсюдженості його використання. Наприклад, для більшості американців торгова марка «Shasta» викликає в пам'яті освіжаючий образ засніжених гір. Європейці, які незнайомі з американськими ландшафтами, почують в цьому слові лише шиплячий звук [13].

Дослідження семантичної складової словесних знаків дає підстави стверджувати, що:

- Семантичний та фонетичний критерії нерозривно пов'язані один з одним, а останній впливає на визначення семантики досліджуваних лексем;
- Семантика слів повинна розглядатись не тільки стосовно порівнюваних позначень, а й з урахуванням обізнаності споживачів щодо такого слова та розповсюдженості його використання.
- При дослідженні семантики слів іншомовного походження необхідно розглядати етимологію досліджуваних мовних одиниць з позиції сприйняття закладених в позначеннях ідей пересічним споживачем.

Викладене є результатом узагальнення експертної практики, не міститься у відомих джерелах методичної та довідкової літератури та може бути використане при створенні окремої методики дослідження словесних знаків на предмет встановлення їхньої схожості до ступеня змішування, на стадії науково-технічної експертизи, а також можуть бути в нагоді судовим експертам при розгляді матеріалів судових справ. ♦

Список використаних джерел:

1. Веркман К. Товарные знаки : создание, психология, восприятие / Веркман К. — М. : «Прогресс», 1986. — 518 с.



ЗАСОБИ ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЇ

2. Кращенко В. Судова експертиза торговельних марок через призму статистики / К. Щукіна, В. Кращенко // Інтелектуальна власність. — 2008. — №3. ; Теорія і практика інтелектуальної власності. — 2008. — №2.
3. Наказ Держпатенту України від 28.07.1995 р. № 116 «Про затвердження Правил складання і подання заявки на видачу свідоцтва України на знак для товарів і послуг» (із змінами, внесеними згідно з наказом Держпатенту № 72 від 20.08.97 р.), затверджений Мін'юстом України 2 серпня 1995 р. : станом на 22 вересня 1997 р. / [Електронний ресурс] / Законодавство України. — Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua>.
4. Левічева О. Д. Експертиза об'єктів промислової власності: заявки на знак для товарів і послуг (торговельну марку) і кваліфікованого зазначення походження товару та/або права використання зареєстрованого кваліфікованого зазначення походження товару / О. Д. Левічева — К. : Інститут інтелектуальної власності і права, 2006. — 128 с.
5. Крайнев П. П. Судові експертизи у сфері інтелектуальної власності / П. П. Крайнев, М. М. Ковальова, М. В. Мельников ; за ред. П. П. Крайнева] — Вінниця : Фенікс, 2008. — 376 с.
6. Великий тлумачний словник сучасної української мови/ [уклад. і головн. ред. В. Т. Бусел]. — К. : Перун, 2004. — 1440 с.
7. Попов А. Н. Латинский язык : хрестоматия : грамматика : словари / А. Н. Попов, П. М. Шендяпин — М. : Издательство литературы на иностранных языках, 1956. — 383 с.
8. [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : www.abbyuonline.ru/translate.
9. Англо-український, україно-англійський словник / уклад. Н. М. Биховець, І. І. Борисенко, Г. О. Герасименко та ін. [за редакцією Ю. О. Жлуктенка]. — К. : Перун, 1997. — 696 с.
10. Черниш Т. О. Компаративно-типологічне дослідження слов'янської лексики в контексті етимологічних гнізд із близькозначними коренями : дис. д-ра філол. наук : 10.02.03 / Т. О. Черниш / Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. — К., 2003. — 485 арк. — Бібліогр. : арк. 416-470.
11. [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : pereklad.online.ua
12. Tiare [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : www.aroma-beauty.ru/product/5272.htm
13. Чармэссон Г. Торговая марка: как создать имя, которое принесет миллионы / Чармэссон Г. ; пер. с англ. Л. Корпан. — СПб. : Питер, 1999. — 224 с.



АКТУАЛЬНІ АСПЕКТИ ЗАРУБІЖНОГО ДОСВІДУ РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВ НА СЛУЖБОВІ ОБ'ЄКТИ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Наталія Рязанова,
*здобувач НДІ інтелектуальної власності НАПрН
України*

Актуальність проблеми. Особливе значення в законодавстві багатьох країн приділяється захисту авторського права, у тому числі на службові об'єкти. Положення про визнання авторства є важливою складовою будь-якого законодавства, що стосується авторського права.

Наприклад, таку ж норму, як у ст. 16 Закону України «Про авторське право і суміжні права» (Авторське право на службові твори), містять аналогічні закони таких країн, як США (§ 201, в якому йдеться про “work made for hire doctrine” — принцип «твору, створеного за наймом») [1], Білорусія (ст. 14 редакції Закону від 11 серпня 1998 року) [2], Російська Федерація (ст. 14 Закону) [3], а також Киргизстан (ст. 14 Закону та ст. 1068 Цивільного кодексу) [4]. Наразі є країни, в законах про авторське право яких або взагалі не міститься норм щодо особливого статусу службових творів (Швейцарія), або спеціально обумовлено, що до службових творів застосовуються загальні норми авторського права (Німеччина, Франція) [5].

Вивчення зарубіжного досвіду регулювання прав на службові об'єкти інтелектуальної власності має важливе значення для інноваційного

розвитку нашої держави та вдосконалення практики цивільно-правової охорони таких прав.

Аналіз останніх досліджень. В основу написання цієї статті покладено теоретичні доробки таких українських вчених, як Б. Прахов [6] та Ю. Капіца [7], а також аналітичні матеріали державних органів України та інших країн, законодавча база.

Постановка проблеми. Найважливішим напрямом ефективного використання службових об'єктів інтелектуальної власності є поглиблення інтелектуалізації праці, розвиток творчої особи як головного ресурсу економіки. Найбільші компанії світу розробляють і реалізують нові стратегії підготовки кадрів, нарощуючи інвестиції в людський капітал. Сучасні темпи розвитку науки і техніки, масштаби їх впровадження зробили такі інвестиції перманентними. Якщо в період індустріалізації впровадження нових технологій здійснювалось приблизно раз в 20-30 років, то в другій половині XX ст. життєвий цикл продукту або технології дорівнював 5-7 рокам, а в галузях високих технологій — 2-3 рокам [8].

Отже, працівник вимушений протягом своєї професійної діяльності



ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

адаптуватися до 4-5 більш-менш принципових технологічних нововведень. Необхідним стає постійне оновлення знань. Інтелектуальні досягнення є результатом творчої праці і великі компанії зацікавлені у висококваліфікованих кадрах із аналітичними здібностями. Виходячи з таких міркувань, проблемним аспектом для вдосконалення практики раціонального використання службових об'єктів інтелектуальної власності є розробка механізмів державного стимулювання творчої діяльності, результатом якої мають стати нові технологічні розробки.

Основний зміст дослідження. У контексті даного дослідження цікавим є досвід США, де, на наш погляд, досить ефективно втілена в життя програма розвитку та стимулювання сфери службових об'єктів інтелектуальної власності.

Починаючи з 80-х років минулого століття, уряд США приступив до переосмислення своєї політики відносно службових об'єктів інтелектуальної власності. Основним інструментом перетворень виступило законодавче регулювання, перший етап якого припадає на 1980-1984 рр.

У 1980 році була прийнята ціла серія законів, в яких інтелектуальна власність піддалась радикальному нормативно-правовому забезпеченню. Коротко зупинимось на їхній характеристиці.

Першими офіційними документами були Закони від 1980 року, а саме, Закон Бей-Доула «Про патенти, ліцензії і торговельні марки при виконанні федеральних програм науково-дослідних та дослідно-конструкторських робіт» [9] і Закон Стівенсона-Уайдлера «Про інноваційно-технологічну діяльність» [10]. Неабияке значення для патентної

активізації має встановлення пільгової системи сплати мита з огляду на вагомість винаходу і статус винахідника. 31 липня 1987 р. в США почали діяти поправки до Патентного Закону (35 U.S.), які запровадили 50%-ве зниження мита для незалежних винахідників, некомерційних організацій і малих фірм. Така політика скеровувалась на забезпечення передання технологій із суспільного сектора економіки до приватного.

Суть першого закону полягала в таких аспектах:

- по-перше, університетам, неприбутковим організаціям, малим інноваційним компаніям було дозволено отримувати право власності на вироби, отримані за державним замовленням;
- по-друге, дослідницьким лабораторіям, що знаходяться у власності і під управлінням уряду, було надано право видавати виняткові ліцензії на патенти.

Відповідно до акта Бей-Доула, якщо НДДКР здійснювались безпосередньо в державному секторі, то права на використання отриманого винаходу можуть бути передані одному з таких видів установ: університет, неприбуткова організація, мале підприємство. При цьому організації, які отримували такі права, повинні комерціалізувати технології у визначені терміни. Цей закон частково повернув права на службові об'єкти інтелектуальної власності винахідникам, яким гарантувалось не менше 15% від доходів при комерціалізації їх винаходів. Університету або дослідницькому центру призначається одна третина при розділі фінансових результатів комерціалізації отриманої ним інтелектуальної власності.



Згідно з цим актом права на комерціалізацію винаходу можуть бути делеговані субконтракторам, що виконували дослідження і розробку, у фінансуванні яких брав участь федеральний бюджет, якщо спільні розробки виконувались в рамках Кооперативної угоди про дослідження і розробку (CRADA) [11]. Доходи від реалізації патентів і продажу ліцензій підприємствам отримують контрактори. В той же час, певні права на винаходи у зазначених вище випадках зберігає за собою уряд.

Другий закон також стимулював передання технологій, які знаходились у федеральній власності і розроблені за державний кошт, урядам штатів і територій, а також приватному сектору для їх комерціалізації.

Здійснення цих законів на практиці виразилось, з одного боку, в бурхливому зростанні партнерств федеральних дослідницьких лабораторій і центрів із промисловим сектором, а, з другого — в радикальній зміні ролей у взаєминах уряду і промислового сектора. Останнє полягало в тому, що компанії отримали право голосу при виборі проектів, управлінні ними і використанні отриманих результатів, а безпосередні автори службових об'єктів мали можливість отримати високий гонорар.

Аналітики досить позитивно оцінили вплив закону Бей-Доула на інноваційну діяльність США. Вони відзначили, що до ухвалення цього закону «винаходи і відкриття, зроблені в Америці, покривались пилом на полицях сховищ» [12, с. 32]. У 1980 р. уряд США володів 28 тис. патентів, але лише 5% з них були ліцензовані промисловістю. В той же час федеральний уряд забезпечував 60% фінансувань академічних досліджень. Але після ухвалення

закону Бей-Доула кількість патентів, підготовлених університетами, збільшилась у 10 разів, і університети створили понад 200 компаній для комерціалізації результатів досліджень, що проводяться в їх лабораторіях [12, с. 34]. Таким чином службові об'єкти інтелектуальної власності набули значного посилення і стали найбільш поширеними серед інших об'єктів інтелектуальної власності.

Світовий досвід показує, що найважливіше значення у сфері державної політики щодо розвитку відносин інтелектуальної власності, а особливо створення службових об'єктів у сфері високих технологій, має розробка ефективного організаційно-економічного механізму передання технологій із подальшою їх комерціалізацією. Розвинені країни світу, починаючи з 80-х років, вели безперервний пошук перспективних форм використання інтелектуальної власності з метою вдалої трансформації її об'єктів в готову продукцію, технологічний процес або у вигляді послуг. Зокрема, у Франції, Великобританії, ФРН і Японії передбачається субсидування з державного бюджету цільових державних програм, які діють у ключових галузях економіки. До того ж, у Франції, Японії, а також у Швеції, визнано доцільним створення таких державних структур, які надавали б винахідникові субсидії на всіх етапах інноваційного процесу, аж до збуту продукції на ринку. Уряд ФРН допомагає проводити дослідження переважно малим і середнім фірмам у вигляді часткової оплати праці дослідницького персоналу — в середньому близько 40% відповідного фонду заробітної платні, а також через пряме фінан-



ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

сування — близько 30-40% коштовних затрат на розробки, які здійснюються за державними замовленнями. Зверх того, існує досить поширена практика надання безвідплатних позик, які сягають 50% затрат на впровадження новачій [13].

Державна система стимулювання винахідницької діяльності в Австрії базується на фінансовому забезпеченні інноваційних завдань численими спеціальними державними фондами із залученням приватних банків, у Великобританії широко застосовується система конкурсів, які проводять міністерства техніки, торгівлі і промисловості, з метою фінансування розробок найперспективніших новаторських ідей.

Таким чином, впродовж останніх десятиліть у розвинених країнах світу зроблені кардинальні заходи у сфері ефективної реалізації інтелектуальної власності безпосередньо спрямовані на стимулювання винахідницької діяльності та швидке впровадження досягнень науки і техніки у виробництво через нові механізми передання і комерціалізації технологій.

Цікавим для вітчизняної практики є й зарубіжний досвід створення службових об'єктів інтелектуальної власності за державні кошти. Так, у Франції існує комплексна система заохочення і впровадження результатів науково-дослідних робіт. Для стимулювання інновацій надаються безвідплатні дотації, кредитні гарантії і податкові пільги, які координує Міністерство фінансів. У країні діє три акціонерних товариства з ризиковим капіталом — їх створення держава стимулювала через податкові пільги та відкриття бірж для малих і середніх підприємств.

Має місце також регіональна мережа впроваджувальних центрів і організацій, трансферних центрів із передання технологій [14, с. 71].

Механізм реалізації інноваційної політики в Японії дещо відрізняється від практики інших держав. Після визначення пріоритетного напрямку досліджень Міністерство зовнішньої торгівлі і промисловості пропонує усім потужним корпораціям відповідного профілю взяти участь у реалізації програми. Потім вона віддає в розпорядження корпорацій, які згодні, свої наукові лабораторії і залучає до роботи провідних учених та фахівців з університетів. Результати досліджень і розробок доводяться до відома всіх зацікавлених компаній. На цей час уряд Японії орієнтується на широке фінансування фундаментальних досліджень із держбюджету. Діяльність венчурного капіталу регулюється державою. Взаємодія з концернами-гігантами здійснюється через субпідрядну систему. При цьому Японія створила сприятливий податковий і митний режими для винахідників. Так, податкові пільги стимулюють передусім капіталовкладення в: енергозаощаджувальне устаткування і заміну обладнання, яке руйнує озоновий шар (на таке обладнання дозволено особну амортизацію); продаж патентів, ліцензій за кордон; щорічне збільшення видатків на НДДКР (науково-дослідні та дослідно-конструкторські роботи) [15].

У Китаї встановлено таку систему оподаткування доходів, одержуваних від обороту з передання технологій, яка сприяє подальшому розвитку цього процесу: університети, науково-дослідні організації, неприбуткові інститути звільняються від



сплати податків на 3 роки. Крім того, від сплати податків звільняються також державні або колективні власники технологій, якщо їхній річний дохід не перевищує 100 тис. юанів.

У Південній Кореї на поточні видатки підприємств на науково-дослідні роботи надається 10% знижки [16].

В Угорщині задля технічного розвитку підприємств податки у вигляді відрахувань від прибутку, одержаного в результаті реалізації науково-дослідних робіт, зменшуються на 75% порівняно зі встановленими загальними нормативами. Окрім цього, для таких підприємств зменшуються розмір податків на майно і накопичення, розмір відрахувань від заробітної платні працівників [16].

У Великобританії останнім часом на базі університетів створюються наукові інженерні центри, які сприяють встановленню тісніших зв'язків між наукою і виробництвом, вони теж підтримуються державою через податкові пільги, безвідплатні позики тощо [17].

Незначні розміри мита також можуть бути стимулом для винахідників. Наприклад, у Південній Кореї патентне мито у 6 разів менше, ніж в Японії, і в 15 разів — ніж у США. Патентні закони ФРН, Австрії, Бельгії, Швейцарії, Японії містять низку положень, що надають пільги зі сплати мита окремим винахідникам: мито за одержання патенту і підтримування його чинності може бути відстроченим до закінчення певного терміну з дати подання заявки (як це передбачено Ст. 44 Союзного Закону про патенти на винаходи Швейцарії) або на термін, який не перевищує певної кількості

років від дня видачі патенту (таке правило закріплено у Ст. 109 Патентного закону Японії і у Ст. 42 Патентного закону Швеції), у разі, якщо у винахідника виникнуть великі труднощі при сплаті мита, і він підтвердить своє скрутне становище. Патентний Закон Австрії передбачає скасування або відстрочку сплати заявкового і річного мита, якщо йдеться про заявку, яка вочевидь має на меті одержання чи економію енергії [6, с. 25].

Підсумовуючи наше дослідження, відзначимо, що прогресивний західний досвід необхідно вивчати і використовувати у вітчизняній практиці, тим більше, що зараз в Україні набирають силу процеси венчурного фінансування, а в деяких науково-дослідних інститутах створюються агентства та центри з трансферу технологій. Усе це вимагає розширення сфери використання результатів службових об'єктів інтелектуальної власності і вироблення відповідної політики не лише в частині розподілу прав власності на результати державних замовлень, але й розвитку процесів передання та комерціалізації технологій на державному рівні.

Висновки.

Аналіз зарубіжного досвіду державної політики регулювання прав на службові об'єкти інтелектуальної власності дозволив виділити такі основні тенденції розвитку інтелектуальних ресурсів у провідних західних компаніях:

- безперервна розробка і реалізація нових стратегій підготовки кадрів з метою поглиблення інтелектуалізації праці, розвитку творчих здібностей особи на основі безперервного нарощування інвестицій в людський капітал;



ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

- розширення практики програмної кооперації компаній у вигляді спільних лабораторій або міжфірмових науково-технічних центрів, що ілюструється позитивною динамікою таких індикаторів як: кількість злиття і поглинань, кількість стратегічних альянсів, кількість спільних патентів;
- зростання масштабів корпоративного патентування і ліцензування, у тому числі й спільного на основі кооперативної взаємодії у сфері інноваційної діяльності;
- вироблення ефективних стратегій у сфері цивільно-правового захисту розробок, що розширюють межі, способи і форми охорони службових об'єктів інтелектуальної власності.

Аналіз світового досвіду державного регулювання у сфері передання і комерціалізації службових об'єктів інтелектуальної власності дозволив виділити ключові моменти розвитку даних процесів у розвинених країнах.

Головним інструментом перетворень виступило законодавче регулювання. Впродовж останніх двох десятиліть були ухвалені закони, які, по-перше, чітко визначили права на

результати інтелектуальної діяльності, створені за державний кошт і, по-друге, стимулювали передачу технології, що знаходиться у державній власності приватному сектору для комерціалізації з подальшим їх впровадженням у виробничий процес.

Таким чином, державна політика у сфері трансферу технологій основний акцент робить не стільки на інвестуванні, скільки на вдосконаленні механізмів передачі і комерціалізації службових об'єктів інтелектуальної власності з метою швидкого впровадження досягнень науки і техніки у виробництво. ♦

Список використаних джерел:

1. Законодательная основа инновационной деятельности в США [Электронный ресурс]. — Режим доступа до ресурсу: <http://wbase.duma.gov.ru:8080/law?doc&nd=981600605&nh=1&part=31>
2. Закон Республики Беларусь «Об авторском праве и смежных правах» от 11 августа 1998 г. [Электронный ресурс]. / Банк Законов : информационный портал Беларуси. — Режим доступа к ресурсу : http://www.bankzakonov.com/republic_pravo_by
3. «Об авторском праве и смежных правах» : закон РФ от 9 июля 1993 г., № 5351-1 // Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета РФ. — 1993. — № 32. — Ст. 1242.



4. Гражданский кодекс республики Кыргызстан № 16, 1996 г. [Электронный ресурс] // Законодательства стран СНГ. — Режим доступа к ресурсу : <http://base.spinform.ru/show.fwx?Regnot=51>
5. Интернет-портал : Право Европейского Союза [Электронный ресурс]. — Режим доступа к ресурсу : <http://eulaw.ru/>
6. Прахов Б. Питання державного регулювання і участі держави в патентно-правових відносинах / Борис Прахов. — Інтелектуальний капітал. — № 2. — 2004. — С. 22-30.
7. Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавство України / [Ю. М. Капіца, С. К. Ступак, В. П. Воробйов та ін.] ; за ред. Ю. М. Капіци. — К. : Видавничий Дім «Слово», 2006. — 401 с.
8. Calvert Robert. Patent Policies for Industry. JPOS. — 2006. — № 4. — 21-25.
9. Bayh-Dole Act of 1980; Public Law 96-517 // Законодательная основа инновационной деятельности в США [Электронный ресурс]. — Режим доступа : <http://wbase.duma.gov.ru:8080/law?doc&nd=981600605&nh=1&part=31>
10. Stevenson-Wylder Technology Innovation Act of 1980; Public Law 96-480 // Законодательная основа инновационной деятельности в США [Электронный ресурс]. — Режим доступа к ресурсу : <http://wbase.duma.gov.ru:8080/law?doc&nd=981600605&nh=1&part=31>
11. Законодательная основа инновационной деятельности в США [Электронный ресурс]. — Режим доступа к ресурсу : <http://wbase.duma.gov.ru:8080/law?doc&nd=981600605&nh=1&part=31>
12. Инновационная система России: модель и перспективы ее развития. — Вып. 1 : Анализ мирового опыта формирования и функционирования инновационных систем в контексте развития российской национальной модели. — М. : Изд-во РУНД, 2008. — 158 с.
13. International Bureau of WIPO. The Elements of Industrial Property. WIPO IPASS.86.1 2-9. — 2007
14. Ванг М. Трансфер технологий, разработанных при федеральном финансировании НИОКР: перспективы, определенные форумом по трансферу технологий / М. Ванг // Инновации. — 2003. — № 8. — С. 70-78
15. Arbor A. Technological competitiveness of Japanese multinationals. — Michigan university press, 2006. — 106 p.
16. How to get a European Patent. European Patent Office. — 2006.
17. Honore A. M. Ownership // Oxford Essays in Jurisprudence. — Oxford. — 2007.



АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ РЕЖИМУ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ: ЗАХИСТ ТА БЕЗПЕКА

Вікторія Белевцева,

*старший науковий співробітник НДІ інтелектуальної
власності НАПрН України, кандидат юридичних наук*

Забезпечення національної безпеки є однією з найважливіших функцій держави. Глибокі соціально-політичні зміни, що мають місце у сучасній Україні, потребують створення нової науково обґрунтованої концепції національної безпеки, яка сьогодні перебуває у стадії формування. Очевидно, що ця концепція повинна розглядати національну безпеку з системних позицій і представляти її у вигляді багаторівневої системи, що включає не менш складні системи нижчого порядку. Системний підхід до поняття «національна безпека» дозволить побачити цілісність, збалансованість, цілеспрямованість функціонування і саморегулювання, а також інші її властивості, що характеризують певний якісний рівень цієї системи.

Відповідно до Постанови Верховної Ради України «Про Концепцію (основи державної політики) національної безпеки України» від 16 січня 1997 року № 3/97-ВР *система забезпечення національної безпеки* — це організована державою сукупність суб'єктів: державних органів, громадських організацій, посадових осіб та окремих громадян, об'єднаних цілями та завданнями щодо захисту національних інтересів, що здійснюють узгоджену діяльність у межах

законодавства України. Забезпечення практичної реалізації повноважень суб'єктів системи національної безпеки, вирішення ряду важливих комплексних проблем у сфері безпеки тісно пов'язані з інститутом адміністративно-правових режимів, який останнім часом привертає увагу вітчизняних науковців-правників [1, 2]. Підставою дослідження адміністративно-правових режимів у системі забезпечення національної безпеки є механізм формування та реалізації Стратегії національної безпеки України, що покликана забезпечити захист національних інтересів країни від зовнішніх і внутрішніх загроз за рахунок політичних, економічних, військових, правових, науково-технічних та інших заходів української держави [3].

У комплексі різних складових національної безпеки особливе місце займає інтелектуальна власність, яку автор ототожнює у даній статті з інтелектуальною безпекою. Це обумовлено низкою об'єктивних причин.

По-перше, інтелектуальна власність визначає наукове забезпечення і реалізацію всіх інших складових національної безпеки.

По-друге, ситуація, що склалась в Україні, дає підставу говорити про



проблеми інтелектуальної безпеки як про найважливішу державну, економічну, соціальну і політичну проблему.

По-третє, за наслідками інтелектуальна криза може виявитись більш небезпечною, ніж, наприклад, політична, військова, економічна або інформаційна, а її подолання триватиме декілька десятиліть, а може бути, і сторіч.

По-четверте, багатоаспектність, складність, масштабність і глибина проблеми розвитку і збереження інтелекту виводить забезпечення безпеки інтелектуальної власності держави у розряд найактуальніших проблем сучасності.

Отже, з огляду на вищезазначене, розглянемо окремо питання режимного адміністрування інтелектуальної власності через систему забезпечення національної безпеки України.

Насамперед, необхідно визначитись з поняттям інтелектуальної власності. В одних джерелах інтелектуальна власність розглядається як захист продуктів розумової діяльності. В інших — ставиться знак рівності між інтелектуальною безпекою та інтелектуальною власністю. У третіх джерелах поняття інтелектуальна власність (безпека) включає не тільки захищеність продуктів розумової праці, але і раціональне використання, відтворення і підвищення якості розумової здатності людей, що визначають їх діяльність [4-6].

Стан інтелектуальної безпеки держави визначається перш за все його науковим потенціалом і науковими ресурсами, тобто кількістю і рівнем підготовки працездатних носіїв наукового інтелекту — підготовлених і таких, які працюють за

своєю спеціальністю учених і людей з вищою освітою.

Питанням дослідження різних аспектів інтелектуальної власності присвячено у різні часи багато наукових праць відомих вітчизняних та зарубіжних авторів, зокрема, Б. Амабля, П. Андрушко, Ю. Атаманової, В. Белова, В. Гулькевича, М. Галянтича, І. Дзери, В. Ковальського, А. Коваля, О. Орлюк, О. Підпригори та інших. У своїх працях вчені досліджують в основному загальні ознаки розуміння інтелектуальної власності, питання її захисту, напрями законодавчого удосконалення тощо.

У цій статті автор має на меті розглянути режимне адміністрування захисту та безпеки інтелектуальної власності.

Поняття «інтелектуальна власність» (англ. *intellectual property*) виникло в процесі тривалої практики юридичного закріплення за певними особами їх прав на результати інтелектуальної діяльності у промисловій, науковій, художній, виробничій та інших сферах.

Слід відмітити, що у зв'язку із створенням і використанням об'єктів інтелектуальної власності правовідносини у цій сфері регулюються системою правових норм, що узагальнено називається правом інтелектуальної власності.

До об'єктів права інтелектуальної власності, зокрема, належать [7]:

- літературні та художні твори;
- комп'ютерні програми;
- компіляції даних (бази даних);
- виконання;
- фонограми, відеограми, передачі (програми) організацій мовлення;
- наукові відкриття;
- винаходи, корисні моделі, про-



ЗАХИСТ ПРАВ

мислові зразки;

- компонування (топографії) інтегральних мікросхем;
- раціоналізаторські пропозиції;
- сорти рослин, породи тварин;
- комерційні (фірмові) найменування, торговельні марки (знаки для товарів і послуг), географічні зазначення;
- комерційні таємниці.

Суб'єктами права інтелектуальної власності є (ст. 420 ЦКУ): творець (творці) об'єкта права інтелектуальної власності (автор, виконавець, винахідник та ін.) та інші особи, яким належать особисті немайнові та (або) майнові права інтелектуальної власності відповідно до ЦКУ, іншого закону чи договору.

Далі зазначимо, що законодавство, яке визначає права на інтелектуальну власність, базується на праві кожного володіти, користуватися і розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності, що, за визначенням, є благом нематеріальним і зберігаються за його творцями та можуть використовуватися іншими особами лише з їх дозволу, окрім випадків, визначених законодавством, а також на праві захисту та безпеки інтелектуального продукту.

Прийнятими, практично у всіх країнах, документами, що засвідчують першість у створенні та права на володіння об'єктами інтелектуальної власності, є патент на винахід, промисловий зразок; свідоцтво на товарний знак, топографію інтегральної схеми, зазначення походження товарів; свідоцтво про реєстрацію твору (в галузі мистецтва, літератури та науки). У ряді країн також видаються патенти на корисні моделі, (зокрема, патенти на корисні моделі, з деякими відмінно-

стями, реєструються в Україні і Росії). Окрім державних органів, свідоцтва про реєстрацію авторських прав на твори також можуть видавати уповноважені авторські товариства.

Усі названі охоронні документи, по суті, є угодами між державою і заявниками відповідних об'єктів інтелектуальної власності щодо гарантування державою захисту та безпеки даних об'єктів.

Суспільство змушене, на короткий термін, надавати патентно-копійрайтну (англ. *copyright* — авторське право) монополію, незважаючи на те, що вона, в принципі, для економічного життя є негативним явищем (шкодить конкуренції), оскільки без такої монополії не будуть створюватись нові засоби виробництва і предмети праці, на ринок мало надходитиме нових товарів, загальмується культурно-освітній розвиток [8].

За названою угодою держава надає заявникові на певний строк монопольне право на використання об'єкта інтелектуальної власності та заборону використання його іншими особами і охороняє це право (в Україні, і ряді інших країн, 10 і 20 років — на корисну модель і винахід; 15 років — на промисловий зразок; 10 років, з правом безкінцевого подовження, — на знак для товарів і послуг; до кінця життя автора, або останнього із співавторів, плюс 70 років після його смерті). Заявник за це ділиться з державою і громадськістю інформацією про суть і зміст об'єкта, і погоджується, що об'єкт, після завершення вказаних строків охорони, стане суспільним надбанням і може вільно використовуватися будь-якою особою, або, у випадку його особливої спе-



цифіки та/або важливості, може складати державну таємницю (для цих об'єктів у такому разі видається патент на секретний винахід чи секретну корисну модель). Такого роду об'єкт інтелектуальної власності вже охороняється й законодавством про державну таємницю і є об'єктом захисту у сфері національної безпеки [8].

Слід відмітити, що стосовно необхідності охорони прав інтелектуальної власності існують діаметрально протилежні думки, одна з яких полягає у тому, що саме патентно-копірайтна монополія уповільнює культурний розвиток, зупиняє людський прогрес і ставить більшість інформаційних та інтелектуальних ресурсів під контроль мультинаціональних корпорацій. Прихильники такої думки є у багатьох країнах [8].

Проте, практично усі держави, задля стимулювання розвитку продуктивних сил, науки, техніки, мистецтва та освіти, на певний проміжок часу, надають патентну і копірайтну монополію, за що творці і винахідники платять державам і, загалом, людству, тим, що називається технологічним, науковим і гуманітарним прогресом.

Охоронні документи на об'єкти промислової власності (винаходи і корисні моделі, промислові зразки, знаки для товарів і послуг або ж торговельні марки, компонування або ж топографії інтегральних мікросхем тощо) мають національний характер, тобто вони діють на території тільки тієї країни, яка видала охоронний документ.

Разом з тим, для бажаючих розповсюдити охорону об'єкта промислової власності заявленого для реєстрації у будь-якій країні-учас-

ниці Паризької конвенції про охорону промислової власності від 20.03.1883 р. (набула чинності для України 25.12.1991 р.) [8], існує пільговий термін (12 місяців — для винаходу і 6 місяців — для товарного знака), протягом якого можна подати заявку на цей же об'єкт у будь-якій іншій країні-учасниці, із збереженням пріоритету за заявкою, поданою у першій країні. Такий перехідний пріоритет називається конвенційним [8].

Умовою надання конвенційного пріоритету є правильне оформлення національної заявки відповідно до внутрішнього законодавства країни.

Охоронний документ на об'єкт інтелектуальної власності видається, якщо заявлений об'єкт відповідає умовам надання правової охорони. Винахід можна запатентувати, якщо він є новим, має винахідницький (неочевидний для фахівця) і рівень є промислово придатним. Для корисної моделі і промислового зразка такими умовами є тільки новизна і промислова придатність. Стосовно знаку для товарів і послуг, то необхідно зазначити, що свідоцтво про його реєстрацію для вибраних товарів і/або послуг можна одержати, якщо заявлений знак володіє розрізняльною здатністю [8].

Правовою основою режиму інтелектуальної власності є законодавство України у даній сфері, а саме такі законодавчі акти із захисту інтелектуальної власності:

- Цивільний кодекс України;
- та Закони України:
 - «Про авторське право і суміжні права»;
 - «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг»;
 - «Про охорону прав на промислові зразки»;



ЗАХИСТ ПРАВ

- «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі»;
- «Про охорону прав на зазначення походження товарів»;
- «Про охорону прав на сорти рослин»;
- «Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем»;
- «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних»;
- «Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов'язаної з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування»;
- «Про племінну справу у тваринництві»;
- «Про науково-технічну інформацію»;
- «Про лікарські засоби» тощо.

Крім того, при регулюванні відносин інтелектуальної власності у разі необхідності застосовуються міжнародні договори у сфері інтелектуальної власності, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Стосовно безпеки суб'єктів та об'єктів інтелектуальної власності, що є важливою складовою режиму інтелектуальної власності, позицій системного підходу доречно говорити в декількох аспектах, зокрема:

- як про складову частину — підсистему більш високого рівня, якою є національна безпека;
- як про складну багаторівневу систему, що включає свої підсистеми (складові частини) нижчого порядку;
- як про внутрішній та зовнішній стан або положення держави, за наявності якого відсутні реальні

і потенційні загрози інтелектуальним інтересам особи, суспільства і держави, а при їх виникненні — як про систему заходів щодо забезпечення охорони та захисту носіїв інтелекту (суб'єктів інтелектуальної власності) та продуктів їх розумової діяльності (об'єктів інтелектуальної власності).

Отже, назвемо цей безпековий аспект режиму інтелектуальної власності *інтелектуальною безпекою*.

Інтелектуальна безпека, так само як і національна, буває зовнішньою і внутрішньою і в своїй основі має три базові поняття: інтелектуальні інтереси, інтелектуальні загрози та інтелектуальний захист.

Інтелектуальні інтереси України є, безумовно, життєво важливими і довгостроковими. Суть інтелектуальних інтересів, зрештою, зводиться до ефективного використання і відтворення інтелектуальних можливостей нашого народу, а також до розвитку, збереження і накопичення інтелектуального потенціалу та інтелектуальних ресурсів держави. Особлива роль в системі інтелектуальних інтересів належить науковому інтелекту, оскільки саме він визначає рівень розвитку, справжню незалежність, авторитет і потужність будь-якої держави.

Загроза інтелектуальній безпеці України виходить як зсередини, так і ззовні. Усередині країни — від окремих фізичних і юридичних осіб, діяльність яких значно знижує, а в окремих випадках виключає ефективне використання вченими свого наукового інтелекту. Ззовні — діяльність інших держав, з одного боку, які «переманюють» висококваліфікованих фахівців, підготовле-



них в Україні, а з другого — умисно занижують або дискредитують досягнення українського наукового інтелекту в світовій спільноті.

У даний час загрозу інтелектуальній безпеці України представляють:

- моральна і матеріальна недооцінка державою праці вчених і фахівців з вищою освітою;
- зниження соціальної значущості вчених і фахівців з вищою освітою в суспільстві;
- непрестижність професій, пов'язаних з наукою, і роботою на державу;
- небажання молодих людей займатися наукою і здобувати вищу освіту;
- скорочення кількості та зниження якості дипломних і випускних робіт, що захищаються, дисертацій на здобуття вченого ступеня;
- небажання або неможливість вчених і фахівців з вищою освітою працювати за профілем підготовки;
- «витік мозків» за кордон;
- використання вчених і фахівців з вищою освітою не за отриманим фахом;
- старіння та брак наукових кадрів і кадрів з вищою освітою;

Вказані погрози інтелектуальній безпеці є причиною величезного збитку, що наноситься державі (політичного, соціального, економічного тощо), який не піддається матеріальній оцінці, і відновлюється тривалий період часу.

Під інтелектуальним захистом розуміються різні заходи, спрямовані на забезпечення інтелектуальної безпеки держави. Очевидно, що заходи, пов'язані з попередженням загроз інтелектуальним інтересам,

слід вважати пасивним захистом або пасивним забезпеченням інтелектуальної безпеки. У той же час заходи, направлені на обмеження і ліквідацію наслідків небезпек, що з'явилися, інтелектуальним інтересам, можна назвати активним захистом або активним забезпеченням інтелектуальної безпеки. На наш погляд, пасивний захист інтелектуальних інтересів України сьогодні повинні складати:

- розробка сучасної концепції науково-технічної політики, розвитку науки і освіти, відповідною новим соціально-економічним умовам розвитку держави;
- розробка законів, законодавчих і нормативних актів, що забезпечують і стимулюють розвиток науки й освіти;
- розробка та удосконалення законів і законодавчих актів, що захищають інтелектуальні інтереси держави, інтелектуальну власність, носіїв інтелектуальної власності та продукти їх розумової діяльності;
- розробка вимог щодо підготовки фахівців з вищою освітою і наукових кадрів;
- розробка вимог до дипломних і випускних робіт, дисертацій на здобуття вченого ступеня, представлених на захист тощо.

До активного забезпечення інтелектуальної безпеки можна віднести:

- практичну реалізацію інтелектуальних можливостей особи, суспільства і держави;
- підвищення суспільної і соціальної значущості фахівців з вищою освітою та вчених при вирішенні державних та інших завдань;
- поліпшення умов праці та життя носіїв інтелекту — вче-



ЗАХИСТ ПРАВ

- них і фахівців з вищою освітою;
- реальний захист продуктів розумової діяльності носіїв інтелекту від різного роду посягань;
- використання вчених і фахівців з вищою освітою тільки за їх профілем підготовки;
- моральне і матеріальне стимулювання роботи носіїв інтелекту;
- швидке впровадження та застосування результатів діяльності вчених і фахівців з вищою освітою в практику тощо.

Кажучи про інтелектуальну безпеку, не можна не торкнутися й питання щодо умов, в яких доводиться вирішувати проблему забезпечення інтелектуальної безпеки нашої держави. Сьогоднішні умови розвитку України визначаються економічною і політичною нестабільністю; низькою правовою і загальною культурою громадян; нездатністю існуючих законів належно захистити інтелектуальну власність і самих носіїв наукового інтелекту; відсутністю сучасної концепції розвитку науки і техніки; невідповідністю науково-технічної політики держави сучасним вимогам; національною і соціальною напруженістю; зростанням індивідуалізму у споживача; бажанням легкої наживи і швидкого збагачення будь-якими засобами; неучастю абсолютної більшості вчених в ухваленні і реалізації науково-технічних, соціально-політичних і господарський-економічних вирішень найважливіших державних завдань; неефективністю і затяжним характером реформ, що проводяться. Крім того, політичні зміни супроводжується втратою управління і контролю, у тому числі й у сфері забезпечення інтелектуальної безпеки.

Отже, зрозуміло, що з метою забезпечення, підтримки і зміцнення інтелектуальної безпеки України необхідно реалізувати комплекс організаційно-правових, господарський-економічних та інших заходів, направлених не тільки на збереження і відтворення наявного інтелектуального потенціалу, але й на підвищення престижності розумової діяльності, зацікавленості носіїв наукового інтелекту в плідній роботі. При реалізації цих заходів виникає об'єктивна необхідність перенесення центру тяжіння з пасивного захисту на активний.

Таким чином, можна зробити такі висновки:

- режими інтелектуальної власності — це врегульований законодавством порядок поведінки громадян (людей) і юридичних осіб, а також порядок реалізації їх прав і свобод у сфері інтелектуальної власності, забезпечення сталого розвитку суспільства, своєчасного виявлення, запобігання і нейтралізація реальних та потенційних загроз й небезпек інтелектуальним інтересам української держави, суспільства, людини;
- інтелектуальна безпека є складовою режиму інтелектуальної власності, а також важливим елементом у системі національної безпеки України;
- інтелектуальна безпека в своїй основі має інтелектуальні інтереси, інтелектуальні загрози та інтелектуальний захист;
- Україна має значний інтелектуальний потенціал для вирішення проблем забезпечення захисту та безпеки інтелектуальної власності;
- забезпечити, підтримати та ук-



ріпити інтелектуальну безпеку в сучасних умовах можливо тільки шляхом усунення інтелектуальних загроз, задоволення інтелектуальних інтересів особи, суспільства і держави, а також

на основі реалізації працездатної активності інтелектуального захисту. ♦

Список використаних джерел:

1. Бєлевцева В. В. *Адміністративно-правові режими в Україні : монографія* / В. Я. Настюк, В. В. Бєлевцева. — Х. : Право, 2009. — 128 с.
2. Конопльов В. В. Категорія «адміністративно-правових режимів» в юридичній науці та законодавстві України / В. В. Конопльов // *Форум права*. — 2010. — № 1. — С. 170-174. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2010-1/10kvvtzu.pdf>.
3. Про Стратегію національної безпеки України : Указ Президента України від 12.02.2007р. №105/2007 // *Офіц. вісн. України*. — 2007. — № 11 — С. 7. — Ст. 389. — Код акта 38751/2007.
4. Пирумов В. С. Некоторые аспекты методологии и исследования проблем национальной безопасности России в современных условиях / В. С. Пирумов // *Геополитика и безопасность*, 1993. — №1. — С. 7-17.
5. Лебедько В. Г. Прогнозная оценка изменения геополитической картины мира в районах «дальнего зарубежья» / В. Г. Лебедько [и др.] // *Геополитика и безопасность*, 1993. — №1. — С. 18-75.
6. Чернявский Г. С. К вопросу исследования проблем безопасности России / Г. С. Чернявский [и др.] // *Военная мысль*, 1994. — № 9. — С. 2-8.
7. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV із змінами [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: <http://zakon1.rada.gov.ua>. — Загол. з екрану.
8. Гладченко В. Що таке інтелектуальна власність? / В. Гладченко [Електронний ресурс] — Режим доступу до ресурсу: http://www.patent.net.ua/intellectus/patentbureau_news/about_intellectual_property/1033/ua.html — Загол. з екрану.



ВІД СУДОВОГО ЗАХИСТУ ДО АЛЬТЕРНАТИВНИХ МЕТОДІВ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ

Оксана Гойко,
адвокат, здобувач НДІ інтелектуальної власності
НАІПрН України

Захист прав та законних інтересів може здійснюватись різними способами, які особа вправі вільно обирати. Право кожного будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права та свободи від порушень і протиправних посягань гарантоване Основним законом України — Конституцією.

Однак ст. 55 Конституції України в першу чергу закріплює право кожної людини і громадянина на судовий захист, право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб, право на звернення за захистом своїх прав до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, право після використання всіх національних засобів правового захисту звертатись за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна.

У сучасних умовах розвитку суспільства необхідною умовою створення ефективної системи захисту порушених, невизнаних або оспорюваних суб'єктивних прав, свобод чи інтересів громадян та юридичних

осіб є розвиток альтернативних методів вирішення спорів.

Альтернативні способи розв'язання конфліктів об'єднує договірна основа їх створення, добровільність застосування, оскільки їх використання є правом, а не обов'язком особи. Їм притаманна спільна мета: мирне врегулювання спору, досягнення компромісу та збереження дружніх (партнерських) стосунків між учасниками спору.

До альтернативних методів розв'язання конфліктів можна віднести інститут досудового врегулювання спорів або «претензійний порядок врегулювання».

Можливість використання досудового врегулювання спорів суб'єктами господарювання є додатковим засобом правового захисту, який надає держава учасникам певних правовідносин, що не суперечить принципу здійснення правосуддя виключно судом. Суб'єкти правовідносин можуть добровільно обрати цей спосіб захисту своїх прав, передбачивши такий спосіб вирішення спорів у цивільно-правовому договорі.

Однак досудове врегулювання спору може мати місце також за волевиявленням кожного з учасників правовідносин і за відсутності в до-



говорі застереження щодо такого врегулювання спору.

Претензійний порядок врегулювання спору закріплений у розділі II Господарського процесуального кодексу України та ст. 222 Господарського кодексу України і передбачає не лише подання претензії, але її розгляд та відповідь на неї. В рамках претензійного порядку врегулювання конфлікту можуть застосовуватись звірка розрахунків, проведення судової експертизи та вчинення інших дій для забезпечення досудового врегулювання спору.

Серед інших альтернативних способів вирішення конфліктів можна виділити інститут третейського судочинства.

Відповідно до ст. 2 Закону України «Про третейські суди» третейський суд — це недержавний незалежний орган, що утворюється за угодою або відповідним рішенням заінтересованих фізичних та/або юридичних осіб у порядку, встановленому цим Законом, для вирішення спорів, що виникають із цивільних та господарських правовідносин [6].

Третейський розгляд спорів сторін у сфері цивільних і господарських правовідносин — це вид недержавної юрисдикційної діяльності, яку третейські суди здійснюють на підставі законів України шляхом застосування, зокрема, методів арбітрування [2].

Принцип арбітрування, покладений в основу роботи третейського суду згідно зі ст. 4 Закону України «Про третейські суди», спрямований не на розгляд суперечки по суті. Його метою є максимальне сприяння сторонам конфлікту в досягненні ними компромісу й укладення мирової угоди.

Таким чином, відповідно до ст. 124 Конституції України, ст.ст. 3, 18 Закону України «Про судоустрій України» третейські суди не здійснюють правосуддя, їх рішення не є актами правосуддя, а самі вони не входять до системи судів загальної юрисдикції.

Компетенція третейських судів не поширюється на всі правовідносини, що виникають в державі, рішення (ухвали) третейських судів не постановляються іменем України і не є обов'язковими для виконання всіма фізичними та юридичними особами, а відповідно до ст. 50 Закону України «Про третейські суди» вони є обов'язковими лише для сторін третейського розгляду.

Статтею 7 Закону України «Про третейські суди» передбачено дві форми третейського судочинства: на постійно діючій основі (постійно діючі третейські суди) та для вирішення конкретного спору (суди «*ad hoc*»). Різниця між цими двома формами третейського судочинства полягає в тому, що при передачі спору на розгляд третейського суду, створеного для вирішення конкретного спору, сторони повинні самостійно визначити порядок його формування і процедуру розгляду спору. Після винесення рішення у справі суд «*ad hoc*» припиняє своє існування. Порядок формування складу постійно діючого третейського суду, процедура розгляду спору визначаються регламентом третейського суду, який у своїй діяльності керується Положенням про постійно діючий третейський суд [6].

Головна відмінність третейських судів від органів державної судової влади — це договірна основа діяльності третейського судочинства. Відповідно до ст.ст. 5, 12 Закону Украї-



ЗАХИСТ ПРАВ

ни «Про третейські суди» третейський суд розглядає справи на підставі письмової третейської угоди (третейського застереження в договорі, контракті або у вигляді окремої письмової угоди), в якій міститься згода сторін на звернення до постійно діючого третейського суду або суду «*ad hoc*» для остаточного вирішення спору, передбаченого третейською угодою [6].

Слід зазначити, що звертаючись з позовом до суду загальної юрисдикції між позивачем та відповідачем навряд чи надалі складуться дружні відносини. Третейський суд обраний самими учасниками спору, на розсуд якого вони добровільно передають вирішення спору та довіряють йому винести рішення щодо їхньої справи, які зобов'язуються добровільно виконати, тому шанси збереження дружніх стосунків між сторонами та добровільного виконання рішення третейського суду достатньо високі.

До переваг третейського розгляду можна віднести такі можливості сторін:

- обирати суд для розгляду конкретної справи (з числа постійно діючих) або формувати персональний та кількісний склад третейського суду для вирішення конкретного спору;
- самостійно обирати склад третейського суду;
- оперативність вирішення спорів третейськими судами за рахунок спрощеної процедури;
- припинення третейського розгляду шляхом укладення мирової угоди;
- гарантоване переважне право третейського розгляду (за наявності дійсної третейської угоди між сторонами державний

суд не вправі розглядати такий спір);

- неформальна обстановка розгляду спору, арбітри не зобов'язані носити суддівську форму, можливість проведення засідання в неформальній обстановці у випадку створення третейського суду для вирішення конкретного спору;
- конфіденційність розглядуваного спору. Відповідно до ст. 29 Закону України «Про третейські суди» у разі, коли проти відкритого розгляду справи третейським судом хоча б однією стороною висунуто заперечення з мотивів збереження та додержання комерційної або банківської таємниці чи забезпечення конфіденційності інформації, справа повинна розглядатися у закритому засіданні. Стаття 32 Закону України «Про третейські суди» забороняє третейському суду та його суддям розголошувати без згоди сторін відомості та інформацію, що стали відомі під час третейського розгляду;
- ширший підхід до припустимості засобів доказування. Відповідно до ст. 38 Закону України «Про третейські суди» доказами у третейському суді можуть бути будь-які фактичні дані, дозволяється використовувати для обґрунтування вимог і заперечень сторін пояснення та речові докази, матеріали відео- і аудіозапису, інформацію на цифрових, магнітних і оптичних носіях тощо. Причому третейський розгляд забезпечує більш ретельний і індивідуальний підхід до розгляду кожної справи по суті;
- рішення третейського суду є



остаточним і його практично неможливо оскаржити. Згідно зі ст. 51 Закону України «Про третейські суди» рішення третейського суду може бути оскаржене та скасоване компетентним судом виключно у разі грубого порушення судової процедури, визначеної законом;

- офіційний обов'язковий рівень прийнятого рішення та негайне виконання рішення третейського суду.

Серед альтернативних способів вирішення конфліктних ситуацій широкого застосування у всьому світі набула медіація. Цей метод був розроблений в 60-70-ті роки в США, і наразі став досить поширеним у цій країні, а також в Австралії та Європі. Він знайшов своє закріплення на законодавчому рівні багатьох країн та в міжнародній сфері. Так, Європейська конвенція про захист прав людини та основоположних свобод передбачає прийняття до розгляду справи тільки за умови неможливості вирішити конфлікт між сторонами альтернативними способами. Одним із таких способів є медіація. В деяких державах, наприклад, Голландії, де вперше цей метод вирішення спорів почав застосовуватись у 1975 році в справах про розлучення, сформувалася своя культура медіації. У Німеччині вона тільки зароджується. Перші кроки щодо запровадження медіації робить і Україна.

Медіація походить від латинського слова *mediatio*, що в перекладі означає посередництво. Медіація — це технологія вирішення конфлікту за участю третьої нейтральної сторони — медіатора. Іншими словами, це особлива форма розв'язання спору за допомогою медіатора, в

процесі якого сторони конфлікту спільно знаходять найбільш оптимальне рішення, що враховує інтереси всіх учасників.

Медіатор виконує дещо інші завдання, ніж суддя, який вислуховує сторони та, керуючись нормами закону, приймає рішення у справі, що є обов'язковим для виконання.

Медіація спрямована на те, щоб допомогти конфліктуючим сторонам самим знайти оптимальне рішення спору, яке враховувало б інтереси обох сторін. Пошук такого рішення учасниками конфлікту є абсолютно добровільним творчим процесом, результатом якого є вирішення спору, коли задоволеними залишаються обидві сторони.

Завдання медіатора полягає не в тому, щоб прийняти рішення чи винести вирок, а допомогти сторонам самим знайти власне вирішення, від якого виграють обидві сторони.

Медіація є успішною в таких справах і ситуаціях, де переговори сторін зайшли в глухий кут, і здавалось би вирішення конфлікту неможливе.

Медіатор створює сприятливу для переговорів обстановку, атмосферу доброзичливості, відкритості, налаштовує сторони конфлікту на діалог та співпрацю, вислуховує учасників спору, їхні позиції, допомагає виявити справжні почуття, емоції, інтереси конфліктуючих сторін, зрозуміти та сприйняти дійсні проблеми один одного, почуття та інтереси свого опонента, допомагає сторонам налагодити співпрацю у виробленні власного рішення конфлікту. Результатом успішно проведеної медіації є угода, що підписується сторонами. Досягнута домовленість виконується учасниками добровільно, тому що пошук оптимального рі-



ЗАХИСТ ПРАВ

шення став результатом власних зусиль сторін.

Ознаками медіації є:

- присутність медіатора — третьою нейтральною стороною, що виконує функції посередника;
- присутність усіх сторін — учасників конфлікту;
- добровільність участі сторін в процедурі медіації. Повноваження щодо прийняття рішення не передаються медіатору. Сторони самостійно співпрацюють над виробленням власного рішення. Угода не є обов'язковою, поки її не погодили всі сторони конфлікту. Тому важливо досягти консенсусу [8];
- добровільний характер, в будь-який час медіація може бути перервана;
- сторони самі напрацьовують рішення, відкритість результатів.

Отже, **медіація** — це переговори з трьома *особливостями*:

- наявність третьої нейтральної особи-посередника із спеціальною підготовкою;
- особливо структурована процедура;
- відсутність обмеження процесуальним предметом спору;

і з трьома *перевагами*:

- швидкість;
- конфіденційність;
- висока результативність [9].

Роль медіатора:

- медіатором має бути людина, яка користується повагою учасників спору, високим ступенем довіри та безспірним авторитетом сторін;
- нейтральність як основна риса медіатора; медіатор не повинен бути заінтересований у певному вирішенні конфлікту на користь однієї із сторін;

- медіатор не приймає рішень і не виносить вироків (вердиктів); він серйозно сприймає всі точки зору, почуття, інтереси;
- медіатор несе відповідальність за хід медіативної бесіди, сторони медіації (медіанти) — за її зміст, результат. Рішення виробляють самі сторони. Деякі ідеї можуть бути запропоновані (внесені) медіатором, як одні з можливих варіантів вирішення спору;

медіатор:

- допомагає сторонам віднайти, виявити їхні справжні інтереси та почуття;
- турбується про те, щоб у процесі медіативної бесіди була компенсована нерівність становища тієї чи іншої сторони і щоб це не впливало на процедуру медіації;
- зберігає конфіденційність інформації, отриманої під час медіації; не може виступати адвокатом тієї чи іншої сторони та бути запрошеним експертом чи свідком в наступних судових процесах;
- слідкує, щоб не уклалися угоди, домовленості, реалізація та виконання яких є неможливими;
- може припинити бесіду, якщо не знаходиться розумного рішення чи рішення недопустиме з етичної точки зору.

Від наявності цих ознак в сукупності залежатиме ефективність проведення медіації.

Конструктивне вирішення конфліктів стає можливим за допомогою техніки медіації.

Найважливішими кроками техніки медіації є:

- 1) Попередня фаза.
- 2) Медіативна бесіда:



- вступ;
- бачення окремих сторін конфлікту;
- прояснення конфлікту: приховані почуття, інтереси, причини;
- рішення проблеми: збір інформації та вироблення можливих рішень;
- домовленість;

3) Фаза реалізації.

Надамо деякі пояснення відносно того, що відбувається на кожній стадії процедури медіації.

1) **Попередня фаза.** Сторони конфлікту виявляють бажання взяти активну участь у вирішенні конфлікту та виробленні спільного рішення, яке задовольнило б інтереси усіх учасників.

2) Медіативна бесіда

- *Вступ.* Важливим є вибір місця проведення медіації. Завданням медіатора є створення доброзичливої, довірливої, відкритої атмосфери для проведення медіативної бесіди. Розміщення конфліктуючих сторін відносно медіатора має забезпечувати рівноцінне спілкування. Учасників бесіди інформують про хід бесіди, роль медіатора та основні правила. Сторони можуть погодити додаткові правила процедури медіації. Обов'язково запитується згода сторін щодо участі в процедурі медіації та дотримання її правил.

Основні правила медіації зводяться до таких:

- надати можливість висловитись всім;
- уникати образ та рукоприкладства;
- медіатори несуть відповідальність за хід бесіди і наділені правом втручатися, коли це необхідно.

- *Бачення окремих сторін конфлікту.* Кожна із сторін отримує можливість висловитись, розповісти про свою точку зору на існуючий конфлікт. На цій стадії сторони озвучують свої позиції — усталені погляди тієї чи іншої сторони на те, як має бути вирішений конфлікт. Для цього надається стільки часу, скільки його необхідно учаснику, щоб висловитись. Виступ не обмежений в часі. Медіатор активно слухає, за необхідності ставить уточнюючі запитання, узагальнює отриману інформацію. Інша сторона слухає і має утриматись від будь-яких коментарів, поки не настане її черга висловити свою позицію. На цій стадії опонентів рекомендують робити записи та нотатки, щоб стриматися від небажаних запальних реплік, які можуть створити напругу між сторонами спору, порушити атмосферу доброзичливості.
- *Прояснення конфлікту:* приховані почуття, інтереси, причини. Завданням медіатора — виявити справжні почуття, інтереси сторін, що приховані за позиціями.
- *Рішення проблеми:* збір інформації та вироблення можливих рішень. Конфліктуючі сторони спільно розмірковують над можливостями, варіантами вирішення спору. Конфлікт переростає в проблему, за вирішення якої супротивники несуть відповідальність. На цій стадії висловлюються, пропонуються всі можливі існуючі варіанти вирішення проблеми.
- *Домовленість.* Сторони конфлікту домовляються про найбільш оптимальне рішення проблеми,



яке враховувало б інтереси обох учасників. Рішення фіксується в угоді, яка може бути усною або укладеною в письмовій формі, та підписується сторонами.

3) *Фаза реалізації*: перевірка, у випадку необхідності, корегування, уточнення домовленості. Через деякий проміжок часу учасники конфлікту та медіатор повторно збираються для того,

щоб з'ясувати, чи вирішила досягнута угода існуючий конфлікт. У разі необхідності в угоду можуть бути внесені відповідні корективи або ж сторони можуть провести повторну медіацію [8]*. ♦

Список використаних джерел:

1. Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної ради України 28 червня 1996 року.
2. Рішення Конституційного Суду України від 10 січня 2008 року №1-рп/2008 у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців сьомого, одинадцятого статті 2, статті 3, пункту 9 статті 4 та розділу VIII «Третейське самоврядування» Закону України «Про третейські суди» (справа про завдання третейського суду).
3. Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 року // Відомості Верховної Ради України (ВВР). — 1992. — № 6. — ст. 56.
4. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року // Відомості Верховної Ради України (ВВР) — 2003. — № № 18, 19-20, 21-22. — ст. 144.
5. Закон України «Про судоустрій України» № 3018-III від 7 лютого 2002 року.
6. Закон України «Про третейські суди» № 1701-IV від 11 травня 2004 року
7. Рекомендації Президії Вищого господарського суду України №04-5/639 від 11.04.2005 року «Про деякі питання практики застосування господарськими судами Закону України «Про третейські суди» (із змінами, внесеними згідно з Рекомендаціями Вищого господарського суду № 04-5/216 від 15.11.2007 року та № 04-06/57 від 30.04.2009 року).
8. Бесемер Христоф. Медіація. Посередничество в конфликтах / Перевод с нем. Н. В. Маловой. — Калуга : Духовное познание, 2004. — 176 с.
9. Матеріали семінару для адвокатів з питань альтернативних методів розв'язання спорів (суть медіації, відмінність процедурного характеру, роль адвоката в медіації), проведеного в рамках спільної програми Європейського Союзу та Ради Європи «Прозорість і ефективність судової системи України», 8-12 лютого 2010 року, Донецьк, Біла Церква, Вінниця, Івано-Франківськ.
10. Галай В. Медіація як один з альтернативних способів захисту прав пацієнтів // Право України. — 2007. — № 10. — С. 35-37.
11. Роберт А. Бэрк Буш, Джозеф П. Фолджер. Что может медиация. Трансформативный подход к конфликту. — пер. с англ. — К. : Издатель Захаренко В. А., 2007. — 264 с.

* Закінчення в наступному номері.



ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ БУХГАЛТЕРСЬКОГО ОБЛІКУ НЕМАТЕРІАЛЬНИХ АКТИВІВ

Надія Загрішева,
*аспірант Інституту економіко-правових досліджень
НАН України*

Відповідно до Закону України «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність» бухгалтерський облік — процес виявлення, вимірювання, реєстрації, накопичення, узагальнення, зберігання та передачі інформації про діяльність підприємства зовнішнім та внутрішнім користувачам для прийняття рішень. Метою ведення бухгалтерського обліку та складання фінансової звітності є надання користувачам для прийняття рішень повної, правдивої та неупередженої інформації про фінансове становище, результати діяльності та рух грошових коштів підприємства.

В умовах здійснення ринкової економіки задекларована мета є гарантією успішності бізнесу, отримання коштів вітчизняних та іноземних інвесторів, дотримання прав акціонерів, учасників товариств. Відповідно до ст.139 Господарського кодексу України до складу майна підприємства включаються нематеріальні активи, ст. 115 Цивільного кодексу України передбачає можливість внесення до статутного капіталу господарського товариства майнові чи інші відчужувані права.

Відповідно до П(С)БО 8 «Нематеріальні активи» (далі — П(С)БО 8) 4 редакції від 25.09.2009 р. **нематері-**

альним визнається немонетарний актив, який не має матеріальної форми та може бути ідентифікований. Чинним законодавством передбачається наявність двох критеріїв, яким повинен відповідати нематеріальний актив: відсутність матеріальної форми та можливість ідентифікації. Зауважимо, що такий підхід існував не завжди. У П(С)БО 8 в редакції від 16.03.2005 року зазначалась наявність двох додаткових критеріїв, яким мав відповідати нематеріальний актив: можливість використання протягом періоду більше одного року (або операційного циклу, якщо він перевищував один рік) та мети використання (для виробництва, торгівлі, в адміністративних цілях чи надання в оренду іншим особам). Дефініція в редакції П(С)БО 8 від 16.03.2005 року суттєво обмежувала коло об'єктів, права на які за своєю юридичною природою та економічним змістом належали до нематеріальних активів, але не могли бути до них віднесені, у зв'язку із невідповідністю сукупності зазначених критеріїв. Також визначення нематеріального активу в редакції П(С)БО 8 від 16.03.2005 р. суперечило з визначенням, що міститься в Міжнародному стандарті фінансової звітності: IAS 38 «Intan-

gible assets». З метою гармонізації законодавства та приведення його у відповідність з світовими стандартами Наказом Міністерства фінансів України № 901 від 08.07.2008 року до визначення нематеріального активу були внесені зміни.

Бухгалтерській облік нематеріальних активів ведеться щодо кожного активу за групами — сукупністю однотипних за призначенням та умовами використання прав на об'єкти. Згідно з п. 5 П(С)БО 8 нематеріальні активи поділяються на такі групи:

- права користування природними ресурсами;
- права користування майном;
- права на комерційні позначення;
- **права на об'єкти промислової власності;**
- авторське право та суміжні з ним права;
- незавершені капітальні інвестиції в нематеріальні активи;
- інші нематеріальні активи.

Об'єктом аналізу цієї статті виступає група «Права на об'єкти промислової власності» та права на комп'ютерні програми, програми для електронно-обчислювальних машин, які відносяться до групи «Авторське право та суміжні з ним права»¹.

Вагомий внесок у розробку теоретичних та методичних питань обліку та аудиту нематеріальних активів зробили вітчизняні та зарубіжні вчені-економісти: С. Ф. Голов, Ф. Ф. Бутинець, В. В. Сопко, Н. М. Ткаченко, М. В. Кужельний, О. Б. Бутнік-Сіверський, В. С. Рудницький, А. П. Грінко, В. В. Пастушкова, Г. В. Савицька, А. Д. Шеремет, Б. Нідлз, Д. Колдуел.

До складу групи «Право на об'єкти промислової власності» входять: право на винаходи, корисні моделі, промислові зразки, сорти рослин, породи тварин, компоновання (топографії) інтегральних мікросхем, комерційні таємниці, у тому числі ноу-хау, захист від недобросовісної конкуренції.

Існують такі шляхи надходження нематеріального активу на підприємство: придбання, отримання та як результат власної розробки суб'єкта господарювання. Вимоги, які ставляться до нематеріального активу, що придбаний або отриманий: ймовірність одержання майбутніх економічних вигод, пов'язаних із використанням та можливість достовірного визначення вартості. Нематеріальний актив, отриманий у процесі власної розробки суб'єктом господарювання, повинен додатково відповідати вимозі «намір, технічна можливість та ресурс для доведення його до стану придатності або використання». Проте протиріччя виникають не при визначенні та доведенні документально всіх трьох зазначених вимог, що досить складно, а при більш детальному аналізі дефініції «розробка».

Згідно з П(С)БО 8, розробка — застосування підприємством результатів досліджень та інших знань для планування і проектування нових або значно вдосконалених матеріалів, приладів, продуктів, процесів, систем або послуг до початку їхнього серійного виробництва чи використання.

По-перше, привертає до себе увагу наявність сполучника «і» між

¹ На думку автора, до об'єктів промислової власності відносяться такі об'єкти: винаходи, корисні моделі, раціоналізаторські пропозиції, промислові зразки, топографії інтегральних мікросхем, сорти рослин, породи тварин, комп'ютерні програми.



словами «планування» та «проектування». Він означає можливість віднесення до нематеріальних активів лише тих прав на об'єкти, під час розробки яких було застосовано і ознаку «планування», і ознаку «проектування». Відсутність хоча б однієї із зазначених ознак заважає зарахувати право на об'єкт інтелектуальної власності на баланс підприємства.

По-друге, словосполучення «досліджень та інших знань» вимагає від підприємства документального підтвердження використання, крім досліджень, «інших знань» для розробки певного нематеріального активу. І, у разі відсутності таких знань, перешкоджає обліку прав на об'єкт інтелектуальної власності, навіть у тому випадку, якщо на розробку об'єкта була витрачена значна сума коштів. Це призводить до того, що всі кошти підлягають відображенню у складі витрат того звітного періоду, в якому вони були здійснені та не можуть бути амортизовані. Зазначена ситуація висвітлює порушення принципів бухгалтерського обліку: обачності, повного висвітлення, превалювання сутності над формою та гальмує розвиток наукоємних галузей промисловості, в яких значні грошові вкладення є фундаментом для подальшого розвитку².

Дозволить виправити вказані недоліки внесення змін до П(С)БО 8 та заміни зазначених сполучників «і»

на «або». До речі, дефініція «розробка» за Міжнародними стандартами фінансової звітності (далі — МСФЗ) є ідентичною за змістом і відрізняється від дефініції, що міститься у національному стандарті виключно наявністю зазначених сполучників «або»³.

За двадцять років існування України термін амортизації нематеріальних активів змінювався декілька разів. Відповідно до п. 50 Постанови КМУ від 03.04.1993 № 250 «Положення про організацію бухгалтерського обліку та звітності в Україні» він становив 10 років. З прийняттям у 2000 р. національних стандартів бухгалтерського обліку він був подовжений до 20 років, і тільки в 2008 році, редакцією П(С)БО від 05.03.2008 р., визначення терміну нарахування амортизації перейшло до повноважень суб'єкта господарювання. Згідно з п. 25 П(С)БО 8 нарахування амортизації нематеріальних активів (крім постійного користування земельною ділянкою) здійснюється протягом строку їх корисного використання, який встановлюється підприємством при визнанні цього об'єкта активом. Не підлягають амортизації нематеріальні активи з невизначеним строком корисного використання. Відповідно до п. 26 П(С)БО 8 при визначенні строку корисного використання об'єкта враховують чинники, які ві-

² Наукоємним є виробництво з високою концентрацією та поглибленою спеціалізацією, в якому використовуються технології переважно V та VI технологічних укладів, а також набувають завершеності — комерційної — форми результати науково-дослідних та дослідно-конструкторських робіт, спрямовані на якісне підвищення рівня конкурентоспроможності національної економіки. (П. А. Борисенко. Розробка класифікації наукоємних галузей промисловості. [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://intkonf.org/borisenko-pa-rozrobka-klasifikatsiyi-naukoemnih-galuzey-promislovosti/>).

³ За IAS 38 «Intangible Assets», розробка — застосування даних наукового дослідження чи іншого знання для планування чи проектування виробництва нових або суттєво вдосконалених матеріалів, механізмів, товарів, технологій, систем або послуг до початку їхнього серійного виробництва або використання.



ПРАВО ТА ІННОВАЦІЇ

дображено в табл. 1. Критерії «очікуваний спосіб використання нематеріального активу підприємством» та «залежність строку використання нематеріального активу від строку корисного використання інших активів підприємства», що внесені до П(С)БО 8 змінами у 2008 році, дозволяють виокремити нематеріальні активи з невизначеним та визначеним строком амортизації та дозволи-

ти встановити економічно обґрунтований термін корисного використання нематеріального активу. Зазначений поділ, скасування строковості амортизації нематеріальних активів характеризують позитивні кроки у розвитку національного законодавства та наближення його до світових стандартів.

Отже, національне законодавство чітко визначає перелік об'єктів, які

Таблиця 1

	П(С)БО 8	IAS 38
1	строк корисного використання подібних активів	типові життєві цикли продукту для активу та відкрита інформація щодо строків корисної експлуатації активів подібного типу, що їх використовують у подібний спосіб
2	моральний знос	технічне, технологічне та інші види старіння
3	правові або інші подібні обмеження щодо строків його використання	період контролю над активом та юридичні або подібні до них обмеження використання активу, такі як дати закінчення строку пов'язаних з ним угод про оренду
4	очікуваний спосіб використання нематеріального активу підприємством	очікуваний спосіб використання активу суб'єктом господарювання та спроможність іншої групи управлінського персоналу ефективно управляти активом
5	залежність строку використання нематеріального активу від строку корисного використання інших активів підприємства	залежність строку корисної експлуатації активу від строку корисної експлуатації інших активів суб'єкта господарювання
6		стабільність галузі, в якій функціонує актив, та зміни ринкового попиту на продукти чи послуги, які є результатом експлуатації
7		очікувані дії конкурентів або потенційних конкурентів
8		рівень видатків на обслуговування, необхідних для отримання очікуваних майбутніх економічних вигід від активу, та здатність і намір суб'єкта господарювання досягти такого рівня



належать до нематеріальних активів, умови їх визнання та амортизації. Чи існують альтернативні підходи до визначення, відображення в бухгалтерському обліку нематеріальних активів? Відповісти на запитання зможемо, проаналізувавши стан обліку нематеріальних активів Російської Федерації, Республіки Азербайджан, стандартів US GAAP та Міжнародного стандарту фінансової звітності IAS 38 «Intangible Assets».

У Російській Федерації застосовується альтернативний підхід при визначенні приналежності об'єкта до нематеріальних активів: увага приділяється детальній характеристиці ознак, якій повинен відповідати об'єкт, що планується обліковувати як нематеріальний актив підприємства. Згідно із п. 3 ПБО 14/07 «Облік нематеріальних активів» для формування в бухгалтерському обліку та бухгалтерській звітності інформації про нематеріальний актив необхідне одночасне виконання таких вимог:

- об'єкт може приносити організації економічні вигоди у майбутньому: призначений для використання у виробництві продукції, при виконанні робіт або наданні послуг, для управлінських вимог організації або для використання в діяльності, спрямованої на досягнення цілей створення некомерційної організації (в тому числі підприємницької діяльності, що здійснюється у відповідності до законодавства Російської Федерації);
- організація має право на отримання економічного зиску, які цей об'єкт може приносити у майбутньому (в тому числі організація має належним чином оформлені документи, що підт-

верджують наявність самого активу та права зазначеної організації на результат інтелектуальної діяльності або засіб індивідуалізації — патенти, свідоцтва, інші охоронні документи, договір про відчуження виключного права на результат інтелектуальної діяльності або засіб індивідуалізації, документи, що підтверджують перехід виключного права без договору тощо), а також є обмеження доступу інших осіб до таких економічних вигід (далі — контроль над об'єктом);

- об'єкт призначений для використання протягом тривалого періоду часу, т. зв. строку корисного використання, тривалістю більше 12 місяців або звичайного операційного циклу, якщо він перевищує 12 місяців;
- організація не планує продаж об'єкта протягом 12 місяців або звичайного операційного циклу, якщо він перевищує 12 місяців;
- фактична (первісна) вартість об'єкта може бути достовірно визначена;
- відсутність у об'єкта матеріально-речової форми.

Амортизація нематеріальних активів здійснюється протягом строку використання нематеріального активу. У разі, якщо строк корисного використання нематеріального активу визначити неможливо амортизація не нараховується. Строк корисного використання пропонується визначати на підставі таких факторів: дії прав організації на результат інтелектуальної діяльності або засобу індивідуалізації та періоду контролю над ним та очікуваного строку використання активу, протягом якого організація припускає отри-

мання економічної вигоди (або використання в діяльності, що спрямована на досягнення цілей створення некомерційної організації).

Підхід, що використовується, суттєво відрізняється від підходу, зазначеного у національному законодавстві України.

Отже, незважаючи на те, що поняття амортизації є загальноприйнятим у світі і відображає поступове перенесення вартості активів на продукцію, що створюється, підходи до визначення строку корисного використання нематеріального активу відрізняються.

Законодавство іншої країни — **Азербайджану**, має змішаний, порівняно з Україною та Російською Федерацією, підхід до постановки на облік об'єктів, які не мають матеріальної форми. За Законом Азербайджанської Республіки «Про бухгалтерський облік» п. 11 до нематеріальних активів підприємства відносяться права на використання земельних ділянок та природних ресурсів (цінностей), патенти, ліцензії, ноу-хау, програмна продукція, монопольне та виключне (привілейоване) право (включаючи ліцензії, що видаються на види приватної діяльності), організаційні витрати, торгові марки, товарні знаки тощо, що використовуються в господарській діяльності тривалий період часу та приносять дохід. Особливістю обліку нематеріальних активів є віднесення до їх кола всіх видів ліцензій, навіть тих, які не регулюють правовідносини щодо використання майнових прав інтелектуальної власності, а засвідчують організаційно-господарські відносини. Строк амортизації зазначається, виходячи із спеціальних норм амортизації на підприємстві. У разі, якщо неможливо визначити

термін корисного використання нематеріального активу застосовується термін, що не може перевищувати 10 років (але не більше строку діяльності підприємства). Зауважимо, що близькі за економічною сутністю норми обліку нематеріальних активів використовувались в Україні протягом 1993-2000 років: в період становлення та розвитку національної системи бухгалтерського обліку та фінансової звітності.

Ознакою будь-якого активу, в тому числі нематеріального, є здатність приносити підприємству економічні вигоди у майбутньому. Зазначене твердження міститься і у стандартах обліку США. Відповідно до US GAAP, а саме у визначенні, що приведені в додатку F SFAS 142 «Goodwill and other Intangible assets», нематеріальними визнають активи, що не мають матеріально-речової (фізичної) структури. За цією ознакою стандарти України та США тотожні. Інші вимоги, які пред'являються до нематеріальних активів, мають такі ознаки: спосіб придбання (окремо, в групах, в ділових комбінаціях, самостійне виготовлення); очікуваний період вигоди (він може бути визначений законом, контрактом, патентом, пов'язаний з людськими або економічними факторами, або характеризується безмежною тривалістю); відокремленість від підприємства (права можуть бути продані, здані в оренду, надані у користування). Зауважимо, що US GAAP, порівняно з національними стандартами бухгалтерського обліку містить мінімальну кількість бюрократичних вимог. Наприклад, якщо підприємство має у своєму користуванні об'єкт, на який ще не отримало охоронний документ (патент, свідоцтво), то зазначене підприємство



може вважати такий об'єкт нематеріальним активом і відображати в обліку⁴.

Аналізуючи склад об'єктів, які відносяться до нематеріальних активів згідно з US GAAP (право на користування промисловими ресурсами, гудвіл, право на користування майном, патенти, авторське право, ліцензії та франшиза, права на дослідження та розвиток, витрати на організацію, капітальні інвестиції, торгові марки та торгові імена), зауважимо, що вони відрізняються від об'єктів п. 5 П(С)БО 8. Причина суттєвої різниці полягає у різних підходах до визначення прав на об'єкти інтелектуальної власності в Україні та США⁵ та різному колі об'єктів, що підлягають правовій охороні.

Наявність розбіжностей у систематичному підході до обліку нематеріальних активів пояснюється різними методологічними принципами бухгалтерського обліку. Так, для США характерна британсько-американська система обліку, базовими принципами якої є орієнтація обліку на інформаційний попит інвесторів та кредиторів. В Україні використовується континентальна модель, основною ідеєю якої є орієнтація обліку на задоволення вимог уряду, особливо стосовно оподаткування. Відмінністю в обліку нематеріальних активів за українськими стан-

дартами від стандартів US GAAP є те, що відповідно до американських стандартів головний принцип відображення в обліку — це перевага економічної сутності над юридичною формою.

Міжнародні стандарти фінансової звітності (далі — МСФЗ) виникли в результаті інтеграційних процесів в країнах Західної Європи та об'єктивно вимагали уніфікації законодавств цих країн, систем обліку, звітності, статистики. Процес створення Міжнародних стандартів бухгалтерського обліку став результатом процесу економічної інтеграції, створення єдиного економічного простору, міжнародних стандартів корпорацій, вільних економічних зон, створення та функціонування спільних підприємств. МСФЗ розроблені з метою уніфікації правил бухгалтерського обліку та фінансової інформації в усьому світі. IAS 38 «Intangible Assets» (Міжнародний стандарт бухгалтерського обліку 38 «Нематеріальні активи») регулює облік нематеріальних активів у світі.

Як було зазначено вище, більшість змін чинного законодавства у сфері інтелектуальної власності та обліку нематеріальних активів безпосередньо, здійснювались з метою гармонізації національного законодавства зі світовими стандартами. Ознаки, що характеризують немате-

⁴ В національному законодавстві нематеріальний актив, що отриманий в результаті розробки, слід відображати на балансі за умов зазначених в п. 7, 8 П(С)БО «Нематеріальні активи».

⁵ В Україні поширена пропріетарна теорія права інтелектуальної власності, згідно з якою інтелектуальні об'єкти прирівнюються до матеріальних. Найбільш відомими представниками пропріетарної теорії в Україні є О. А. Підпригора і О. О. Підпригора, які виходили з того, що суб'єкти права інтелектуальної власності мають стосовно результатів творчої діяльності такі ж правомочності, як і суб'єкти звичайного права власності. Це — право володіння, користування і розпорядження об'єктом своєї власності на власний розсуд. США дотримуються іншої теорії — виключних прав. У 1787 році Конституція США зобов'язала Конгрес: «Сприяти розвитку науки та ремесел, закріплюючи на визначений строк за авторами та винахідниками виключні права на їх твори та відкриття.

ріальний актив у редакції П(С)БО 8 від 2008 року, є головними та не обтяжують визначення зайвими обмеженнями.

Проте п. 18 IAS 38 містить жорсткі критерії, яким має відповідати актив для визнання його нематеріальним. Так, нематеріальним визнається актив: який відповідає дефініції «нематеріальний актив»; може бути відокремлений (відокремлення, відділення, продаж, передання тощо) або виникає в результаті контрактних або інших юридичних прав; можливе отримання майбутніх економічних вигод і вони будуть надходити до суб'єкта господарювання; суб'єкт господарювання повинен достовірно оцінювати майбутні економічні вигоди, використовуючи припущення, які можна обґрунтувати і підтвердити. У разі додержання сукупності критеріїв, права на об'єкт інтелектуальної власності будуть визнані нематеріальним активом. IAS 38 не ділить нематеріальні активи на групи та не відокремлює певні з них — визначаються лише критерії, за якими актив може бути визнаний нематеріальним. Зазначений підхід дозволяє уникнути методологічних конфліктів міжнародного та національного законодавств. Аналогічна позиція задекларована стандартами РФ, Азербайджану, US GAAP: права на об'єкти зазначаються у вигляді ілюстрованих прикладів нематеріальних активів.

Наступним фактором, що потребує аналізу, є термін корисного використання нематеріального активу. Його встановлення спирається на економічні чинники. Наведемо порівняльну характеристику критеріїв, які допомагають визначити економічно обґрунтований та виваже-

ний термін корисного використання (див. Табл. 1).

Більшість чинників, як бачимо із таблиці, що визначають строк корисної експлуатації нематеріального активу, використовуються в Україні. Враховуючи останні зміни до П(С)БО 8 (поділ на активи із визначеним та невизначеним термінами амортизації), залишається бажаним введення додаткових критеріїв визначення строку корисної експлуатації нематеріального активу та відкоригувати їх назву (наприклад, поняття «моральний знос» є застарілим і не відображає вимог сьогодення).

Висновки

1. Проаналізувавши стан та підходи до визначення нематеріальних активів, пропонується, враховуючи особливості національного обліку нематеріальних активів, скорегувати за складом групу «Право на об'єкти промислової власності» за об'єктами:

• вилучити зі складу групи:

- «право на комерційні таємниці, у тому числі «ноу-хау» у зв'язку з іншою юридичною та економічною природою зазначених об'єктів інтелектуальної власності;
- «право на захист від недобросовісної конкуренції» у зв'язку з неможливістю здійснення обліку та відсутністю механізму визначення достовірної оцінки.

• включити до складу групи такі права:

- право на комп'ютерні програми і програми для ЕОМ та об'єднати їх під назвою «право на комп'ютерні програми»;
- право на раціоналізаторську пропозицію.
- **перейменувати** «право на компонування (топографію) інтеграль-



ної мікросхеми» на «право на компонування інтегральної мікросхеми» для з уніфікації використання дефініцій.

2. З метою обґрунтованого визначення терміну корисного використання нематеріальних активів доповнити п. 26 П(С)БО 8 такими чинниками (див. Табл. 1 п. 6-8):

- стабільність галузі, в якій функціонує актив, та зміни ринкового попиту на продукти чи послуги, які є результатом експлуатації;
- очікувані дії конкурентів або потенційних конкурентів;
- рівень видатків на обслуговування, необхідних для отримання очікуваних майбутніх економічних вигід від активу, та здатність і намір суб'єкта господарювання досягти такого рівня.

Відкоригувати чинні назви критеріїв, що застосовуються для визна-

чення терміну корисного використання нематеріальних активів, відповідно до вимог сьогодення. При цьому слід враховувати особливості національного законодавства та звичаїв.

3. Внести зміни до дефініції «розробка» п.1 П(С)БО 8 та викласти його у такій редакції:

«Розробка — застосування підприємством результатів досліджень та/або інших знань для планування та/або проектування нових чи значно вдосконалених матеріалів, приладів, продуктів, процесів, систем або послуг до початку їхнього серійного виробництва чи використання». ◆

Список використаних джерел:

1. Господарський кодекс України // Відомості Верховної Ради України. — 2003 — № 21-22 — Ст. 144. (з наст. змінами).
2. Закон України «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність» від 16 липня 1999 р. № 996 [Електронний ресурс] // ВВР. — 1999. — № 40. — Ст. 365. Режим доступу до ресурсу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=996-14>
3. Наказ Міністерства фінансів України «Положення (стандарт) бухгалтерського обліку 8 «Нематеріальні активи» від 18 жовтня 1999 р. № 242. Зареєстровано у Міністерстві юстиції України 2 листопада 1999 р. № 750/4043 [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=z0750-99>
4. Приказ Министерства финансов Российской Федерации от 27 декабря 2007 г. № 153н. «Положение бухгалтерского учета 14/07 «Учет нематериальных активов» [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.snezhana.ru/pbu/>
5. International Accounting Standard 38 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.iasplus.com/standard/ias38.htm>
6. Intermediate Accounting / Kieso G., Weygadt R.T. — Jhon Willi Inc., 1992. — р. 256-290.

РЕАЛІЗАЦІЯ МОДЕЛІ ДЕРЖАВНО-ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРСТВА В ІННОВАЦІЙНІЙ СТРАТЕГІЇ УКРАЇНИ

державне замовлені
державні контракти

напівприватизація

державні програми

Ольга Сімсон,

*докторант Національної юридичної академії України
імені Ярослава Мудрого*

Регулювання інновацій в Україні розпочалось в кінці 90-х років ХХ століття. За цей час була створена правова база інноваційної діяльності, прийнятий ряд законів і підзаконних нормативно-правових актів. Ця нормативно-правова база повинна була лягти в основу активізації інноваційних відносин, але очікуване не відбулось. Зростання ВВП за рахунок введення нових технологій в Україні оцінюється у 0,7-1%, тобто інноваційна економіка в Україні складає 1%. Причини невдач інноваційної політики України, на думку провідних науковців [1, с. 17], полягають у тому, що нове поняття «інновація» накладається на стару парадигму науково-технічної політики, яка, власне, є сукупністю схем використання державних коштів у формі масштабних проектів із залученням традиційного капіталу. І доки не буде чітко усвідомлена сутність ринкових механізмів інноваційних процесів, не можна буде побудувати національну інноваційну систему в Україні.

Стратегічний курс на «затвердження нової інноваційної стратегії, яка не може здійснюватися шляхом відтворення старої науково-технічної політики...», а вимагає «розробити і запровадити нові... мотива-

ційні механізми інноваційного процесу, забезпечити його комерціалізацію, спрямованість на задоволення ринкового попиту», був запроваджений ще в 2000 році у відомому посланні до Верховної Ради «Україна: крок у ХХІ століття. Стратегія економічної і соціальної політики на 2000-2004 рр.» На практиці ринкова стратегія інноваційного розвитку не була реалізована.

Держава не спромоглась виконати своєї функції — мотиватора інноваційних процесів передусім у приватній підприємницькій сфері шляхом забезпечення функціонування ринку інтелектуальних продуктів. Замість цього вона намагалася регулювати та контролювати науково-технічну та інноваційну сферу через велику кількість державних органів та державних фінансових інституцій, штучно створені пріоритети та спеціальні режими, які на практиці все одно не діяли.

На цьому етапі Україні необхідна власна інноваційна стратегія і чіткі механізми її реалізації, бо історія свідчить, що у світовій економіці лідируючі позиції займали ті країни, що мали власні національні стратегії. Залежно від національної специфіки, традицій та основоположної парадигми в світі сформувалися три



основні варіанти інноваційної стратегії: активного втручання держави в інноваційну сферу, децентралізованого регулювання і змішані стратегії. При здійсненні **стратегії активного втручання** держава визнає науково-технічну та інноваційну діяльність головними і визначальними факторами економічного оздоровлення і відіграє активну роль в організації і фінансуванні багатьох важливих програм і проєктів, як-то: фінансування освіти, надання значних пільг комерційним організаціям, що здійснюють власні НДДКР. Така стратегія реалізується в Японії, Франції, Нідерландах і включає у себе законодавчо оформлені процедури індикативного планування, обрання пріоритетів національного соціально-економічного розвитку, механізми їх реалізації через цільові програми, державні закупівлі, інститути розвитку, спеціально створені організації, планування бюджету і державний сектор.

Під час реалізації **стратегії децентралізованого регулювання** на перше місце у науково-технічній та інноваційній діяльності виходять суб'єкти господарювання, а держава намагається створити їм сприятливі правові, економічні та інші умови для цієї діяльності, залишаючи за собою фінансування фундаментальних ринково непривабливих досліджень. Така стратегія застосовується у політиці США і Великобританії.

Змішана стратегія використовується у країнах, в економіці яких значну частину складає державний сектор. У цьому випадку стосовно державних підприємств використовується стратегія активного втручання, а до решти суб'єктів господарювання — стратегія децентралізо-

ваного регулювання, як наприклад, відбувається у Швеції.

Як відзначають видатні російські економісти Б. Кузик і Ю. Яковець [2, с. 34], ХХ ст. — період занепаду індустріальної цивілізації, відзначився боротьбою двох величезних утопій. Одна з них — утопія повновладдя держави як власника і розпорядника основних багатств суспільства, головного інвестора та інноватора — показала свою неефективність в умовах мирного розвитку економіки, засиллям бюрократично-чиновницького апарату, не спроможного адекватно реагувати на виклики епохи. Ця утопія реалізувалася у двох варіантах: марксистського соціалізму (комунізму) і фашизму. Друга утопія буржуазного лібералізму, буржуазної демократії західного типу, що заснована на пріоритеті прав і свобод особистості, концепції правової держави, підлеглої контролю громадянського суспільства. Замість цього економічний розрахунок, нескінечні технічні проблеми, турбота про екологію, задоволення рафінованих запитів споживача. У *постіндустріальному суспільстві ідеологія протиставлення інтересів держави і приватних осіб, боротьби різних політичних течій, соціальних верств, націй, цивілізацій відходить у минуле поступаючись ідеології соціального і політичного партнерства* [2, с. 35]. Інтегральність постіндустріального суспільства виявляється у синтезі ефективності капіталізму із соціальною спрямованістю соціалізму і тяжіє до типу суспільно-економічного устрою, який часто називають «шведським соціалізмом». С. В. Полєніна, описуючи вплив глобалізації на правову систему Росії [3, с. 7], називає таке суспільство конвергентним.



Українські спеціалісти, розробляючи стратегію інноваційного розвитку, теж вказують [4] на загрозу процесів неолібералізації, що є ортодоксальним ступенем реалізації ринкової теорії у практиці деяких західних країн. Найбільш ортодоксальна модель неолібералізації взагалі передбачає відсторонення держави від втручання в економіку. За такою моделлю здійснювались ринкові реформи в нових пострадянських країнах, зокрема в Україні у 90-ті роки, що призвело до несприятливих наслідків. По відношенню до інновацій неолібералізм сприяє посиленню їх капіталізації і гальмує процес їх соціалізації.

Наявність вищеназваної загрози не заважає розробникам «Стратегії інноваційного розвитку України на 2010-2020 рр. в умовах глобалізаційних викликів» дійти висновку, що **інноваційний процес в Україні має отримати сучасний ринковий напрям — від замовника і споживача до виробника і розробника інновації. Але останніми найважливішими тенденціями, що визначають перспективи будь-якої економіки, стали гуманітарні фактори — гуманітарна (соціальна) складова економічної моделі.** Так, у новому баченні суспільно-історичного розвитку держава постає як захисник суспільних, а краще, соціальних інтересів. Саме держава повинна дбати за майбутнє суспільства, за баланс інтересів людини з інтересами людства в загальноцивілізаційному розвитку, за те, щоб у ринковій економічній моделі суспільство не втратило своє майбутнє.

Отже, **роль держави у інноваційних процесах** відповідно до нових умов вбачається у таких напрямках:

1. Визначення стратегії інноваційного розвитку. *Стратегічно-інноваційна функція* — це основна функція держави в інноваційних процесах.
2. Створення прозорого правового поля (*законодавча функція*), тобто «правил гри» для безпосередніх учасників інноваційних відносин.
3. Підтримка неринкової науково-технічної сфери та сфери критичних технологій (*соціальна функція*). Це стосується розвитку фундаментальної науки, технологій у сфері охорони здоров'я, екології, оборони, правопорядку тощо.
4. Створення сприятливого інноваційного клімату (*регулятивна функція*) завдяки всебічній підтримці учасників інноваційних відносин за допомогою продуманої системи преференцій.
5. Створення інфраструктури (*функція організаційно-інституціонального забезпечення інноваційної діяльності*).

Взагалі надзадача інноваційної стратегії — максимально можливий ступінь гармонізації інтересів учасників інноваційного процесу.

Основні приватні інтереси полягають у досягненні конкурентних переваг та отриманні прибутків від використання інновацій. *Головні публічні інтереси* полягають у інноваційному розвитку держави і досягненні її конкурентоспроможності на світовому ринку, укріпленні національної інноваційної системи, модернізації національних виробництв, залученні інтелектуального потенціалу країни, належній оцінці знань як ключового ресурсу інноваційних змін, створенні національного ринку інновацій. **Приватно-дер-**



жавне партнерство (ДПП) стає політико-правовою моделлю реалізації ринкової інноваційної стратегії і полягає в ефективному співробітництві приватного сектора і держави в сфері R&D і інновацій. Тобто нова соціально-економічна система може ефективно функціонувати тільки за умови збалансованого врахування приватних і публічних інтересів, їх оптимальної взаємодії та пошуку спільних інтересів, спрямованих на інноваційний розвиток.

Відносинами, що передували ДПП були концесійні відносини щодо залучення коштів приватних осіб для виконання соціально значущих проєктів, відомі за стародавніх часів. ДПП у його сучасному розумінні зародилося у Великобританії. На початку 90-х років уряд Джона Мейджора подав ініціативу приватного фінансування (PFI) — першу системну програму, спрямовану на стимулювання державно-приватного партнерства, яка зв'язалася як результат стурбованості з приводу зростаючого державного боргу в стандартній моделі державних закупівель 80-х років. За ініціативою PFI держава замовляла, але не сплачувала бізнесу ті чи інші капіталомісткі об'єкти. Потім сплачуваний за рахунок приватних інвесторів об'єкт держава брала у довгострокову оренду. Таким чином, приватні інвестиції повертались за рахунок сплати орендних платежів, а після закінчення строку оренди об'єкт передавався за символічну вартість або безкоштовно державі.

Модель ДПП успішно впроваджується у таких європейських країнах, як Франція, Німеччина, Іспанія, Італія, Португалія, Нідерланди, Ірландія, Фінляндія, Греція, а також

у постсоціалістичних, як Словенія, Румунія, Польща, Угорщина, Чехія, Хорватія, Болгарія. У США модель ДПП впроваджується у таких галузях, як транспорт, технології, охорона навколишнього середовища, охорона здоров'я, комунікації, соціальне забезпечення.

У західній практиці використання ДПП суттєво розширилося і стало своєрідною альтернативою приватизації важливих об'єктів у галузях електроенергетики, транспорту, комунального господарства. Держава, яка не мала фінансової можливості забезпечити розширене відтворення в цих галузях, передавала об'єкти в довгострокову оренду бізнесу, залишаючи за собою право контролю за їх діяльністю. Поступово такі правовідносини почали розповсюджуватись на окремі масштабні проєкти від надання послуг до сфери НДДКР та впровадження інновацій.

Модель ДПП, що часто називають напівприватизацією (*semi-privatization*) і розглядають як проміжну форму між державною та приватною власністю, виникла для залучення у непривабливі з ринкових позицій сфери (освіти, оборони, охорони здоров'я, соціальну, інфраструктурну), які часто є державною монополією, коштів приватних інвесторів з метою їх комерціалізації. З 80-х років у США і країнах Західної Європи за допомогою різних видів ДПП відбувалось передання технологій із державного сектора в ринкове середовище, а ДПП відповідно розглядалося як інструмент державної інноваційної політики.

В умовах сучасної ринкової стратегії інноваційної політики концепція ДПП змінюється. Провідну роль в ній повинні відігравати приват-



ний бізнес і підприємницька ініціатива. У період взаємовідносин економіки і суспільства знань не можна забувати про третього партнера — творчу особистість, генератора ідей. Вчені, конструктори, інженери, автори повинні отримати частку в прибутках від використання інновацій. Змінюється і роль держави в інноваційних відносинах. Держава (не слід забувати також про органи місцевого самоврядування) виступає у відносинах ДПП не як суб'єкт влади, а як рівноправний партнер, як підприємець, готовий розділити ризики від інноваційної діяльності. Таке уявлення відповідає сучасній концепції «Government as Entrepreneur», викладеній в одноіменній книзі віце-головою Комісії з інновацій та конкурентної політики ЄЕК ООН Альберта Н. Лінка, чиї дослідження активно використовуються Національним науковим фондом США, ОЕСР і Світовим банком [5].

Засновники сучасної концепції ДПП у США наголошують, що попри те, що у дефініції «державно-приватне партнерство» слова «державне» і «приватне» посідають перше місце, головний акцент повинен ставитись на «партнерстві» [6, с. 2].

Цікаве дослідження щодо ролі ДПП в інноваційних процесах провела Організація економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР) [7]. Вона визначила ДПП як будь-які офіційні відносини або домовленості на фіксований/необмежений період часу між державними і приватними учасниками, в якому обидві сторони взаємодіють у процесі ухвалення рішення і співінвестують обмежені ресурси, такі як гроші, персонал, устаткування й інформацію для досягнення конкретних цілей у ви-

значеній сфері науки, технологій та інновацій.

На основі аналізу інноваційної політики Австралії, Австрії, Франції і Нідерландів ОЕСР виділила чотири типи заходів, що використовуються в традиційній політиці у сфері інновацій:

- політика державних закупівель, що має цільову орієнтацію;
- державне виконання R&D та політика трансферу технологій з державного сектора;
- субсидювання бізнесових R&D за допомогою прямих та непрямих методів фінансування;
- інфраструктурна допомога бізнесовим R&D різними службами (кластероорієнтована політика).

При цьому у дослідженні [7, с. 93-94] було наголошено, що місія традиційно-орієнтованої економіки в сфері інновацій базується на трьох основних китах: системі державних закупівель, цільовому субсидюванні приватних R&D та інновацій, державних цільових програмах, спрямованих на технічні досягнення із залученням невеликої кількості учасників під централізованим адміністративним контролем.

В умовах нової економічної моделі ця система втрачає свою ефективність через особливості нових технологій (ІКТ, біотехнології), через зміщення глобальних пріоритетів у бік соціально-економічних цілей (охорони навколишнього середовища, здоров'я, безпеки), через більш відчутну соціальну потребу у матеріальних результатах та розширенні сфер інвестування в дослідження. Для того, щоб бути ефективними, програми нового покоління повинні розробити систему впровадження технологій, орієнтовану на ринкове використання і



споживчий попит, тобто «знизу вгору».

Партнерство з приватним сектором є ключовим компонентом державної політики, яка характеризується:

- 1) розстановкою пріоритетів у зв'язку з соціальними потребами суспільства;
- 2) спрямованістю результатів досліджень на застосування та економічний ефект;
- 3) координацією між основною метою — покращенням якості життя — та з іншими цілями технологічної політики
- 4) залучення всіх учасників інноваційного процесу, незалежно від їх статусу, розміру та місця в інноваційній системі.

Підсумовуючи досвід розвинутих країн, сформулюємо ключові моменти концепції приватно-державного партнерства для України.

Приватно-державне партнерство має розглядатися у двох значеннях:

- 1) як політико-правова модель співробітництва бізнесу і держави;
- 2) як організаційно-інституціональний механізм її реалізації.

З переходом до ринкової інноваційної стратегії повинна змінитись роль держави в інноваційних відносинах. *Так, провідна роль в інноваційній діяльності має бути віддана суб'єктам підприємництва, їхній власній ініціативі та спрямованості до конкурентних переваг.* Особливу роль у партнерстві відіграє людина, творча особистість, авторський колектив, чиї права (в тому числі на участь у майбутніх прибутках) повинні бути захищені. Держава у партнерстві бере на себе частину ризиків від інноваційної діяльності і тим самим сприяє її активізації, а також опікується питаннями соці-

лізації інновацій (покращення життєвого рівня населення, охорони здоров'я, екологічної безпеки, майбутнього розвитку науки тощо). **Таким чином, держава у моделі приватно-державного партнерства виступає як:**

- *рівноправний партнер у ринкових відносинах за ініціативою підприємців та приватного сектору;*
- *як ініціатор (замовник) відносин з приводу соціально-орієнтованих інновацій, максимально наближуючи соціальний та економічний (матеріальний) ефект від них.*

Відповідно до участі держави у партнерстві визначається й організаційно-інституційний механізм її реалізації. Так, *перший варіант* реалізується в різних формах співробітництва бізнесу і держави: корпоративних, коопераційних, у формі об'єднань, створення спеціальних суб'єктів інноваційної діяльності (технопарків, венчурів тощо) *Другий, більш традиційний варіант*, тримається на державних замовленнях, державних програмах розвитку і підтримки інновацій, на державному фінансуванні за допомогою прямих та непрямих методів, а також на створенні на базі державних установ структурних підрозділів або центрів трансферу технологій із метою комерціалізації державних розробок.

Для української концепції приватно-державного партнерства перший варіант є більш пріоритетним, бо держава через незадовільний стан бюджету не може виступати як основний учасник (фінансист) інноваційного процесу. З тієї ж причини українська держава не може створити загального пільгового режиму



для інноваційної діяльності. Держава повинна прагнути збільшення ВВП за рахунок прибутку, отриманого від інноваційної діяльності, аналогічно підприємцям, і заохочення останніх до інновацій через прийняття на себе частини ризиків.

За рахунок державного фінансування повинні проводитись дослідження і розробки у соціально-важливих напрямках (сфері критичних технологій) і дослідження, що не мають очевидної ринкової привабливості, впроваджуватись високоризикові інновації, які потребують достатньо тривалого часу на отримання очікуваних прибутків, але і тут держава має намагатися максимально наблизити їх до комерційного середовища. Комерціалізація такого роду розробок може відбуватись шляхом створення на базі державних установ центрів з комерціаліза-

ції інновацій або корпоративних підприємств із занесенням до уставного фонду державної інтелектуальної власності. Інший шлях — це залучення до таких розробок приватного сектору (бізнесу) в межах програм підтримки ключових інновацій із наданням пільгового режиму для його учасників. І, врешті, система державного замовлення.

Ознаками приватно-державного партнерства (ПДП) є такі характеристики:

1. *Інституціоналізація або формалізація.* Відносини ПДП носять формальний характер і закріплюються на офіційній, юридичній основі (угоди, договори, контракти тощо). З формальних відносин можуть виникати і неформальні відносини.
2. *Участь держави.* Участь держави у ПДП виявляється двоя-

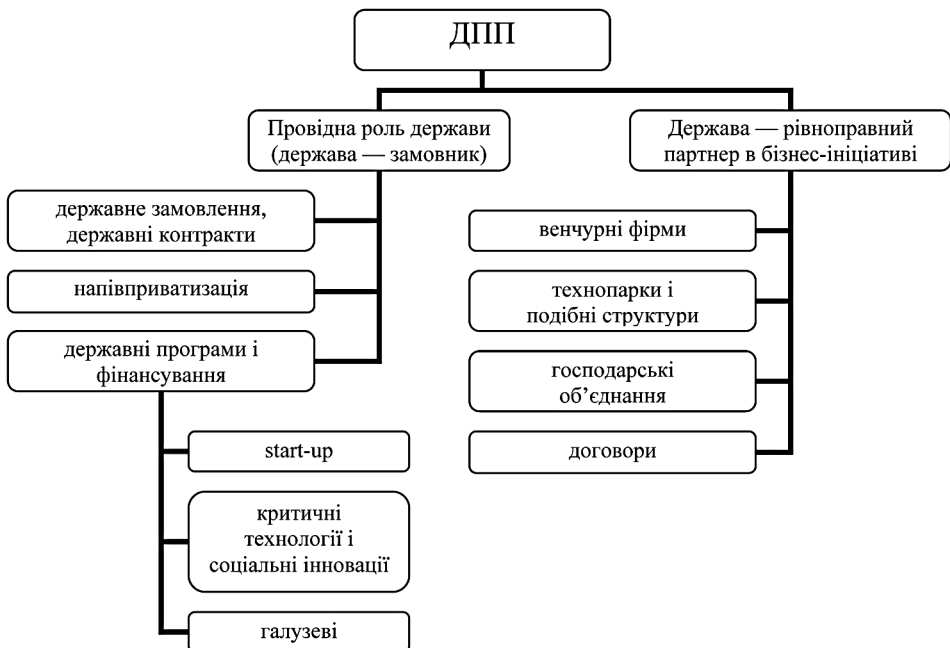


Схема 1



ко: у ролі рівноправного партнера і каталізатора активності приватного сектору. В особі публічного партнера виступають уряд, органи місцевого самоврядування, державні лабораторії, науково-дослідні інститути, державні університети, державні установи, організації і підприємства, а також об'єднання (див. Схему 1).

3. *Рівноправний характер відносин та наявність спільних цілей і спрямувань.* Взаємодія сторін має партнерський рівноправний характер, який досягається за рахунок паритету, балансу обоїх інтересів та наявності єдиноспрямованих інтересів, що мають суспільну спрямованість.

4. *Співінвестування ресурсів, вкладів сторін,* включаючи гроші, майно, людські ресурси, нематеріальні активи (знання, технології, інформацію тощо).

5. *Розподілення ризиків, витрат та прибутків* у пропорціях згідно із взаємними угодами. ●

Список використаних джерел:

1. *Національна інноваційна система України: проблеми і принципи побудови* / [Макаренко І. П., Копка П. М., Рогожин О. Г., Кузьменко В. П.] ; за наук. ред. І. П. Макаренка. — К. : Інститут проблем національної безпеки, 2007. — 520 с.;
2. Кузык Б. Н. *Россия — 2050 : стратегия инновационного прорыва* / Б. Н. Кузык, Ю. В. Яковец. — 2-е изд., доп. — М. : Издательство «Экономика», 2005. — 624 с.;
3. Поленина С. В. *Воздействие глобализации на правовую систему России* / [Поленина С. В., Гаврилов О. А., Колдаева Н. П., Лукьянова Е. Г., Скурко Е. В.] // *Государство и право*. — 2004. — № 3. — С. 5-15.
4. [Електронний ресурс] — Режим доступу до ресурсу : http://kno.rada.gov.ua/komosviti/control/uk/publish/article?art_id=47920&cat_id=46017;
5. Albert N. Link. *Government as Entrepreneur*. — N.-Y. : Oxford University Press, 2009. — 196 с.;
6. Albert N. Link. *Public/Private Partnerships Innovation Strategies and Policy Alternatives*. — N.-Y. : Springer Science+Business Media, Inc., 2006. — 155 с.;
7. *OECD Science, Technology and Industry Outlook, 2004*. — Paris, 2004. — 234 с.

ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ФРАНЧАЙЗИНГОВЫХ ОТНОШЕНИЙ*

Айжан Амангельды,

докторант НИИ частного права Казахского гуманитарно-юридического университета

Правообладатель является гарантом качества продукции (работы, услуги), на которую распространяются его права. Именно поэтому, важным представляется определение в рамках договора объема передаваемых прав и порядка их использования, надлежащее оформление передачи и, соответственно, получения коммерческого опыта и всей необходимой пользователю информации, а также своевременное осуществление контроля качества⁵⁸. Обязанностью пользователя в этой части в соответствии с ГК РК является, в частности, использование при осуществлении предусмотренной договором деятельности фирменного наименования правообладателя указанным в договоре образом. Если в договор внесены какие-либо ограничения, касающиеся такого использования, они должны соблюдаться, например, запрет размещать наименование (обозначение) в помещениях, которые используются для торговли алкогольной продукции. Отсутствие в договоре каких бы то ни было ограничений на сей счет означает, что фирменное наименование правообладателя может использоваться

любым, не запрещенным законодательством способом.

В ГК РК предусмотрена норма, в соответствии с которой пользователь обязан информировать покупателей (заказчиков) наиболее очевидным для них способом о том, что он использует фирменное наименование, товарный знак (знак обслуживания) или иное средство индивидуализации в силу договора франчайзинга. Основной сферой, в которой осуществляется данная обязанность, является реклама. Пользователь должен проинформировать своих покупателей (заказчиков) о том, что он выступает в качестве пользователя именно по договору франчайзинга, причем в отношении конкретного правообладателя, который тут же должен быть назван. Способ доведения до покупателей (заказчиков) информации о том, что средства индивидуализации используются на основании договора франчайзинга, зависит от того, как они используются. Словесная форма использования предполагает устное сообщение, письменное или графическое: наличие необходимых надписей и т. п. Невыполнение этого требования является нарушением договора и

* Окончание, начало статьи в № 5, 2010.

⁵⁸ Рыкова И. Н. Договор коммерческой концессии // Бухгалтерский учет. — 2002. — № 15. — С. 34.



может привести к негативным для пользователя правовым последствиям⁵⁹.

Пользователь обязан также соблюдать инструкции и указания правообладателя, направленные на обеспечение соответствия характера, способов и условий использования комплекса исключительных прав тому, как этот комплекс используется правообладателем, в том числе указания, касающиеся внешнего и внутреннего оформления коммерческих помещений, используемых пользователем при осуществлении предоставленных ему по договору прав. Инструкции и указания могут быть даны правообладателем, как при заключении договора франчайзинга, так и в любое время в период его действия. При этом, если в договоре не ограничен объем или содержание указаний (инструкций), они могут быть любыми. Однако правообладатель не может предъявлять к пользователю требований, которые не соблюдает сам. Именно это правило служит тем ограничением, которое не позволяет давать чрезмерные или невыполнимые инструкции (указания), а потом требовать досрочного расторжения договора франчайзинга по причине их невыполнения.

Другие требования к пользователю, сформулированные в ГК РК, касаются неразглашения секретов производства правообладателя и полученной от него конфиденциальной коммерческой информации. В данном случае речь идет, по-видимому, об обязанности сохранять в секрете

сведения, составляющие коммерческую тайну правообладателя (ст. 126 ГК РК). То, что сам термин «коммерческая тайна» закон здесь не использует, не должно смущать. Содержание этого термина описано в законе достаточно полно и в него вполне могут быть включены и «секреты производства», и «конфиденциальная информация». В то же время договор франчайзинга должен определять, какие сведения составляют коммерческую тайну. В противном случае трудно говорить об ответственности пользователя за разглашение коммерческой тайны, ведь к ней относятся лишь те сведения, в отношении которых принимаются меры к охране конфиденциальности. Правообладатель должен указать, какие сведения он относит к секретным, и только в отношении них возникает обязанность пользователя держать их в секрете⁶⁰.

Договор франчайзинга является возмездным, отсутствие условия о вознаграждении делает такой договор безвозмездным.

В связи с этим, ГК РК предусматривает обязанность пользователя своевременно выплачивать правообладателю обусловленное договором вознаграждение, которое может выплачиваться в форме фиксированных разовых или периодических платежей, отчислений от выручки, наценки на оптовую цену товаров, передаваемых правообладателем для перепродажи и т. п.

Как отмечает И. В. Алтынникова, «разовые, первоначальные единовременные платежи (как правило,

⁵⁹ Сосна С. А. Новое в гражданском праве : франчайзинг // Государство и право. — 1997. — № 7. — С. 25.

⁶⁰ 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. 91-92.



это вступительные взносы), производятся из собственных или заемных средств пользователя и рассматриваются как долгосрочные инвестиции капитального характера в нематериальные активы, совершаемые обычно, до начала выпуска и реализации продукции или услуг по договору франчайзинга»⁶¹.

Общепринято мнение, что не существует единых рекомендуемых значений первоначального (вступительного) взноса. Его размер, как правило, соответствует первоначальным затратам на организацию франчайзинга и учитывает следующие управленческие услуги, которые оказывает правообладатель пользователю:

- оценка и подбор месторасположения торговой точки для деятельности;
- помощь в переговорах, о лизинговом соглашении;
- помощь в подборе транспортных средств, финансирование или лизинг;
- комплекс предметов корпоративной идентификации;
- PR и отношения с прессой;
- обучение персонала;
- обучение управленческому учету и администрированию;
- руководство по управлению;
- учебные материалы и пособия;
- команда поддержки для «запуска» бизнеса;
- финансовое соглашение с банком;
- техническая и правовая поддержка.

Автор статьи разделяет мнение И. В. Алтынниковой о том, что «пе-

риодические отчисления в зависимости от объемов продаж (оборота, прибыли), в свою очередь должны рассматриваться как текущие, в соответствии с условиями договора, производственные расходы (платежи), связанные с производством и реализацией продукции, что позволяет соответственно включать эти периодические отчисления в себестоимость производства работ (оказания услуг)»⁶². Следует заметить, что традиционно правообладатели первого поколения получали дополнительный доход от увеличения продаж своих товаров.

Выбор той или иной формы выплаты вознаграждения зависит от того, в какой сфере коммерческой деятельности предоставляется франчайзинг, насколько велико доверие сторон друг к другу, как строится учет правообладателя или пользователя и других причин. Например, при выполнении работ (оказании услуг) вряд ли применимо вознаграждение в форме наценки на оптовую цену товара. Отчисления от выручки для себя изберет тот правообладатель, который будет уверен в том, что пользователь эту выручку от него не будет утаивать. Разовый платеж целесообразен тогда, когда сразу же после предоставления франчайзинга пользователь получает все необходимые ему права и информацию и в дальнейшем содействии правообладателя при их реализации уже не нуждается⁶³.

При этом источниками дохода правообладателя обычно являются: доход от торговых точек, принадле-

⁶¹ Алтынникова И. В. Операции по договору коммерческой концессии (франчайзинга) // Библиотечка «Российской газеты». — 1999. — № 20. — С. 109.

⁶² Там же

⁶³ Гражданское право : ч. 2. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М., Проспект, 1997. — С. 641.



жащих компании; наценка на первую поставку материалов, сырья; наценка на текущие поставки товаров; вступительный взнос; премия за подбор помещений, оборудования; доход от арендных платежей (аренда, субаренда); доход от лизинга оборудования и транспортных средств; проценты за кредиты; плата за оказываемые управленческие (или другие) услуги в форме процента от продаж пользователя или процента от прибыли, или фиксированной ежемесячной платы; маркетинговый взнос; отчисления за содействие продаже товара (услуг), т. е. затрат на рекламу, стимулирование сбыта и поддержку торговой марки.

Так же, как и в случае с размером вступительного взноса, не существует определенной процентной ставки (суммы) для платежей за управленческие услуги или текущей платы за пользование переданными объектами, поэтому, как правило, проводится анализ основных экономических условий франчайзинга. При этом основными задачами анализа экономических условий являются установление функциональных зависимостей между отдельными экономическими показателями (параметрами, условиями) франчайзинга и представление этих зависимостей в виде выражений, позволяющих на практике производить расчет неизвестных показателей по совокупности других известных показателей⁶⁴.

ГК РК предусматривает обязанность пользователя обеспечивать соответствие качества производимых им на основании договора товаров, выполняемых работ, оказываемых

услуг качеству аналогичных товаров, работ или услуг, производимых, выполняемых или оказываемых непосредственно правообладателем. Эта обязанность вытекает из цели договора — содействовать расширению сбыта товаров (работ, услуг).

Если пользователь изготавливает товары (работы, услуги), которые по качеству ниже, чем производимые правообладателем, покупатели (заказчики) таких товаров (работ, услуг) вводятся в заблуждение. Ведь они рассчитывали на определенное качество, которое отождествляется с использованием соответствующих средств индивидуализации (товарного знака, фирменного наименования и т. п.), но не получили его. Вместе с тем это качество вполне могло быть выше обычного, которое пользователь как раз обеспечил. Но его недостаточно. Следовательно, покупатели (заказчики) товаров (работ, услуг) могут предъявить пользователю требования, вытекающие из необеспечения им того качества, которое присуще товарам (работам, услугам) правообладателя, со ссылкой на договор франчайзинга. Причем эти требования основаны не на правилах, направленных на защиту прав потребителей, а на общегражданских нормах.

В связи с этим думается, что обязанность обеспечить качество товаров и услуг не ниже фирменного является главным требованием правообладателя к пользователю.

Подчеркнем, что к обязанностям пользователя по договору франчайзинга относятся также оказание покупателям (заказчикам) всех дополнительных услуг, на которые они

⁶⁴ Алтынникова И. В. Там же.



могли бы рассчитывать, приобретая (заказывая) товар (работу, услугу) непосредственно у правообладателя и предоставление оговоренного количества субфранчайзингов, если такая обязанность предусмотрена договором. При этом пользователь согласно ГК РК не имеет права передавать полученный им комплекс прав или его часть в субфранчайзинг без согласия правообладателя.

Субфранчайзинг — это договор, в соответствии с которым пользователь обязуется передать субпользователю весь комплекс полученных им от правообладателя по договору франчайзинга прав или их часть. В результате заключения договора субфранчайзинга пользователь по отношению к субпользователю становится правообладателем. Не случайно к договору субфранчайзинга применяются правила о договорах франчайзинга, если иное не вытекает из особенностей субфранчайзинга.

Как отмечает Е. Суханов, «с помощью субконцессий первоначальный правообладатель фактически еще больше расширяет свои возможности воздействия на соответствующий рынок, а потому он может быть заинтересован в их выдаче»⁶⁵. На его взгляд, «этим объясняется возможность замены вторичного правообладателя как стороны в договоре субфранчайзинга (то есть пользователя по основному договору) основным правообладателем в случае досрочного прекращения основного договора, заключенного на срок, либо расторжения такого договора, подписанного без указания срока»⁶⁶.

Права субпользователя, таким образом, становятся производными от прав самого пользователя. В отно-

шения с правообладателем косвенно, через посредство пользователя, вступает новое лицо — субпользователь. На наш взгляд, это обременяет правообладателя дополнительными обязанностями, которые не могут быть возложены на него просто так, без его согласия. Отсюда обязательное требование закона о том, что условия субфранчайзинга должны быть согласованы пользователем с правообладателем или определены в договоре франчайзинга.

Передача пользователем всего комплекса полученных им прав или их части в субфранчайзинге может быть прямо запрещена договором. В этом случае любой договор субфранчайзинга, заключенный пользователем, недействителен, поскольку заключен при отсутствии необходимых полномочий. Субпользователь в данном случае может предъявлять претензии только к пользователю, но никак не к первичному правообладателю.

Некоторые авторы утверждают, что передача прав в субфранчайзинг может быть разрешена пользователем договором. И в этом случае она может рассматриваться или как право, или как обязанность пользователя. Выбор того или иного варианта зависит от того, какие положения на этот счет существуют в договоре франчайзинга. Если договор формулирует возможность заключать договор субфранчайзинга как право пользователя (или правообладателем дано согласие на передачу прав в субфранчайзинг — что одно и то же), то объем этого права зависит от тех ограничений, которые содержатся в договоре (согласие правообладателя, которое дается после за-

⁶⁵ Суханов Е. А. Коммерческая концессия // Хозяйство и право. — 1996. — № 11. — С. 22.

⁶⁶ Там же.



ключения договора). При отсутствии таких ограничений право пользователя передавать полученные им права в субфранчайзинг должно считаться полным, то есть распространяться на весь комплекс полученных им прав и каждое из них в отдельности. В данном случае пользователь может передать в субфранчайзинг тот объем прав, который имеет сам. Выход пользователя за пределы границ, установленных правообладателем, не связывает последнего, а заключенный договор субфранчайзинга считается недействительным⁶⁷.

Заключение договоров субфранчайзинга может быть и обязанностью пользователя. Включение в условия договора такой обязанности, как правило, объясняется желанием правообладателя максимально расширить круг лиц, продающих товары (выполняющих работы, оказывающих услуги) с использованием изначально принадлежащих ему исключительных прав. Чем шире круг лиц, использующих данный комплекс исключительных прав, тем выше стоимость последних, а значит, и бизнеса правообладателя. Именно этим можно объяснить включение в договор обязанности пользователя в течение определенного срока предоставить субфранчайзинги определенному числу лиц.

Действие договора субфранчайзинга неразрывно связано с судьбой самого договора франчайзинга, в осуществление которого субфранчайзинг был выдан. Нормы, которые ГК РК вводит в данном случае, не что иное, как специфическое преломление известного принципа:

«никто не может передать больше прав, чем имеет сам». В самом деле, пользователь получает от правообладателя определенный объем прав и передать субпользователям эти права в большем объеме он просто не вправе.

Срок субфранчайзинга не может быть более длительный, чем срок самого франчайзинга. Если срок субфранчайзинга все-таки установлен как более длительный, то данное правило в договоре будет частично недействительным. То есть договор субфранчайзинга следует считать заключенным на срок договора франчайзинга. Когда досрочно прекращается договор франчайзинга, заключенный на определенный срок, права и обязанности вторичного правообладателя по субфранчайзингу (пользователя по договору франчайзингу) переходят к первичному правообладателю. Субпользователь при этом становится пользователем. Однако такой переход не происходит автоматически. Правообладатель может отказаться от принятия на себя прав и обязанностей по договору субфранчайзинга и в этом случае последний прекращается. Впрочем, указанное правило является диспозитивным и может быть изменено договором франчайзинга. Договор может либо вовсе исключить переход прав вторичного правообладателя к первичному, либо сделать такой переход автоматическим, либо ввести дополнительные условия для передачи прав и обязанностей, без выполнения которых она будет невозможна.

Если недействителен договор франчайзинга, недействительны и

⁶⁷ Гражданское право : ч. 2. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М., Проспект, 1997. — С. 643; Бабченко Т. П., Жукова З. А. Учет операций по договору коммерческой концессии // Главбух. — 1999. — № 22. — С. 36.



заклученные на его основе субфранчайзинги. В самом деле, по недействительному договору франчайзинга никакие права к пользователю перейти не могут, а это означает, что они не перейдут от него и к субпользователям.

Пользователь несет субсидиарную ответственность за вред, причиненный правообладателю действиями вторичных пользователей. Следует подчеркнуть, что пользователь в данном случае отвечает не только за неправильный выбор субпользователей, но и за их действия. Устанавливая подобное правило, законодатель, по-видимому, исходил из того, что и пользователь и субпользователи используют одни и те же права, принадлежащие правообладателю, причем первый — непосредственно, а вторые — через посредство первого.

Договором франчайзинга могут быть предусмотрены и другие обязанности сторон, но лишь в рамках ограничений, допускаемых ГК РК.

Ограничения, или изъятия, касаются круга правомочий, составляющих содержание прав и обязанностей сторон по договору франчайзинга. Однако ограничение — это не запрет⁶⁸.

В то время как запрет возлагает обязанность не совершать определенные действия, ограничение направлено «не на полное вытеснение того или иного общественного отношения, а на удержание его в жестко ограничиваемых рамках»⁶⁹.

Ограничение прав сторон призвано обеспечить их интересы. С одной стороны, ограничения стесняют,

сдерживают осуществление права, но с другой, — устанавливают разумный баланс интересов, отсутствие которого может привести к ущемлению либо нарушению прав одной из сторон и, как следствие, породить спор, конфликт и, возможно, прекращение договорных отношений.

Целями таких ограничений являются: обеспечение прав других пользователей, третьих лиц, повышение прибыльности деятельности, а также общих интересов сторон, исключение злоупотреблений правом.

Ограничения прав сторон по договору франчайзинга, предусмотренные ГК РК, по существу также представляют собой их дополнительные обязанности. Однако специфика этих обязанностей состоит не столько в их диспозитивной природе, сколько в том, что они направлены на ограничение конкуренции, а значит, могут вступить в противоречие с антимонопольным законодательством⁷⁰.

Ведь расширение сбыта определенных товаров (работ, услуг) далеко не всегда способствует расширению конкуренции. Во избежание нарушения антимонопольных правил ГК РК разделяет обязанности (или ограничения прав — что одно и то же) сторон договора франчайзинга на две группы, первую из которых составляют допустимые ограничения, вторую — недействительные ограничения.

К допустимым ограничениям прав по договору франчайзинга относятся ограничения, установление которых в договоре возможно, но

⁶⁸ Орлова О. А. Договор коммерческой концессии по российскому и зарубежному законодательству : дисс. канд. юрид. наук. — Саратов, 2003. — С. 123.

⁶⁹ Фаткуллин Ф. Н. Проблемы теории государства и права. — Казань, 1987. — С. 157.

⁷⁰ Каган Е., Касьянова Г. Договор коммерческой концессии // Главбух. — 1997. — № 1-2.



они могут быть признаны недействительными по требованию уполномоченного антимонопольного органа или иного заинтересованного лица, если эти условия с учетом состояния соответствующего рынка и экономического положения сторон противоречат антимонопольному законодательству, а именно:

а) обязанность правообладателя не предоставлять другим лицам аналогичные комплексы исключительных прав для их использования на закрепленной за пользователем территории либо воздерживаться от собственной аналогичной деятельности на этой территории. Ключевую роль в применении данного правила играет толкование слова «аналогичные», используемого в отношении комплекса исключительных прав или деятельности правообладателя. Если «аналогичные» означает полностью тождественные, то деятельность или комплекс прав будут другими при изменении любого, даже самого незначительного компонента. Однако законодатель все-таки имел в виду под словом «аналогичные» иное содержание — «в основных (существенных) частях такие же (сходные)». Только при таком толковании можно вести речь о реальной обязанности, возлагаемой на правообладателя. Правда, тогда данный термин превращается в сугубо оценочную категорию, о наличии или отсутствии которой вывод может сделать главным образом суд. Поэтому договор франчайзинга, включающий данную обязанность правообладателя, должен содержать и ее расшифровку. В противном случае

могут возникнуть трудноразрешимые проблемы⁷¹.

Однако ситуация имеет и еще один аспект, а именно, можно ли включать в договор обязанность правообладателя не предоставлять другим лицам ни одного из прав, которые переданы данному пользователю, или запрет заниматься деятельностью, которая не аналогична деятельности пользователя, но касается использования исключительных прав? На этот вопрос можно дать утвердительный ответ. Ведь комплекс исключительных прав, предоставляемый пользователю, может быть сколь угодно широким или узким (как и его аналог) и потому правообладатель, отказывая себе в возможности предоставлять кому-либо аналогичные права, тем самым может запретить передавать и любые права. Такие же рассуждения можно использовать и для обоснования возможности принятия правообладателем на себя обязанности не вести никакой деятельности на определенной территории;

б) обязанность пользователя не конкурировать с правообладателем на территории, на которую распространяется действие договора франчайзинга в отношении предпринимательской деятельности, осуществляемой пользователем с использованием принадлежащих правообладателю исключительных прав. Запрет конкуренции, который составляет содержание данной обязанности, может выражаться в ограничении количества, ассортимента, цен товаров (работ, услуг), продаваемых (выполняемых, оказываемых) на дан-

⁷¹ Гражданское право : ч. 2. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М., Проспект, 1997. — С. 645.



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

ной территории, в необходимости согласовывать порядок ведения предпринимательской деятельности и т. п. Поскольку наличие или отсутствие конкуренции тоже оценочное понятие, желательно в договоре достаточно подробно описывать, какие же действия пользователю не разрешены;

в) отказ пользователя от получения по договорам франчайзинга аналогичных прав у конкурентов (потенциальных конкурентов) правообладателя. Толкование этого ограничения аналогично тому, которое дано выше в подпункте «а»;

г) обязанность пользователя согласовывать с правообладателем место расположения коммерческих помещений, используемых при осуществлении предоставленных по договору исключительных прав, а также их внешнее и внутреннее оформление. Правообладатель будет особенно заинтересован во включении в договор этой обязанности, если и он, и пользователь будут действовать на одной и той же территории. Это позволит правообладателю избегать невыгодного соседства и тем самым содействовать своему коммерческому успеху. В остальных случаях включение в договор такой обязанности имеет целью, как правило, обеспечить одинаковое расположение и оформление помещений, где продаются товары (выполняются работы, оказываются услуги), при помощи одних и тех же средств индивидуализации.

На наш взгляд, допустимые ограничения, внесенные в договор франчайзинга, могут быть признаны недействительными судом, что неслучайно. Ведь главным признаком монополистического действия (правонарушения) является факт огра-

ничения конкуренции, которая зависит от состояния рынка в той или иной сфере деятельности, что заранее никому не известно. Поэтому многие из допустимых ограничений вполне могут быть признаны недействительными с обратной силой.

Правила ГК РК, устанавливающие ограничения прав сторон, имеют обязательный характер и содержат запреты на включение в договор условий, ограничивающих права пользователя под страхом недействительности.

К недействительным ограничениям прав по договору франчайзинга относятся ограничения, включение которых в договор франчайзинга прямо запрещено, а именно:

а) право правообладателя определять цену продажи товара пользователем или цену работ (услуг), выполняемых (оказываемых) пользователем, либо устанавливать верхний или нижний пределы этих цен. В данном случае речь должна идти только о таких ценах (пределах цен), которые выражены в твердой сумме. Ориентировочные цены, точно так же как и минимальная или максимальная нормы рентабельности при назначении цен, могут быть установлены договором;

б) обязанность пользователя продавать товары, выполнять работы или оказывать услуги исключительно определенной категории покупателей (заказчиков) либо исключительно покупателям (заказчикам), имеющим место нахождения (место жительства) на определенной в договоре территории. В то же время допустимо включать в договор обязанность пользователя действовать только на закрепленной за ним территории. Таким образом, данное ограничение касается лишь случаев



оказания предпочтения (или дискриминации) какой-либо категории потребителей на данной территории, что прямо запрещено антимонопольным законодательством.

Мы считаем, что если такие ограничения включены в договор, то в отношении них наступают последствия в виде недействительности сделки, предусмотренные ГК РК. Данные ограничения прав сторон признаются несуществующими и поэтому не подлежащими исполнению. Вряд ли в этом случае какой-либо из сторон договора франчайзинга понадобится реституция. Однако сделки, которые заключены пользователем с его потребителями для исполнения недействительных ограничений (например, с продиктованной правообладателем ценой), только по этому основанию признать недействительными нельзя.

Стороны должны учитывать, что и другие условия договора могут быть признаны недействительными по требованию антимонопольного органа или иного заинтересованного лица, если эти условия противоречат антимонопольному законодательству.

Нужно иметь в виду, что недействительность части сделки не влечет недействительности прочих ее частей, если можно предположить, что сделка была совершена и без включения недействительной ее части.

Таким образом, анализируя вышеперечисленные положения Гражданского кодекса РК, относящиеся к правам и обязанностям сторон по договору франчайзинга, на наш взгляд, целесообразно внести дополнения в ст.ст. 898 и 899 ГК РК. В частности, к обязанностям правообладателя отнести также обязанности:

- предоставлять информацию пользователю, касающуюся внешнего

и внутреннего оформления коммерческих помещений, оформления рекламной продукции и других элементов фирменного стиля, изготовление которой в соответствии с предметом договора будет обязанностью пользователя;

- своевременно доносить информацию о дополнительных услугах, оказываемых покупателям (заказчикам) по приобретаемым (заказываемым) ими товарам (работам, услугам), которые оказывает правообладатель, и проводить в случае необходимости инструктаж или обучение.

Необходимо также, по нашему мнению, дополнить статью 899 ГК РК положениями об обязанности пользователя продавать товары, изготовленные им самим или правообладателем, либо указанными им поставщиками. Пользователь обязан, закупая продукцию у других поставщиков, учитывать уровень качества, требуемый правообладателем, а также согласовывать с правообладателем финансовое участие в предприятиях конкурентов, которое могло бы оказать влияние на стратегию управления организацией пользователя.

При заключении договора франчайзинга целесообразно отразить условия контроля над деятельностью пользователя. Уровень контроля должен быть таким, чтобы он позволял защитить франчайзинговую систему и в то же время повышал бы ответственность пользователя за свои действия.

Обобщая вышесказанное, к числу специфических особенностей договора можно отнести: особый субъектный состав, предмет и содержание договора.

Все перечисленные обстоятельства, а также рассмотренные выше



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

специфические особенности договора позволяют сделать вывод о том, что суть современных форм франчайзинга заключается в концепции некоей сделки, заключая которую стороны получают взаимную выгоду от деятельности друг друга и справедливо делят затраты и прибыли от совместной деятельности. Явным преимуществом франчайзинга перед другими видами деятельности является возможность правообладателя и пользователя использовать единую технологию бизнеса, работать в рамках общей маркетинговой, ценовой и товарной политики, не нарушая при этом антимонопольное законодательство, объединять и расширять не только объем рынков сбыта товаров и услуг, но и территорию, не опасаясь конкуренции со стороны участника соглашения, укреплять имидж и репутацию, что выгодно обеим сторонам договора.

Заключение и прекращение договора франчайзинга. Для заключения гражданско-правовых договоров, в том числе и договора франчайзинга, установлена определенная процедура. Согласно ст. 393 ГК РК договор считается заключенным, если между сторонами, в требуемой в надлежащих случаях форме, достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора.

Существенными условиями договора франчайзинга является условие о предмете. Как было указано ранее, особенность предмета договора франчайзинга состоит в том, что он представляет собой комплекс исключительных прав, которые необходимы для использования в определенной сфере предпринимательской деятельности. Конкретный состав такого комплекса определяется целью договора — содействовать

продвижению на рынке определенных товаров (работ, услуг).

Сделанный вывод о существенных условиях договора подтверждается и тем, что все императивные обязанности, возложенные на стороны договора, конкретизируют условие о предмете.

Срок же не относится к существенным условиям договора франчайзинга. Этот вывод вытекает из положений ГК РК, согласно которым данный договор может быть заключен на срок или без указания срока. Договор, заключенный без указания срока, может длиться достаточно продолжительное время и может быть расторгнут по желанию любой из сторон с соблюдением требований, предусмотренных ГК РК. Такой договор по существу заключен не на срок, а под отменительным условием.

Порядок заключения договора предусматривает направление оферты, а именно предложения заключить договор одной из сторон и ее акцепта, т. е. принятия другой. Предложение должно содержать все существенные условия договора и четко выражать намерение того, кто сделал предложение, например, правообладателя, считать себя заключившим договор с тем, кем оно будет принято, например, пользователем. С офертой может выступить и пользователь, если в соответствии с законодательством рассматривать рекламные предложения правообладателем как приглашения делать оферты.

С учетом сложности и многоплановости франчайзинговых отношений особое внимание сторонам следует уделить процедуре заключения договора франчайзинга, где необходимо обозначить все возможные нюансы своего сотрудничества. От грамотно



составленного договора во многом будет зависеть успех дела в будущем.

Заключение договора франчайзинга проходит два этапа. Первый этап подразумевает заключение опционного договора франчайзинга (соглашение) между компанией — правообладателем и потенциальным партнером, выразившим желание организовать подобный бизнес у себя в городе или в регионе — пользователем. Срок опционного договора франчайзинга (соглашения) может быть ограничен 6-12 месяцами в зависимости от вида производимых товаров или оказываемых услуг. Во время действия опционного договора пользователь компенсирует правообладателю затраты, связанные с разработкой бизнес-плана, проекта предприятия, обучением и т.д. С целью создания наиболее благоприятных условий для пользователей во время действия опционного договора франчайзинга возможен отказ правообладателя от периодических платежей. Необходимым условием опционного договора являются условия соблюдения конфиденциальности информации, полученной пользователем в течение определенного срока после окончания договора. В случае, если по окончании срока действия опционного договора пользователь приходит к выводу о том, что этот вид бизнеса приносит ему материальное и моральное удовлетворение, наступает время второго этапа, когда происходит заключение долгосрочного договора франчайзинга.

Требования к оформлению договорных отношений в рамках франчайзинга предусмотрены в статье 897 ГК РК, соблюдение которых является обязательным. Договор коммерческой концессии подлежит обязательному письменному оформлению под

страхом возможности наступления его недействительности.

Следует заметить, что на практике комплекс исключительных прав не является постоянным, он изменяется, расширяется, дополняется новыми элементами, что является закономерным по мере развития предприятия пользователя, совершенствования технологий в рамках франчайзинговой сети.

Договор франчайзинга действует в течение срока, на который он заключен, а если договор заключен без указания срока — до прекращения в установленном порядке. В период действия договора он может быть изменен или досрочно прекращен.

Изменение договора франчайзинга производится по общим правилам, предусмотренным ГК РК. Никаких особенностей законом не предусмотрено.

Что же касается прекращения договора франчайзинга, то оно происходит в случае одностороннего отказа от договора, заключенного без указания срока. Причем, отказаться от такого договора вправе любая из сторон в любое время, уведомив об этом другую сторону за шесть месяцев, если более продолжительный срок не предусмотрен договором.

Договор франчайзинга может быть прекращен также вследствие одностороннего отказа пользователя от договора в случае изменения фирменного наименования правообладателя.

Прекращение принадлежащих правообладателю прав на фирменное наименование без замены его новым аналогичным правом тоже прекращает указанный договор.

Договор франчайзинга прекращается в случае смерти правообладателя, если наследник в течение шести месяцев со дня открытия наследства



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

не регистрируется в качестве индивидуального предпринимателя. Поскольку предпринимателем должен быть не только правообладатель, но и пользователь, указанные правила должны быть применены и к нему.

Осуществление прав и обязанностей умершего правообладателя и пользователя до перехода их к наследникам или до тех пор, пока наследники не регистрируются в качестве индивидуальных предпринимателей, возлагается на управляющего, назначаемого нотариусом. С таким управляющим должен быть заключен договор, по-видимому, о доверительном управлении имуществом. При отсутствии наследников или отказе их от этого, договор франчайзинга прекращается. Аналогичная норма действует в случае реорганизации правообладателя — юридического лица.

Прекращение договора возможно также и в случае объявления правообладателя или пользователя несостоятельными (банкротами) в порядке, установленном соответствующим законодательством. Основанием прекращения договора в данном случае является вступившее в законную силу судебное решение о признании должника банкротом.

Прекращение договора возможно и в случае объединения кредитора и должника в одно лицо. Например, если правообладатель приобрел весь имущественный комплекс, принадлежащий пользователю.

Договор франчайзинга может быть прекращен и в иных случаях, предусмотренных ГК РК, например, при введении новации или прощении долга.

Поскольку по договору франчайзинга передается комплекс ис-

ключительных прав, в период действия договора часть из них может переходить от одного правообладателя к другому, изменяться или прекращаться. Эти обстоятельства по-разному влияют на судьбу договора. Переход всего комплекса исключительных прав, переданных по договору франчайзинга, одного или нескольких элементов из состава этого комплекса, не может быть основанием для изменения или расторжения договора. Новый правообладатель просто становится стороной старого договора в части прав и обязанностей, относящихся к перешедшему исключительному праву или нескольким правам. В принципе, возможна ситуация, когда на стороне правообладателя возникнет множественность лиц. Исходя из правил ГК РК такая множественность будет солидарной⁷². Что касается изменения содержания исключительных прав, переданных по договору франчайзинга, то ГК РК регламентирует лишь случаи изменения фирменного наименования правообладателя. При таком изменении договор продолжает действовать в отношении нового фирменного наименования, если только пользователь не потребует расторжения договора и возмещения убытков. В случае продолжения действия договора пользователь вправе потребовать соразмерного уменьшения причитающегося правообладателю вознаграждения. Подобное правило вполне логично, исходя из того, что прежнее фирменное наименование известно более широко, чем новое и его использование должно принести больший доход. Изменение остальных исключительных прав на судьбу договора не

⁷² Гражданское право : том 2 : полутом 1 : [учебник] / Отв. ред. проф. Е. А. Суханов. — М., 1999. — С. 633



влияет. Вопрос же о том, имеет ли оно какое-либо значение вообще, законом не решен. Однако если пользователь докажет, что его положение при изменении какого-либо из исключительных прав, переданных ему, ухудшилось, он вправе потребовать возмещения убытков, в том числе и в форме соразмерного уменьшения вознаграждения правообладателю. Легальным основанием для такого вывода служат общие нормы об ответственности за нарушение обязательства правообладателем обеспечить передачу пользователю всего комплекса прав по договору.

В соответствии с ГК РК, если прекращается какое-либо из исключительных прав, переданных по договору франчайзинга, договор продолжает действовать, за исключением тех положений, которые относились к прекратившемуся праву. Пользователь в этом случае имеет право требовать соразмерного уменьшения причитающегося правообладателю вознаграждения. Если же прекращается право на фирменное наименование правообладателя, то договор франчайзинга может быть расторгнут пользователем в одностороннем порядке или прекращен. В этом случае наступают последствия, предусмотренные ГК РК. Вместе с тем, прекращение этих исключительных прав, которые относятся к числу основных, имеют то последствие, что условие договора о предоставлении пользователю права на использование соответствующего исключительного права становится недействительным, а договор франчайзинга прекращается в силу того, что в нем отсутствует существенное условие.

Основанием прекращения договора франчайзинга является также и существенное изменение обстоя-

тельств, из которых стороны исходили при заключении договора. Изменение обстоятельств признается существенным, когда они изменились настолько, что если бы стороны могли это разумно предвидеть, договор вообще не был бы ими заключен или был бы заключен на значительно отличающихся условиях. Суд определяет последствия расторжения договора, исходя из необходимости справедливого распределения между сторонами расходов, понесенных ими в связи с исполнением этого договора.

Так, по общему правилу, прекращение основного обязательства одновременно означает и прекращение связанных с ним дополнительных обязательств в соответствии с ГК РК. Однако для того, чтобы вторичные пользователи по договору не находились в зависимости от судьбы первичного договора, законодатель установил, что при досрочном прекращении основного договора, договор субфранчайзинга не прекращается, а права и обязанности вторичного правообладателя (пользователя) по договору субфранчайзинга переходят к правообладателю, если он не откажется от принятия на себя прав и обязанностей по этому договору. В договоре франчайзинга может быть предусмотрен порядок перехода прав пользователя по договору франчайзинга к правообладателю автоматически или с выполнением определенных формальностей.

Поскольку отношения франчайзинга представляют собой длительное взаимовыгодное сотрудничество в силу тесной взаимозависимости правообладателя и пользователя, это партнерство осуществимо только при условии взаимного доверия и четкого выполнения обязательств сторон.



Приверженность положениям договора является центральным моментом в обеспечении целостности системы, поэтому от способности обеспечить соблюдение договора франчайзинга зависит успешность развития франчайзинга в Казахстане.

Ответственность сторон франчайзинговых отношений. По общему правилу, необходимыми условиями гражданско-правовой ответственности являются противоправное поведение и вина должника⁷³. Так как сторонами по договору франчайзинга являются предприниматели, их ответственность друг перед другом наступает независимо от вины. ГК РК содержит положение о том, что «лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств. К таким обстоятельствам не относятся, в частности, нарушение обязанностей со стороны контрагентов должника, отсутствие на рынке нужных для исполнения товаров, отсутствие у должника необходимых денежных средств».

Ответственность предпринимателей является полной, поэтому при определении размера убытков может учитываться не только размер реального ущерба, но и упущенной выгоды. Повышенная ответственность установлена в целях стимулирования повышенной бдительности и особой осторожности предпринимателя.

Франчайзинг предполагает, что передаваемые исключительные права используются, как правило, в целях расширения сбыта товаров, выполнения работ или оказания услуг. Как было указано ранее, качество этих товаров (работ, услуг), производимых (выполняемых, оказываемых) пользователем, должно быть не ниже, чем у правообладателя. Правообладатель, в свою очередь, обязан контролировать качество товаров (работ, услуг), если договором франчайзинга не предусмотрено иное. При таких обстоятельствах логично установление особой ответственности правообладателя перед третьими лицами за ненадлежащее качество товаров (работ, услуг). Правообладатель несет субсидиарную ответственность по предъявляемым к пользователю требованиям о несоответствии качества товаров (работ, услуг), продаваемых (выполняемых, оказываемых) пользователем по договору франчайзинга. Это означает, что если пользователь отказался удовлетворить требование потребителя или же потребитель не получил от пользователя ответ на предъявленное требование, то это требование может быть предъявлено к правообладателю.

Требования к качеству товаров (работ, услуг) устанавливаются в соответствии с договорами, которые пользователи заключают с контрагентами. Условия ответственности правообладателя (включая правила об ответственности без вины, о гарантийных сроках и т.д.) такие же, как и пользователя. При этом правообладатель отвечает и тогда, когда качество его товаров (работ, услуг) хуже, чем у пользователя.

⁷³ Гражданское право : том 1 : учебник / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М., 2002. — С. 665.



Правообладатель отвечает независимо от того, продаются ли товары потребителям или иным участникам гражданского оборота.

Ответственность правообладателя наступает только при несоответствии качества (но не количества, ассортимента, комплектности, сроков и иных условий договора пользователя с его контрагентом)⁷⁴.

На наш взгляд, представляется интересным рассмотреть ответственность по договору франчайзинга, в котором в качестве правообладателя выступает ОАО «ЛУКОЙЛ».

По договору франчайзинга ОАО «ЛУКОЙЛ», «пользователь осуществляет продажу нефтепродуктов, в том числе расфасованных масел и товаров технической химии правообладателя, используя товарные знаки ОАО «ЛУКОЙЛ» на объектах, принадлежащих пользователю и расположенных на определенной территории»⁷⁵.

При продаже нефтепродуктов ненадлежащего качества пользователь возмещает правообладателю понесенные убытки и уплачивает неустойку в размере 10% стоимости некачественных нефтепродуктов, реализованных и/или находящихся в резервуарах пользователя на дату обнаружения реализации нефтепродуктов ненадлежащего качества. На восстановление качества нефтепродуктов пользователю дается срок 5 дней. До исправления качества нефтепродуктов и уплаты пользователем неустойки реализация нефтепродуктов приостанавливается.

Если пользователь не восстановит качество в указанный срок и/или не уплатит неустойку, правообладатель может расторгнуть договор.

По договору франчайзинга ОАО «ЛУКОЙЛ» предусмотрена также ответственность за неисполнение иных обязательств, не относящихся к качеству продаваемых нефтепродуктов.

Поскольку компания обязуется поставлять нефтепродукты на реализацию согласно заявке пользователя, он же берет на себя обязательство продать нефтепродукты и по графику вернуть деньги компании.

Если пользователем выбирается менее 90% заказанного месячного объема нефтепродуктов, на него накладываются штрафные санкции в размере 3% стоимости незабранных нефтепродуктов, а сами нефтепродукты перераспределяются другим потребителям.

В случае нарушения пользователем своих обязательств в части своевременного вывоза нефтепродуктов с нефтебазы правообладателя, пользователь оплачивает стоимость хранения нефтепродуктов, исходя из действующих в ОАО «ЛУКОЙЛ» в тот период расценок на хранение нефтепродуктов.

При отказе пользователя от заявленного количества нефтепродуктов на него накладываются штрафные санкции в размере 3% стоимости продукции, от поставки которой он отказался.

В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения пользователем обязательств по возмещению транспортных расходов правообладателя, пользователь уплачивает ему неустойку в размере 0,5% от суммы просроченного платежа за каждый банковский день просрочки.

При реализации на АЗС, работающих по договорам франчайзин-

⁷⁴ Гражданское право : ч. 2 / под ред. Сергеева А. П., Толстого Ю. К. — М., Проспект, 1997 — С. 648.

⁷⁵ Конюховский А. Принцип «Лукойла» — всегда быть на шаг впереди конкурентов // Человек и труд. — 1999. — № 2. — С. 63.



га, нефтепродуктов, приобретенных не у правообладателя без его согласия, пользователь уплачивает правообладателю неустойку в размере, соответствующем стоимости объема реализованных нефтепродуктов. Одновременно пользователь предупреждается в письменной форме о возможном расторжении договора франчайзинга. Реализация нефтепродуктов до уплаты пользователем неустойки запрещается⁷⁶.

Следует заметить, что в ГК РК отсутствует статья, посвященная ответственности пользователя по договору франчайзинга, что, безусловно, является пробелом в законодательстве. Поэтому главу 45 ГК РК необходимо дополнить статьей «Ответственность лицензиата за несоответствие качества товаров, работ и услуг». Предлагаемую статью целесообразно изложить в следующей редакции:

1. Лицензиат несет ответственность за несоответствие качества производимых им на основе договора товаров, выполняемых работ, оказываемых услуг качеству аналогичных товаров, работ или услуг, производимых, выполняемых или оказываемых непосредственно лицензиаром.

2. В случае обнаружения несоответствия качества производимых лицензиатом товаров, выполняемых работ или оказываемых услуг качеству аналогичных товаров, работ или услуг, производимых, выполняемых или оказываемых непосредственно лицензиаром покупатель (заказчик) вправе по своему выбору потребовать от лицензиата:

- соразмерного уменьшения покупной цены или цены, установленной за работу (услугу);
- безвозмездного устранения недо-

статков в разумный срок;

- возмещения своих расходов на устранение недостатков.

3. В случае существенного нарушения требований к качеству товаров, работ или услуг (обнаружения неустранимых недостатков, недостатков, которые не могут быть устранены без несоразмерных расходов или затрат времени, или которые выявляются неоднократно, либо проявляются вновь после их устранения, и других подобных недостатков) покупатель (заказчик) вправе по своему выбору:

- отказаться от исполнения договора франчайзинга и потребовать возврата уплаченной за товар денежной суммы (возмещения причиненных убытков);
- потребовать замены товара ненадлежащего качества товаром, соответствующим договору (безвозмездно выполнить работу заново с возмещением заказчику причиненных просрочкой исполнения убытков)».

В отсутствие специальных норм об ответственности пользователя по договору франчайзинга, в зависимости от сферы действия договора, требования к пользователю подпадают под общие нормы ответственности: во-первых, продавца за качество продаваемых товаров, во-вторых, подрядчика за качество выполненных работ или услуг.

Под требованиями, которые потребитель вправе предъявить при продаже ему товаров ненадлежащего качества, понимаются следующие требования:

- соразмерно уменьшить покупную цену;
- безвозмездно устранить недостатки товара;

⁷⁶ Конюховский А. Цитируемый труд — С. 66.



- возместить расходы потребителя на устранение недостатков товара;
- вернуть уплаченную за товар сумму (отказавшись от исполнения договора купли -продажи);
- заменить товар.

При производстве работ ненадлежащего качества имеются в виду следующие требования:

- безвозмездное устранение недостатков в разумный срок;
- соразмерное уменьшение установленной за работу цены;
- возмещение своих расходов на устранение недостатков, когда право заказчика устранять их предусмотрено в договоре;
- безвозмездное выполнение работы заново с возмещением заказчику причиненных просрочкой исполнения убытков.

Если отступление в работе от условий договора или иные недостатки результата работы в установленный заказчиком срок не были устранены либо являются существенными и неустраняемыми, заказчик вправе отказаться от исполнения договора и потребовать возмещения причиненных убытков.

Отметим также, что на практике пользователь не всегда информирует покупателей (заказчиков) о том, что он использует фирменное наименование, товарный знак, знак обслуживания или иное средство индивидуализации в силу договора франчайзинга.

Исходя из этого, представляется целесообразным законодательно предусмотреть меры ответственности для пользователя за не предоставление покупателям (заказчикам) такой информации, так как невыполнение этого требования является нарушением договора и может привести к негативным для пользователя правовым последствиям.

В связи с этим, на наш взгляд, необходимо дополнить ГК РК статьей «Ответственность лицензиата за не предоставление информации покупателям (заказчикам)». Указанную статью предлагаем изложить в следующей редакции:

1. Лицензиат несет ответственность за непредоставление информации покупателям (заказчикам) о том, что он использует фирменное наименование, товарный знак, знак обслуживания или иное средство индивидуализации в силу договора франчайзинга.
2. В случае непредоставления такой информации, покупатель (заказчик) вправе отказаться от исполнения договора и потребовать возмещения причиненных убытков.
3. Лицензиар имеет право в случае непредоставления информации лицензиатом в одностороннем порядке расторгнуть договор франчайзинга и потребовать возмещения причиненных этим нарушением убытков».

Что же касается договора франчайзинга с зарубежным контрагентом, то в нем должны быть четко определены санкции за неисполнение или ненадлежащее исполнение договорных обязательств.

Между тем, в договорах с иностранным контрагентом, как правило, ответственности сторон за нарушение условий договора не уделяется должного внимания.

Положения, свидетельствующие о детальной проработке вопроса о возможных нарушениях договорных обязательств, отсутствуют; договоры, предусматривающие уплату штрафов, неустоек и убытков в определенном разумном размере, на практике крайне редки.



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

В большей части договоров имеется лишь ссылка на действующее законодательство, причем при заключении сделки казахстанская сторона, как правило, не имеет отчетливого представления о различиях ответственности за неисполнение договора в законодательствах разных стран в зависимости от применимого по договору права — права РК, права европейских континентальных стран или стран общего права. Между тем, подход к данному вопросу в разных правовых системах имеет существенные отличия. Так, в англо-саксонской системе штрафные санкции не допускаются, а значит при нарушении договорных обязательств в случае, если спор рассматривается в соответствии с законодательствами США или Великобритании, штраф не будет признан. По законодательствам этих государств в качестве санкции за ненадлежащее исполнение или неисполнение обязательств можно требовать лишь возмещения согласованных и заранее определенных убытков. Вместе с тем в странах с континентальным правом (Франция, Германия, Австрия и другие страны континентальной Европы) штраф может быть признан как санкция за неисполнение договорных обязательств⁷⁷.

Таким образом, при заключении договоров с зарубежными партнерами, следует учитывать особенности правовых систем разных стран.

В заключение этой публикации подчеркнем что, статья 901 ГК РК о субсидиарной ответственности является самой сложной по восприятию.

Качество является важным элементом, способствующим повышению репутации правообладателя на рынке

товаров и услуг. Правообладателя необходимо стимулировать к тому, чтобы система управления качеством в РК могла развиваться, и этот стимул заключается именно в ответственности по отношению к конечному потребителю, а не только к разрешению «за деньги» использовать удачно разработанный символ, зарегистрированный как товарный знак.

Трудности осуществления правообладателем контроля качества объясняются отсутствием требований к характеристикам объекта, дающим возможность их реализации и проверки.

Субсидиарная ответственность правообладателя за некачественную работу пользователя, на наш взгляд, сводит на нет основные преимущества франчайзинга для правообладателя. Если правообладатель несет ответственность перед третьими лицами за некачественную работу пользователя, то чем же тогда сеть франчайзинговых предприятий правообладателя отличается от сети его собственных филиалов? Принципиальное отличие в данном случае заключается в независимости правообладателя и пользователя как самостоятельных участников предпринимательской деятельности и соответствующей индивидуальной ответственности каждого.

Наличие субсидиарной ответственности правообладателя в казахстанском законодательстве не только не повысит ответственность компаний, желающих осуществлять свое развитие в форме франчайзинга, а наоборот, оттолкнет казахстанских и зарубежных предпринимателей от идеи развивать франчайзинговый бизнес в Казахстане. ◆

⁷⁷ 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. 151.



ПРИНЦИП НЕДОПУСТИМОСТІ ЗЛОВЖИВАННЯ СУБ'ЄКТИВНИМИ ЦИВІЛЬНИМИ ПРАВАМИ З НАМІРОМ ЗАВДАННЯ ШКОДИ (ШИКАНА) В КРАЇНАХ РОМАНО- ГЕРМАНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ

Юрій Цюкало,
*здобувач НДІ інтелектуальної власності НАПрН
України*

Питання суб'єктивних цивільних прав та принципів їх здійснення завжди займало провідне місце у вітчизняній та світовій цивілістичній науці. Не виключенням є і дослідження вищезазначених питань у існуючих сьогодні світових правових системах. У будь-якій державі світу вважається недостатнім наділити суб'єктів правами, важливо на нормативному рівні і в судовій практиці закласти ефективні механізми та принципи реалізації даних прав. Н. І. Мірошнікова у своїх працях неодноразово наголошувала на тому, що цінність будь-якого суб'єктивного права полягає не просто в його наявності, а в можливості здійснення цього суб'єктивного права [18, с. 11]. Але таке здійснення не може завдавати шкоди іншим особам, суперечити цивільному законодавству та загальновизнаним принципам. У зв'язку з цим, вважаємо за доцільне проаналізувати принцип недопустимості зловживання суб'єктивними цивільними правами з наміром завдання шкоди в країнах романо-германської правової сім'ї та за результатами аналізу сформулювати власні висновки щодо цієї теми.

Поняттю принципів суб'єктивних цивільних прав і їх здійсненню були присвячені окремі праці М. М. Агар-

кова, С. С. Алексєєва, В. П. Грибанова, В. І. Ємельянова, О. С. Йоффе, О. О. Красавчикова, С. Т. Максименко, Н. І. Мірошнікової, Є. О. Суханова та інших. Однак майже ніхто не досліджував цю проблему з огляду на зарубіжні країни. Метою ж нашої статті є виокремлення особливостей принципу недопустимості здійснення цивільних прав для завдання шкоди в державах романо-германської (континентальної) системи права.

Правова карта світу, як відомо, складається із багатьох існуючих і функціонуючих на сучасному етапі розвитку суспільства національних правових систем [17, с. 6]. Дані системи взаємообумовлюють, доповнюють одна одну, черпають позитивні ознаки права та практики його застосування для імплементації у власне законодавство. Разом з тим кожна з них має свої характерні ознаки, існуючі джерела права, що дозволяє робити порівняння правових інститутів, і не є винятком принципи здійснення суб'єктивних цивільних прав.

Серед існуючих нині правових систем романо-германська правова сім'я займає особливе місце і має для розвитку юридичної теорії та практики особливе значення [17, с. 29]. Вона є першою правовою си-



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

стею, з якою ми зустрічаємося в сучасному світі, і виступає немов би продовженням римського права, результатом його еволюції [11, с. 29]. Сьогоднішн романо-германська правова система включає в себе право країн континентальної Європи, Японії, частини Азії, Південної Кореї, Латинської Америки, Індонезії.

М. Н. Марченко притримується думки Р. Давіда та поділяє цю правову систему на 2 групи: романську і германську [17, с. 29]. До першої групи входять правові системи Франції, Італії, Іспанії, Бельгії, Люксембурга і Голландії. До другої — Німеччина, Австрія, Швейцарія й інші країни.

Беззаперечним є той факт, що основним джерелом права у романо-германській правовій сім'ї є закон. Це й зумовило необхідність і можливість кодифікації права. Адже вона дозволяє зробити упорядкованими норми права, і наповнити його певними принципами.

А. Х. Саїдов вважає, що кодифікація надає праву визначеності та ясності, значно полегшує його практичне застосування і є логічним завершенням розуміння в континентальній Європі правової норми та права в цілому [21, с. 251]. Значна роль належить саме французькій кодифікації. Цивільний кодекс Франції (відомий як Кодекс Наполеона 1804 року) здійснив значний вплив на формування принципів права романо-германської правової системи. Наступним визначним нормативним документом було Німецьке цивільне уложення 1900 року. Його підґрунтям було німецьке право, яке на той час уже реципіювало в собі напрацювання римського права. Таким чином, романо-германська правова система є найстаршою серед існую-

чих сьогодні, що зумовлює необхідність та зацікавленість дослідження саме цієї системи та характеристики принципів здійснення суб'єктивних цивільних прав. З урахуванням вищезазначених положень спробуємо визначити принципи недопустимості здійснення суб'єктивних цивільних прав з метою завдання шкоди у досліджуваній нами системі.

Поведінка будь-яких суб'єктів цивільного права повинна відповідати основним принципам здійснення суб'єктивних цивільних прав. Серед усіх вчених-цивілістів нині не існує єдиної точки зору щодо поняття принципів. Також панують різні думки щодо принципів здійснення саме суб'єктивних цивільних прав. Не визначають поняття принципів і законодавства (зокрема цивільні) держав континентальної правової сім'ї. Такі російські вчені, як В. Г. Стрекозова і В. Н. Хропанюк вважають, що принципи — це «основні вихідні положення, які юридично закріплюють об'єктивні закономірності суспільного життя». Вони акумулюють в собі найбільш характерні ознаки права, визначають його юридичну природу. Принципи лежать в основі діяльності усіх суб'єктів права [23, с. 215]. Відомий науковець С. С. Алексєєв у своїх працях визначає, що принципи — це «вихідні нормативні начала, наскрізні ідеї» [3, с. 97]. О. О. Красавчиков розуміє під поняттям «принцип» визначені начала [22, с. 27]. Щодо права зарубіжних країн континентальної системи права, то, наприклад, у Цивільному кодексі Франції 1804 року відсутнє поняття принципів здійснення цивільних прав. Так само визначення їх поняття не дає Німецьке цивільне уложення. Більш прогресивними



щодо цього є країни пострадянського простору. Зокрема, Цивільний кодекс Республіки Білорусь у ст. 2 визначає принципи як основні начала цивільного законодавства, на таке саме розуміння принципів вказує і ст. 1 Цивільного кодексу Молдови від 2002 року. Цивільний кодекс Казахстану у ст. 2 також закріплює принципи як основні начала. Тому можна зробити висновок, що принципи здійснення суб'єктивних цивільних прав у державах романо-германської правової системи — це основні начала, загальні засади, що визначають певні вимоги (рамки) до поведінки суб'єктів цивільних правовідносин, яка спрямована на здійснення даних прав. Вони носять загальнообов'язковий характер в силу їх нормативного (законодавчого) закріплення.

У тому, що зловживання цивільними правами мали місце впродовж багатовікового розвитку цивілістичних інститутів, переконатись не важко. Значно складніше з'ясувати якісні особливості поведінки, що допускає зловживання правом, і відповісти на запитання, як співвідносяться уявлення про це в державах континентальної Європи і інших країнах у сучасному і минулому.

Наслідком впливу римського права в Західній Європі, а потім і в інших країнах романо-германської правової системи отримав своє нормативне закріплення принцип недопустимості здійснення суб'єктивних цивільних прав з наміром завдання шкоди чужим інтересам, що в теорії цивільного права дістав назву «шикана». У рамках даного принципу ми спробуємо розглянути кодифіковані нормативно-правові акти Німеччини, Франції, Італії, Іспанії, Швейцарії та інших країн.

Включення положення про заборону шикани до Цивільного уложення Німеччини 1896 року пройшло в жорстких дискусіях політиків та науковців. Але перемогло розуміння того, що здійснення права в будь-якому разі не повинне завдавати шкоди іншим суб'єктам. В § 887 було закріплено таку норму: «Здійснення права власності з єдиним наміром завдати шкоди третій особі є недопустимим». З розвитком суспільних відносин надалі дана норма поширилася на всі суб'єктивні цивільні права і знайшла своє закріплення в § 226 уложення: «Не допускається здійснення права, якщо наміром такого здійснення може бути тільки завдання шкоди іншому» [6, с. 44]. Багато вчених-цивілістів вважають таке формулювання найбільш вдалим, серед існуючих сьогодні нормативно визначених шикан. § 226 Цивільного уложення Німеччини діє донині. Л. Еннекерус в своїй праці вказував на те, що недопустимо здійснювати право, коли з обставин справи випливає, що для особи воно не може мати будь-якої іншої мети, ніж завдання шкоди [13, с. 437].

У науковому середовищі Німеччини почалося широке тлумачення § 226. Зокрема, Л. Еннекерус вважає, що в деяких випадках дозволяється застосування даної норми і у відношенні здійснення права, яке крім завдання шкоди, має й іншу мету. Але остання при цьому також повинна суперечити праву чи моральності [13, с. 437-438].

Примітно, що ч. 3 ст. 13 Цивільного кодексу України також не допускає дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах.



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

З буквального тлумачення § 226 Цивільного уложення Німеччини випливає, що заборона зловживання правом стосується лише того випадку, коли особа здійснює право. Якщо ж особа не має права, то дана норма не застосовується. Це дуже суттєво, тому що сьогодні визнання зловживання правом відбувається тільки у випадку наявності в особи права. Тому що, коли таке право відсутнє відповідно, особа не може його використати з наміром завдати шкоди іншим суб'єктам. Л. Еннекперус у своїх дослідженнях звернув увагу на таку ситуацію, коли зловживання правом відбулося з наміром завдати шкоду, але наслідки не настали [13, с. 438]. При цьому поняття «шкода» розуміється в широкому значенні.

Параграф 826 Цивільного уложення Німеччини містить санкцію за здійснення шикани. Зокрема в ньому зафіксовано таке: «Особа, яка умисно завдасть шкоди іншій особі способом, який суперечить добрим намірам, зобов'язана відшкодувати завдану шкоду» [6, с. 240]. В теорії і практиці правозастосування існує дискусія щодо співвідношення між §§ 226 і 826. Одні вчені вважають, що § 826 може бути застосований лише за наявності ознак, що містяться в § 226. Інші наголошують, що § 826 має самостійне значення. Примітно, що § 1353 Цивільного уложення Німеччини також містить санкцію за зловживання правом, зокрема там вказано, що якщо вимога одного з подружжя про сумісне життя являє собою зловживання правом, то друга сторона подружжя не зобов'язана виконувати цю вимогу.

В. І. Ємельянов у своїх наукових дослідженнях з проблем зловживання правом вказує на те, що цивільне

право Німеччини, встановлюючи заборону на зловживання правом, надає суду можливість вирішувати справи на власний розсуд, виходячи з конкретної ситуації [14, с. 11].

Таким чином закріплення шикани в Цивільному уложенні Німеччини є позитивним кроком для здійснення суб'єктивних цивільних прав, оскільки є своєрідною нормативною формою захисту осіб від зловживання правом з боку інших суб'єктів цивільних правовідносин.

Ст. 7 Цивільного кодексу Іспанії передбачає, що «закон не охороняє зловживання правом і антисоціальне здійснення цього права. Будь-які дії чи бездіяльність здійснювані з наміром, що явно виходить за нормальні рамки права і тягне за собою завдання шкоди третім особам, є підставою для відповідної компенсації і застосування мір, направлених на припинення зловживання». Цивільний кодекс Іспанії включив до зловживання правом не тільки дії, а й бездіяльність, що є досить прогресивним. Це створює ясність і окресленість принципу недопущення зловживання правом. Саме ст. 7 є досить вдалою з точки зору нормотворення, адже крім всього вище названого вона ще й звертає увагу на соціальне призначення права.

Цивільний кодекс Киргизії в ст. 9 встановлює, що «не допускаються дії громадян і юридичних осіб, що здійснюються виключно з наміром завдати шкоди іншій особі». Крім того, дана норма також визначає обов'язок особи, яка здійснила зловживання, відновити положення потерпілої особи, яке існувало до того.

У Цивільному кодексі Франції (Кодексі Наполеона) 1804 року були відсутні норми, які передбачали б



наслідки завдання шкоди в результаті здійснення суб'єктивних цивільних прав. Тобто на той час заборони шикани не існувало. Але суспільні відносини розвивалися і потреба законодавчого закріплення зловживання суб'єктивними правами залишалась. До цього процесу активно залучались науковці. І саме в доктринальних працях можна було знайти поняття заборони зловживання суб'єктивними правами, метою якого є завдання шкоди іншій особі.

Відомий французький цивіліст Плантіоль вважав, що незаконного використання права не може бути, оскільки саме поняття «незаконне використання права» викликає протиріччя. Там, де починається зловживання, право закінчується [4, с. 328]. Інші вчені були переконані, що особи, які володіють тими чи іншими правами, повинні дотримуватися певних норм їх здійснення, а порушення цих норм — це зловживання правом. Крім цього, були ще цивілісти, які визнавали тільки одну форму зловживання — шикану [20, с. 328].

Не давала відповіді на запитання і судова практика. Французькі суди в одних справах розглядали шикану як делікт і застосовували ст. 1382 Цивільного кодексу Франції 1804 р., яка передбачає регламентацію відшкодування шкоди за правопорушення. Згідно із цією нормою будь-яка дія людини, що завдає іншій особі шкоди, зобов'язує того, хто винен, відшкодувати цю шкоду. В інших випадках суди не визнавали шикану як делікт, але зобов'язували винувату особу здійснити відшкодування шкоди. Подібна відповідальність осіб ґрунтувалась наявністю вини у особи, яка злови-

вала своїм суб'єктивним цивільним правом.

Для визнання шикани судова практика Франції враховує не тільки направлені дії особи щодо завдання шкоди іншим суб'єктам, а й інші обставини: вину, відсутність законних інтересів у здійсненні суб'єктивного цивільного права тощо. Також можна зустріти випадки обмеження права власності французькими судами. Наприклад, суди відмовляли в задоволенні позовів про зведення на земельній ділянці власника споруд з метою завдати шкоди сусідові по земельній ділянці. За свідченням В. П. Доманжо, користування правом, єдиною метою якого було завдання шкоди, завжди визнавалось зловживанням [12, с. 16].

Дотепер французький законодавець так і не зміг сформулювати поняття зловживання суб'єктивними цивільними правами і виокремити його основні форми. Цивілістична доктрина та судова практика в цьому плані мають великі напрацювання і термін «зловживання правом» використовується уже давно.

Прогресивним щодо даного принципу є цивільне законодавство Швейцарії. Саме там вперше було введено поняття «зловживання цивільними правами». Основними кодифікованими актами з даного питання були Цивільне уложення Цюріхського Кантону та Швейцарське цивільне уложення.

Ст. 1832 Цивільного уложення Кантону передбачала, що «той, хто здійснює своє право, не зобов'язане винагородою, не може здійснювати його на шкоду іншому» [8]. Тобто в цьому акті вже згадувалось про заборону зловживання правом з метою завдання шкоди. Хоча дане Уложення діяло тільки в рамках однієї про-



вінції — Кантон, але воно позитивно вплинуло на інший кодифікований акт — Швейцарське цивільне уложення. Також інші норми Кантонського уложення не припускали користування правом власності з метою завдання шкоди сусідам. Так, ст. 618 вказувала, що «користування будинком чи землею, яке негативно впливає на інших осіб, не дає права на заперечення», а ст. 619 передбачала право потерпілого на звернення до суду з проханням про захист від подібного користування.

10 грудня 1907 року було прийнято Швейцарське цивільне уложення. Воно містить ст. 2, яка встановлює: «Будь-хто при здійсненні своїх прав і виконанні обов'язків повинен діяти по добрій волі». Багато вчених-цивілістів тлумачать дану норму як явну заборону шикани.

І. А. Покровський провів порівняння норм Швейцарського уложення і Німецького уложення та виявив суттєву різницю між ними [19, с. 115-116]. Стаття 2 Швейцарського уложення містить більш загальні положення і забороняє будь-яке здійснення права, що суперечить «добрим началам». Тоді як § 226 Німецького цивільного уложення зловживанням вважає тільки здійснення права, яке має одну мету — завдання шкоди іншому. Норма Швейцарського уложення ширше розуміє шикану, і встановлює множину випадків її виникнення, тоді як

§ 226 Німецького уложення є занадто вузьким, але конкретнішим.

На нашу думку, Швейцарське уложення забороняє будь-які форми зловживання правом, а Німецьке уложення тільки шикану, хоча — швейцарський законодавець не виділяв суттєвих ознак даного зловживання та не встановлював його форми.

Підсумовуючи огляд розвитку уявлень і нормативних положень про зловживання цивільним правом з наміром завдання шкоди в романо-германській правовій системі, відзначимо стійку тенденцію, що виражається в науковому і практичному інтересі до проблеми неналежного здійснення цивільних прав у всіх цивілізованих державах світу. Європейське право, «вийшовши з однієї і тієї ж відправної думки про заборону шикани» вилилось в два абсолютно різні типи. По-перше, «об'єктивне» трактування зловживання як поведінки, що не відповідає принципу справедливості і добрим намірам, тобто об'єктивне несумлінне діяння. По-друге, «суб'єктивне», де намір, мета, бажання, інші особові і психологічні характеристики перетворюють здійснення правомочності з правомірного діяння в делікт. ♦

Список використаних джерел:

1. Агарков М. М. *Избранные труды по гражданскому праву : в 2-х т. — [Т. II]. — М. : АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. — 452 с.*
2. Агарков М. М. *Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве // Известия АН СССР. — 1946. — № 6. — С. 424-436.*



3. Алексеев С. С. *Общая теория права : в 2-х т. — М. : Юридическая литература, 1981. — Т. 1. — 360 с.*
4. Годзме Е. *Общая теория обязательств / пер. с фр. Новицкого И.Б. — М.: 1948. — С. 328.*
5. *Гражданское право : в 2-х т. : учебник / [В. С. Ем, И. А. Зенин, Н. И. Коваленко и др.] / отв. ред. Е. А. Суханов. — М. : БЕК, 2000. — Т. 1. — 816 с.*
6. *Гражданское уложение Германии. / Научн. редакторы : А. Л. Маковский и др. — 2-е изд., доп. — М. : Волтерс Клувер, 2006. — 816 с.*
7. *Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / пер. с франц. В. Захватаев / [отв. ред. А. Довгерт]. — К.: Истина, 2006. — 1008 с.*
8. *Гражданское Уложение Цюрихского Кантона. — СПб. : Издание редакционной комиссии по составлению Гражданского Уложения, 1887. — 890 с.*
9. Грибанов В. П. *Осуществление и защита гражданских прав. — М.: Статут, 2001. — 411 с.*
10. Грибанов В. П. *Пределы осуществления и защиты гражданских прав. — М. : Статут, 1992. — 208 с.*
11. Давид Р., Жоффре-Спиноза К. *Основные правовые системы современности (сравнительное право). — М., 1967. — С. 29.*
12. Доманжо В. П. *Вопрос об ответственности за вред, причиненный при осуществлении права, в проекте нашего Гражданского уложения // Сборник статей по гражданскому и торговому праву. — М., 1915. — с. 16.*
13. Еннекцерус Л. *Курс германского гражданского права : Т. 1. — полутом 2 : Введение и общая часть. — М., 1950. — 556 с.*
14. Смельянов В. И. *Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. — М. : Лекс-Книга, 2002. — 160 с.*
15. Иоффе О. С. *Избранные труды по гражданскому праву: из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». — М. : Статут, 2000. — 777 с.*
16. Максименко С. Т. *Осуществление гражданских прав и исполнение обязанностей : автореф. дис... канд. юрид. наук / Саратовский юридический институт им. Д. И. Курского. — Саратов, 1970. — 17 с.*
17. Марченко М. Н. *Правовые системы современного мира : учебное пособие. — М. : ИКД «Зерцало-М», 2009. — 528 с.*
18. Мирошникова Н. И. *Механизм осуществления субъективных гражданских прав : учеб. пособие. — Ярославль: Ярослав. гос. ун-т, 1989. — 82 с.*
19. Покровский И. А. *История римского права. — М. : Статут, 2004. — 540 с.*
20. Саватье Р. *Теория обязательства, юридический и экономический очерк. — М., 1972. — С. 328.*
21. Саидов А. Х. *Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности) : учебник / [отв. ред. В. А. Туманов] — 2-е изд., доп. и перераб. — М.: Юрист, 2009. — 510 с.*
22. *Советское гражданское право : учебник : в 2-х т. / Под ред. О. А. Красавчикова. — М.: Высшая школа, 1985. — Т. 2 / С. А. Верб, Ю. Е. Добрынин, Т. И. Илларионова и др. — 544 с.*
23. Хропанюк В. Н. *Теория государства и права : учеб. пособие. / под ред. проф. В. Г. Стрекозовой. — М., 1996. — 377 с.*
24. Ян Шапп. *Система германского гражданского права : учебник / пер. с нем. С. В. Королева. — М. : Междунар. отнош., 2006. — 360 с.*



ЕВОЛЮЦІЯ ПРАВОВИХ ЦІННОСТЕЙ ТА ІДЕЯ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ

Василь Невідомий,

член Рахункової палати України, кандидат юридичних наук

Незважаючи на очевидний, на перший погляд, взаємозв'язок між ідеєю конституціоналізму та принципом «панування права», що передбачає нормативну регламентацію владних повноважень державних органів у плані гарантування непорушності певних суб'єктивних прав, визнаних «надзаконними» та «позавладними», в сучасній загальній теорії права та конституційно-правовій науці простежується доволі суперечливе ставлення до такого підпорядкування діяльності держави праву. Особливої виразності зазначена обставина набуває у дискусіях щодо розробок концепції правової держави та стратегій її реалізації. При цьому, як переконує аналіз вузлових моментів таких дискусій, основним «камнем спотикання» тут фігурує дещо «парадоксальний» характер смислового ядра даної концепції: адже, з одного боку, вона базується на постулюванні пріоритету права перед державною владою (як у сенсі історичного передування ціннісно-правових орієнтирів розвитку інституцій держави, так і в логічному розумінні), а з другого — позавладними засобами гарантування та механізмами забезпечення правові норми, зазвичай, не набувають тієї валідності, що перешкоджала б їхньому «знецінненню» в масовій свідомості.

Відповідним чином, попри свою гостру актуальність, ідея побудови правової держави наразі має не лише своїх прибічників, але й зустрічається з досить відвертим її неприйняттям як чергової «соціально-політичної утопії» (через те, що «істинно правова» нормативність, на противагу моральній, культурно-звичаєвій, релігійній, корпоративній тощо ґрунтується аж ніяк не лише на внутрішньосуб'єктивному переконанні та засобах громадського впливу, а тому, будучи суцільно «державним утворенням», не може здійснюватися поза державою чи «над» державою). Наприклад, існує точка зору, згідно з якою в ідеї підпорядкування держави праву вбачається «велика методологічна помилка», оскільки в реальному житті все відбувається якраз навпаки: «яка держава — таке й право; саме держава повинна дорости до рівня прийняття таких законів, що виражають інтереси державно-організованого суспільства, за допомогою яких вона й оформлює організацію та діяльність публічної політичної влади, а також її взаємовідносини з індивідами як суб'єктами права» [8, с. 46]. Але навіть і у цьому випадку «правова держава, як і будь-яка інша, не втрачає своїх можливо-



стей створювати правові норми, а подекуди й санкціонувати інші окремі регулятори, надаючи їм юридичної сили..., виключно у власних інтересах» [8, с. 46]. До того ж орієнтація на розбудову правової держави проголошується в межах даної позиції нелегітимною з точки зору ставлення до неї з боку громадськості країн пострадянського простору (особливо тих, що мають глибоко укорінені патріархальні традиції слов'янської культури). Зокрема, «у Росії недовіру до цінностей правової держави висловлюють як прості громадяни, так і значна частина інтелігенції. Зрозуміти їх цілком можливо: правова держава їх не влаштовує не лише традиційно (за менталітетом), але й через те, що цінності правової держави вважаються західними, а, отже, — чужими для росіян. Відтак, спроба руху в бік правової держави в Росії для багатьох є настільки ж утопічною, наскільки був утопічним свого часу «вірний шлях до комунізму» [8, с. 45].

Однак, на мою думку, «методологічною помилкою» радше варто визнати відслідковуване у наведеній позиції «змішування» цілей та засобів права, його смислової ідеї та способу її реалізації. Адже насправді, мабуть, не право існує для держави, а саме держава конститується в суспільному бутті як засіб забезпечення правової свободи (так само, до речі, як і відповідна залежність стану здоров'я будь-якої нації від стану розвитку її медицини ще не може визнаватися достатньою підставою для висновку про те, що метою здоров'я є вдосконалення медичних засобів, а не навпаки).

З іншого боку, не менш суперечливою виявляється й «опозиційна» точка зору, котра полягає у жорст-

кому розмежуванні «природного» й «державного» права та спробах логічного підпорядкування другого першим (оскільки «універсальна прескриптивність» природно-правових норм «носить безособово-авторитарний характер» [1, с. 323]). При цьому передбачається, що «норми природного права, маючи максимально широке, універсальне значення, адресовані всім, без винятку, правоздатним суб'єктам і закликають до дотримання сформульованих ними приписів, тому що ті відповідають вимогам вищої, абсолютної справедливості. Ці вимоги категоричні у тому розумінні, що не залишають можливості для сумнівів та вагань..., не залежать від змін соціально-історичних умов і не підлягають девальвації. Вони не є продуктом волі держави, не декретуються її розпорядженнями і стоять вище за її нагальні інтереси та потреби. Через те вони здатні виступати у ролі ціннісних критеріїв правотворчої діяльності законодавців різних держав у різні історичні періоди» [1, с. 323, 325-326].

Щоправда, ціннісні орієнтири природного права навряд чи доречно вважати «абсолютними» та «інваріантними» в історико-культурному відношенні. Вони також мають свою генезу та набувають відповідних конкретнобуттєвих форм, в контексті еволюції яких відбувається становлення і самої ідеї конституціоналізму як правового «приборкування» влади. У цьому можна доволі легко переконатися шляхом навіть побіжного аналізу витоків та подальшої динаміки розвитку основоположних правових цінностей.

Почнемо з того, що суто природне (досоціальне) буття взагалі є ціннісно-іррелевантним. Адже поняття



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

«цінність» набуває свого змісту лише в межах осмисленої діяльності, що передбачає свідоме прагнення досягнути деякої заздалегідь визначеної мети. Тобто будь-яка ціннісна шкала є ознакою *раціонально-доцільної* активності, тоді як природній організації, якщо й притаманна певна «онтологічна доцільність», то вона все ж таки характеризується *стихийним*, несвідомим характером (скажімо, процеси утворення порядку в кристалічних структурах регулюються не шляхом реалізації будь-яких смислових ідей, а виключно іманентними самій природі механізмами тяжіння до найбільш імовірних станів стійкої рівноваги). Навіть сам феномен життя починає набувати своїх аксіологічних вимірів і не редукуватися до простого інстинкту самозбереження тільки за умови соціокультурного відокремлення «належного» від «сущого», «людиномірного» від «первісно-природного». Так само, лише мірою відносного «звільнення» від стихій та детермінацій «зовнішньої», «позалюдської», природи шляхом формування й структурування власної соціальності, поступово утверджується і ціннісний статус *свободи*, котрий також еволюціонує разом з розвитком суспільства як засобу, з одного боку, розширення рамок «природної свободи» індивіда, а, з другого — такого нормативного обмеження суспільної свободи всіх, щоб уможливити забезпечення принаймні її «належного мінімуму» для кожного. Тож зародження й розгортання правової реальності як самоорганізованої регулятивної підсистеми суспільного буття нерозривно асоційоване з динамікою форм усвідомлення та здійснення суб'єктивної свободи. Як відзначав ще Г. Гегель,

«кожен ступінь розвитку ідеї свободи має своє власне право, оскільки він є здійсненням свободи в одному з її історичних визначень» [3, с. 44]. Наприклад, первісний зміст свободи, притаманний родоплемінним формам суспільної організації, ще не виходив за межі свого суто «екстерналістського» аспекту: свобода мислилась лише як «буттєва відстороненість» і, тим самим, захищеність від зовнішнього природного та суспільного (чужерідного) оточення; однак при цьому ще не було й гадки щодо здобуття особистісної суб'єктивної свободи всередині общини. І, звичайно ж, зовсім новий змістовний «відтінок» дане поняття отримало з розвитком інституту приватної власності, завдяки якій індивід здобув статус *особистості*, тобто «відособленості» й нетотожності роду. Адже *право* власності за своєю сутністю передбачає визнання цього ексклюзивного персонального права з боку інших суб'єктів та відповідних нормативних гарантій непорушності суб'єктивної свободи володіння: «для власності як *буття* особистості не досить мого *внутрішнього* уявлення й моєї волі, що дещо має бути моїм, — для цього потрібно *вступити* у володіння ним. *Буття*, яке, таким чином, одержує це воління, включає в себе й визнання інших... У тому, що особа вкладає свою волю в річ, полягає поняття власності, все інше лише його реалізація... Якщо я роблю річ моєю, я надаю їй цей предикат, який має проявлятися в ній у зовнішній формі, а не залишатися тільки в моїй внутрішній волі» [3, с. 62]. Тож свобода вже набуває тут ще й «інтерналістського» змісту — її спрямованості на подальшу автономізацію особи не лише перед «зовнішніми загрозами», але й на



тлі форм власно створеної соціальності. До останніх належить насамперед феномен влади, генеза якого пов'язана із засобами та механізмами забезпечення права. У цьому відношенні доречно згадати такі слова Р. Гвардіні: «Дикість у її першій формі переможена: навколишня природа підкорюється нам. Але вона знову з'являється всередині самої культури, і стихія її — те саме, що здолало первісну дикість: сама влада». Наразі у людства вже є досить потужна «влада над речами, але немає, або скажемо більш обнадійливо, поки що немає влади над своєю владою» [2, с. 155].

Певна річ, разом з переосмисленням свободи відбувається відповідна переоцінка людського життя: його цінність все менше визначається родом, кланом чи суб'єктом політичної влади; тобто мірою автономізації особи, бо життя стає все більш *самоцінним*. Своєю чергою, зазначені обставини спонукають як кількісне зростання «питомої ваги» такої цінності, як *людська гідність*, так і якісні її трансформації у напрямку визначеності передусім особистими заслугами та здобутками індивіда, а не тільки її приналежністю до того чи іншого «шляхетного» роду, стану, касти тощо.

Здається, тісний взаємозв'язок таких основних цінностей права, як життя, свобода (що, зрештою, реалізується у праві на самовизначення особистого життя, у свободі об'єднань, угод, трудових відносин, слова, друку, совісті тощо), людська гідність, власність та ін., є достатньо очевидним, щоб не вдаватися до подальших деталізацій його висвітлення. Саме завдяки такій їхній корелятивній взаємовизначуваності будь-які змістовні зміни

щодо розуміння хоча б однієї з них призводитимуть до відповідної «ревізії» інших, що є істотним фактором їхньої самоорганізації як єдиної аксіологічної системи, загальний стан якої резюмується поняттям *правової справедливості*. Остання зазвичай розглядається як окремий ціннісний вимір суспільного буття взагалі та правової реальності зокрема, фігуруючий відносно них в ролі загального легітимізаційного критерію. Як зауважував Д. Ллойд, у системі правових цінностей «існує більш глобальна (порівняно з кожною окремо взятою такою цінністю — *авт.*) мета, яка завжди стоїть перед правом: ця мета — справедливість. Ідея права в усі часи асоціювалась з ідеєю справедливості; і, якщо погодитися з тим, що це і є той вищий принцип, до здійснення якого повинно прагнути право, то можна прийти до розуміння його мети прямо й безпосередньо, не вдаючись до дискусій про вищі цінності людських суспільств з усіма їх суперечностями та невизначеностями. Врешті-решт, хіба не є усі такі цінності, що намагаються знайти своє втілення в законах суспільства, всього лише окремими вираженнями загального прагнення до справедливості» [4, с. 132]?

Справді, будь-які уявлення про реалізацію прав на життя, власність, особисту чи політичну свободу тощо є аксіологічними специфікаціями й фрагментами загальної картини «належного буття», охоплюваної, відповідно, ширшим поняттям «справедливості». Причому, варто відзначити, що зміст даного поняття є ще мінливішим (як у часовому, так і у культурно-просторовому сенсі), ніж характеризуючі ознаки решти правових цінностей. Адже,



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

як згадувалося вище, дане поняття уособлює загальний стан усієї системи ціннісних основ права, а тому в контексті його змістовності зазвичай відображаються смислові модифікації інших аксіологічних понять, що конкретизують ідею справедливості. Навіть такий фундаментальний і, здавалося б, найстійкіший момент такої, як ідея рівності, зазнав низки історичних трансформацій. Скажімо, у своєму первісному розумінні ця ідея асоціювалася здебільшого з прагненням фактичної рівності, порушення якої сприймалось «обділеною» частиною соціуму як «несправедливість», що зазвичай призводило до дестабілізації рівноваги в людських стосунках. Тоді як, така «зрівнялівка» вбачається несправедливою з точки зору тих учасників відносин, чий вклад у спільну справу є відчутно більшим за інших (що, певна річ, стримує їхню суспільно корисну активність у разі неможливості відповідного коригування нормативних основ даних відносин). Подібне тлумачення «справедливої рівності» є прийнятним лише у тих окремих випадках, коли особистий внесок усіх учасників є практично однаковим (через його штучне унормування, а, отже, «вирівняності», незважаючи на різний індивідуальний потенціал кожного з них) або ж за умов відсутності підстав для визначення відмінностей між такими внесками (як, наприклад, при самому складанні контракту, коли ще невідомо, якою мірою кожна з його сторін надалі виконуватиме свої договірні обов'язки, початково передбачається абсолютно рівне партнерство). Однак у більш широких масштабах цей принцип «простої арифметичної рівності... за формулою: кожному — однакову частку»

не спрацьовує. «Можна припустити, що лише репресивне суспільство могло б нав'язати таку рівність, причому на шкоду всім» [9, с. 122].

Коли ж на ґрунті розвитку відносин власності та вільного обміну відбувається автономізація особи як правосуб'єкта, здобуття нею відносної незалежності від жорстких рамок суспільного розподілу та «родової нормативності», то спостерігається переосмислення змісту рівності від його суто «арифметичного» розуміння до «пропорційного» (кожному — за заслугами; тобто частка суспільних винагород у вигляді благ, прав і свобод має визначатися, щоб бути «справедливою», спільним коефіцієнтом пропорційності щодо частки особистого вкладу), а потім і до «кваліфікаційного» (за принципом: кожному — своє, тобто визначуване «природними задатками» індивіда, через які він посідає власне особливе місце в суспільстві). В останньому розумінні справедливості тлумачиться у тому формальному сенсі, що передбачає рівність лише серед рівних. Подібне тлумачення ми знаходимо і у Платона, котрий наполягав на «природності» саме такого підходу: «згідно із законом, говориться, що несправедливо й ганебно мати більше від багатьох, і називається це творенням несправедливості. Але сама природа, на мою думку, переконує, що це справедливо, коли кращий підвищується над гіршим, а сильніший — над слабшим. Що це так, видно повсюдно, як між тваринами, так і між людьми; цілі держави й народи справедливості так розуміють: сильніший панує над слабшим і має більше від нього» [7, с. 191-192]. До речі, ідея такого тлумачення справедливості, попри свої історико-



культурні специфікації, виявилася досить стійкою в своїй концептуальній основі. Навіть у значно пізніші часи, зокрема за часів Г. Гегеля, «природна нерівність людей» фігурує підставою для зруйнування міфу про омріяну «всезагальну рівність» як основу суспільної справедливості: «Не варто говорити про *несправедливість природи* в нерівному розподілі володінь і статків, адже природа не вільна, а отже, не може бути ні справедливою, ні несправедливою. Рівність, яку хотіли б упровадити в розподіл майна, все одно було б через короткий час порушено, оскільки статки залежать від працьовитості. Того, що неможливо втілити в життя, не варто й почина-ти. Адже люди справді рівні, але як особи, тобто відносно джерела їхнього володіння. З цього випливає, що кожна людина повинна б мати власність» [3, с. 61].

Таке повернення до ідеї природних основ суспільної нерівності стало своєрідною реакцією на досить тривале домінування в європейській культурі ортодоксально-християнського вчення про «богоданість» дійсності, а, відповідно, й «замикання» сфери належного виключно на таких мірилах «праведності», як покора, терпимість, мучеництво тощо. Будь-яка ж спроба щось змінити в «справедливо та розумно створеному Богом світі» асоціювалася з «ганебною гординою». Тож рівність тут тлумачилась виключно як «рівність перед Творцем», так що всі мали *однаково* приймати здійснювану ним волю.

Коли ж йдеться про справедливу правову організацію демократичного суспільства, то при цьому зміст рівності, зазвичай, не обмежується лише формально-юридичним її

аспектом, тобто рівністю перед законом. Як з іронією пише Д. Ллойд, «за часів правління королеви Вікторії один англійський суддя цинічно заявив: «Закон, як і готель Ріц, однаково відкритий для всіх — і можних, і бідних». Але ж така формальна рівність навряд чи принесе яку-небудь користь бідному» [4, с. 137]. Тож сучасні правові системи прагнуть, за можливістю, зменшити ефект юридичних наслідків існуючих соціально-економічних відмінностей в суспільстві. Зокрема, вони ґрунтуються на тому, що справедливість — це «обумовлена природним правом загальнолюдська цінність, яка становить собою захищені правом, соціальною, правовою державою і всім демократичним ладом рівні можливості доступу кожної людини до соціальних благ та інших життєвих цінностей, а також їх розподіл та законне використання з урахуванням збереження людської гідності, можливостей держави та власного вкладу в суспільне благо» [6, с. 43].

Разом з тим, як уже згадувалося, апелювання до так званих «констант природного права» тягне за собою низку досить складних перешкод, пов'язаних насамперед із неодномірністю та мінливістю людської природи. В силу даної обставини, жодна більш-менш фіксована система «критеріїв справедливості» не буде універсальною, постійно виявляючи свою відносність та обмеженість. Тож доводиться констатувати, що «взагалі, про справедливість нічого путнього не скажеш, скільки не намагайся. Якщо в найзагальнішому вигляді, то це складна ментальна конструкція, що суперечливо поєднує в собі ідеї рівності та нерівності... Примітивна свідомість



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

і обмежується рівністю, причому рівністю в розподілі всіх можливих цінностей. Тоді, якщо хтось мене випередив, піднявся над загальним рівнем, я відчуваю, що порушено порядок буття... Розвинене, чи цивілізоване, почуття справедливості не сумісне із заздрістю. Справедлива людина визнає необхідність рівності в головному — у свободі. І визнає нерівність індивідуальних життєвих досягнень. Не як порушення порядку буття, а як його сувору правду» [10, с. 5].

Тут, щоправда, варто зауважити, по-перше, на те, що навіть такий доволі абстрактний критерій справедливості навряд чи можна визнати універсальним (вже хоча б через неоднозначність як самого змісту поняття «свобода», так і ціннісного відношення до цього феномена). По-друге, зміст справедливості, вочевидь, не обмежується прагненням свободи, а, тим більше, аж ніяк не завжди передбачає «рівності в свободі» (наприклад, обмежуючи свободу особи, що скоїла тяжкий злочин, шляхом її ізоляції від суспільства, ми тим самим, мабуть, не вчинили б несправедливо). Та й взагалі свобода є не тільки метою правового буття, скільки його засобом. Вона є не тільки соціальним благом, але й, водночас, «важким тягарем» відповідальності за спрямування й наслідки її реалізації, котрі, певна річ, не визначаються самим лише фактом забезпечення свободи, оскільки остання може бути використана (зокрема, владою, що має бути її гарантом) як у суспільно корисний спосіб, так і навпаки. Тож в плані вирішення проблем щодо доцільної зорієнтованості й справедливого конституційного обмеження владної свободи, а також закладен-

ня нормативних основ дійсно *правового* порядку в суспільстві подібний критерій був би надто хиткою легітимуючою підставою.

На мою думку, найпершим кроком у пошуках виходу з цієї, начебто, «патової» ситуації повинен стати відхід від суто формально-логічного розуміння справедливості як абстрактно-загальної «єдності людства у спільній природі». Адже справжня його єдність полягає не стільки у наявності певних спільних ознак, притаманних кожному людському індивідові (абстрагуючи, виокремлюючи які, ми отримали б загальні мірила «людяності»), скільки у тих дійсних чинниках, що спонукають та підтримують його соціально-згуртований стан. До речі, асоціативна сила таких зв'язків значно більшою мірою визначається *відмінностями* між індивідуальними здатностями, аніж їхньою повторюваністю: прагнення компенсації дефіциту власних можливостей пов'язує людей міцніше, ніж бажання бачити перед собою свою подобу. І саме ця самоорганізована людська інтерактивність є реальним джерелом постійно змінюваного смислового змісту правової справедливості, виміри та характеристики якої конкретизуються у системі решти цінностей права. Зауважу, що йдеться не стільки про вже існуючі, «готові» традиційні культурні норми (оскільки далеко не всі з них є однаковою мірою актуальними та підтримуваними, бодай, більшістю суспільного загалу), а радше про їхні «коригуючі перевірення» у ті нормативні начала, які формуються у поточному комунікативному дискурсі й стають найбільш значущими й потужними єднальними факторами соціуму. Їхня «природність» як раз і полягає в тому,



що вони складаються безпосередньо в контексті самоупорядкування (а не «зовнішньопримусової» організації) людських відносин. Як слушно відзначає С. І. Максимов, «подібно до сутності людини, природне право як сутність права — це не дане, не задане, воно повинно постійно здійснюватися по-новому, щоб прийти до самого себе. Немає готового права, в усі часи право встановлювалося, і у цих встановленнях мали місце спроби здійснення сутності права. Воно є абсолютним, але не у розумінні вічності й незмінності, а в плані абсолютності мети здійснення людської сутності, без пошуків якої є неможливими ніякі відносні форми людського існування» [5, с. 210]. Інакше кажучи, право, втілене не в самій лише його «смысловій ідеї», але й у реальних формах його матеріалізації та здійснення, є, без сумніву, таким продуктом людської діяльності, котра не обходиться без активної участі державних інституцій. Однак при цьому ми не можемо однозначно й переконливо стверджувати те, що «якою є держава, таким є й право». Наприклад, зафіксована у ст. 27 Конституції України невід'ємність права на життя жодним чином не може бути виведеною з існуючого в нашій країні державного устрою чи організації влади. Вона також не залежить від матеріально-технічних та фінансових можливостей держави (на відміну, скажімо, від гарантованості ст. 46 Конституції України права на соціальний захист). І хоча можна сперечатися стосовно доцільності безвиняткового скасування на цій підставі смертної кари, очевидно є не тільки юридична, але й насамперед культурно-ціннісна природа даної норми.

Отже, динаміка становлення й розвитку правової реальності об'єктивно схиляється до генерування та подальшого вдосконалення всередині останньої таких механізмів самоорганізації (здійснюваної в перманентному циклічному режимі між ідеально-смысловими та матеріально-буттєвими формами втілення права), узгоджуваність із якими є базовим фактором легітимності правотворення, починаючи з самих його конституційних основ. Разом з тим, як переконує нинішній стан здійснення ідеї конституціоналізму, ця ідея вже не може обмежуватись простим нормативним закріпленням не порушних суб'єктивних прав і свобод в основному законі (вже хоча б через досить відчутну віддаленість між декларованими та реальними правами людини й громадянина). Для того, щоб принаймні скоротити цю навряд чи коли-небудь остаточно здолану дистанцію, правова система має стати більш «чутливою» до згаданих самоорганізаційних механізмів. Зокрема, цього можна досягти шляхом раціонального поєднання централізованої конституційності з «поліцентричним» конституційним порядком: коли положення основного закону сприяють розвитку локальних форм соціально-правового упорядкування, внутрішня нормативність яких є значно простіше узгоджуваною до високого рівня її легітимності і, відповідно, слугує основою для поглиблення довіри населення до самих конституційних норм, удосконалюваних на базі результатуючих узагальнень виявів такої «локальної нормативності». ◆



Список використаних джерел:

1. Бачинин В.А. *Философия права и преступления* / В.А.Бачинин. — Х. : Фолио, 1999.
2. Гвардини Р. *Конец нового времени* / Р.Гвардини // *Вопросы философии*. — 1990. — №4. — С. 127-163.
3. Гегель Г.В.Ф. *Основы философии права, або природне право і державознавство* / Г.В.Ф.Гегель. — К. : Юніверс, 2000.
4. Ллойд Д. *Идея права* / Д.Ллойд. — М. : ЮГОНА, 2002.
5. Максимов С. И. *Правовая реальность: опыт философского осмысления* / С.И.Максимов. — Харьков: Право, 2002.
6. Мозоль Н. *Сучасний погляд на справедливість* / Н. Мозоль // *Право України*. — 2007. — №5. — С. 39-44.
7. Платон. *Горгій* // *Платон: Діалоги*. — К. : Основи, 1999. — С. 155-233.
8. Раянов Ф.М. *Матрица правового государства и наша юридическая наука* / Ф.М.Раянов // *Государство и право*. — 2006. — №8. — С. 45-49.
9. Рікер П. *Право і справедливість* / П.Рікер. — К. : Дух і літера, 2002.
10. Шкода В. *Заздрість — мати справедливості* / В.Шкода // *День*. — 2001. — 12 вересня.

ЦІКАВО ЗНАТИ**ПРАВО НА ІНТЕРНЕТ**

З 1 липня цього року кожен громадянин Фінляндії, відповідно до розпорядження уряду, отримав забезпечене законом право на доступ в Мережу через мегабітний канал.

За очікуваннями, до 2015 року жителі країни будуть виходити в Інтернет на швидкості в 100 мегабіт в секунду.

За словами міністра зв'язку Фінляндії, в уряді визнали, що Інтернет з розваги став частиною повсякденного життя. Послуга з доступу в Інтернет юридично не відрізнятиметься від надання поштових і телефонних послуг.

У Фінляндії до мережі підключено близько 96% користувачів. До Інтернету не підключені користувачі у всього чотирьох тисячах будинків. Новий закон зобов'язує провайдерів прокласти лінії і до них.

Зазначимо, у Великобританії вихід у Інтернет мають лише 73% населення. Уряд планує підключити помешкання всіх жителів королівства до двухмегабітного каналу до 2012 року. На відміну від фінського плану, британський не накладає на провайдерів та інші сторони юридичних зобов'язань.

В Україні, за даними дослідження Miniwatts Marketing Group, налічується 10,4 млн користувачів Інтернету, це менше 25% населення. Зате за розміром аудиторії країна входить в десятку лідерів у Європі.

Між тим, за інформацією Міжнародного союзу електрозв'язку, Інтернет нині недоступний третині населення Землі, тоді як користуватися мобільним зв'язком можуть близько 90% людей планети.

*За матеріалами сайтів:
CNews, korrespondent.net*

ПРАВОВІ ПИТАННЯ УДОСКОНАЛЕННЯ АГРАРНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

І. Духневич,

аспірант Волинського національного університету імені Лесі Українки

Перспективний розвиток аграрного законодавства є однією з найважливіших функцій держави, що повинна виконуватись на відповідному науковому рівні, із врахуванням розвитку продуктивних сил та виробничих відносин. Відставання щодо впорядкування і вдосконалення аграрного законодавства можуть не лише стати певним гальмом становлення та розвитку ринкових відносин в аграрній сфері національної економіки, але й негативно вплинути на загальний стан економіки України.

Суперечності в аграрному законодавстві породжуються такими причинами, як: по-перше, застарілістю нормативно-правових актів, прийнятих одночасно, внаслідок нерівномірного розвитку аграрних відносин; по-друге, динамікою, різноманітністю умов сільськогосподарського виробництва, що регулюються правовими нормами, прийнятими в різний час. До диспропорції правового регулювання аграрних відносин призводять суперечності між аграрними відносинами та нормами, що їх регулюють. До порушення узгодженості системи аграрного законодавства призводять суперечності між самими правовими нормами та інститутами аграрного права. За таких умов набуває особливої актуальності тема даного дослідження.

Загальнотеоретичні питання ефективності і вдосконалення законо-

давства постійно перебувають у полі зору таких науковців, як В. Б. Авер'янов, С. Б. Бобровник, О. Л. Богинич, Н. М. Пархоменко, В. Ф. Сіренко, В. Н. Денисов та ін. Серед досліджень, пов'язаних із удосконаленням аграрного законодавства, важливе місце належить працям В. З. Янчука, В. І. Семчика, О. О. Погрібного, Н. І. Титової, В. Л. Мунтяна, Ю. С. Шемшученка, В. І. Андрейцева, В. М. Стретовича, А. М. Статівки, П. Т. Проценко, В. М. Єрмоленка, П. Ф. Кулинича, Ц. В. Бичкової, І. А. Дмитренка, В. М. Шульги, В. В. Носіка, О. А. Поліводського, С. Ф. Домбровського, В. А. Сонюка, З. А. Павловича та ін.

Переходячи до викладення основного матеріалу, слід відзначити, що в юридичній літературі неодноразово висловлювались думки, що з метою удосконалення національного законодавства необхідно вирішити такі проблеми: проаналізувати стан сучасного законодавства та законодавчої діяльності; передбачити тактику та методику удосконалення чинного і формування майбутнього законодавства; відпрацювати на системній основі головні принципи розвитку законодавства; звернути належну увагу на форми, засоби і прийоми законотворчості [4, с. 62]. Один зі шляхів удосконалення законодавства на науковій основі полягає в послідовному втіленні у



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

життя, під час його поновлення та упорядкування, вироблених науковою принципі побудови системи законодавства [3, с. 39]. Вважаємо, що лише науково-обґрунтований підхід при розробці нормативно-правових актів, що містять аграрно-правові норми, дозволить досягнути бажаних результатів в процесі формування галузі аграрного законодавства.

Недоліки в українському законодавстві, на думку В. М. Стретовича, обумовлені відсутністю концепцій його розвитку чи правової політики в Україні. [9, с. 10]. Як обґрунтовано зазначає Ю. С. Шемшученко, метою концепції розвитку законодавства України є сприяння формуванню якісно нової системи законодавства і права, визначення динаміки і пріоритетів у галузі нормотворчості, підвищення ефективності правового регулювання суспільних відносин [11, с. 43]. Тому, на думку автора, передумовою ефективного розвитку аграрного законодавства повинна стати Концепція розвитку аграрного законодавства, що включатиме в себе систему теоретичних положень і висновків, комплекс пропозицій і рекомендацій, спрямованих на усунення існуючих недоліків в аграрному законодавстві України і подальше його удосконалення.

На жаль, чимало актів аграрного законодавства мають декларативний характер і позбавлені регулюючого впливу; існує значна кількість прогалин у законодавстві; безліч дублювань створюють додаткові труднощі. Сьогодні постає загальна проблема вдосконалення аграрного законодавства України, пов'язана із впорядкуванням правового регулювання суспільних відносин у сільському господарстві. Важливим моментом при цьому виступає наукова обґрун-

тованість процесу та придатність його результатів на практиці, його максимальна практична ефективність. Таким чином, проблема вдосконалення аграрного законодавства, на думку О. В. Салко, має безпосередній зв'язок із теоретико-науковими завданнями вивчення проблем аграрного права України. Тісно контактує вона і з практичними завданнями щодо використання науково обґрунтованих результатів у правовому регулюванні конкретних суспільних відносин [6, с. 181].

Виходячи із наявних недоліків аграрного законодавства, його удосконаленню сприятиме передусім робота щодо ліквідації множинності та суперечностей в аграрному законодавстві. Його аналіз засвідчує, що трапляються непоодинокі неузгодженості між приписами, породжені різними нормотворчими органами, прогалини в регулюванні аграрних відносин; несвоєчасне реагування на зміни в нормативних актах вищих нормотворчих органів.

Практичне застосування прийнятих законодавчих актів показує їхню недосконалість і неоднозначне сприйняття. До основних недоліків чинного аграрного законодавства З. А. Павлович відносить: невизначеність пріоритетності щодо прийняття законодавчих актів; численні зміни і доповнення до законів; нестабільність та внутрішня суперечливість законодавчих актів та окремих їх норм щодо регулювання аграрних відносин; правова неврегульованість багатьох аграрних відносин; диспропорція у співвідношенні законів та підзаконних актів; недостатня наукова обґрунтованість частини законодавчих актів, їх декларативність і безадресність, відсутність у багатьох законах механізмів їх реалізації. На



ефективність аграрного законодавства впливає відсутність у переважній більшості випадків правових актів прямої дії. Майже до кожного аграрного закону для безпосереднього втілення в життя приймається низка додаткових правових актів, інструкцій [5, с. 96].

Важко не погодитись з думкою С. А. Боголюбова про те, що з метою забезпечення законності і дотримання вимог законодавства, для правового забезпечення аграрних відносин правотворчим органам необхідно зосередити увагу на правозастосуванні, а саме: проводити інвентаризацію нормативно-правових актів, виявляти в них прогалини і суперечності і забезпечувати повну реалізацію власних правозастосовчих функцій [18, с. 36].

Як справедливо зазначають науковці, для підвищення ефективності законодавчого регулювання аграрних відносин необхідно: визначити перспективи розвитку аграрної сфери економіки України; розробити короткострокові та стратегічні напрями розвитку аграрного законодавства України; запровадити умови та механізм ефективної реалізації аграрного законодавства України; удосконалити нормативно-правову базу функціонування АПК; вивчити досвід країн Європейського Союзу з розробки аграрного законодавства; адаптувати аграрне законодавство відповідно до вимог СОТ [14, с.128]. Лише після реалізації наведених пропозицій стає можливим створення ефективної нормативно-правової бази, яка відповідатиме вимогам сучасності. Реалізація потенціалу України як аграрної держави, значною мірою залежить від удосконалення аграрного законодавства.

Аграрне законодавство повинно бути стабільним, оскільки часті

зміни і доповнення його норм перешкоджають ефективності правового регулювання аграрних відносин. Разом з тим, аграрне законодавство повинно своєчасно реагувати на зміни в аграрних правовідносинах, сприяти розвитку прогресивних форм господарювання та забезпечувати максимальну ефективність вітчизняного аграрного виробництва. Постійне внесення змін і доповнень до застарілих законів призводить до виникнення колізій, що негативно впливає на процес реалізації права.

Прийняття нових законів і підзаконних актів у нас далеко не завжди супроводжується скасуванням застарілих нормативних актів чи внесенням до них відповідних змін і доповнень. Обсяг таких актів і норм постійно зростає, а належним упорядкуванням системи законодавства, як підкреслює Ю. С. Шемшученко, практично ніхто не займається [12, с. 6].

Для усунення колізій в законодавчому регулюванні аграрних відносин необхідно виробити механізм відповідності нормативних приписів характеру аграрних відносин, які вони покликані врегульовувати. Як наслідок, необхідно доповнити чинні нормативно-правові акти новими приписами для охоплення всієї сукупності аграрних відносин, вилучити або удосконалити норми, що не відповідають вимогам, які висувають існуючі аграрні відносини, а також припинити чинність норм, які суперечать системі аграрних відносин, що склалися. Автором підтримується пропозиція В. М. Єрмоленка про те, що усунення негативних наслідків суперечності між чинними нормативними приписами щодо врегулювання певного виду аграрних відносин вимагає надання пріоритету одній найвідповіднішій



нормі з вилученням інших або принципу ліквідації темпоральних колізій за датою набрання чинності нормою [10, с. 133]. Ліквідація прогалів повинна здійснюватись шляхом вилучення застарілих нормативних приписів із системи чинного аграрного законодавства, а також прийняттям нових норм, які не тільки ураховували б сучасний стан аграрних відносин, але й передбачали можливість їх динаміку.

Існує тенденція до більш активного використання чинного законодавства як однієї з форм управління аграрним сектором економіки, проблема комплексного правового забезпечення розвитку даного правового утворення не може бути вирішена остаточно без впровадження у нормативний масив акта, що визначав би основні засади функціонування і розвитку згаданого міжгалузевого утворення. Аграрне законодавство є найдинамічнішою галуззю національного законодавства, оскільки предмет правового регулювання становлять динамічні суспільні відносини. Законодавець постійно вносить до них зміни у міру розвитку аграрних відносин.

Як зауважив А. Л. Бейкун, значне місце у цьому правовому масиві належить відомчим нормативно-правовим актам, які здебільшого самостійно регулюють аграрні відносини, а не виступають як похідні акти законодавства, чим, по суті, і порушується принцип єдності правового регулювання аграрних відносин. У підзаконних актах різного рівня юридичної значущості часто містяться норми, що суперечать як Основному закону, так і іншим законодавчим актам, інколи порушуючи майнові права та законні інтереси фізичних і юридичних осіб, що зай-

няті у сфері аграрного виробництва [2, с. 166].

Сьогодні існують певні технічні труднощі щодо визначення співвідношення законів і підзаконних нормативних актів системи аграрного законодавства, адже через його комплексний характер досить важко ідентифікувати належність певного нормативно-правового акта до аграрного законодавства. Одним із шляхів вирішення зазначеної проблеми, на переконання В. М. Єрмоленко, є оптимізація структури аграрного законодавства за рахунок зменшення кількості підзаконних актів [15, с. 134].

Неспроможність сучасного аграрного законодавства повною мірою сприяти стабілізації та піднесенню сільськогосподарського виробництва, а разом із тим виходу цієї галузі народного господарства із затяжної кризи, пояснює А. М. Статівка такими причинами: по-перше, великий масив нормативного матеріалу, поданий у законах України, указах Президента України, постановах уряду та відомчих нормативних актах; по-друге, що, очевидно, впливає з першого, велика кількість нормативно-правових актів мають неоднакову юридичну силу [8, с. 7].

Важливе значення для розвитку аграрного законодавства має його відповідність Конституції України. Безспірним є твердження О. О. Погрібного, що одним із основних чинників, які негативно вплинули на законотворчий процес у державі, на його якість і ефективність, в тому числі аграрного законодавства, формування ринкових відносин у сфері агропромислового комплексу, стало затягування процесу прийняття Конституції України. У зв'язку з цим минув досить великий часовий проміжок від проголошення неза-



лежності України до прийняття її нової Конституції [17, с. 217]. Практика свідчила, що через відсутність конституційної бази аграрному законодавству були притаманні неповнота, недосконалість, протиріччя, мали місце непоодинокі концептуально значні зміни в аграрному законодавстві. З прийняттям Конституції України були створені сприятливі умови для відновлення і розвитку аграрного законодавства.

Реформування аграрного законодавства, створення його якісної системи є однією з умов ефективності правового регулювання аграрних відносин, досягнення правопорядку в аграрній сфері. Проте якість чинних нормативно-правових актів аграрного спрямування не залишається незмінною. З розвитком, зміною і виникненням нових аграрних правовідносин вони можуть втрачати певні якісні властивості. Удосконалення аграрного законодавства — це діяльність компетентних органів державної влади щодо підтримання якісного стану аграрного законодавства (якості його змісту і форми) відповідно до потреб розвитку аграрних відносин, яка спрямована на забезпечення ефективності правового регулювання.

Слід погодитися з О. В. Білінською, що процес удосконалення аграрного законодавства логічно розпочати ще на стадії складання та обговорення проекту нормативно-правового акта або змін до нього. Поява нормативно-правового акта є як підсумком досить складної роботи із розробки, формування, узгодження проекту такого нормативно-правового акта, так і процедурою його прийняття, набрання ним чинності [1, с. 41].

Надзвичайно важливою є проблема науково-правової експертизи про-

ектів актів, що має стати надійним засобом забезпечення високої якості, обґрунтованості і законності відповідних актів, а також запобігання можливим негативним наслідкам при їх здійсненні. Ця форма удосконалення проектів аграрних нормативно-правових актів здійснюється після завершення роботи над підготовкою проекту, перед винесенням його на голосування.

Ще однією формою підтримання якісного стану аграрного законодавства є державна реєстрація підзаконних нормативно-правових актів органами Міністерства юстиції України. Така специфічна легалізація аграрних нормативно-правових актів сприяє забезпеченню відповідності підзаконних актів законам, що регулюють аграрні відносини. Таким чином, державну реєстрацію можна розглядати як дієвий метод, що перешкоджає прийняттю недоброякісних нормативно-правових актів, засіб забезпечення узгодженості всіх складових аграрного законодавства, мінімізації у ньому суперечностей.

Новелізація та ревізія чинних аграрних нормативно-правових актів є формами, спрямованими на оперативну зміну аграрних законодавчих норм, їх уточнення та деталізацію відомчими актами. Дуже прикро, коли органи виконавчої влади своїми актами намагаються змінювати приписи законів. Що стосується новелізації, то під нею розуміється тільки встановлення нових норм з метою заповнення прогалин у праві. До найпоширеніших прикладів новелізації відносяться формулювання певної статті нормативного акту в новій редакції; пропозиція нової редакції нормативного акту в цілому [16, с. 8]. Новелізація аграрного законодавства, яка здійснюється поряд



із державною реєстрацією таких актів є однією з форм удосконалення законодавства, хоча і не вносить змін у зміст аграрних нормативно-правових актів. Водночас, вона не допускає набрання чинності актів, що суперечать закону і не відповідають йому, що дозволяє розглядати її як форми забезпечення якісного стану аграрного законодавства.

Актуальне значення для України, як для країни, яка намагається привести свої економічні показники у відповідність до рівня економічно розвинутих країн, має порівняльний аналіз законодавств інших країн. Вивчення досвіду та здійснення адаптації українського аграрного законодавства сприятиме більш ефективному реформуванню аграрної економіки України, захисту прав жителів села, виведенню країни з аграрної кризи. Як зазначає Н. І. Титова, Україна взяла на себе зобов'язання щодо змісту національного законодавства та його інтеграції із законодавством країн ЄС, а також встановленням в Україні інституту права приватної власності на землю, закріплення рівності всіх форм власності та організаційно-правових форм господарювання і землі, коли кардинально змінюється система привласнення, розподілу, обміну, нарівні з Цивільним кодексом України, основним комплексним кодифікованим актом, регулюючим би аграрні відносини в Україні, має стати Аграрний кодекс України [10, с. 75].

Гармонізація національного законодавства відображає правовий та економічний стан готовності України стати європейською державою. Не можна не погодитись з Ю. С. Шемшученком, що гармонізація національного законодавства не зводить відповідний процес до простого ім-

плементування міжнародних норм у національне законодавство чи наближення (адаптація, апроксимація) міжнародного і внутрішнього права. Гармонізація передбачає взаємне узгодження відповідних правових систем на засадах їхнього спільного збагачення і розвитку [13, с. 9].

Одним із важливих напрямів узгодження аграрного законодавства України з міжнародно-правовими актами є також його гармонізація з правовими системами міжнародних організацій, наприклад ФАО (*Food and Agriculture Organization*) — Продовольчою і сільськогосподарською організацією Об'єднаних націй, ІФАД (*International Fund for Agricultural Development*) — Міжнародним фондом сільськогосподарського розвитку. Саме шляхом узгодження аграрного законодавства України з правовим масивом, що розробляється і діє під егідою цих організацій, можна швидше і ефективніше вдосконалити аграрне законодавство України.

Отже, недосконалість аграрного законодавства стримує розвиток аграрної галузі національної економіки, ускладнює практику застосування аграрного права та знижує рівень правового забезпечення проведення реформ в аграрній сфері. Якщо узагальнити висловлені представниками науки аграрного права недоліки аграрного законодавства, то можна виділити основні: наявність великої кількості нормативно-правових актів, що мають різну юридичну силу; надто значна кількість відомчих нормативно-правових актів, що регулюють аграрні відносини; присутність в аграрному законодавстві правових норм, що належать до інших галузей права.

З метою підвищення ефективності аграрного законодавства В. І. Сем-



чик пропонує такі організаційно-правові заходи: здійснити моніторинг аграрного законодавства, визначити його відповідність сучасній концепції розвитку аграрного сектору; передбачити усунення колізій і неузгодженості між законами аграрної сфери, а також з Цивільним та Господарським кодексами України; розробити і затвердити Державну програму розвитку сільського господарства й аграрного ринку в Україні на 10 років та їх правового забезпечення; зробити порівняльний аналіз аграрного законодавства України із законодавством Європейського Союзу та розробити наукові рекомендації щодо його гармонізації з метою створення правових умов для вступу України до Європейського Союзу тощо [7, с. 5-6].

Проведене дослідження дозволяє зробити деякі висновки.

Аграрне законодавство повинно бути, з одного боку, стабільним, оскільки часта зміна і доповнення його норм перешкоджають ефективності правового регулювання аграрних відносин, а з другого — динамічним, тому що аграрне законодавство повинно своєчасно реагувати на зміни в аграрних правовідносинах, сприяти розвитку прогресивних форм господарювання та забезпечувати максимальну ефективність вітчизняного аграрного виробництва.

Основними напрямками подальшого удосконалення аграрного законодавства України є: науково-обґрунто-

ваний підхід при розробці нормативно-правових актів, що містять аграрно-правові норми; науково-правова експертиза проектів актів; інвентаризація аграрного законодавства; державна реєстрація підзаконних нормативно-правових актів аграрного спрямування органами Міністерства юстиції України; новелізація чинних аграрних нормативно-правових актів; правонаступність у розвитку аграрного законодавства України, що дозволяє враховувати історичний досвід; дотримання принципів ринкових відносин, до яких належать рівноправність всіх форм власності на землю і засоби виробництва, підвищення господарської самостійності аграрних товаровиробників; системність при формуванні аграрного законодавства України; своєчасність оновлення аграрного законодавства України; внутрішня узгодженість вітчизняного аграрного законодавства; збалансованість розвитку різних інститутів українського аграрного законодавства; гармонізація аграрного законодавства України із законодавством Європейського Союзу.

Перспективою подальших наукових досліджень у напрямку обговорюваних проблем може бути вивчення правових питань систематизації аграрного законодавства України як одного з основних напрямків його удосконалення. ♦

Список використаних джерел:

1. Білінська О. В. *Щодо удосконалення законодавства, яке визначає формування та реалізацію державної аграрної політики України* / О. В. Білінська // *Форум права*. — 2010. — № 2. — С. 40-45.
2. Бейкун А. Л. *Систематизація аграрного законодавства як необхідна умова розвитку його інтегральних властивостей* // *Конституція України та проблеми систематизації законодавства : матеріали науково-практичної конференції*. — 1999. — С. 164-177.



3. Дудченко В.В. Теоретичні питання удосконалення системи законодавства в умовах становлення правової системи України // *Юридична освіта і правова держава. Збірник наукових праць.* — О., 1997. — С. 39-43.
4. Колодій А.М. Концепція розвитку законодавства України в умовах формування нової структури права // *Концепція розвитку законодавства України : матеріали науково-практичної конференції.* — К., 1996. — С. 61-63.
5. Павлович З.А. Проблеми правового забезпечення реалізації аграрної політики України в умовах формування ринкових відносин // *Вісник Академії правових наук України.* — 1995. — № 3. — С. 95-102.
6. Салко О.В. Соціально-економічні чинники реформування аграрного законодавства України // *Університетські наукові записки.* — 2005. — № 4 (№ 16). — С. 180-186.
7. Семчик В.І. Фактори впливу на рівень ефективності аграрного законодавства України // *Проблеми вдосконалення земельного та аграрного законодавства України: перспективи в ХІХ ст. : Матеріали міжнародної наукової конференції.* — Біла Церква, 2006. — С. 3-7.
8. Статівка А.М. Про аграрне законодавство і проблеми його вдосконалення в сучасних умовах // *Підприємництво, господарство і право.* — 2001. — № 7. — С. 5-10.
9. Стретович В.М. Вдосконалення законодавства як засіб подолання правових колізій // *Колізії у законодавстві України: проблеми теорії і практики.* — К., 1996. — С. 9-11.
10. Титова Н.І. Перспективи кодифікації аграрного законодавства України // *матеріали третьої Всеукраїнської науково-практичної конференції з питань кодифікації українського законодавства (7-8 грудня 1995 р.).* — Львів, 1995. — С. 23-26.
11. Шемшученко Ю.С. Теоретичні засади концепції розвитку законодавства України // *Концепція розвитку законодавства України : матеріали науково-практичної конференції.* — К., 1996. — С. 42-44.
12. Шемшученко Ю.С. Теоретичні засади подолання колізій у законодавстві України // *Колізії у законодавстві України: проблеми теорії і практики.* — К., 1996. — С. 6-7.
13. Шемшученко Ю.С. Гармонізація законодавства України з міжнародним і європейським правом // *Європа, Японія, Україна: шляхи демократизації державно-правової системи. Матеріали міжнародної науково-практичної конференції.* — 17-20 жовтня 2000 р. — К., 2000. — С. 8-14.
14. Шумов А.Ю. Необхідність модернізації аграрного законодавства в Україні / Шумов А.Ю. // *Стан та перспективи розвитку аграрного права : [матеріали Міжнародної науково-теоретичної конференції, присвяченої 80-річчю д.ю.н., проф., акад. АПрН України В.З.Янчука, Київ, 26-27 травня 2005 р.] / Під заг. ред. В.М.Єрмоленка, В.І.Курила.* — К. : Видавництво «Магістр ХХІ сторіччя, 2005». — С. 126-128.
15. Єрмоленко В.М. Теоретичні проблеми аграрних майнових правовідносин : монографія. — К., 2009. — 379 с.
16. Погорелов Є.В. Кодифікаційна діяльність в правовій системі України: автореф. дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.01 / Погорелов Євген Валентинович. — Х., 2000. — 18 с.
17. Аграрне законодавство України: проблеми ефективності. / [Семчик В.І., Стретович В.М., Погрібний О.О. та ін.]; НАН України. Ін-т держави і права ім. В.М.Корецького; [за ред. Семчика В.І.] — К. : Наук. думка, 1998. — 239 с.
18. Аграрное право: учеб. пособие: [Для студентов вузов по с.-х. спец.] / [Боголюбов С.А., Галиновская Е.А., Горохов Д.Б. и др.]; отв. ред. С.А.Боголюбов, Е.Л.Минина. — М. : НОРМА: Изд. группа НОРМА-ИНФРА-М, 2000. — 461 с.

ПРАВОВІ АКТИ НАЦІОНАЛЬНОГО БАНКУ УКРАЇНИ: ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРИКЛАДНІ АСПЕКТИ

Юлія Кондрацька,

здобувач Інституту законодавства Верховної Ради України

Правовим актам Національного банку України (далі — НБУ або Національний банк), які є однією з визначальних форм його діяльності, належить важливе місце в правовій системі держави. Поділяючи точку зору Кротюка В. Л., підкреслимо, що нормотворчість слід визнати основною формою виконання Національним банком своїх функцій [1, с. 56]. Проблема правових актів центрального банку, безперечно, має актуальне значення як для фінансово-правової науки, так і для правозастосовної практики [2, с. 113]. Особливої актуальності дослідження правових актів НБУ набули останнім часом, коли Національний банк України прийняв низку нормативно-правових актів для подолання наслідків фінансової кризи.

Слушним є зауваження Орлюк О. П., що основний масив банківського законодавства у світі представлений відомчими актами. В Україні — це акти Національного банку України, який наділений відповідними повноваженнями у сфері нормотворчості [3, с. 16]. Необхідність прийняття правових актів безпосередньо в процесі діяльності НБУ обумовлена тим, що закони містять, як правило, загальні норми, які не можуть детально регулювати всі сторони банківської діяльності повною мірою. За допомогою право-

вих актів НБУ регулюються чи безпосередньо вирішуються найбільш важливі питання поточної діяльності у сфері швидко змінюваних грошово-кредитних відносин. Так, відповідно до ч. 1 ст. 56 закону України «Про Національний банк України» від 20 травня 1999 р. № 679-XIV (далі — Закон), Національний банк видає нормативно-правові акти з питань, віднесених до його повноважень, які є обов'язковими для органів державної влади і органів місцевого самоврядування, банків, підприємств, організацій та установ незалежно від форм власності, а також для фізичних осіб. Необхідно зазначити, що сьогодні майже всі відносини кредитування, розрахунків, бухгалтерського обліку в банківській системі в частині, не врегульованій законами, регулюються на рівні правових актів Національного банку.

Окремі аспекти організації й діяльності Національного банку України висвітлювалися у працях таких вітчизняних учених-юристів, як Б. Адамик, Л. Воронова, Ю. Ващенко, І. Іванець, Є. Карманов, О. Костюченко, В. Кротюк, Т. Латковська, О. Любунь, О. Орлюк, А. Селіванов, Ю. Тополь, проте вони є фрагментарними щодо питань дослідження правової природи та ролі правових актів НБУ в системі джерел права України.



Мета цієї статті полягає в дослідженні правових актів НБУ, проведенні їх класифікації та визначенні ролі у розвитку банківської системи України, а також висвітленні практичних аспектів реалізації правових норм НБУ.

Визначення поняття «правовий акт Національного банку України» варто формулювати на основі загальноправової категорії «правовий акт», яка досить добре досліджена в теорії права. Так, відповідно до визначення, даного С. С. Алексєєвим, правовий акт — це належним чином (словесно чи документально) оформлене зовнішнє вираження волі держави, її органів, окремих осіб, що виступають як носії змістовних елементів правової системи — юридичних норм, правоположень практики, індивідуальних приписів, автономних рішень осіб [4, с. 192-193]. Російський вчений Р. Ф. Васильєв визначив правовий акт як волевиявлення уповноваженого суб'єкта права, що регулює суспільні відносини за допомогою встановлення (зміни, скасування, зміни сфери дії) правових норм, а також визначення (зміни, припинення) конкретних правовідносин, результати яких у вигляді наказів, звернень, угод тощо у встановлених законом випадках фіксуються в документарній формі (акті-документі) [5, с. 25].

Оскільки відповідно до ч. 1 ст. 2 Закону Національний банк України є особливим центральним органом державного управління, а, отже, наділений державно-владними повноваженнями, правові акти, що ним видаються можна визначити, як волевиявлення НБУ у визначеній формі в межах встановленої законодавством України компетенції в області регулювання грошово-кре-

дитних відносин шляхом встановлення правових норм, конкретної практики їх реалізації чи індивідуальних приписів. Таке визначення, на нашу думку, добре розкриває правову природу актів Національного банку України, кореспондуючись при цьому із загальноправовими напрацюваннями в сфері визначення правового акта як такого.

За різними критеріями правові акти можна поділити на такі:

- 1) За суб'єктами, що здійснюють застосування права, тобто акти: глави держави; органів державної влади; державних органів; органів правосуддя; органів прокуратури; контрольно-наглядових органів; колегіальні та одноособові.
- 2) За предметом правового регулювання: конституційно-правові; адміністративно-правові; кримінально-правові; застосування матеріального та процесуального права тощо.
- 3) За формою правозастосовної діяльності: виконавчі; охоронні.
- 4) За функціональною ознакою: регламентаційні акти; правозабезпечувальні.
- 5) За формою зовнішнього вираження: акти-документи; акти-дії (словесні та конклюдентні) тощо [6, с. 461-463].

Одним із найпоширеніших критеріїв поділу правових актів у теорії права вважається їх юридична сила. Так, залежно від юридичних властивостей усі правові акти можна поділити на нормативні та індивідуальні. Не є винятком й правові акти Національного банку України. Так, російський науковець, доктор юридичних наук О. М. Пастушенко підкреслює, що, беручи до уваги класифікацію актів, яка пропонується в



сучасній науці, можна дійти висновку, що правові акти — документи Центрального банку Російської Федерації (далі — Центральний банк РФ чи Банк Росії) на підставі їх юридичних ознак поділяються за правовою природою (змістом) на такі види:

- нормативні (документи правотворчих органів, що містять юридичні норми, розраховані, як правило, на тривале застосування та такі, що розповсюджуються на невизначене коло осіб);
- правозастосовні (документи компетентних структур, що містять індивідуальні владні приписи, які застосовуються одноразово та адресовані конкретним особам);
- інтерпретаційні (документи, отримані в результаті офіційного тлумачення, що містять правові положення, роз'яснення змісту юридичних норм) [7, с. 272].

Зауважимо, що Пастушенко О. М., виділяє ще й такий вид правових актів Центрального банку РФ як договірні акти. Так, науковець зазначає, що Центральний банк РФ вступає у договірні відносини, виходячи з публічно-правової правосуб'єктності. Саме тому договори Центрального банку РФ є публічно-правовими [7, с. 333]. На її думку, договірний акт Центрального банку РФ має такі специфічні ознаки:

- 1) є публічно-правовим договором (різновид фінансово-правового договору);
- 2) обов'язковою стороною договору виступає Банк Росії чи уповноважений ним представник;
- 3) укладається в рамках здійснення банківської діяльності [7, с. 339].

Необхідно відзначити, що в Україні поняття адміністративного договору як публічно-правового за-

кріплене у п. 14 ст.3 Кодексу адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 року № 2747-IV, відповідно до якого адміністративний договір — це дво- або багатостороння угода, зміст якої складають права та обов'язки сторін, що впливають із владних управлінських функцій суб'єкта владних повноважень, який є однією із сторін угоди. Отже, йдеться про дво- або багатосторонню угоду, а не акт. Також, підкреслимо, що договори «укладаються» (п. 3 ч. 1 ст. 17 Кодексу адміністративного судочинства України), а правові акти «приймаються» (ч. 2 ст. 8 Конституції України від 28 червня 1996 року №254к/96-ВР) чи «видаються» (ч. 2 ст. 56 Закону). Саме тому автор статті вважає доцільним відносити договори Національного банку України, такі як договори кореспондентського рахунку, генеральні договори про порядок проведення операцій на міжбанківському валютному ринку України, укладені НБУ з банками України, а також договір банківського рахунку НБУ з Державним казначейством України (відповідно до ч. 2 ст. 31 Закону) до джерел банківського права, але, при цьому, не розглядати їх як різновиди правових актів НБУ.

Підкреслимо, що сам Національний банк України поділяє правові акти, що ним видані, на нормативні та правозастосовні. Це впливає із абз. 6 п. 1.3 Інструкції НБУ «Про порядок підготовки, видання, реєстрації, надсилання та систематизації нормативних документів Національного банку України» (далі — Інструкція), затвердженої постановою Правління Національного банку України від 20 грудня 1995 р. № 313.

Що стосується нормативних актів НБУ, то відповідно до п. 1.2 Ін-



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

струкції нормативний акт Національного банку України — це офіційний документ, юридична форма правотворчої діяльності Національного банку України. Він містить правові норми з основних питань банківської діяльності, регулює відносини в межах банківської системи та містить у собі певні правила її діяльності. Нормативний акт є обов'язковим для виконання всіма банками, а також юридичними і фізичними особами під час здійснення банківських операцій. Відповідно до ч. 2 ст. 56 Закону нормативні акти Національного банку видаються у формі постанов Правління НБУ, а також інструкцій, положень, правил, що затверджуються постановами Правління Національного банку України. Підкреслимо, що останнім часом під час дестабілізації банківської системи України Національний банк вийшов на шлях широкої правотворчості, тому з'явилась низка нормативно-правових актів, не зареєстрованих в Міністерстві юстиції України, що ставило під сумнів їх чинність. Так, Постанова Правління НБУ «Про додаткові заходи щодо діяльності банків» від 11.10.2008 № 319 (далі — Постанова Правління НБУ № 319) та Постанова Правління від 04.12.2008 № 13 «Про окремі питання діяльності банків», що пізніше відмінила Постанову Правління НБУ № 319, якими Національний банк в умовах фінансової кризи запровадив додаткові заходи щодо діяльності банків з метою забезпечення стабільності банківської системи, не були зареєстровані в Міністерстві юстиції України, що суперечить ч.3 ст. 56 Закону. Тоді на практиці виникла низка питань, чи можна використовувати в роботі нормативно-право-

вий акт НБУ, який за формальними ознаками має вважатись таким, що не набрав чинності. Адже відповідно до ч. 2 ст. 15 Положення «Про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади», затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 28 грудня 1992 р. № 731, у разі порушення вимог цього Положення, а саме nereєстрації нормативно-правових актів, що зачіпають права, свободи й законні інтереси громадян або мають міжвідомчий характер, нормативно-правові акти вважаються такими, що не набрали чинності, і не можуть бути застосовані. Отже, з теоретичної точки зору, вищезгадані постанови НБУ не мали використовуватися, але на практиці спостерігалась зовсім протилежна ситуація — всі банки неухильно виконували вимоги постанов головного регулятора банківської системи України, зокрема не видавали довгий час банківські вклади громадянам України. Це було пов'язано з низкою факторів. Зокрема, з тим, що постанови були швидкою реакцією НБУ на вплив зовнішньої фінансової кризи, а також тому, що відповідно до ч. 1 ст. 73 Закону України «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 № 2121-III у разі порушення банками банківського законодавства, нормативно-правових актів НБУ, Національний банк України адекватно вчиненому порушенню має право застосувати заходи впливу. Очевидно, банки були вимушені дотримуватись вимог нормативно-правових актів, які не набрали чинності, оскільки, інакше, Національний банк України міг застосувати до них відповідальність, зокрема накласти штрафи на керів-



ників банків, про що йшлося в листах НБУ, які були прийняті на дотримання вимог вищезгаданих Постанов Правління НБУ (наприклад, Лист НБУ від 23.10.2008 р. № 40-212/4313-14397). Хоча така практика, на нашу думку, є неприпустимою, оскільки порушується один з основних принципів правової держави — «верховенство закону».

Перш ніж перейти до характеристики правозастосовних актів НБУ, звернемося до загальної характеристики відповідних актів, наданої професором Алексєєвим С. С., який вважає, що актом застосування права є, по-перше, офіційний акт компетентного органу, що виражає волю держави; по-друге, направлений на те, щоб викликати індивідуальні обов'язкові юридичні наслідки; по-третє, такий, що містить державно-владне веління (припис); по-четверте, акт-документ, в якому рішення компетентного органу за юридичною справою закріплюється формально [8, с. 318].

Відповідно до п.1.3 Інструкції правозастосовними документами розпорядчого характеру, які видаються на виконання законодавства та нормативних актів Національного банку, є постанови, накази, розпорядження, листи, телеграми. Такі правозастосовні документи можна поділити за:

1. Суб'єктною направленістю: персоніфіковані (наприклад, постанова Правління НБУ про призначення тимчасової адміністрації у банку) чи загальні.
2. Дією в часі: строкові (тимчасові) та безстрокові (постійні).
3. Змістом: можуть рекомендувати банкам здійснити певні дії чи утриматися від них, роз'яснювати положення деяких норматив-

но-правових актів НБУ тощо.

Зауважимо, що в кожному банку встановлена електронна система пошти Національного банку, через яку НБУ безпосередньо звертається до всіх банків шляхом надсиленням їм нормативних та правозастосовних документів для ознайомлення, а також повідомляє керівництво банків про необхідність надання банками певних звітів, програм, планів тощо до Національного банку в установлені ним строки. Через такий спеціальний засіб зв'язку НБУ також може повідомити керівництво банків про порушення деяких норм банківського законодавства й попереджає їх про можливість вживання заходів впливу. Раніше, до появи електронної пошти НБУ, основним засобом зв'язку Національного банку України та інших банків були телеграми, однак сьогодні, у зв'язку з технічним розвитком суспільства, Національний банк намагається максимально прискорити систему обміну інформації з банками, чим і пояснюється активне використання електронної пошти НБУ банками України.

Так, наприклад, 16.07.2007 НБУ видав лист № 40-111/2430-7203 «Про реорганізацію банків шляхом перетворення», в якому передбачив ряд вимог щодо реорганізації банків з товариств з обмеженою відповідальністю та закритих акціонерних товариств у зв'язку з прийняттям Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо форми створення банків та розміру статутного капіталу» від 14.09.2006 № 133-V, в якому передбачається, що банки створюються у формі відкритого акціонерного товариства або кооперативного банку. Однак, стурбований станом справ



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

деяких банків через зволікання прийняття рішення щодо реорганізації банків шляхом перетворення, НБУ надіслав у банки індивідуальні листи (наприклад, лист НБУ до ЗАТ «Кредит Європа Банк» від 24.09.08 р. № 47-312/472-12919), в яких запропонував керівництву конкретних банків невідкладно розпочати роботу щодо приведення організаційно-правової форми банків у відповідність з вимогами вищезгаданого закону у встановлений термін.

Як вже було зазначено вище, листи Національного банку України не є нормативними документами, тобто не містять норми права, однак мають дуже важливе значення в регулюванні банківської діяльності. Так, наприклад, листом № 40-111/3051-10722 від 05.08.2008 Національний банк України встановив, що облік коштів за кореспондентським рахунком, що здійснюється на умовах, передбачених для строкових вкладів (депозитів), є порушенням вимог Інструкції про застосування Плану рахунків бухгалтерського обліку банків України (далі — Інструкція), затвердженої постановою Правління Національного банку України від 17.06.2004 № 280, в частині відображення операцій, що визначені законодавством України, відповідно до їх економічної суті, чим скасував майже 17-річну міжбанківську практику накопичення та утримання банківських коштів протягом визначеного строку на кореспондентських рахунках шляхом укладання міжбанківських договорів незнижувального залишку грошових коштів на кореспондентському рахунку на певний строк (у цивільно-правовому порядку), що дозволяло банкам уникати формування резерву під кредитні

ризика за такими операціями, без порушення банківського законодавства. Адже в листі НБУ йшлося саме про порушення «економічної», а не «правової» суті таких операцій.

Зауважимо, що Національний банк здійснює також інтерпретаційну діяльність у зв'язку з питаннями, що виникають під час здійснення банківської діяльності.

Необхідно підкреслити, що Національний банк не наділений правом офіційно тлумачити чи офіційно роз'яснювати нормативні акти щодо питань їх правильної реалізації порівняно з Центральним банком Російської Федерації, якому надано право офіційного роз'яснення федеральних законів, інших нормативних актів, у випадках, прямо передбачених такими законами чи нормативними актами, та нормативних актів самого Центрального банку РФ. Свої роз'яснення та уточнення Національний банк України, як правило, видає у формі правозастосовних актів — листів НБУ.

Так, наприклад:

- 04 червня 2010 р. Національний банк видав лист «Роз'яснення про порядок здійснення іноземних інвестицій» за № 13-215/2974-9413, в якому дав пояснення щодо застосування положень нормативно-правових актів Національного банку України, які регулюють питання здійснення іноземного інвестування в Україну, у зв'язку з набранням чинності Закону України від 27.04.2010 № 2155-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо стимулювання іноземних інвестицій та кредитування»;
- Листом від 19.02.2010 № 48-104/322-2641 «Роз'яснення з пи-



тань здійснення фінансового моніторингу» Національний банк пояснив деякі питання щодо здійснення банками фінансового моніторингу операцій за рахунками клієнтів, відкритими не за їх ініціативою, а у зв'язку з реорганізацією банку (філії).

Зауважимо, що на практиці банки намагаються всіляко дотримуватись листів Національного банку, незважаючи на їх рекомендаційний характер. На нашу думку, доречним є наділення Національного банку України правом офіційного тлумачення своїх нормативно-правових актів. Такі офіційні роз'яснення не мають містити норми права, однак мають бути документами, обов'язковими до виконання всіма банківськими установами, фізичними та юридичними особами на території України, що призведе до нормативного закріплення однакової неухильної практики реалізації нормативно-правових актів НБУ.

Висновки

Правові акти Національного банку України займають найбільшу частину всіх актів банківського законодавства та є формою нормотворчості Національного банку України, за допомогою якої НБУ виконує всі свої функції центрального банку держави, що передбачені чинним законодавством.

На практиці виникають порушення чинного законодавства України НБУ в частині nereєстрації деяких власних нормативно-правових актів

в Міністерстві юстиції України, що призводить, своєю чергою, до порушення чинного законодавства банками України у частині реалізації норм таких нормативних актів Національного банку, що є неприпустимим із загальноправової точки зору.

За юридичною силою нормативно-правові акти НБУ поділяються на нормативні та правозастосовні, які, своєю чергою, класифікуються за різними критеріями. Незважаючи на рекомендаційний характер правозастосовних актів НБУ, вони, як правило, неухильно реалізуються всіма банками та відіграють суттєву роль в регулюванні банківської діяльності України, оскільки допомагають НБУ швидко реагувати на зміни ринкових умов, економічних показників, банківських нормативів та інших факторів. На нашу думку, варто наділити НБУ правом офіційного тлумачення своїх нормативно-правових актів, що призвело б до нормативного закріплення вже існуючої практики неухильної реалізації банківськими установами правозастосовних актів Національного банку на території України та видання НБУ інтерпретаційних актів у формі офіційних роз'яснень, обов'язкових до виконання не лише банками, а всіма суб'єктами банківських правовідносин. ♦

Список використаних джерел:

1. Кротюк В. Л. *Національний банк — центр банківської системи України. Організаційно-правовий аналіз* / Кротюк В. Л. — К.: Вид. Дім «Ін Юре». — 248 с.

2. Латковська Т.А. Правотворчість в системі функцій Національного банку України / Латковська Т.А. // Часопис Київського університету права. — 2007. — № 4. — С. 113-118
3. Орлюк О.П. Правові проблеми організації та діяльності банківської системи України : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.07 / О.П. Орлюк ; Нац. юрид. акад. України ім. Я.Мудрого. — Х., 2003. — 39 с.
4. Алексеев С.С. Общая теория права : в 2-х томах / Алексеев С.С. — М., 1982. — Т. 1. — 361 с.
5. Васильев Р.Ф. О понятии правового акта // Вестник МГУ. Серия 11, Право. — 1998. — № 5. — С. 3—25
6. Теория государства и права : курс лекций / под ред. Н.И. Матузова, А.В.Малько. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Юристъ, 2000. — 761 с.
7. Пастушенко Е.Н. Правовые акты Центрального банка Российской Федерации: финансово-правовые аспекты теории / Пастушенко Е.Н. / под ред. Н.И. Химичевой. — Саратов, 2006. — 370 с.
8. Алексеев С.С. Общая теория права : в 2-х томах / Алексеев С.С. — М., 1982. — Т. 2. — 360 с.

ЦІКАВО ЗНАТИ

ТОР-50 ВІНАХОДІВ РОКУ ЗА ВЕРСІЄЮ TIME

Рейтинг найбільш значущих досягнень 2010 року опублікований на офіційному сайті видання *Time*.

Перше місце посів планшетний комп'ютер iPad.

Серед цікавинок варто виділити:

- Літаючий автомобіль Terrafugia Transition, для керування яким потрібні водійські права і посвідчення пілота. Його автор планує щорічно випускати 500 літаючих машин ціною \$ 194 тис. за кожен;
- Автомобіль Google, здатний пересуватися без участі людини, створений на базі гібридного автомобіля Toyota Prius;
- Окуляри EyeWriter реєструють рухи ока, що має допомогти людям, які втратили здатність рухатися, спілкуватися з оточуючими. Творці цього пристрою використовували недорогі деталі і розробили відповідне програмне забезпечення;
- Пристрій Square, який є зчитувачем магнітної смужки на кредитних картках. Square вставляється в роз'єм для навушників iPhone або iPad, перетворюючи ці апарати в мобільний термінал для оплати кредитними картками. Такою послугою можуть користуватись індивідуальні користувачі і малі компанії.

За матеріалами сайтів:

www.time.com,

www.rian.ru



СКРІПЛЕННЯ ПЕЧАТКОЮ ЯК ЕЛЕМЕНТ ПИСЬМОВОЇ ФОРМИ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРУ

Андрій Нижній,
*здобувач Інституту держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України*

Письмова форма цивільно-правового договору є тією формою, у якій укладається переважна більшість договорів у сфері підприємницької діяльності, а тому майже всі дослідження у сфері укладення договорів або вчинення правочинів так чи інакше стосуються і цього питання. Водночас, навіть дослідження, спеціально присвячені письмовій формі правочину не містять аналізу особливостей такого реквізиту договору, як відбиток печатки [1, 67; 2, 35], який, за твердженням О. А. Поліводського є формальністю, яка настільки твердо ввійшла у нашу практику, що з плином часу вже сприймається майже як канонічне правило, яке не підлягає оспорованню [3].

Водночас, при укладенні договорів у сфері підприємницької діяльності виникає значна кількість питань, пов'язаних із скріпленням договору печаткою фізичної особи-підприємця, іноземної юридичної особи, однією юридичною особою від імені іншої юридичної особи тощо, з урахуванням чого метою цієї публікації є пошук відповідей на зазначені питання.

Як зазначає С. Юргелевич, інформацію, що міститься в документі, можна розділити на дві частини: зміст документа (яку можна назвати

змістовою інформацією); допоміжна (дає змогу встановити його автентичність; до неї відносять реквізити — вихідний номер, підписи, печатки тощо) [4, 35]. Таким чином, до письмової форми договору належать ті елементи допоміжної інформації, які визначені законодавством як вимоги до укладення договору як цілісного явища в певній формі.

Вимоги до письмової форми встановлені у ст. 207 ЦК України [5] та, за загальним правилом, полягають у фіксації змісту договору в одному або кількох документах та підписанні його сторонами. Водночас, відповідно до абз. 2 ч. 2 ст. 207 ЦК України: «правочин, який вчиняє юридична особа, підписується особами, уповноваженими на це її установчими документами, довіреністю, законом або іншими актами цивільного законодавства, та скріплюється печаткою».

Загалом, під печаткою розуміють спеціальний металевий, гумовий, каучуковий, пластиковий чи дерев'яний предмет (пристрій) з нарізними знаками для відтисків (відбитків) їх на сургучі, воску, папері тощо з метою надання документові достовірності, автентичності та юридичної сили [6].

Відповідно до п.п. 3.3.3, 3.3.7, 3.3.8 Інструкції про порядок видачі



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

міністерствам та іншим центральним органам виконавчої влади, підприємствам, установам, організаціям, господарським об'єднанням та громадянам дозволів на право відкриття та функціонування штемпельно-граверних майстерень, виготовлення печаток і штампів, а також порядок видачі дозволів на оформлення замовлень на виготовлення печаток і штампів, затвердженої наказом Міністерства внутрішніх справ № 17 від 11.01.1999 р., зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 28.04.1999 р. за № 264/3557 напис на печатках і штампах повинен відповідати назві, яка зазначена в свідоцтві про державну реєстрацію; на печатках і штампах повинен зазначатись ідентифікаційний код суб'єкта підприємницької діяльності — юридичної особи або ідентифікаційний номер фізичної особи, а сама печатка повинна виготовлятися за встановленими розмірами [7].

Як видно зі змісту вищезазначених норм, допускається видача печатки фізичній особі-підприємцю, проте чи є обов'язковим скріплення такою печаткою договорів за участю цієї особи?

Державний комітет України з питань регуляторної політики та підприємництва у своєму листі № 7669 від 06.09.2005 р. дійшов до висновку, що суб'єкт підприємницької діяльності — фізична особа відповідно до п. 2 ст. 207 ЦК України може не використовувати печатку для скріплення свого підпису, оскільки такий обов'язок передбачений лише для юридичних осіб [8].

Водночас, відповідно до ст. 51 ЦК України до підприємницької діяльності фізичних осіб застосовуються нормативно-правові акти, що регулюють підприємницьку діяльність

юридичних осіб, якщо інше не встановлено законом або не впливає із суті відносин, при цьому, як уже зазначалось, укладення договору юридичною особою згідно з абз. 2 ч. 2 ст. 207 ЦК України передбачає обов'язкове скріплення документу печаткою.

Крім того, відповідно до ч. 1 ст. 181 ГК України [9] господарський договір за загальним правилом викладається у формі єдиного документа, підписаного сторонами та скріпленого печатками. Враховуючи, що фізичні особи-підприємці, укладаючи договори під час здійснення підприємницької діяльності, діють як суб'єкти господарювання в розумінні ч.ч. 1, 2 ст. 55 ГК України, на нашу думку, такі договори повинні укладатись з дотриманням вимог ГК України, встановлених для укладення господарських договорів.

У той же час, вказівка у ч. 1 ст. 181 ГК України на укладення за загальним правилом господарських договорів із використанням печатки залишає без відповіді запитання: чи встановлені винятки з такого «загального правила» лише ч. 2 цієї ж статті, чи можуть встановлюватись також іншими нормативно-правовими актами?

Іншими проблемними питаннями, що виникають у сфері використання печатки юридичної особи під час вчинення правочинів, є укладення договорів від її імені філією або представником, який діє на підставі довіреності.

Щодо укладення договорів філіями Міністерство юстиції України у листі № 31-38-35 від 11.02.2004 р. зауважує, що «законодавцем не виключена можливість скріплення таких правочинів підписами уповноважених осіб, печатками філій та



представництв юридичних осіб, які представляють інтереси цих юридичних осіб при укладанні правочинів (статті 92, 95 Цивільного кодексу України)» [10].

Стосовно укладення договору від імені юридичної особи її представником, який діє на підставі довіреності, слід зазначити, що юридична особа вчиняє юридично значимі дії лише через дії відповідних фізичних осіб. Так, відповідно до абз. 1 ч. 1 ст. 92 ЦК України «юридична особа набуває цивільних прав та обов'язків і здійснює їх через свої органи, які діють відповідно до установчих документів та закону». Зі змісту ч. 4 ст. 92 ЦК України, якою передбачено відповідальність членів органу юридичної особи та інших осіб, які відповідно до закону чи установчих документів виступають від імені юридичної особи, за порушення своїх обов'язків щодо представництва, інших положень ЦК України про представництво та практики їх застосування видно, що вказані відносини за своєю правовою природою є відносинами представництва. При цьому згідно з ч. 1 ст. 237 ЦК України представництвом є правовідношення, в якому одна сторона (представник) зобов'язана або має право вчинити правочин від імені другої сторони, яку вона представляє.

Зважаючи на зазначене, можна дійти висновку, що договір від імені юридичної особи укладає її представник, який діє або на підставі акта органу управління юридичної особи, коли представницькі повноваження представника визначаються таким актом, або на підставі закону, коли його повноваження, наприклад, пов'язані з виконанням обов'язків ліквідатора, або на підставі договору, коли коло його по-

вноважень визначається, наприклад, самим договором доручення або довіреністю. Зауважимо, що ч. 3 ст. 237 ЦК України передбачено також можливість виникнення відносин представництва і з інших підстав, встановлених актами цивільного законодавства.

Здається очевидним, що під «скріпленням печаткою» правочину, який вчиняється юридичною особою, у абз. 2 ч. 2 ст. 207 ЦК України законодавець мав на увазі печатку юридичної особи, яка набуває прав та обов'язків за вказаним договором. Водночас, чинне законодавство, зокрема ст. 243 ЦК України, якою врегульовуються відносини комерційного представництва, передбачає можливість укладення договору від імені однієї юридичної особи іншою юридичною особою, представницькі повноваження якої в такому випадку ґрунтуватимуться на договорі.

За таких умов, згідно з ч. 1 ст. 237 ЦК України вчиняти правочин буде юридична особа — повірений (представник), а не юридична особа, яка буде стороною в укладеному договорі. А тому абз. 2 ч. 2 ст. 207 ЦК України для таких випадків повинен містити відповідь на запитання: печаткою якої з двох юридичних осіб слід скріплювати укладений договір? Слід зауважити, що з огляду на вказану недосконалість конструкції абз. 2 ч. 2 ст. 207 ЦК України, на практиці зустрічаються договори, скріплені і печаткою юридичної особи — довірителя, і юридичної особи — повіреного (представника).

У випадку укладення договору однією юридичною особою від імені іншої юридичної особи такі особи, як правило, знаходяться на значній відстані одна від одної, що, власне



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

кажучи, і обумовлює необхідність такого роду представницьких відносин. Враховуючи, що вимога скріплювати договір за участю юридичної особи печаткою, як елемент письмової форми, має на меті підвищити рівень охорони, «офіційності» укладеного договору, та, водночас, не повинна безпідставно ускладнювати цивільний оборот, вважаємо, що за таких умов доцільним є скріплення договору лише печаткою юридичної особи представника.

За таких умов, ч. 2 ст. 207 ЦК України потребує викладення в новій редакції з внесенням змін до абз. 2 в частині визначення належності печатки, а також з таким доповненням абз. 3:

«2. Правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо він підписаний його стороною (сторонами).

Правочин, який вчиняє юридична особа, підписується особами, уповноваженими на це її установчими документами, довіреністю, законом або іншими актами цивільного законодавства, та скріплюється її печаткою.

У випадку вчинення правочину від імені юридичної особи іншою юридичною особою, такий правочин скріплюється печаткою юридичної особи, яка вчиняє правочин».

Зауважимо, що відбиток печатки на договорах за участю вітчизняних юридичних осіб є не обов'язковим у ряді випадків. У першу чергу це стосується договорів за участю юридичних осіб-нерезидентів. Відповідно до ч. 3 ст. 382 ГК України «форма зовнішньоекономічного договору (контракту) визначається правом місця його укладення. Місце укладення договору (контракту) визначається відповідно до законів

України». Таким чином, за умови укладення договору за кордоном та за умови відсутності відповідної законодавчої вимоги у місці укладення договору, юридична особа-нерезидент не зобов'язана ставити відбиток печатки на договорі.

Зазначена позиція підтверджується листом Міністерства економіки та з питань Європейської інтеграції України № 83-24/217 від 30.03.2005 р. «Про обов'язковість печатки на договорі з нерезидентом», у якому зазначається, що «законодавством України не встановлено чіткої вимоги щодо обов'язковості відтиску печатки юридичної особи — нерезидента на зовнішньоекономічному договорі, який укладається за кордоном, якщо така вимога не передбачена правом місця його укладання» [11].

Слід зазначити, що в багатьох державах такий елемент, як відбиток печатки на договорі, не передбачений цивільним законодавством, як це не було передбачено і ЦК УРСР 1963 р. [12]. Так, відповідно до абз. 3 ч. 1 ст. 160 ЦК Російської Федерації передбачено, що «законом, іншими правовими актами та домовленістю сторін можуть встановлюватись додаткові вимоги, яким повинна відповідати форма правочину (вчинення на бланку певної форми, скріплення печаткою та ін.), та передбачатись наслідки недотримання цих вимог» [13]. Водночас, ряд російських юристів звертають увагу на «нерозуміння» з боку податкових органів відсутності відбитків печаток не лише у випадках встановлення додаткових вимог до письмової форми договору, а й у всіх випадках [14, 24; 15, 74-75]. Спробу пояснити такі дії органів державної влади робить І. Цветков,



який, аналізуючи можливість визнання вимоги про обов'язковість відбитку печатки на договорах звичаєм ділового обороту, доходить висновку про неправомірність такої позиції з огляду на те, що застосування «звичаю ділового обороту, який визнається ст. 5 ЦК Російської Федерації джерелом права, можливе або за наявності у відповідних правових нормах прямого посилання на нього, або, за відсутності посилання, за умови наявності прогалини в законодавстві. В даному випадку норми про форму письмового договору сформульовані в Кодексі абсолютно однозначно». Як наслідок, І. Цветков пропонує розглядати представлення сторонами відбитків печаток на договорах як результат їхньої домовленості про додаткові вимоги до форми договору, у разі відсутності якої (та, відповідно, відсутності відбитків печаток) договір все одно повинен визнаватись дійсним [15, 74-75].

Відсутність положення про обов'язкове скріплення печаткою договору за участю юридичних осіб є характерним і для правопорядків розвинених країн. Водночас, в англо-саксонському праві тривалий час існувала спеціальна письмова форма односторонніх правочинів, тривалий період знаходила вираз у понятті документ «за печаткою» (*underseal*), який був скасований Законом про власність (*Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989*). Місце документа «за печаткою» зайняв документ під назвою «діяння» («*deed*»), який є письмовим зобов'язанням особи, що його підписала, виконати те, що було обіцяне «діянням». Крім підпису особи, яка зобов'язується, вимагається також підпис одного свідка,

який засвідчує підпис особи, що зобов'язується, як свою власну [16, 71].

Таким чином, печаткою є обов'язковий реквізит письмової форми договору за участю юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців, метою якого є підтвердження повноважень особи, що підписує договір. При цьому, з метою усунення неточностей у регулюванні форми договорів, що укладаються однією юридичною особою від імені іншої юридичної особи, в частині скріплення таких договорів печатками, ч. 2 ст. 207 ЦК України потребує викладення в новій редакції з внесенням змін до абз. 2 в частині визначення належності печатки, а також з доповненням її абз. 3:

«2. Правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо він підписаний його стороною (сторонами).

Правочин, який вчиняє юридична особа, підписується особами, уповноваженими на це її установчими документами, довіреністю, законом або іншими актами цивільного законодавства, та скріплюється її печаткою.

У випадку вчинення правочину від імені юридичної особи іншою юридичною особою, такий правочин скріплюється печаткою юридичної особи, яка вчиняє правочин». ♦



Список використаних джерел:

1. Семенов М. Письменная форма сделок в российском гражданском праве // *Хозяйство и право*. — 2003. — № 2. — С. 67-72.
2. Бірюков В. Письмові правочини за законодавством Польщі (від традиційних до електронних). // *Підприємництво, господарство і право*. — 2003. — № 4. — С. 79-81.
3. Поліводський О.А. Печатка як реквізит господарського договору: пережиток минулого чи додаткова гарантія? // [Електронний ресурс] — Режим доступу: <http://www.yur-gazeta.com/article/450/>
4. Юргелевич С. Правові аспекти електронної комерції. // *Вісник Національного банку України*. — 2001. — № 4. — С. 32-35.
5. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV. // *Офіційний вісник України*. — 2003. — № 11. — Ст. 461.
6. Юридична енциклопедія : у 6 т. / Редкол. : Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. — К.: «Укр. енцикл.», 1998.
7. Про затвердження Інструкції про порядок видачі міністерствам та іншим центральним органам виконавчої влади, підприємствам, установам, організаціям, господарським об'єднанням та громадянам дозволів на право відкриття та функціонування штемпельно-граверних майстерень, виготовлення печаток і штампів, а також порядок видачі дозволів на оформлення замовлень на виготовлення печаток і штампів, та затвердження Умов і правил провадження діяльності з відкриття та функціонування штемпельно-граверних майстерень, виготовлення печаток і штампів: Наказ Міністерства внутрішніх справ України № 17 від 11 січня 1999 року, зареєстрований в Міністерстві юстиції України 28 квітня 1999 року за № 264/3557. // *Офіційний вісник України*. — 1999. — № 17. — Ст. 765.
8. Про розгляд листа: лист Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва № 7669 від 06.09.2005 р. // *Галицькі контракти — Дебет-Кредит*. — 2005. — № 42. — 17 жовтня.
9. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року № 436-IV. // *Офіційний вісник України*. — 2003. — 11. — Ст. 462.
10. Лист Міністерства юстиції України № 31-38-35 від 11.02.2004. // *Все про бухгалтерський облік*. — 2004. — № 84.
11. Про обов'язковість печатки на договорі з нерезидентом: лист Міністерства економіки та з питань Європейської інтеграції України № 83-24/217 від 30.03.2005 року. // *Вісник законодавства України*. — 2005. — № 19.
12. Цивільний кодекс УРСР від 18 липня 1963 р. // *Бюлетень законодавства і юридичної практики України*. — 1999. — № 1. — С. 5-109.
13. Гражданский кодекс Российской Федерации № 51-ФЗ от 30.11.1994 г. // *Собрание законодательства РФ*. — 1994. — № 32. — Ст. 3301.
14. Тихонравова В.В. Правильное оформление договора – гарантия его выполнения: (Практические рекомендации). // *Законодательство*. — М., 1998. — № 4. — С. 21-24.
15. Цветков И. Некоторые вопросы соблюдения письменной формы договора // *Хозяйство и право*. — 2003. — № 2. — С. 73-75.
16. Цвайгер К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2-х т. — М.: Международные отношения, 1998. — Т. 2. — 512 с.

Про підсумки Регіонального семінару

«Проблемы правовой защиты интеллектуальной собственности в Украине»

(м. Донецьк, ТПП, 29 жовтня 2010р.)

Наприкінці жовтня цього року у Донецьку в приміщенні Торгово-промислової палати відбувся 7-й регіональний семінар із проблем захисту прав інтелектуальної власності в Україні.

Організатори семінару — Державний Департамент інтелектуальної власності, НДІ інтелектуальної власності, НАПрН України, Донецька обласна державна адміністрація та Приазовський державний технічний університет.

У роботі семінару взяли участь члени обласної та міських комісій з інтелектуальної власності, представники правоохоронних органів, малого та середнього бізнесу, науково-дослідних інститутів та патентні повірені України.

З привітанням від обласної державної адміністрації та аналізом проблем, які виникли перед Донецьким регіоном, виступив начальник головного управління регіонального розвитку, залучення інвестицій та зовнішньоекономічних відносин кандидат економічних наук Анісімов А. Є.

Систему захисту прав інтелектуальної власності в Україні, її сучасний стан та проблеми висвітлила начальник відділу захисту прав інтелектуальної власності Державного департаменту інтелектуальної власності Шатова І. О. Детально вона зупинилась на адміністративному та судовому процесі захисту та захисті прав на об'єкти індивідуалізації діяльності підприємств.



Про особливості судової експертизи, її ролі в процесі захисту розповів заступник директора НДІ інтелектуальної власності НАПрНУ, кандидат юридичних наук Дорошенко О. Ф.

Завідуюча сектором НДІ інтелектуальної власності НАПрНУ Міндрул А. В. доповіла про особливості охорони прав інтелектуальної власності УЄФА в Україні у зв'язку з підготовкою до чемпіонату Європи з футболу, дала поглиблений аналіз законодавчих документів стосовно цієї події.

На чисельні прохання від представників бізнесу завідуюча сектором НДІ інтелектуальної власності НАПрНУ Борко Ю. Л. розповіла про особливості бухгалтерської та облікової діяльності з нематеріальними активами, об'єктами прав інтелектуальної власності. Вона навела практичні приклади, а також дала рекомендації з цих питань представникам малого та середнього бізнесу.

Під час семінару серед присутніх виникло багато запитань щодо застосування нормативно-правових актів у практичній діяльності. Виступаючи при обговоренні висловили подяку організаторам семінару та прохання про необхідність проведення наступного семінару. Були подані пропозиції про організацію консалтингових центрів у містах Донецьку та Маріуполі та участі у них провідних фахівців Державного департаменту інтелектуальної власності та НДІ інтелектуальної власності НАПрНУ.

Інформація про

Громадську організацію «Асоціація протидії недобросовісній конкуренції»

Організація входить до глобальної мережі LIDC — «Міжнародна Ліга Конкурентного Права», штаб-квартира якої розташована в Лозанні, Швейцарія (<http://www.ligue.org/>), та є її офіційним осередком в Україні.

В Україні процвітають такі явища, як недобросовісна конкуренція у сфері інтелектуальної власності, піратство та торгівля контрафактною продукцією, порівняльна реклама, прояви дискредитації на ринку, порушення прав на комерційну таємницю, порушення економічної конкуренції, порушення порядку концентрації суб'єктів господарювання, демпінгові або картельні змови, узгоджені дії на ринку та зловживання монопольним становищем, створення бар'єрів для виходу на ринок нових учасників тощо.

Всі ці аспекти так чи інакше мають вплив не тільки на учасників ринкових відносин, а їх бізнес-становище на фінансові результати, але й на загальний клімат у державі, її інвестиційну привабливість, сприйняття іноземним бізнес-середовищем. Більше того, фінансові втрати несе як бізнес, так і держава у вигляді неотримання податків та зборів. І ці суми можуть сягати мільярдів гривень.

Основною підставою для створення такої організації, а також головною її місією є сприяння розвитку добросовісних конкурентних відносин на на-

ціональному і міжнародному рівнях, захист прав споживачів, сприяння та допомога членам організації у боротьбі із вищезазначеними явищами.

Найважливішим для нас є захист членів організації від проявів недобросовісної конкуренції, масштаби якої з кожним роком все більші. Вона проникає в українську економіку, негативно впливає на процеси у бізнесі та несе негативні наслідки підприємствам, що працюють на ринку. Своєю чергою, для реалізації поставленої мети вкрай важливим для асоціації є належне співробітництво з відповідними державними органами, у відносинах із якими вона буде комунікаційним мостом між державою та учасниками ринкових відносин.

Одна із основних цілей організації — це участь у законотворчій діяльності. Планується створення на базі організації робочих та ініціативних груп, які зможуть надавати свої поради та побажання щодо вдосконалення законодавчої бази. Беручи участь у роботі громадських рад низки державних інституцій, асоціація намагатиметься сприяти імплементації відповідних норм у законодавство України.

Для своїх членів організація надає низку таких можливостей, як:

- сприяння у створенні та кодифікації правил чесної торгівлі та конкуренції у відповідних галузях;
- отримання всієї необхідної інформації щодо розвитку конкурентного права та боротьби з недобросовісною конкуренцією, надання порад у цій галузі;
- сприяння в отриманні роз'яснень із актуальних питань у державних органах, в тому числі судових та органах правозастосування;
- узагальнення судової практики;
- розробка науково-практичних коментарів до профільного законодавства;
- допомога в організації розвитку бізнесу в конкурентному середовищі;
- підтримка у зв'язках із державними органами, що беруть участь у боротьбі із недобросовісною конкуренцією, а саме із: Службою безпеки України, Антимонопольним комітетом України, Міністерством внутрішніх справ України, Державним департаментом інтелектуальної власності;
- можливість ознайомлення з іноземною практикою та створення механізмів її застосування;
- співробітництво з міжнародними організаціями та можливість налагодження зв'язків із ними;
- вивчення проблем конкуренції у міжнародних відносинах та на національному рівні;
- участь у міжнародних заходах у галузі конкуренції.

Найближчим часом на Інтернет-порталі асоціації (www.aruc.org.ua) функціонуватиме бібліотека, в яку увійдуть європейські та вітчизняні роз'яснення, статті, огляди, доповіді, практичні поради та нормативна література стосовно боротьби із недобросовісною конкуренцією.

Основними принципами діяльності організації є прозорість та демократичність. Тому її робота вестиметься виключно у межах дотримання зазначених принципів та норм.

Е. Штефан

Литературный агент — миф или реальность?

С. 3-10

В статье автор рассматривает деятельность литературных агентов, исследуются функции их деятельности. Также приводится анализ литературного агентского договора. Автор делает вывод о том, что в Украине нет ни традиционных литературных агентов, ни традиционных литературных агентств.

Ю. Ганжуров

Охрана авторского права в издательской сфере: проблемные вопросы
С. 11-13

Автор исследует нормы украинского законодательства в сфере взаимоотношений между автором и издательством.

И. Коваль

Характеристика прав на объекты промышленной собственности в соответствии с общей моделью субъективного права

С. 14-21

В статье проводится исследование законодательства, научной литературы по проблемным вопросам относительно правовой природы и содержательной стороны прав на объекты промышленной собственности. Обосновывается необходимость формирования четкого и однозначного представления об исключительных правах в соответствии с общей моделью субъективного права.

Б. Прахов

О выявлении и отборе лицензионных тем в практике продажи сопутствующих лицензий

С. 22-26

Автор рассматривает одну из форм лицензирования, а именно — сопутствующие лицензии. Проводится комплексный анализ форм подобных лицензий, выделяются преимущества такого вида лицензирования и сферы его применения.

E. Stefan

Literary agent — a myth or reality?
P. 3-10

The author considers the work of literary agents and investigates the function of their activities. Also provides an analysis of the literary agency contract. The author concludes that there are neither traditional literary agents nor literary agencies in Ukraine.

Yu. Ganzhurov

Protection of copyright in the publishing field: the problematic issues
P. 11-13

The author examines the norms of Ukrainian legislation in the sphere of relations between an author and a publisher.

I. Koval

Characteristics of rights to industrial property in accordance with the general model of the subjective right

P. 14-21

The article presents a study of legislation, scientific literature on problematic issues concerning the legal nature and content side of rights to industrial property. The need for formation of a clear and unambiguous understanding of the exclusive rights in accordance with the general model of subjective right is proved.

B. Prahov

On the identification and selection of license topics in the sale of related licenses practice

P. 22-26

The author considers a form of licensing, namely — the related licenses. Conducted a comprehensive analysis of the forms of such licenses, single out the benefits of this type of license and its scope.

Е. Чомахашвили

Содержание административно-правового регулирования в сфере охраны прав на промышленные образцы
С. 27-32

В статье автор рассматривает значение интеллектуальной собственности в сфере государственного регулирования и влияние деятельности органов государственной власти на развитие творческого потенциала страны.

Определена система органов государственной власти, которые совершают охрану прав интеллектуальной собственности. Сделаны выводы о содержании административно-правового регулирования в сфере охраны прав на промышленные образцы.

Определена цель, задачи, задания, характеристики и дано определение административно-правовому регулированию прав на промышленные образцы.

И. Дорохина, Н. Самоловова

Некоторые аспекты исследования семантики словесных обозначений
С. 33-38

Статья посвящена изучению качественных характеристик семантики словесных обозначений, которые влияют на общий вывод относительно схожести/несхожести словесных товарных знаков, в том числе посредством обобщения экспертной практики.

Н. Рязанова

Актуальные аспекты зарубежного опыта регулирования прав на служебные объекты интеллектуальной собственности
С. 39-45

Проанализирован зарубежный опыт регулирования прав на служебные объекты интеллектуальной собственности. Особое внимание уделено опыту США и ведущих европейских стран. Определены приоритетные принципы государственной политики стимулирования творческой деятельности работника и оптимального использования интеллектуальных ресурсов в ведущих компаниях мира.

O. Chomakhashvili

The substance of administrative legal regulation in the sphere of right's in an industrial design protection
P. 27-32

In the present article the author reviews the significance of intellectual property in the sphere of the governmental administration, and the influence of the state authorities activities on the development of country's creative potential.

The article also reveals the system of governmental bodies ensuring IP rights protection. The author draws conclusion about the substance of administrative legal regulation in the sphere of right's in industrial designs protection.

The author also presents the object, aims, tasks, and characters, as well as defines the term of administrative legal regulation of protection of rights in industrial designs.

I. Dorokhina, N. Samolovova

Some aspects of the study of verbal signs semantics
P. 33-38

The paper is devoted to studying of the semantics of qualitative characteristics of verbal signs that affect the general conclusion about the similarity / dissimilarity of verbal trademarks, through the compilation of expert practice as well.

N. Ryazanova

Topical aspects of foreign experience of adjusting of rights is conducted on the official objects of intellectual property
P. 39-45

The analysis of foreign experience of adjusting of rights is conducted on the official objects of intellectual property. Special attention is spared to experience of the USA and leading European countries. It is certain priority principles of public policy of stimulation of creative activity of worker and optimum use of intellectual resources in the leading companies of the world.

В. Белевцева

Административно-правовые аспекты режима интеллектуальной собственности: защита и безопасность

С. 46-53

Статья посвящена исследованию интеллектуальной собственности как составной безопасности государства. На основе материала, изложенного в статье, выделен режим интеллектуальной собственности, рассмотрено его законодательное регулирование в Украине, сформулированы выводы и предложения в аспекте обеспечения интеллектуальной безопасности государства.

О. Гойко

От судебной защиты до альтернативных методов разрешения споров

С. 54-60

Статья посвящена альтернативным методам разрешения конфликтов, среди которых особое внимание уделено институтам досудебного урегулирования споров, третейского судопроизводства, медиации, проанализированы их особенности, недостатки и преимущества.

Н. Загришева

Правовое регулирование бухгалтерского учета нематериальных активов

С. 61-69

Статья посвящена вопросам регулирования бухгалтерского учета нематериальных активов в Украине. Проведен сравнительный анализ национального законодательства о нематериальных активах с законодательствами США, России, Азербайджана, а так же с Международными стандартами бухгалтерского учета.

О. Симсон

Реализация модели государственно-частного партнерства в инновационной стратегии Украины

С. 70-77

В статье автором рассматривается такая форма инновационных отношений, как государственно-частное партнерство, проводится комплексный анализ темы, а также анализируются

V. Belevtseva

Improvement of administrative legislation on questions of regime activity

P. 46-53

The article is devoted to research of intellectual property as component safety of the state. On the basis of the material given in the article, the regime of intellectual property is selected, resulted the legislation of Ukraine in relation to his adjusting, conclusions and suggestions are formulated in an aspect providing of intellectual safety of the state.

O. Goyko

From judicial defense to alternative resolution of disputes

P. 54-60

The article is devoted to alternative methods for conflict solving, wherein special attention is drawn to the institutes for pre-court dispute resolution, arbitral proceedings, mediation as well as the analysis is given as for their peculiarities, lacks and advantages.

N. Zahrisheva

Legal regulation of the accounting of intangible assets

P. 61-69

The article is devoted to the regulation of the accounting of intangible assets in Ukraine. A comparative analysis of national legislation on intangible assets with the laws of the USA, Russia, Azerbaijan, as well as with International Accounting Standards is made.

O. Simson

Implementation of the public-private partnerships model in the innovation strategy of Ukraine

P. 70-77

The author considers such form of relationship as an innovative public-private partnership; a comprehensive analysis of topics is made, and also is examined the role of government in in-

ется роль государства в инновационных процессах и пути усовершенствования инновационной деятельности Украины посредством государственно-частного партнерства.

А. Амангельды

Особенности правового регулирования франчайзинговых отношений
С. 78-96

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. Проанализированы законодательства 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.

Ю. Цюкало

Принцип недопустимости злоупотребления субъективными гражданскими правами с намерением причинения вреда (шикана) в странах романо-германской правовой системы
С. 97-103

В данной статье рассматривается вопрос правового закрепления принципа недопустимости злоупотребления субъективными гражданскими правами с намерением причинения вреда (шикана) в странах романо-германской правовой системы. Автор анализирует данный принцип через систему кодифицированных нормативно-правовых актов Германии, Франции, Италии, Испании, Швейцарии и других стран. Проводится анализ «субъективной» и «объективной» трактовки категории «шикана».

В. Невидомый

Эволюция правовых ценностей и идея конституционализма
С. 104-112

Исследование самоорганизационных механизмов системы правовых

novation processes and ways to improve the innovation activity in Ukraine through public-private partnership.

A. Amangeldy

Peculiarities of legal regulations of franchising
P. 78-96

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.

Yu. Tsyukalo

The principle of the inadmissibility of civil rights abuses of subjective intent of injury (chicanery) in the Roman-Germanic legal system
P. 97-103

In this article the legal principle of the inadmissibility of strengthening civil rights abuses of subjective intent to harm (chicane) in the Roman-Germanic legal system. The author examines this principle through the legal codexes in Germany, France, Italy, Spain, Switzerland and other countries. Author made analysis of "subjective" and "objective" interpretation of the category of "chicane".

V. Nevidomyi

The evolution of legal values and the idea of constitutionalism
P. 104-112

The investigation of the self-organizing mechanisms of legal values' sys-

ценностей позволяет проследить за логикой становления самой идеи конституционализма, а также выяснить особенности её современного понимания и легитимации.

И. Духневич

Правовые вопросы совершенствования аграрного законодательства
С. 113-120

В статье рассматриваются направления дальнейшего совершенствования аграрного законодательства Украины. Среди основных направлений выделяются: научно-обоснованный подход при разработке нормативно-правовых актов; инвентаризация аграрного законодательства; государственная регистрация подзаконных нормативных актов; своевременность обновления аграрного законодательства, его внутренняя согласованность; гармонизация аграрного законодательства с законодательством Европейского Союза.

Ю. Кондрацкая

Правовые акты Национального банка Украины: теоретические и прикладные аспекты
С. 121-128

Статья посвящена правовым актам Национального банка Украины и их роли в развитии банковской системы Украины. Особое внимание уделено правовой природе и классификации правовых актов Национального банка Украины. В статье также дается анализ практических аспектов реализации правовых актов Национального банка Украины.

А. Ныжний

Скрепление печатью как элемент письменной формы гражданско-правового договора
С. 129-134

Статья автора посвящена изучению проблемных вопросов, которые возникают в сфере использования печати юридического лица при заключении сделки.

tem gives an opportunity to reveal the logic of the very idea's of constitutionalism generation, and also to understand the specific features of its modern interpretation and legitimation.

I. Duhnevych

Legal issues of agricultural legislation improving
P. 113-120

The article deals with the direction of further improvement of the agrarian legislation of Ukraine. Among the main areas stand out: a science-based approach to the development of regulations, inventory of agricultural legislation, state registration of bylaws; timely updating of the agrarian legislation, its internal coherence; and harmonization of agricultural legislation with the European Union.

Yu. Kondratska

Legal acts of the National bank of Ukraine: theoretical and applied aspects
P. 121-128

The article is devoted to legal acts of the National bank of Ukraine and its role in Ukrainian banking system development. The special attention is paid to legal nature and classification of legal acts of the National bank of Ukraine. The analysis of practical issues of realization of legal acts of the National bank of Ukraine is also given in the article.

A. Nyzhnyi

Obsignation as a part of the written form of a civil contract
P. 129-134

The author's article is devoted to the study of problematic issues that arise in the field of use of private seal when concluding a contract.

Тематичний покажчик статей і матеріалів, надрукованих у журналах 2010-го року

№, стор.

Авторське право

<i>О. Штефан</i>	Фальсифікація творів мистецтва	1, 7
<i>А. Грищенко</i>	Застава майнових авторських та суміжних прав (порівняльно-правова характеристика за іноземним законодавством)	1, 25
<i>Л. Цибульська, Ю. Федотова</i>	Проблемні аспекти програмного забезпечення в Україні	1, 34
<i>В. Дроб'язко</i>	Ліцензування і управління правами в цифровому середовищі	3, 45
<i>Л. Щерба</i>	Форми колективного управління майновими авторськи- ми та (або) суміжними правами	3, 51
<i>О. Штефан</i>	Охорона і захист авторських прав: теоретичний аспект	4, 3
<i>А. Грищенко</i>	Звернення стягнення на майнові авторські та суміжні права як предмет застави	4, 18
<i>Г. Дорожко, Є. Кіф'юк</i>	Питання охорони та захисту цифрових фотографічних творів	4, 25
<i>О. Мацкевич</i>	Редактор засобу масової інформації як суб'єкт авторського права	4, 29
<i>В. Дроб'язко</i>	Актуальні проблеми авторського права і суміжних прав у цифровому середовищі	5, 66
<i>О. Штефан</i>	Літературний агент — міф чи реальність?	6, 3
<i>Ю. Ганжуров</i>	Охорона авторського права у видавничій галузі: проблемні питання	6, 11

Захист прав

<i>А. Штефан</i>	Провадження у справах за позовами до засобів масової інформації про захист честі, гідності й репутації до судового розгляду	2, 40
<i>Н. Бочарова</i>	Становлення сучасної стратегії Європейського Союзу у боротьбі з інтелектуальним піратством і контрафакцією (1998-2006 рр.)	2, 47

<i>А. Штефан</i>	Самозахист авторського права і суміжних прав ... 3, 22
<i>О. Крижний</i>	Деякі питання кодифікації законодавства про кримінальну відповідальність за порушення прав інтелектуальної власності 3, 30
<i>С. Бутнік-Сіверський</i>	Спадкування прав інтелектуальної власності на знак для товарів і послуг 3, 36
<i>В. Бєлєвцева</i>	Адміністративно-правові аспекти режиму інтелектуальної власності: захист та безпека 6, 46
<i>О. Гойко</i>	Від судового захисту до альтернативних методів вирішення спорів 6, 54

Засоби індивідуалізації

<i>Н. Іваницька</i>	Державна реєстрація ліцензійного договору на використання торговельної марки 1, 68
<i>Т. Коваленко</i>	Деякі аспекти розрізняльної здатності словесної торговельної марки 2, 33
<i>Н. Іваницька</i>	Окремі проблеми здійснення прав на торговельну марку, які належать кільком особам 4, 61
<i>Л. Романадзе</i>	Поняття, функції та види торговельних марок 5, 82
<i>В. Селіваненко</i>	Форми порушення прав на комерційне найменування 5, 89
<i>І. Дорохіна, Н. Самолова</i>	Деякі аспекти дослідження семантики словесних позначень 6, 33

Комерційна таємниця

<i>Н. Загрішева</i>	Технологічний процес: правова охорона та бухгалтерський облік 1, 99
---------------------	---

Матеріали практики

<i>Л. Дресвянкіна</i>	Горе від УМА або як провайдери з «УМА» судяться .. 1, 39
-----------------------	--

Міжнародний досвід

<i>З. Мамон</i>	Міжнародний арбітраж як засіб мирного вирішення міжнародних спорів 3, 3
-----------------	---

Право та інновації

<i>І. Галиця, М. Шевченко, О. Галиця, Ю. Кіндзерський</i>	Особливості управління інноваційним процесом у сучасних умовах 1, 74
---	--

<i>С. Ревуцький</i>	Наближення наукових досліджень і розробок до Європейського інтеграційного простору 1, 83
<i>Б. Падучак</i>	Правові аспекти захисту економічної конкуренції у сфері трансферу технологій 1, 88
<i>Ю. Єніфанова</i>	Підходи до правового регулювання наукової творчої діяльності 2, 75
<i>С. Ревуцький</i>	Формування та розвиток технопаркової інноваційної інфраструктури в Російській Федерації 3, 57
<i>Б. Падучак</i>	Істотні умови договорів у сфері трансферу технологій 3, 70
<i>О. Сімсон</i>	Інноваційне право як запорука сталого інноваційного розвитку 4, 81
<i>О. Сімсон</i>	Інноваційні правовідносини. Проблема ідентифікації та класифікації 5, 98
<i>Н. Загрішева</i>	Правове регулювання бухгалтерського обліку нематеріальних активів 6, 61
<i>О. Сімсон</i>	Реалізація моделі державно-приватного партнерства в інноваційній стратегії України 6, 70

Погляд науковця

<i>В. Крижна</i>	Варіанти кодифікації законодавства у сфері інтелектуальної власності 1, 110
<i>В. Данилів</i>	Про земельні правовідносини в сільськогосподарських кооперативах 1, 116
<i>Д. Акимов</i>	Трудоустройство без гарантий и «Миграционный туризм» 1, 123
<i>О. Солдатенко</i>	Соціальне страхування з тимчасової втрати працездатності як один із видів медичного страхування 2, 85
<i>Д. Акимов</i>	Социальные основы трудовой миграции: западная и восточная модели 4, 87
<i>Д. Пшеничнюк</i>	Розвиток ідеї тісного та реального зв'язку в англійському міжнародному приватному праві 5, 3
<i>С. Погрібний</i>	Аналогія закону та аналогія права як засоби регулювання договірних цивільних відносин 5, 14
<i>В. Невідомий</i>	Регулятивний та самоорганізаційний аспекти правової реальності 5, 22
<i>О. Штефан</i>	Деякі цивільно-правові та цивільно-процесуальні аспекти вчення про інтерес 5, 30

<i>А. Амангельды</i>	Особенности правового регулирования франчайзинговых отношений5, 44; 6, 78
<i>Ю. Цюкало</i>	Принцип недопустимості зловживання суб'єктивними цивільними правами з наміром завдання шкоди (шикана) в країнах романо-германської правової системи .. 6, 97
<i>В. Невідомий</i>	Еволюція правових цінностей та ідея конституціоналізму 6, 104
<i>І. Духневич</i>	Правові питання удосконалення аграрного законодавства 6, 113
<i>Ю. Кондрацька</i>	Правові акти Національного банку України: теоретичні та прикладні аспекти 6, 121
<i>А. Нижний</i>	Скріплення печаткою як елемент письмової форми цивільно-правового договору 6, 129

Патентне право

<i>А. Міндрул</i>	Деякі аспекти реалізації вимог угоди TRIPS щодо охорони нерозголошеної інформації в законодавстві України в контексті забезпечення доступу до лікарських засобів1, 51; 2, 3
<i>Г. Андросчук</i>	Механізми державної підтримки патентування винаходів: досвід Польщі 1, 59; 2, 13
<i>А. Грибан</i>	Умови та рекомендації для успішного патентування індивідуальних хімічних сполук1, 43
<i>А. Грибан</i>	Законодавство України щодо об'єкту патентування «застосування» та шляхи його вдосконалення 2, 28
<i>Г. Андросчук</i>	Патентна система у світовій економіці: сценарії розвитку 3, 10 ; 4, 36
<i>Б. Прахов</i>	Основные цели патентной охраны изобретений за рубежом 4, 54
<i>І. Коваль</i>	Характеристика прав на об'єкти промислової власності відповідно до загальної моделі суб'єктивного права . 6, 14
<i>Б. Прахов</i>	О выявлении и отборе лицензионных тем в практике продажи сопутствующих лицензий 6, 22
<i>О. Чомахашвілі</i>	Зміст адміністративно-правового регулювання у сфері охорони прав на промислові зразки 6, 27

Договірні відносини

<i>В. Дмитришин</i>	Співвідношення договорів розпорядження майном та договорів розпорядження майновими правами інтелектуальної власності 4, 67
---------------------	--

<i>Н. Москалюк</i>	Особливості ліцензійних договорів на використання винаходів у сфері генетичної інженерії	4, 75
<i>Н. Рязанова</i>	Юридичні гарантії майнових прав на службові об'єкти інтелектуальної власності	5, 105
<i>Н. Рязанова</i>	Актуальні аспекти зарубіжного досвіду регулювання прав на службові об'єкти інтелектуальної власності ..	6, 39

Договірне регулювання

<i>О. Тверезенко</i>	Договір застави майнових прав інтелектуальної власності: загальні положення	2, 57
<i>А. Грищенко</i>	Особливості договору застави майнових авторських прав	2, 67

З історії винахідництва

<i>Б. Прахов</i>	Противокризисный ресурс — теория решения изобретательских задач: творчество как наука	2, 80
------------------	---	-------

Цікаво знати

Поява комп'ютерних ігор	1, 38
Ціна мистецтва	1, 98
Ньютон та яблуко: оригінальна історія	1, 122
Патент на тролейбус	2, 32
Нові технології у ЗМІ	3, 44
Знову рекорд!	3, 50
Ipad vs. Ipad	3, 83
Премія Стелли	4, 17
Де кілька фактів про винахід № 1	4, 74
Черговий ювілей кишенькової книжки	5, 43
Найцінніше «яблуко»	5, 104
Історія запальної розваги	6, 10
Справа “Budweiser”	6, 26
Право на Інтернет	6, 112
Топ-50 винаходів року за версією Time	6, 128

До відома

Інформаційна довідка про МАРТИС «Золота Фортуна»	1, 129
Семінар: «Актуальні аспекти договірних відносин у сфері інтелектуальної власності»	2, 91
Конференції (Крим): «Актуальные вопросы развития инновационной деятельности» и «Защита прав интеллектуальной собственности»	2, 92
Про підсумки III Міжнародної конференції (м. Маріуполь)	3, 78
Про підсумки Регіонального семінару «Проблемы правовой защиты интеллектуальной собственности в Украине»	6, 135
Інформація про Громадську організацію «Асоціація протидії недобросовісній конкуренції»	6, 136



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 й 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 сайті 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