

ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ



Науково-практичний журнал

5 (67) ' 2012

УДК 347.(77+78)

Журнал засновано в лютому 2002 року,
перейменовано 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 року.

Рекомендовано до друку Вченою
радою НДІ інтелектуальної
власності НАПрН України
(протокол № 7 від 25.09.2012 року).

Редакція:

Прахів Б. Г. — головний редактор,
Петренко С. А. — заступник
головного редактора,
Мацкевич О. О. — редактор,
Осипова А. О. — літературний
редактор,
Петренко І. І. — відповідальний
секретар.

Адреса редакції:

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

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

Здано до набору 05.10.2012 року.
Підписано до друку 19.10.2012 року.
Формат 70x108/16. Папір офсетний.
Друк офсетний.
Наклад 300 примірників. Зам.

ЗМІСТ

Право інтелектуальної власності

Потоцький М. Гносеологія права
інтелектуальної власності:
господарсько-правовий аспект 3

Авторське право

Якубівський І. Юридична природа права
на плату (винагороду) в авторському праві ... 10

Патентне право

Іванюченко О. Порівняльний аналіз
патентного права США і ФРН, РФ, України
щодо винаходів, пов'язаних з комп'ютерною
програмою (алгоритмом) 17

Комерційна таємниця

Андрущук Г. Правова охорона комерційної
таємниці в країнах Європейського Союзу ... 26

Работягова Л. Визначення відомостей,
що становлять конфіденційну інформацію
суб'єкта господарювання 37

Договірні відносини

Батова В. Ліцензійний договір
на використання корисної моделі 45

Москаленко К. Договори у сфері музичного
шоу-бізнесу з малолітніми та неповнолітніми

Наукова рада журналу:

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.; Патон Б. Є., през. НАНУ, д.т.н.; Притика Д. М., акад. НАПрНУ, д.ю.н.; Редько В. В., д. с.-г. 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., 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.

артистами-виконавцями: правове регулювання і шляхи його вдосконалення 51

Захист прав

Коваленко Т. Що робити, якщо ви стали жертвою контрафакції 57

Погляд науковця

Шевчук В. Теоретико-правові засади дослідження адміністративно-правового регулювання фінансового забезпечення та матеріально-технічного постачання Державної податкової служби України 62

Скирта Д. Шляхи вдосконалення правового регулювання державного фінансового контролю у сфері державних закупівель в Україні з використанням досвіду Франції 67

Мостовенко С. Види операцій з цінними паперами та їхнє значення як об'єкта оподаткування 75

Чуприна Л. Правовая характеристика бюджетного учреждения как субъекта финансового права 83

Черпіцька Л. Взаємодія Держфінінспекції України та адміністративних судів у процесі розв'язання спорів у сфері публічної фінансової діяльності 91

Богачова О. Деякі аспекти інституту експертизи законопроектів 98

Кушнір І. Діяльність у сфері житлового будівництва в системі об'єктів фінансово-правового регулювання 104

Кацавець Р. Репліка в захисній промові ... 111

Цюкало Ю. Автономія волі й обмеження свободи договору за українським законодавством 115

До відома

Про підсумки конференції «Інтелектуальна власність: погляд з ХХІ століття» 122



ГНОСЕОЛОГІЯ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ: ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Микола Потоцький,
*Інститут права імені князя Володимира Великого
Міжрегіональної академії управління персоналом, доцент
кафедри комерційного та трудового права,
кандидат юридичних наук*

Постановка проблеми. Право інтелектуальної власності набуло значення визначального фактору підприємницької діяльності. Більше того, відомі вітчизняні науковці погоджуються з приводу того, що підприємницька діяльність на сучасному етапі передбачає творчий та інноваційний характер, і пов'язана з виробленням нових ідей та заходів для досягнення основної мети підприємницької діяльності — отримання прибутку. Водночас, будучи фактором, який зумовлює підприємницьку діяльність, право інтелектуальної власності також є об'єктом господарського обігу й товаром, щодо якого може здійснюватися підприємницька діяльність.

Як об'єкт господарського обігу право інтелектуальної власності належить до сфери господарських відносин, які врегульовані специфічними, господарсько-правовими нормами. Система правової охорони інтелектуальної власності побудована на принципах приватного, цивільного права, проте необхідно погодитися з тим, що реалізація прав інтелектуальної власності в підприємницькій діяльності має характерні особливості, які, попри дискусійність розмежування цивільних і господарських відносин, вимагають саме господарсько-правового дослідження.

З огляду на зазначене та зважаючи на визначальну роль інтелектуальної власності в підприємстві, виникає об'єктива необхідність дослідження

господарсько-правового регулювання відносин щодо введення об'єктів права інтелектуальної власності до господарського обігу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Необхідно зазначити, що проблематика правової природи інтелектуальної власності досліджувалась переважно цивілістами, проте із включенням до Господарського кодексу України (далі — ГК України) глави 16 «Використання у господарській діяльності прав інтелектуальної власності» зазначені питання починають аналізуватися у межах господарсько-правових досліджень. Зокрема, предметом господарсько-правових досліджень стають проблеми інновацій (Ю. Атаманова), непатентованих об'єктів інтелектуальної власності (С. Шевчук), технології як об'єкта інтелектуальної власності (О. Давидюк), торговельних марок (О. Россомачіна), права на ділову репутацію суб'єктів (І. Коваль), судового захисту немайнових прав суб'єктів господарювання (А. Гурова) тощо.

Отож можна констатувати підвищення наукового інтересу до господарсько-правових проблем, пов'язаних з введенням об'єктів права інтелектуальної власності до господарського обігу. Водночас, на нашу думку, вбачається недостатність досліджень господарсько-правової природи інтелектуальної власності, пояснення низки явищ, притаманних інтелектуальної власності у підприємстві, та вироблення пропозицій щодо вдосконален-



ПРАВО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

ня правового режиму використання інтелектуальної власності в господарській діяльності.

Формулювання цілей статті. З огляду на зазначене, метою цієї статті є дослідження господарсько-правової природи інтелектуальної власності.

Виклад основного матеріалу. Нині існує численна кількість теоретичних конструкцій щодо сутності прав на результати інтелектуальної діяльності, тому не дивним є те, що навіть до питання диференціації зазначених конструкцій у цивілістичній правовій науці існують різні підходи. Наприклад, Р. Шишка зазначає, що класифікація теоретичних концепцій відбувається на підставі ознаки публічноправового та приватноправового підходу до зазначених прав [1, 125]. До публічноправових теорій належать теорії виключних прав; праці та творчості як особливого внеску в суспільне надбання та гідної винагороди; виявлення або збагачення. До приватноправових теорій належні концепція інтелектуальної власності (проприетарний підхід); концепція особистості; концепції привілею.

Далі в цій же праці Р. Шишка наводить іншу класифікацію, засновану на правовій природі цих прав та виділяє чотири групи теорій: 1) теорія виключних прав, що базується на ідеї прав автора як виключно суб'єктивних, які надають йому можливість використовувати будь-яким не забороненим законом способом результати інтелектуальної діяльності; 2) концепція інтелектуальної власності, що заснована на належності майнових і немайнових прав до речових; 3) теорія особи-

стості, що вважає згадані права особовими; 4) теорія інтелектуальних прав, яка виходить з належності авторських та патентних прав до прав особливого роду (*sui generis*), які розташовані поза межами класичного поділу цивільних прав на речові, зобов'язальні й особові.

А. Кодинець, аналізуючи теоретичні аспекти юридичної природи прав на результати інтелектуальної діяльності, зазначає, що основні доктринальні конструкції інтерпретації сутності прав на результати інтелектуальної діяльності можна умовно поділити на дві групи: аналогістичні та специфічні. До першої належать доктрини, що трактують права на результати творчості за аналогією до наявних інститутів системи цивільного права та обґрунтовують поширення на їх регулювання раніш розроблених правових механізмів. До них можна віднести проприетарну, договірну, персональну, деліктну та рентну теорії [2, 250].

Другу групу доктринальних підходів утворюють теорії, що визначають права на результати інтелектуальної діяльності як самостійну та незалежну від існуючих правових інститутів категорію цивільних прав. До них належать: теорія виключних прав, теорія інтелектуальних прав, нематеріальна теорія.

Далі проаналізуємо найвпливовіші конструкції права інтелектуальної власності та спробуємо встановити найбільш оптимальну правову конструкцію інтелектуальної власності з позиції забезпечення вільної оборотоздатності в господарському обігу*.

* Необхідно зазначити, що господарський обіг ми розуміємо як складову цивільного обороту, тобто як суспільні відносини економічного характеру, що полягають у наданні майна (майнових прав) однією особою іншій (обов'язковою умовою господарських правовідносин є наявність спеціального суб'єкта — суб'єкта підприємства; обов'язковою умовою підприємницьких правовідносин, окрім зазначено вище спеціального суб'єкта, є специфічна мета діяльності — задоволення економічних потреб — отримання прибутку) на основі укладених договорів між ними або в силу інших юридичних підстав. Під уведенням результатів інтелектуальної діяльності до господарського обігу ми розуміємо вид реалізації права на результати інтелектуальної діяльності в господарській діяльності: відчуження прав, надання ліцензії, внесення прав до статутного капіталу, заставні відносини тощо.

Як зазначає О. Кохановська, поняття «інтелектуальна власність» з'явилося ще наприкінці XIX століття та було сприйняте неоднозначно, як ученими, так і спеціалістами-практиками. Два основних підходи щодо цього терміна зводилися або до повного прийняття та схвалення його законодавчого закріплення, або до заперечень наявності його обґрунтованого наукового пояснення і пропозицій використовувати не у правових нормах, а в політичних актах. У другому випадку справедливо вказувалося на неможливість ототожнювати правовий режим матеріальних речей і нематеріальних об'єктів, якими є різноманітні авторські твори та різні технічні нововведення, з територіальними, часовими і просторовими обмеженнями прав авторів і винахідників; із зовсім іншими способами захисту авторських і патентних прав ніж ті, які використовуються для захисту права власності. Крім цього, набуття прав на певні об'єкти права інтелектуальної власності можливе лише за умови одержання спеціальних охоронних документів [3, 800].

Необхідно зазначити, що в сучасній правовій науці існує три основні наукові напрями визначення сутності прав на результати інтелектуальної діяльності. До першого належать представники проприетарного підходу, які ототожнюють режими речей та результатів інтелектуальної діяльності та наполюгають на можливості та необхідності застосування конструкції права власності до відносин щодо результатів інтелектуальної діяльності. Другий напрям об'єднує теорії виключних (інтелектуальних, іматеріальних) прав.

Власне термін «інтелектуальні права» було введено до наукового обігу в 1879 році бельгійським юристом Е. Пікаром. Відповідно до теорії Е. Пікара, інтелектуальні права є правами *sui generis*, що виходять за класичні речові, зобов'язальні та особисті права, прийняті в римському праві. Згідно з думкою

Е. Пікара, будь-яке інтелектуальне право стоується до задуму автора, а не матеріальної реалізації цього задуму. Аналогічного підходу дотримувалися й І. Колер (іматеріальна теорія) та О. Пиленко (теорія виключних прав).

Стосовно терміна «інтелектуальна власність», його вжив у 1845 році Ч. Вудбарі, суддя Окружного суду штату Массачусетс (США). У Європі вперше цей термін було застосовано А. Ніоном у своєму трактаті «*Droits civils des auteurs, artistes et inventeurs*», що був вперше опублікований у 1846 році. Справжня історія терміна почалася у 1967 році, після створення Всесвітньої організації інтелектуальної власності (ВОІВ). Остання доклала багато зусиль для світового визнання для закріплення терміна, що є ключовою складовою частиною її назви.

Теорію виключних прав у дореволюційній Росії розвивав відомий учений-цивіліст Г. Шершеневич. Зокрема він зазначав, що, як речове право є юридичною можливістю користування матеріальними речами з усуненням усіх інших від користування тими ж об'єктами, так і виключне право становить юридичну можливість здійснення певних дій з усуненням всіх інших від наслідування [4]. Також Г. Шершеневич наголошував, що виключні права належать до абсолютних, до того ж є їх різновидом, що відрізняються від права власності. Неоцінений внесок у розвиток теорії виключних прав зробив відомий російський учений, професор В. Дозорцев. Він сформулював основні загальні риси, що притаманні виключним правам на більшість результатів інтелектуальної діяльності [5].

Третій, так званий, еkleктичний напрям полягає в розмежуванні категорій речового права та права інтелектуальної власності, котрі розуміють як виключні права на нематеріальні об'єкти. При цьому власне термін «інтелектуальна власність» не зазначає критики, а застосовується як такий, що має



ПРАВО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

узагальнювальне, умовне значення. Зазначеної позиції дотримуються Г. Дмитрієва, Л. Ануфрієва, О. Сергєєв, І. Близнець.

Необхідно зазначити, що на сучасному етапі термін «інтелектуальна власність» розглядається як данина історичній традиції, а тому сьогодні науковці зазначають про відсутність підстав допускати поширення на результати інтелектуальної діяльності режиму, який застосовується до речей і майна. Зокрема, як зазначає О. Кохановська, більшість науковців не підтримали пропозиції про застосування інституту права власності до відносин інтелектуальної власності, зважаючи, зокрема, на необхідність приведення принципів правової охорони у відповідність до чинних у країнах континентального права. У результаті чинний Цивільний кодекс України (далі — ЦК України) закріплює єдиний підхід до охорони прав на об'єкти права інтелектуальної власності за допомогою інституту виключних прав і єдиних для всіх об'єктів права інтелектуальної власності [3, 800].

Проте однозначно стверджувати про те, що в цьому питанні національна наукова спільнота має однаковість не можна. Так, зокрема О. Харитонova зазначає, що право інтелектуальної власності розглядається як особливий різновид права власності, а отже, й речових прав на специфічні об'єкти — результати інтелектуальної, творчої діяльності. Далі наголошується на генетичному зв'язку між правом власності та правом інтелектуальної власності, що має бути визначальним при характеристиці останньої. Отже, з огляду на сказане, інтелектуальна власність — це власність (тобто ставлення як до своїх) на такі результати інтелектуальної діяльності, яким відповідно до закону надається правова охорона [6]. Відтак, у цій же праці О. Харитонova зазначає, що право інтелектуальної власності в суб'єктивному сенсі — це право особи володіти, користуватися,

розпоряджатися та захищати від порушень з боку усіх інших суб'єктів права результат інтелектуальної, творчої діяльності чи інший об'єкт права інтелектуальної власності, визначений законом.

Необхідно зазначити, що в дискусії щодо оптимального правового механізму введення результатів інтелектуальної діяльності до цивільного обороту разі не можна з однозначністю поставити крапку. Звісно, право власності не спроможне забезпечити надійний правовий фундамент для використання нематеріальних об'єктів у цивільному обороті. Однак і теорія виключних прав, у її класичному варіанті як вилучення певних об'єктів з цивільного обороту та закріплення за певною особою монополії, виключного права на використання, не надає оптимального правового механізму, який би забезпечив безперешкодне використання результатів інтелектуальної діяльності в цивільному обороті.

Теорія виключних прав, безумовно, вплинула на чинне законодавство у сфері інтелектуальної власності. У ЦК України, попри назву та термінологічний апарат книги IV «Право інтелектуальної власності» простежується застосування теорії виключних прав. Так, за володільцем закріплюються майнові права, відмінні від права власності (володіння, користування та розпоряджання), а саме: право на використання; виключне право дозволити використання; виключне право перешкоджати неправомірному використанню, зокрема й забороняти використання об'єкта права інтелектуальної власності.

Водночас говорити про те, що в ЦК України імплементовано класичну теорію виключних прав, не вбачається можливим. Так, справді, правовому регулюванню відносин щодо результатів інтелектуальної діяльності присвячено окрему книгу, ЦК України містить ст. 419, згідно з якою право інтелектуальної власності та право

власності на річ не залежать одне від одного*.

Однак не можна забувати про те, що теорія виключних прав сягає своїми коріннями теорії привілеїв, яка базувалася на привілеях як наданні творцеві (винахіднику) виключного права на використання його творіння протягом певного, обмеженого строку. Саме в межах цієї теорії сформовано конструкцію «виключне право на використання». Проте чинний ЦК України не наділяє суб'єкта виключним правом на використання. Однак, зважаючи на те, що нині спеціальні закони не приведені у відповідність до ЦК України, у них вживається термін «виключне право на використання».

Говорячи про категорію «виключні майнові права», якою оперує ЦК України, вважаємо за доцільне звернути увагу на те, що вона має умовний характер, адже щодо кожного об'єкта права інтелектуальної власності передбачено власний спектр майнових прав, інколи зміст цих прав взагалі не передбачає наявності виключного майнового права.

Так, згідно зі статтями 440 та 452 ЦК України, майновими правами інтелектуальної власності на твір (об'єкт суміжних прав) є: право на використання твору (об'єкт суміжних прав); виключне право дозволяти використання твору (об'єкт суміжних прав); право перешкоджати неправомірному використанню твору (об'єкт суміжних прав), зокрема й забороняти таке використання.

Статтею 490 ЦК України передбачено, що майновими правами інтелектуальної власності на комерційне найменування є: право на використання комерційного найменування; право перешкоджати іншим особам неправомірно

мірно використовувати комерційне найменування, зокрема й забороняти таке використання.

Відповідно до ст. 503 ЦК України, правами інтелектуальної власності на географічне зазначення є: право на визнання позначення товару (послуги) географічним зазначенням; право на використання географічного зазначення; право перешкоджати неправомірному використанню географічного зазначення, зокрема й забороняти таке використання.

Отже, можна стверджувати, що конструкція «виключне майнове право» застосовується не до всіх об'єктів права інтелектуальної власності, а деякі з них взагалі позбавленні цих прав. І говорити про те, що ЦК України містить досконалу модель правового регулювання відносин щодо результатів інтелектуальної діяльності не вбачається можливим. Така суперечність правомочностей призводить до негативних наслідків як у теорії права інтелектуальної власності, так і в практиці застосування. Теоретична «туманність», насамперед, гальмує подальшу наукову еволюцію правового регулювання в цій сфері, зумовлюючи необхідність теоретичного обґрунтування низки суперечностей і «винятків із винятків», якими характеризується сучасне законодавство в цій сфері.

На практиці законодавчі суперечності призводять до невизначеності правового статусу суб'єкта відносин у цій сфері. Чого варта лише конструкція надання виключної ліцензії, згідно з якою надається виключне право на використання об'єкта права інтелектуальної власності, що за своєю законодавчою природою не є виключним.

Аналізуючи вплив теоретичних конструкцій на законодавство у сфері

*Зазначена норма має доволі суперечливе трактування: одні автори трактують її загально, обґрунтовуючи позицію, згідно з якою ЦК України розмежовано правові режими права власності та права інтелектуальної власності, інші буквально, вбачаючи в цій статті ідею про розмежування правових режимів об'єктів права інтелектуальної власності та матеріальних носіїв, у яких відображено зазначений об'єкт (картина, книга, диск тощо).



інтелектуальної власності, необхідно погодитися з А. Кодинцем, який зазначає, що кожна з теорій відповідала певному історичному етапу розвитку правової охорони результатів творчої діяльності та базувалася на відповідних філософських концепціях, а їхні виникнення та розвиток зумовлювався комплексом факторів юридичного, економічного та навіть політичного характеру. Так, наприклад, історичною основою генезису теорії привілеїв було посилення королівської влади та занепад цехових організацій Середньовіччя, в основі проприетарного підходу — природно-правова доктрина священності та недоторканності права особи на життя, свободу, власність, а базою договірної теорії стала концепція Ж.-Ж. Руссо про суспільний договір [2, 251].

На нашу думку, одним з основних завдань господарсько-правового регулювання відносин у цій сфері на сучасному етапі є забезпечення ефективного економічного використання результатів інтелектуальної діяльності з метою отримання прибутку. Тож передбачається, зокрема, можливість залучення до використання результатів інтелектуальної діяльності найбільш широкого кола осіб. Проте поняття виключних прав, згідно з теорією виключних прав, рішення цього завдання не сприяє. Спроби витлумачити поняття «виключне право» як окрему правову категорію приводять до необхідності теоретичного обґрунтування наявності особливого виду прав, які перебувають поза межами класичного розподілу цивільних прав на речові, зобов'язальні й особисті. Вважаємо, що дроблення системи прав (виключні, корпоративні, секундарні тощо) є негативним явищем, адже виникає необхідність у теоретичному обґрунтуванні співвідношення цих прав, переваг одних прав перед іншими.

Недоліком проприетарної теорії є спроба ототожнити правовий режим матеріальних і нематеріальних об'єк-

тів, а також неспроможність пояснити низку явищ, характерних для результатів інтелектуальної діяльності, наприклад, «ефект розмноження» при його передачі, інститут попереднього користування, часову та просторову обмеженість прав, інститут вичерпання прав і порядок обмеження, а також деякі правомочності (наприклад право слідування), що необхідні для повноцінного врегулювання відносин щодо результатів інтелектуальної діяльності.

Однак необхідно пам'ятати, що використання саме проприетарної теорії для врегулювання цих відносин було зумовлене низкою економіко-правових факторів, серед яких: 1) прагнення творців мати права на результати своєї інтелектуальної діяльності, аналогічні правам власників речей; 2) прагнення використовувати фундаментальні основи ключового інституту цивільного права — права власності — у сфері інтелектуальної діяльності; 3) бажання закріпити за правами на результати інтелектуальної діяльності абсолютний характер.

Підсумовуючи зазначений аналіз, вважаємо за можливе дійти таких висновків.

1. Чинне законодавство у сфері інтелектуальної власності характеризується відходом від проприетарної теорії та виділенням прав на результати інтелектуальної діяльності в самостійну правову категорію.
2. З огляду на те, що сьогодні спеціальні закони у сфері інтелектуальної власності не приведені у відповідність до ЦК України, в них вживається термін «виключне право на використання», що суперечить ЦК України.
3. Комплексний аналіз законодавства дає підстави стверджувати про еклектичний підхід до змісту правомочностей права інтелектуальної власності: майнові права інтелектуальної власності виділені в окрему правову категорію,

проте режим виключних майнових прав поширюється не на всі об'єкти права інтелектуальної власності.

4. З господарсько-правової позиції проприетарна теорія більше відповідає вимогам ефективного економічного використання результатів інтелектуальної діяльності з метою отримання прибутку, проте вона неспроможна пояснити низку явищ, характерних для відносин у цій сфері.
5. Класична теорія виключних прав, згідно з якою правомочність використання об'єктів права інтелектуальної власності є виключною за своєю природою, позаяк позбавляє інших суб'єктів права використовувати об'єкти права інтелектуальної власності, неспроможна забезпечити вільне використання результатів інтелектуальної діяльності в господарському обігу, що передбачає необхідність визначеного статусу

суб'єктів і прозорого механізму передачі прав.

6. З огляду на те, що права інтелектуальної власності набули значення визначального фактору підприємницької діяльності, вбачається гостра необхідність у поєднанні зусиль науковців цивільного та господарського права задля вироблення оптимальної парадигми правового регулювання відносин у сфері інтелектуальної власності, яка б забезпечувала надійний теоретичний фундамент для побудови законодавства в цій сфері та сприяла вільному виростанню прав інтелектуальної власності в господарській і підприємницькій діяльності. ♦

Список використаних джерел

1. Шишка Р. Б. *Охорона права інтелектуальної власності: авторсько-правовий аспект : монографія.* / Р. Б. Шишка. — Х. : Вид-во Харківського національного університету внутрішніх справ, 2006. — 368 с.
2. Козинцев А. А. *Теоретические аспекты юридической природы прав на результаты интеллектуальной, творческой деятельности и средства индивидуализации* / А. А. Козинцев // *Альманах цивилистики : сб. статей.* — 2011. — № 4. — С. 251–262.
3. *Цивільне право України : [підручник: загальна частина / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданника].* — К. : Юрінком Інтер, 2010. — 976 с.
4. Шершеневич Г. Ф. *Русское гражданское право* / Г. Ф. Шершеневич. — С.-Пб., 1894. — 455 с.
5. Дозорцев В. А. *Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации : сб. статей* / В. А. Дозорцев. — М. : Статут, 2005. — 339 с.
6. *Цивільне та сімейне право України : підручник / за ред. Є. О. Харитонов, Н. Ю. Голубевої.* — К. : Правова єдність, 2009. — 968 с.

Надійшла до редакції 23.07.2012 року

ЮРИДИЧНА ПРИРОДА ПРАВА НА ПЛАТУ (ВИНАГОРОДУ) В АВТОРСЬКОМУ ПРАВІ

Ігор Якубівський,

доцент кафедри цивільного права та процесу Львівського національного університету імені Івана Франка, кандидат юридичних наук

Відповідно до ст. 445 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) [1], автор має право на плату за використання його твору, якщо інше не встановлено цим Кодексом чи іншим законом. Закріплення у Цивільному кодексі України даного положення, на перший погляд, є цілком обґрунтованим і виправданим, оскільки покликане гарантувати авторові відповідну винагороду за використання створеного в результаті його творчої діяльності твору. В літературі дане право часто характеризують, як «основне» чи «найсуттєвіше» майнове право на твір [2, 264; 3, 96; 4, 193; 5, 246], «вершину» всіх майнових авторських прав [6, 92].

Положення ст. 445 ЦК України знаходить свій розвиток у ч. 5 ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 року в редакції від 11.07.2001 року [7], де передбачено, що за винятком випадків, передбачених статтями 21–25 цього Закону, автор (чи інша особа, що має авторське право) має право вимагати виплати винагороди за будь-яке використання твору.

Наведені положення ЦК України та Закону України «Про авторське право і суміжні права» породжують низку запитань, насамперед, щодо юридичної природи права на плату (винагороду) за використання твору, які і будуть проаналізовані у даній статті. Певною мірою окреслена проблематика аналізувалось у роботах таких вчених, як Е. Гаврилов, О. Жилінкова,

О. Мельник, О. А. Підпригора, О. Сергєєв, Р. Шишка та ін. Водночас, в сучасній цивільно-правовій доктрині так і не вироблено єдиного підходу до даної проблеми.

В Законі України «Про авторське право і суміжні права» норма про право на винагороду за використання твору закріплена в ст. 15, що має назву «Майнові права автора». Доречно зазначити, що в цій й же статті закону закріплено такі майнові авторські права, як виключне право на використання твору та виключне право на дозвіл або заборону використання твору іншими особами.

У ЦК України застосовано дещо інший підхід. З одного боку, право автора на плату за використання твору закріплено не в ст. 440 «Майнові права інтелектуальної власності на твір», а в окремій ст. 445 «Право автора на плату за використання його твору». Водночас, наступною за ст. 445 є ст. 446 «Строк чинності майнових прав інтелектуальної власності на твір» (виділення автора). Така законодавча позиція не виключає теоретичної можливості віднесення права на плату за використання твору до «інших майнових прав інтелектуальної власності, встановлених законом» (п. 4 ч. 1 ст. 440 ЦК України). Проте це питання для його вирішення потребує більш глибокого аналізу.

В літературі питання щодо юридичної природи права на плату (винагороду) за використання твору трактується по-різному.

Так, одні автори (О. Мельник, О. Штефан, О. Жилінкова, Н. Яркіна) право на плату (винагороду) за використання твору розглядають як одне з майнових авторських прав на твір [2, 264; 3, 96; 8, 193; 9, 552–557].

Російський учений В. Хохлов, розглядаючи право на авторську винагороду в контексті виключних прав на твір і визнаючи абсолютний характер цього права, все ж відносить його разом із правом слідування, до «особливих майнових прав автора». Останні, як вважає цей вчений, на відміну від інших виключних прав, належать тільки авторові [10].

Дещо іншу позицію з цього питання займає О. Сергєєв. Як і попередній автор, даний науковець розглядає право на винагороду за використання твору, як одне з майнових прав авторів, вважаючи його одним з «інших прав авторів». Водночас, як зазначає О. Сергєєв, в абстрактному вигляді, поза зв'язком з яким-небудь конкретним способом використання твору, право на винагороду не існує. Тому, підсумовує далі вчений, у його спеціальному виділенні як особливого права немає ніякої необхідності.

Заперечує існування особливого майнового права на одержання винагороди також Е. Гаврилов. Учений виходить з того, що право на винагороду — це складовий елемент будь-якої майнової авторської правомочності. Але якщо авторські правомочності є виключними, заборонними, то право на винагороду таким не є [11, 102, 144–145].

Також у літературі такими ученими, як О. Сергєєв [12, 233–234], О. Мельник [6, 93], Р. Шишка [13, 20] слухно звертається увага на те, що на відміну від права авторства і деяких інших прав автора право на винагороду має не абсолютний, а відносний характер, тобто діє по відношенню до тих осіб, які використовують або мають намір використовувати твір.

З наведених вище позицій можна виділити два ключових питання щодо права на винагороду, щодо яких існують розбіжності серед науковців:

- 1) чи є це право самостійним виключним майновим правом на твір?
- 2) яке воно є за своїм характером — абсолютне чи відносне?

При цьому два питання є тісно пов'язані між собою і, на наш погляд, повинні вирішуватися разом. Пов'язано це з тим, що виключні майнові права інтелектуальної власності є абсолютними за своїм характером, на чому неодноразово наголошувалося в літературі [14, 254; 15, 54; 16, 131–135; 17, 225]. Як пише з даного приводу Е. Гаврилов, майнові права можуть існувати або в абсолютних правовідносинах, або в зобов'язаннях. Виключні права в зобов'язальних правовідносинах не існують; вони завжди виражаються в абсолютних майнових правовідносинах [18, 5].

Погоджуючись із такою позицією, варто підкреслити, що майнові права інтелектуальної власності, передбачені ст. 440 ЦК України, є абсолютними, тому що спрямовані до невизначеного кола суб'єктів (всіх і кожного). Чи можна сказати, що право автора або іншого правоволодільця на плату (винагороду) теж стосується всіх і кожного, тобто має абсолютний характер? Очевидно, що відповідь на це питання є негативною. Цілком зрозуміло, що кореспондуючий такому праву обов'язок щодо сплати винагороди завжди лежить на конкретно визначеному суб'єктові.

Тоді питання можна поставити більш конкретно: чи зобов'язаний виплачувати винагороду авторові чи іншій особі, яка має авторське право, кожен, хто фактично здійснює використання твору? Якщо взяти за основу положення ст. 445 ЦК України та ч. 5 ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права», і абстрагуватися від інших положень законодавства



АВТОРСЬКЕ ПРАВО

України у сфері авторського права, то виходить, що так, окрім випадків, передбачених законом. Проте для того, щоби дати правильну відповідь на поставлене запитання, потрібно з'ясувати, які, взагалі, можливі випадки використання твору та в яких з цих випадків у особи, яка здійснює використання твору, виникає обов'язок сплачувати за це авторові чи іншій особі, що має авторське право, плату (винагороду).

Отже, можливі такі випадки використання твору:

- 1) правомірне використання твору за згодою автора чи іншої особи, яка має авторське право (ст. 443 ЦК України);
- 2) правомірне використання твору без згоди автора чи іншої особи, яка має авторське право, у випадках, коли це допускається законом (вільне використання твору) (ст. 444 ЦК України, статті 21–25 Закону України «Про авторське право і суміжні права»);
- 3) неправомірне використання твору, тобто використання твору без згоди автора чи іншої особи, яка має авторське право, якщо таке використання не підпадає під згадані в попередньому пункті випадки вільного використання твору.

У першому випадку використання твору здійснюється на підставі наданого автором чи іншою особою, яка має авторське право, дозволу (ліцензії). Надання дозволу здійснюється в межах відповідного авторського договору, який укладається автором або іншою особою, що має авторське право, та особою, яка здійснюватиме використання твору. При цьому в такому договорі, власне, й визначаються умови виплати плати (винагороди) за використання твору (ч. 5 ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права»).

У другому випадку йдеться про вільне використання твору за умов, прямо передбачених у законі. Викори-

стання твору при цьому є правомірним, хоча й не вимагає згоди автора чи іншої особи, що має авторське право. Водночас використання твору в цих випадках, зазвичай, є безоплатним, тобто не передбачає обов'язку особи, яка використовує твір, виплачувати плату (винагороду) за таке використання (ч. 1 ст. 444 ЦК України, ст. 20 Закону України «Про авторське право і суміжні права»).

Проте, на думку деяких учених, позадоговірне вільне використання творів може слугувати підставою виникнення права на винагороду [13, 20; 4, 193; 19, 9].

Насправді, законодавство України передбачає лише один випадок вільного використання твору, що здійснюється на відплатних засадах. Йдеться про правило, передбачене ч. 2 ст. 25 Закону України «Про авторське право і суміжні права», яким визначено, що твори і виконання, зафіксовані у фонограмах, відеограмах, їх примірниках, а також аудіовізуальні твори та їх примірники допускається відтворювати у домашніх умовах виключно в особистих цілях або для кола сім'ї без дозволу автора (авторів), виконавців, виробників фонограм, виробників відеограм, але з виплатою їм винагороди. Особливості виплати винагороди у цьому випадку визначені ст. 42 названого Закону.

Однак зазначити, що права на одержання винагороди саме за використання твору в означеній ситуації не виникає. Річ у тім, що, відповідно до положень ст. 42 Закону України «Про авторське право і суміжні права», у такому разі винагорода здійснюється у формі відрахувань (відсотків) від вартості обладнання і (або) матеріальних носіїв виробниками та (чи) імпортерами обладнання і матеріальних носіїв, з застосуванням яких можна здійснити відтворення у домашніх умовах творів, зафіксованих у фонограмах, відеограмах, їх примірниках та аудіовізуальних творів. Роз-

міри таких відрахувань (відсотків) за-тверджені Постановою Кабінету Міні-стрів України від 27.06.2003 року № 992 [20]. Тож, з юридичного погля-ду, ця виплата здійснюється виробника-ми та імпортерами відповідного облад-нання та матеріальних носіїв, оскільки саме вони є носіями відповідного обов'язку щодо сплати таких відраху-вань. Суми цих відрахувань вклю-чаються виробниками та імпортерами обладнання та матеріальних носіїв у ціну, яка в кінцевому результаті спла-чується споживачем при придбанні таких товарів. Проте останній несе обов'язок перед продавцем щодо опла-ти придбаного товару за договором купівлі-продажу (статті 655, 698 ЦК України), а не обов'язок сплатити ав-торові винагороду, передбачену ч. 2 ст. 25 Закону України «Про авторське право і суміжні права».

Третій випадок, на відміну від пер-ших двох, є правопорушенням (контрафакт), адже передбачає використан-ня іншою особою твору з порушенням авторського права. Окремими науков-цями таке використання теж відно-ситься до підстав виникнення права на винагороду [13, 20].

Видається, що ця позиція є недо-статньо правильною з огляду на таке. У разі позадоговірного використання іншою особою твору, якщо це не підпа-дає під передбачені в законі випадки вільного використання творів, ідеться про порушення майнових авторських прав на твір, що дає підстави для судо-вого захисту (ст. 50 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). У такому разі в автора чи іншої особи, що має авторське право, виникає не право на плату (винагоро-ду) за використання твору, а право на звернення до суду за захистом поруше-них майнових авторських прав. Від-так, відшкодування збитків — цивіль-но-правовий спосіб захисту порушених майнових авторських прав (ст. 16 ЦК України, ст. 52 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Не-

обхідно розрізняти право на плату (ви-нагороду) за використання твору, яке здійснюється в межах регулятивних цивільних правовідносин, і вимогу про відшкодування збитків (чи стягнення доходів або виплату компенсації), реалізація якої відбувається через охорон-не правовідношення.

Таке розмежування має важливе практичне значення. Адже, як відомо, відшкодування збитків є формою ци-вільно-правової відповідальності. Тож, як правильно зазначають Н. Кузнецова та О. Кохановська, для його застосуван-ня необхідна наявність усіх елементів складу цивільного правопорушення у сукупності: протиправної поведінки; шкоди; причинового зв'язку між про-типравною поведінкою заподіювача шкоди та збитками; вини [21].

Зі сказаного вище випливає, що ви-користання іншою особою твору з по-рушенням майнових авторських прав (контрафакт) не можна розглядати як підстави виникнення права на плату (винагороду) за використання твору.

Отже, з проаналізованих трьох ви-падків використання твору лише в першому з них, тобто при договірному використанні твору, в автора чи іншої особи, що має авторське право, вини-кає право на плату (винагороду).

У Законі України «Про авторське право і суміжні права» передбачено ще два спеціальні випадки, в яких пе-редбачається виплата винагороди — статті 16 та 17.

У ст. 16 Закону України «Про авторське право і суміжні права» врегуль-овано питання щодо правового режи-му службового твору, тобто твору, створеного автором у порядку вико-нання службових обов'язків відповід-но до службового завдання чи трудо-вого договору (контракту) між ним і роботодавцем. У ч. 3 цієї статті перед-бачено, що за створення та викори-стання службового твору авторів на-лежить авторська винагорода, розмір і порядок виплати якої встановлю-ються трудовим договором (контрак-



АВТОРСЬКЕ ПРАВО

том) та (або) цивільно-правовим договором між автором і роботодавцем.

Очевидно, що в цьому випадку право автора на одержання від роботодавця винагороди не є абсолютним. Адже правовідношення виникає між двома чітко визначеними суб'єктами — автором і роботодавцем, тобто є відносним правовідношенням. Змістом його є право автора вимагати виплати винагороди й обов'язок роботодавця виплатити винагороду.

Відповідно до ст. 17 Закону України «Про авторське право і суміжні права», якщо інше не передбачено в договорі про створення аудіовізуального твору, автори, які зробили внесок або зобов'язалися зробити внесок у створення аудіовізуального твору і передали майнові права організації, що здійснює виробництво аудіовізуального твору, чи продюсеру аудіовізуального твору, не мають права заперечувати проти виконання цього твору, його відтворення, розповсюдження, публічного показу, публічної демонстрації, публічного сповіщення, а також субтитрування та дублювання його тексту, крім права на окреме публічне виконання музичних творів, включених до аудіовізуального твору. За оприлюднення та кожне публічне виконання, показ, демонстрацію чи сповіщення аудіовізуального твору, його здавання в майновий найм і (або) комерційний прокат його примірників за всіма авторами аудіовізуального твору зберігається право на справедливую винагороду, що розподіляється та виплачується організаціями колективного управління або іншим способом.

Отже, проведений вище аналіз дає підстави виділити такі суттєві відмінності між майновими правами інтелектуальної власності на твір (ст. 440 ЦК України) та правом на плату (винагороду) за використання твору (ст. 445 ЦК України):

- по-перше, різними є підстави їх виникнення. Майнові права інтелектуальної власності на твір ви-

никають на підставі факту створення твору (ст. 437 ЦК України, ст. 11 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). На відміну від цього, право на плату (винагороду) за використання твору виникає на підставі договору, а також з інших підстав, передбачених законом (статті 16, 17 Закону України «Про авторське право і суміжні права»);

- по-друге, майнові права інтелектуальної власності на твір є абсолютними, тоді як право на плату (винагороду) є відносним.

Зазначені відмінності вказують на те, що право на плату (винагороду) не може розглядатись як одне з прав, зазначених у п. 4 ст. 440 ЦК України.

Юридична природа права на плату (винагороду) обумовлюється таким:

- це право виникає із договору або з інших підстав, передбачених у законі;
- суб'єкт цього права (автор чи інша особа, що має авторське право) має право вимагати виплати йому плати (винагороди) за використання твору, а особа, яка здійснює використання твору (ліцензіат, роботодавець тощо) зобов'язана таку плату (винагороду) сплатити. Тож правовідношення виникає між двома персоніфікованими суб'єктами та є за своїм характером відносним;
- об'єктом цього права є не власне твір, як це має місце стосовно майнових прав інтелектуальної власності на твір, передбачених ст. 440 ЦК України, а дії зобов'язаної особи зі сплати такої плати (винагороди). Іншими словами право на плату (винагороду) є не правом на результат творчої діяльності, а правом на дію іншої (зобов'язаної) особи.

Наведене вище дає підстави дійти висновку, що правовідношення, елементом змісту якого є право на плату (винагороду) за використання твору,



відповідає ознакам цивільно-правового зобов'язання, закріпленим ст. 509 ЦК України. Тож право на плату (винагороду) за використання твору, на відміну від майнових прав інтелекту-

альної власності на твір, має зобов'язально-правову природу. ♦

Список використаних джерел

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 року // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № № 40–44. — Ст. 356.
2. Право інтелектуальної власності : акад. курс : підручник для студентів вищих навч. закладів / за ред. О. А. Підпригори, О. Д. Святоцького. — 2-ге вид., переробл. та допов. — К. : Ін Юре, 2004. — 672 с.
3. Жилінкова О. В. Договори в сфері реалізації авторських прав на музичний твір : монографія / О. В. Жилінкова. — Х. : Ксилон, 2008. — 212 с.
4. Цивільний кодекс України : науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). — Т. 6: Право інтелектуальної власності / За ред. проф. І. В. Спасибо-Фатєєвої. — Х., 2011. — 592 с.
5. Кохановская Е. В. К вопросу об общих положениях о праве интеллектуальной собственности в гражданском праве Украины / Е. В. Кохановская // Альманах цивилистики : сб. статей : Вып. 4 / Под ред. Р. А. Майданика. — К. : Правова єдність, 2011. — С. 246.
6. Мельник О. М. Суб'єкт права інтелектуальної власності та його цивільно-правовий статус : монографія / О. М. Мельник. — Х. : Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2003. — 156 с.
7. Закон України «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 року, в редакції закону від 11.07.2001 року // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 43. — Ст. 214.
8. Право інтелектуальної власності : академ. курс : підручник для студентів вищих навч. закладів / за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. — 2-ге вид., переробл. та допов. — К. : Ін Юре, 2007. — 696 с.
9. Цивільне право : підручник : у 2 т. / За ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. — Х. : Право, 2011. — Т. 1. — 656 с.
10. Хохлов В. А. Авторское право: Законодательство, теория, практика / В. А. Хохлов. — М. : Городец, 2008. — 288 с.
11. Гаврилов Э. П. Комментарий к закону об авторском праве и смежных правах / Э. П. Гаврилов. — 4-е изд., перераб. и доп. — М. : Экзамен, 2005. — 384 с.
12. Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации : учеб / А. П. Сергеев. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Проспект, 2005. — 752 с.
13. Шишка Р. Б. Охорона прав суб'єктів інтелектуальної власності у цивільному праві України : автореф. дис... докт. юрид. наук. / Р. Б. Шишка. — Одеса, 2004. — С. 20.
14. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 года) / Вступительная статья Е. А. Суханов. — М. : СПАРК, 1995. — 556 с.
15. Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации : сборник статей / В. А. Дозорцев; Исслед. центр частного права. — М. : Статут, 2005. — 416 с.



- 16.Маковский А. Л. Исключительные права и концепция части четвертой Гражданского кодекса / А.Л.Маковский // Гражданское право современной России / Сост. О.М.Козырь и А.Л.Маковский. — М.: Статут, 2009. — 254 с.
- 17.Харитоновна О. І. Правовідносини інтелектуальної власності, що виникають внаслідок створення результатів творчої діяльності (концептуальні засади) : монографія / О.І.Харитоновна. — Одеса : Фенікс, 2011. — 346 с.
- 18.Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный) : Часть 4 / Э.П.Гаврилов, О.А.Городов, С.П.Гришаев [и др.]. — М. : Проспект, 2009. — 800 с.
- 19.Заєць О. В. Право вільного використання об'єктів авторського права за цивільним законодавством України : автореф. дис... канд. юрид. наук. / О.В.Заєць. — К., 2009. — С. 9.
- 20.Постанова Кабінету Міністрів України «Про розмір відрахувань виробниками та імпортерами обладнання і матеріальних носіїв, із застосуванням яких у домашніх умовах можна здійснити відтворення творів і виконань, зафіксованих у фонограмах і (або) відеограмах» від 27.06.2003 року № 992 // Офіційний вісник України. — 2003. — № 27. — Ст. 1329.
- 21.Кузнєцова Н. С. Проблеми захисту прав інтелектуальної власності в Україні / Н.С.Кузнєцова, Кохановська О.В. // Право України. — 2011. — № 3. — С. 24.

Надійшла до редакції 08.07.2012 року

ДО УВАГИ ЧИТАЧІВ

Федулова Л. І.

Інноваційна політика : підручник [для студ. вищ. навч. закл.] / Л. І. Федулова, А. А. Мазаракі, Г. О. Андрощук. — К. : Київ. нац. торг.-екон. ун-т, 2012. — 604 с.

Розкрито сутність, еволюцію, передумови та рівні формування інноваційної політики. Охарактеризовано особливості інноваційної політики корпоративних структур, взаємозв'язок інноваційної стратегії та інноваційної політики на мікрорівні. Визначено й обґрунтовано напрями інноваційної політики та заходи її реалізації. Розроблено й запропоновано методичний інструментарій оцінювання ефективності та результативності інноваційної політики.

Для викладачів, студентів, аспірантів вищих навчальних закладів.



ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ПАТЕНТНОГО ПРАВА США ТА ФРН, РФ, УКРАЇНИ ЩОДО ВИНАХОДІВ, ПОВ'ЯЗАНИХ З КОМП'ЮТЕРНОЮ ПРОГРАМОЮ (АЛГОРИТМОМ)

Ольга Іванюченко,

викладач Народної української академії, м. Харків

Історія патентного права США свідчить про багаторічну проблему охорони прав на *алгоритми*, які пов'язані з електронно-обчислювальною машиною (далі — ЕОМ) [1–9]. Після того, як було з'ясовано, що алгоритм є об'єктом математики, який віддзеркалює абстрактні ідеї, а останні не є патентоздатними, виникла нова проблема, — спроба охорони прав на *програми*, які пов'язані з ЕОМ (вихідного тексту та/або об'єктного коду) [10–16]. Коли було встановлено, що власне програми для ЕОМ, теж не є патентоздатними, виникла нова проблема, — охорона патентним правом *винаходів*, пов'язаних з ЕОМ (тобто технічних рішень, пов'язаних з математичними та логічними рішеннями). І це не є простою заміною термінів, адже останні відображають види певних об'єктів у технічній сфері чи у сфері прикладної математики, інформатики. Означена проблема не є однорідною за змістом, тому, необхідно чітко розмежувати нібито єдину проблему, щодо охорони патентним правом винаходів, пов'язаних з комп'ютером (за термінологію проекту Директиви ЄС 2002 року) [17], — на дві. *Критерієм* такого поділу є об'єкт охорони: (1) це охорона патентним правом винаходів, пов'язаних з алгоритмом; (2) охорона патентним правом винаходів, пов'язаних з комп'ютерною програмою, точніше, вихідного тексту та/або об'єктного коду фіксованого та зчитуваного ЕОМ, де останній керує роботою ЕОМ.

Вирішення цієї проблеми потребує продовження дослідження в напрямі *співвідношення* понять *відкриття* та *винаходу*. Саме під таким кутом зору проведемо порівняльний аналіз, з одного боку, патентного законодавства ФРН, РФ, України, а з іншого боку, патентного законодавства США (беручи до уваги особливості різних правових систем).

Метою цієї статті є отримання *критеріїв* розмежування, з одного боку, між алгоритмом і програмою для ЕОМ, а з другого — між останніми об'єктами та класичними об'єктами патентного права США: «способом, продуктом або композицією речовин...» [18]. Для відповіді на основне питання: чи мають винаходи, пов'язані з комп'ютером (1), або винаходи, пов'язані з алгоритмом (2), або винаходи, пов'язані з комп'ютерною програмою (3), або винаходи, пов'язані з об'єктним кодом комп'ютерної програми (4), — лише суто *технічний характер* або *науково-технічний*?

При проведенні порівняльного аналізу патентного права США з патентним правом України, РФ, ФРН виникають труднощі, не так щодо перекладу з однієї мови на іншу, скільки «перекладу» з однієї системи права, пандектної, на систему права прецедентну. Вирішувати цю проблему варто керуючись нормативними визначеннями понять у законодавстві США, з одного боку, та в законодавстві України, РФ, ФРН, з — другого.



ПАТЕНТНЕ ПРАВО

Як відомо, поняття повинно визначатися через певну сукупність суттєвих ознак, де кожна з них є необхідною, а всі разом — достатніми [19, 257]. Виняток з такого визначення хоча б однієї ознаки вносить *невизначеність* і безпідставно *розширить коло об'єктів*, на які в такому разі поширяться це поняття. Тож, загальні визначення понять є недостатні — необхідні додаткові. Перші, зазвичай, розміщують в законі, другі — в підзаконних актах.

З позиції пандектної системи права під *принциповою* патентоздатністю мають на увазі *визначення* основного критерію поняття, наприклад, для винаходу (технічного рішення), хоча і достатньо широкого, але *загального* [20, 86]. Ще І. Хейфец писав, що такі «загальні» визначення понять як, наприклад, на той час (1924 рік), «прогресивне рішення технічного завдання», «страждають повною невизначеністю» [21, 8–9].

Загальним визначенням понять протиставляють визначення, так звані, *однозначні* понять, про які писав ще К. Яічков. На думку відомого вченого, однозначні поняття винаходу бажані й, на відміну від загальних понять, вони характеризуються тим, що повинні відповідати таким вимогам: «Для того щоб слугувати меті винахідницько-правової охорони, закон має містити *або* таке однозначне визначення винаходу, до складу якого входили б *усі* необхідні ознаки охоронюваного винаходу (тільки за цієї умови закон може мати практичне значення), або в цьому законі, *поряд* з визначенням загального поняття винаходу, мають бути дані вказівки, які винаходи, за якими саме ознаками вони охороняються авторськими свідоцтвами та патентами...» [20, 88].

К. Яічков вважав, що ідеальною моделлю легального визначення поняття винаходу є «...*стисла формула, в якій наведені всі ознаки охоронюваного винаходу*» [20, 88]. Далі К. Яічков на-

водить приклад, де є визначення охоронюваного винаходу через загальне поняття. Так, в § 101 Закону США (35 USC) як «...винахід охороняються нові та корисні способи, машини, вироби чи композиції речовин або нові й корисні їхні вдосконалення» [20, 88]. Поряд з таким визначенням, у Законі США надані нормативні приписи, які є такими, що *деталізують* ознаки визначенні в загальному понятті.

З огляду на наведені вище положення, перейдемо до пошуку критеріїв розмежування загальних понять винаходу та відкриття, оскільки, *саме ці критерії* сприятимуть пошуку достовірної відповіді на основне запитання: чи мають винаходи, пов'язані з алгоритмом і програмою для ЕОМ *технічний або науковий характер?*

Відомо, що патентним правом України (як й УРСР), РФ (як і СРСР), відкриття не охороняється, бо під відкриттям розуміють «...встановлення невідомих раніше, але *об'єктивно існуючих закономірностей*, властивостей та явищ матеріального світу, які вносять докорінні зміни в рівень наукового пізнання» (ст. 457 Цивільного кодексу України [22] (далі — ЦК України)). Таке саме легальне визначення поняття «відкриття» було в СРСР (п. 10 Положення про відкриття, винаходи та раціоналізаторські пропозиції) [23]. Не можна мати виключне право на об'єктивно існуючі закономірності, властивості та явища матеріального світу, наприклад, на закони Ньютона, Ома, на таблицю множення, математичну формулу тощо. З тих же підстав не можна отримати виключне патентне право й на математичний алгоритм, як на об'єкт винаходу, поряд з пристроєм і способом.

Що ж до об'єкта, який є сукупністю технічних ознак і нетехнічних, зокрема, математичних, наприклад, обчислювальний алгоритм, то в межах класичної парадигми патентного права, це теж неможливо. *Зміна парадигми* означала б, що предметом охорони па-

тентного права стає науково-технічне рішення. Патентні відомства тих країн світу, які вже десятиліттями видають патенти на алгоритми (прямо та не ховаючи його за технічні ознаки), фактично, підтверджують, що зміна парадигми в патентному праві їхні країни сталася, хоча офіційно вона не підтверджена. Наприклад, в США виданий патент на «Тач-скрін пристрій, метод і графічний користувацький інтерфейс для визначення команд із використанням евристики» від 20.01.2009 року № US7479949 (зміст патенту: винахід, обчислювальний пристрій включає в себе: сенсорний екран, один або декілька процесорів, пам'яті і програм. Програма включає в себе: інструкція для виявлення одного або декількох пальців контакти з сенсорним дисплеєм...). В Україні: патент на спосіб криптографічного обміну кодами від 16.05.1997 року № 53651 (зміст патенту: спосіб криптографічного обміну кодами між першим комп'ютерним пристроєм (С1) та другим комп'ютерним пристроєм (С2), між першим комп'ютерним пристроєм (С1) та другим комп'ютерним пристроєм (С2) відбувається *підбір алгоритмів захисту* від несанкціонованого доступу).

У законодавстві РФ є новела в ст. 1349 Цивільного кодексу РФ (далі — ЦК РФ), яка проголосила: об'єктами патентних прав є результати інтелектуальної діяльності в *науково-технічній сфері*. Та застереження про те, що «...відповідно до вимог ЦК РФ», зводить цей припис нанівець. Це є приклад, «загального» (досить широкого) визначення чергового поняття. Проте, як видно з тлумачень цієї норми вченими-цивілістами, зміни парадигми в патентному праві РФ офіційно не наступало [24, 318–321]. Відповідно до інших вимог того ж ЦК РФ, об'єктами патентних прав є результати інтелектуальної діяльності *лише* в технічній сфері. Усе це свідчить про певне нерозуміння проблеми чіткого розмежування сфер науки й

техніки, відповідно, і розмежування винаходу та відкриття.

Історично склалося так, що відомі вчені Б. Антимонов, Е. Флейшиц у 1960 році, ще до прийняття сучасних, вищезгаданих нормативних актів, звернули увагу на те, що є *тісний, безпосередній зв'язок* між винаходом (технічним рішенням) та відкриттям (науковим рішенням) [25, 109–110]. У такому разі «відкриття використовуються у винаході», тобто «наукове рішення використовують в технічному рішенні». Б. Антимонов, Е. Флейшиц з цього приводу писали: «...по суті справи, використовуючи відкриття у винаході, автор останнього створює спосіб використання відкриття в будь-якій іншій практичній діяльності. Іноді відкриття придатне до безпосереднього використання для технічної мети. В таких випадках для технічних цілей, більшою мірою, не потрібно інших нових пристосувань, окрім тих, які застосовувалися при науковому дослідженні, що привело до відкриття. Прикладом може бути компас. (...) Існують випадки, коли автор відкриття сам пропонує технічні засоби використання свого відкриття. Відомі випадки, коли відкриття є результатом застосування машин. (...) В останніх випадках автор винаходу й автор відкриття збігаються в одній особі» [25, 109–110].

Певною мірою всі ці випадки можна доповнити ще одним, який не стався в 1960 році, оскільки на той час ще не існувало проблеми щодо охорони патентним правом винаходів, пов'язаних з комп'ютерною програмою (алгоритмом). Тут теж є *тісний, безпосередній зв'язок* між винаходом (технічним рішенням) та відкриттям (науковим рішенням — алгоритмом).

Водночас, Б. Антимонов, Е. Флейшиц правильно виходили з того, що «*відкриття пояснює світ, винахід змінює його*», а це досить різні речі. «Відкриття є виявлення, констатація об'єктивно наявного. Воно завжди на-

ПАТЕНТНЕ ПРАВО

лежить до складу певної галузі науки як системи знань про ту або ту сферу матеріального світу. Винахід є пропозиція доцільності, «правило» практичної діяльності для досягнення певного результату» [25, 110].

Математичне забезпечення ЕОМ, складається з кола об'єктів науки прикладної математики, а саме: «моделі→метода→алгоритму» → «об'єктного коду». Всі вони зрозумілі (читані) лише людині та є результатом наукових досліджень, належних до певної галузі науки — прикладної математики (інформатики). Всі ці об'єкти прикладної математики, — машино-орієнтовані на об'єктний код, який і управляє роботою ЕОМ. Вони відмінні, з одного боку, і від об'єктів фундаментальної науки математики, і з іншого боку, від технічних рішень [26, 29–39]. В останні десятиліття про алгоритм «забули» та йдеться про охорону прав на алгоритм, але через об'єктний код, який по суті розглядається як технічне рішення.

Основна складність у вирішенні проблеми складається в пошуках *критерію(-їв) розмежування об'єктів*, з яких складається комп'ютерна програма, що управляє роботою ЕОМ, на ті, які є суто *математичними* (результатами прикладної науки), і ті, що є створеними штучно, тобто є *технічними* за характером, адже лише останні за інших відомих вимог щодо патентоздатності можуть бути об'єктами винаходу, пов'язаними з комп'ютером. Саме в цьому сенсі використовуємо терміни технічний, або штучний, (в межах патентного права) та науковий результат (в межах права на відкриття). Також виходимо з того, що інколи наукові результати виникають раніше від технічних і навпаки.

Отож, беручи до уваги вищеописані концептуальні положення проаналізуємо кожен патентну формулу класичного об'єкта винаходу, пов'язаного з комп'ютером, алгоритмом, програмою для ЕОМ, яка містить суттєві

ознаки, що віддзеркалюють, як технічні (штучні) результати творчої діяльності, так і наукові.

У світі складається тенденція в бік розширення кола саме таких об'єктів. У США політика більш ліберальна; видають патенти навіть на метод ведення бізнесу [27], у ФРН, навпаки, — лише на технічні результати, наприклад, «Про контрольний пристрій для експертизи умов» (*BGH X ZB 22/07 — Steuerungseinrichtung for Untersuchungsmodalitäten*) 2009 року [28]. ФРН обстоює класичну позицію: патент видається на «технічні рішення», відповідно до ст. 52 Європейська патентна конвенція.

Як відомо, класичне патентне право континентальної Європи (пандектна та інституційна системи) чітко розмежовують об'єкти винаходу й об'єкти відкриття, а в США їх теж розмежовують, але є і суттєві відмінності.

Насамперед, потрібно зазначити, що в США, як і в континентальній Європі, виходять з того, що *не* справа законодавця давати нормативні (легальні) визначення основним поняттям, на яких базується патентне право, це справа науки. Водночас, помилково виходить і з того, що вони взагалі відсутні в патентному законодавстві США. Так, наприклад, § 100 Глави 10, частини II, Зводу законів США має назву: «Визначення» (вони віддзеркалюють окремі (детальні) правові положення в специфічній формі).

Дослідник патентного права США Х. Форман ще в 1961 році писав, що суди століттями шукали просте правило для визначення патентоздатності винаходу, проте всі спроби залишилися безуспішними. Не вироблено простого, однозначного й універсального визначення патентоздатності винаходу [29, 60]. І в сучасному патентному праві США в цьому питанні змін не настало.

П. Розенберг пише, що в *Конституції* США йдеться про авторів і винахідників, їхні літературні твори та

відкриттях, термін «винахід» — не вживається» [30, 45]. «У Патентному законі США, — пише Ф. Форман, — термін «винахід» (*invention*) вживається, але тлумачиться, і як «винахід» (*invention*) і як «відкриття» (*discovery*)». Підставою є ч. II Розділу 35 «Патентоздатність винаходу і видача патентів». Суддя Річ, який провів велику роботу, щодо вивчення питання патентоздатності заявок на патент, зважаючи на роль судової практики, дійшов до висновку, що «необізнана людина може поставити запитання: що ж є винахід? Кваліфікована в цій галузі людина відповість: «Винахід, — як констатував Верховний Суд США, — не може бути визначено, це є щось *невловиме*, що повинно мати місце для того, щоб можна було отримати патент» [29, 60].

П. Розенберг констатує, що, згідно з положеннями чинного Закону про патенти США, використовуваний у ньому термін «відкриття», якщо з контексту не випливає іншого, означає винахід або відкриття». Водночас, технічна різниця між винаходом і відкриттям настільки велика, що лише винахід вважається патентоздатним, чисті відкриття такими не є. Термін «винахід» означає те, що було вигадано та створено людиною [30, 45]. Тож, було створене штучно, а не природою! У цьому різниці між правовими положеннями закону США та законів держав ЄПК, України, РФ немає. У чому ж полягає проблема?

Проблема полягає в тлумаченні норм патентного права США, держав ЄПК, України, РФ при їх застосуванні під час отримання патенту та його захисті в суді (зокрема, коли в формулі винаходу серед кола суттєвих ознак є як технічні (штучні), так і наукові/математичні (об'єктивні)). При цьому мають на увазі не ті ознаки, що об'єктивно віддзеркалюють *штучні* явища (патентоздатність), а й ознаки в *математичному виразі*, які віддзеркалюють *об'єктивні* закономірності,

властивості та явища матеріального світу, незалежно від того, чи вносять вони докорінні зміни в рівень наукового пізнання (які, в принципі, є непатентоздатними). При вирішенні описаної вище ситуації в США керуються такими правовими положеннями. П. Розенберг ставить запитання: чи можна в США запатентувати *ідею*? Його відповідь така: «Досить часто говорять, що ця ідея «патентоздатна», а ось ту ідею «не можна запатентувати». Навіть Верховний суд США в своїх висловлюваннях допускає застосування таких фраз. П. Розенберг вважає, що такі фрази є помилковими, і звертає увагу на точність і ясність, щодо термінів, які використовуються в патентному праві. Зокрема, він пише, що ті особи, які добре знайомі з таємницями патентного права, часто термін «ідея» використовують як короткий *еквівалент* слова «винахід» або «фізичне втілення» ідеї, (...) використання її в «матеріальній формі» [30, 94]. При цьому, П. Розенберг вживає словосполучення «...використання ідей в матеріальній формі» в обмін на патент.

Залишається знайти в автора відповідь щодо змісту такої ідеї. П. Розенберг стверджує, що стосовно патентоздатності ідей побутує помилкове уявлення про те, що патентний повірений повинен володіти здібностями математика. Насправді, практика застосування патентного права передбачає знання принципів природничих наук, але водночас не потребує спеціальної підготовки в галузі математики. Справа в тому, що: 1) *кількісні взаємозв'язки* не є об'єктом патентування; 2) *математична формула* належить до кола «чистих ідей». «...Голі ідеї не можна запатентувати». «Звісно, що патентне право, коли це необхідно, допускає використання порівняльних (математичних) методів у зіставленні патентованого винаходу з прототипом, зокрема й за допомогою *математичних обчислень*. Але, зазви-



ПАТЕНТНЕ ПРАВО

чай, тільки виміри *у ступені проста лінійна екстраполяція і проекція* — не можуть претендувати на титул патентоздатного винаходу» [30, 94].

Залишається з'ясувати, коли необхідно використовувати порівняльні (математичні) методи зіставляючи патентований винахід із прототипом, зокрема й за допомогою математичних обчислень? Оскільки суди США, як і Патентний закон США, не містять загального поняття патентоздатного винаходу, потрібно шукати відповідь в «негативних та позитивних правилах», які застосовують при визначенні винаходу.

Отож на основі аналізу рішень Верховного суду США, можна констатувати, що існує декілька однорідних проблем, а саме винаходи, пов'язані з комп'ютером (1), або винаходи, пов'язані з алгоритмом (2), або винаходи, пов'язані з комп'ютерною програмою (3), або винаходи, пов'язані з «об'єктним кодом» комп'ютерної програми (4). Оскільки, досліджено описану вище проблему під кутом зору співвідношення суттєвих ознак винаходу та, мінімум однієї ознаки від «відкриття», що разом належні до формули винаходу, то вибірково аналізуємо відповідну практику Верховного суду США та звертаємо увагу на термінологію.

А. Зейдель пише, що питання термінології (за визначенням Патентного права США) становить великий інтерес, особливо у випадках щодо патентів на способи, щодо відкриття дії будь-якого закону природи, який не є патентоздатним і, навпаки, патентоздатним є винахід, який полягає у використанні закону природи. Так, у справі фірми «Бадіше Анілін унд зода фабрик» проти «Калле» [31] суд встановив: «Наявна відмінність між винаходом і відкриттям, яка не може бути упущена при розгляді патентів на способи: сутність, на якій базується процес, може раптово і несподівано перерости у відкриття. Винахідник може

опинитися в ситуації, коли він не в змозі зрозуміти закон, на підставі якого відбувається процес... Якщо він є першою людиною, що дає світові як результат свого методу новий і цінний промисловий виріб, йому повинно надатися право на захист в суді» [32, 71].

З цього можна дійти висновку: Патентне відомство США не має права вимагати від винахідника, який подав заявку на отримання патенту на винахід, пов'язаний з комп'ютером, у патентній формулі якого є і ознаки математичні, що віддзеркалюють саме той або той закон природи, знання цього закону. Це не повна відповідь на основне запитання, але вона непрямо свідчить, що остаточне рішення щодо таких заявок залежить від інших умов.

Р. Купер, експерт у галузі електротехніки, коментуючи патентне право США та практику його застосування судами, звертає увагу на такі положення: практично всі винаходи щодо ЕОМ є *вдосконаленнями відомих рішень*. Відповідно, вони можуть відрізнятися: а) конструкцією, б) способом, в) кінцевим результатом. Вказані відмінності і є мірою новизни, тому основне питання в такому: чи є вони очевидні для особи, що має звичайну кваліфікацію в галузі, до якої належить об'єкт. (У нашому випадку, об'єктами є ЕОМ та комп'ютерна програма). По-друге, винахідник повинен не тільки поставити задачу, яку він повинен вирішити, але також вказати, як вирішити задачу [33, 87].

Звернемо увагу на те, що суди США використовують терміни «задача», «вирішення задачі». Так, у рішенні по справі між Барсоном і Фогейльмом суд зазначив: «винахід полягає в *формуванні задачі* та вказівки засобів для практичного її рішення й отримання необхідного результату» [33, 87]. Зауважимо, що немає вимоги, щодо технічного характеру до такого результату, відповідно до ст. 52 ЄПК.

Заслужовує на увагу й коментарій до справи між Кохрен і Дінер (1877

року) [33, 88] члена Верховного суду США Бредлі, який вважається чинним нині, щодо розуміння такого об'єкта винаходу як спосіб. Воно потрібне для порівняння із сучасним тлумаченням, стосовно винаходів на спосіб, пов'язаних з комп'ютером. «Спосіб — це метод обробки матеріалів, що має на меті отримання необхідного результату. Це — дія чи комплекс дій над певною речовиною або виробом, які здійснюються для видозмінення цієї речовини чи виробів. (...) Обладнання, що використовується для здійснення будь-якого процесу, може бути та не бути патентоздатним, а власне *процес*, незважаючи на це, може бути патентоздатним».

Таким правовим положенням керуватимемося, порівнюючи з відповідними приписами Роз'яснення СРСР «О признании изобретениями объектов вычислительной техники, характеризующихся математическим обеспечением ЭВМ» [34], щодо використання словосполучення «власне процес». Зауважимо, що в такому разі перспектива охорони прав на винаходи на спосіб, які пов'язані з комп'ютерами, можна поділити на спосіб «без заліза» (ЕОМ) та спосіб «із залізом (ЕОМ).

Отже, на підставі проведеного аналізу складу елементів стандарту патентоздатності винаходу США можна дійти певних висновків:

1. Єдиного узагальненого легального визначення поняття стандарту па-

тентоздатності винаходу в законодавстві США не існує. Воно складається з кола вимог, які передбачені в Законі про патенти США (1952 року); численних адміністративних актах, зокрема, постанови Патентного відомства США; в рішеннях судів США, які офіційно є джерелом права та впливають на формування *критеріїв* стандарту патентоздатності винаходу.

2. На підставі судового прецедентного права США дається тлумачення ключових понять патентного права США, таких, як:
 - 1) відомий рівень техніки;
 - 2) новизна;
 - 3) придатність;
 - 4) неочевидність винаходу;
 - 5) доктрина еквівалентів, а також критеріїв стандарту патентоздатності винаходу.
3. У США видають патенти не тільки на класичні винаходи на «технічні рішення», чи на ті, що мають «технічний характер», за термінологією патентного права країн континентальної Європи, і не тільки на алгоритми (математика), що разом охоплюються поняттям «науково-технічної сфери, технології», але, навіть і поза цією сферою, наприклад, на бізнес-проекти. ♦

Список використаних джерел

1. Kuber A. *Computer-Programme und Software-Engineering in patentrechtlicher Sicht* / Kuber A. — Mitt., 1975 — № 6. — P. 101–107.
2. Олейников О. В. Анализ форм правовой охраны математического обеспечения ЭЦВМ в США, ФРГ и Японии / О. В. Олейников // Информационные материалы по патентованию изобретений. — М., 1977. — Вып. 7. — С. 25–35.
3. Арешев Т. А. Экспертиза устройств, характеризующихся математическим обеспечением. ЭВМ / Т. А. Арешев, М. Н. Ермаков, Н. С. Попов // Вопросы изобретательства. — 1977. — № 9. — С. 19–22.
4. Köhler R. *Der urheberrechtliche Schutz der Rechenprogramme*. — München: Urheberrechtliche Abhandlungen des Max-Planck Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, 1968. — 92 S.

5. Kolle G. Der Rechtsschutz von Computer Programmen aus nationaler und internationaler Sicht / Kolle G. — GRUR. — 1. Teil : 1973. — № 12. — S. 611–620 ; 2. Teil : 1974. — № 1. — S. 7–20.
6. Zahn R. Urheberrecht and Computer-Programme // Versuch einer Sestandaiif nahine / R. Zahn. — GRUR. — 1978. — № 4. — S. 207–219.
7. Möhring P. Die Schutzfähigkeit von Programmen für Datenverarbeitungs-maschinen/ P. Möhring. — GRUR. — 1967. — № 6. — S. 269.
8. Ермаков М. Н. О диалектико-материалистическом подходе к решению проблемы защиты алгоритмов программ, кодов нормами изобретательского права / М. Н. Ермаков // Теория и практика научно-технической экспертизы и ее роль в развитии технического прогресса. — М., 1972.
9. Рясенцев В. А. Правовое регулирование отношений, основанных на создании и использовании алгоритмов и программ / В. А. Рясенцев, В. С. Мартемьянов, А. И. Масляев // Советское государство и право. — 1987. — № 2. — С. 20–28.
10. Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавство України / [Каніца Ю. М., Ступак С. К., Воробйов В. П. та ін.] ; за ред. Ю. М. Каніци. — К. : Слово, 2006. — 1104 с.
11. Гельб А. Б. Правовые проблемы охраны в СССР изобретений-алгоритмов, относящихся к программному управлению устройствами вычислительной техники и технологическими процессами / А. Б. Гельб, И. Э. Мамиофа // Социальные и правовые вопросы развития вычислительной техники и научно-технического творчества. Труды по социальным проблемам кибернетики. Ученые записки Тартуского государственного университета. — Тарту. — 1989.
12. Ладник В. Доцільність і можливість охорони комп'ютерних програм нормами патентного права / В. Ладник // Інтелектуальна власність. — 2002. — № 9. — С. 12–16.
13. Петренко С. А. Правова охорона комп'ютерної програми як винаходу [Електронний ресурс] / С. А. Петренко. — Режим доступу до ресурсу : http://www.lex-line.com.ua/?go=full_article&id=57.
14. Мочёнов Н. Ю. Правовая охрана программ для ЭВМ : дисс... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Мочёнов Николай Юрьевич. — Москва, 2007. — 137 с.
15. Ланг Йоханес. Патентоздатність програмного забезпечення в Німеччині = Lang J. Computerimplemented inventions — the German view / Johannes Lang // Intellectual Asset Management. — May/June 2009. — P. 93–96. — Mode of access: <http://www.iam-magazine.com/issues/article.ashx?g=7f641fb2-5d84-40bf-80ca-1a0b49413b5d>.
16. Кашин А. Ю. О способе как объекте изобретения в области автоматики и вычислительной техник» / А. Ю. Кашин // Вопросы изобретательства. — № 7. — 1989. — С. 25–26.
17. Проект Директиви Європейського Парламенту та Ради від 25.06.2002 року «Про патентоздатність винаходів, пов'язаних з комп'ютером» від 20.02.2002 року [Електронний ресурс] // Official Journal COM/2002/0092 final — COD 2002/0047) OJ C 151E, 25.6.2002, p. 129–131. — Режим доступу до ресурсу : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002PC0092:EN:NOT>.
18. Патентний Акт прийнятий Конгресом Сполучених Штатів у 1790 році, у редакції 1952 року.
19. Кнаш В. Логика в правовом сознании : пер. с чешск. / общ. ред., вступ. ст. А. Б. Венгерова ; В. Кнаш, А. Герлох. — М. : Прогресс, 1987. — 312 с.
20. Яичков К. К. Изобретение и его правовая охрана в СССР / К. К. Яичков. — АК СССР: Изд-во АН СССР, 1961 — 220 с.



21. Основы патентного права / Хейфец И. Я. ; предисл. : Мартенс Л. К. — Л. : Науч. химико-техн. изд-во, 1925. — 416 с.
22. Цивільний кодекс України : від 16.01.2003 року № 435-IV : зі змінами та доповненнями станом на 30.04.2009 року [Електронний ресурс] // Голос України. — 2003. — № 45. — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=435-15>.
23. Постановление Совета Министров СССР «Об утверждении Положения об открытиях, изобретениях и рационализаторских предложениях» от 21.08.1973 года № 584 [Электронный ресурс] // СП СССР. — 1973. — № 19. — Ст. 109. — Режим доступа: <http://www.libertarium.ru/patent-1973>
24. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / Э. П. Гаврилов, В. И. Еременко. — М. : Экзамен, 2009. — 973 с.; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный) : Ч. 4 / Э. П. Гаврилова, О. А. Городова, С. П. Гришаева [и др.]. — М. : Велби, Проспект, 2008. — 784 с.
25. Антимонов Б. С. Курс советского гражданского права: изобретательское право / Б. С. Антимонов, Е. А. Флейшиц. — М. : ГИЮЛ, 1960. — 227 с.
26. Жуков В. И. Исходные посылки становления охраноспособности программных средств ЭВТ // Правовые проблемы программирования вычислительной техники и изобретательства. Труды по социальным проблемам кибернетики. Ученые записки Тартуского государственного университета. — Тарту. — 1988. — 156 с.
27. State Street Bank & Trust Co. V. Signature Financial Group [Electronic resource] // 149 F.3d 1368 (Fed. Cir. Jul. 23, 1998) — Mode of Access : <http://caselaw.findlaw.com/us-federal-circuit/1152542.html>.
28. Кузьмина О. М. Критерии и объем патентной охраны по законодательству Германии и России : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 [Электронный ресурс] / О. М. Кузьмина. — М., 2002. — 169 с. РГБ ОД, 61:02-12/1210-X. - Режим доступа к ресурсу: <http://www.dslib.net/civil-pravo/kuzmina2.html>
29. Форман Ф. І. Патентоздатність винаходу / Ф. І. Форман // Изобретения — заявки, экспертиза, патенты / ред.-сост. Х. И. Форман; пер. Л. О. Сольца. — М.: ЦНИИПИ, 1969.
30. Розенберг П. Основы патентного права США / П. Розенберг ; общ. ред. и вступ. ст. д.ю.н. В. П. Мазолина. — М. : Прогресс, 1979. 462 с.
31. Badische Anilin & Soda-Fabrik v Kalle et. al. Circuit Court S. D. — New York, May 8. — 1899 [Electronic resource] // — Mode of Access : : <http://openjurist.org/94/f1d/163>.
32. Зейдель А. Г. Патентоздатність винаходу / А. Г. Зейдель // Изобретения — заявки, экспертиза, патенты / ред.-сост. Х. И. Форман; пер. Л. О. Сольца. — М.: ЦНИИПИ, 1969.
33. Купер Р. Г. Патентоздатність винаходу / Р. Г. Купер // Изобретения — заявки, экспертиза, патенты / ред.-сост. Х. И. Форман; пер. Л. О. Сольца. — М.: ЦНИИПИ, 1969.
34. О признании изобретениями объектов вычислительной техники, характеризующихся математическим обеспечением ЭВМ : Разъяснение Госкомизобретений от 13.11.1975 года № 4. [Электронный ресурс] // Бюллетень нормат. актов министерств и ведомств СССР. — 1976. — № 6 — Режим доступа к закону : <http://docs.cntd.ru/document/9018369>

Надійшла до редакції 23.07.2012 року



ПРАВОВА ОХОРОНА КОМЕРЦІЙНОЇ ТАЄМНИЦІ В КРАЇНАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Геннадій Андрощук,
*завідувач лабораторії правового забезпечення розвитку
науки і технологій НДІ інтелектуальної власності
НАПрН України, кандидат економічних наук*

З правового погляду комерційна таємниця є засобом захисту від недобросовісної конкуренції в межах реалізації права на інтелектуальну власність. Це загальновизнане в світі положення впливає також зі змісту п. VIII ст. 2 Конвенції 1967 року, що заснувала Всесвітню організацію інтелектуальної власності (ВОІВ) [1, 74].

У правовій доктрині інститут комерційної таємниці розглядається, по-перше, як самостійний інститут цивільного та комерційного права, в якому провідне місце посідають цивільно-правові норми, що регулюють цивільний (торговий) оборот комерційної таємниці й охорону її конфіденційності, по-друге, цей інститут містить інші норми, що регулюють відносини з приводу використання та охорони конфіденційності комерційної таємниці всередині організації (корпоративне й трудове право), відносини з органами влади з приводу надання комерційної таємниці (адміністративне право) та захищають інтереси власника комерційної таємниці в судовому порядку [2, 21].

У країнах англосаксонської правової сім'ї (насамперед, Великобританії) триває дискусія щодо природи охорони комерційної таємниці та існують, переважно, такі *чотири підходи до розуміння цього правового режиму*, деякі з них мають значення і для континентальних національних правових систем.

Теорія договірної зобов'язання. Обов'язок не розкривати чи не вико-

ристовувати комерційну таємницю виводиться з договірних відносин між правоволодільцем і особою, якій надано доступ до відповідної конфіденційної інформації. Тож, конфіденційність походить з договору, базується на доктрині *pacta sunt servanda* (лат. — договорів слід дотримуватись) і не потребує більше нічого для захисту інформації, що передається відповідно до його положень. Отож, захист комерційної таємниці в цьому випадку залежить від договірної застереження про захист конфіденційної інформації. Ця теорія охоплює, зокрема, ліцензійні договори про передачу права використання інформації, що становить комерційну таємницю, та трудові договори.

Теорія фідучіарних (довірчих) відносин. За цією теорією, певні види відносин передбачають презюмований обов'язок зберігати секретність. Отже, конфіденційність інформації не залежить від укладення попередньої угоди. Обов'язок не розкривати секретну інформацію впливає не з договору, але з довіри, що покладається володільцем комерційної таємниці на отримувача при передачі конфіденційної інформації. Від початку розвитку цього інституту в більшості англосаксонських правових систем охорона комерційної таємниці ґрунтувалася саме на теорії довірчих відносин. Ця теорія зберігає своє значення також для відносин роботодавця та працівника, коли відсутня спеціальна домовленість про

нерозкриття конфіденційної інформації та вважається, що інформація надається за довірчими обов'язками.

Теорія неправомірного заволодіння. Цей підхід передбачає, що комерційна таємниця не повинна здобуватися за допомогою недозволених засобів. На відміну від патенту, комерційна таємниця не надає її володільцеві абсолютного права використовувати конфіденційну інформацію. Тож, вважається, що особа юридично не використовує комерційну таємницю, якщо тільки вона не отримала конфіденційну інформацію неправомірним шляхом. Теорія неправомірного заволодіння наголошує на тому, що *комерційна таємниця є нематеріальним активом*, стосовно якого існують своєрідні відносини володіння (пропріетарні інтереси), схожі на право власності. Найпоширенішим способом неправомірного заволодіння комерційною таємницею є *промислове шпигунство*. Водночас, *зворотний інжиніринг*, незалежне відкриття та добросовісне придбання вважаються правомірними способами «розкриття» конфіденційної інформації.

Теорія недобросовісної конкуренції. Невирішеним залишається «пропріетарний» характер комерційної таємниці. Американські дослідники характеризують комерційну таємницю як об'єкт права власності, виходячи з права володільця комерційної таємниці використовувати та розкривати інформацію третім особам із встановленням обмежень на подальше використання та розкриття. Натомість, англійське право заперечує концепцію права власності стосовно конфіденційної інформації та ґрунтується на так званому *праві конфіденційності* (беруть до уваги на відносинах між сторонами та контексті, у якому відповідна інформація була передана). У більшості ж правових систем континентальної правової системи це питання розглядається з позиції практики недобросовісної конкуренції [1; 5; 6]. Останній підхід виходить із збережен-

ня комерційної етики й основну увагу приділяє поведінці конкурентів.

Хоча *комерційна таємниця є визнаним ефективним засобом правового захисту економічних інтересів підприємців*, однак до нині цей інститут позбавлений єдиного розуміння та уніфікованого правового регулювання. Наявна і *термінологічна невизначеність*: щодо комерційної таємниці застосовуються найрізноманітніші терміни — виробничий/технічний/комерційний секрет, конфіденційна/закрита інформація, комерційна/службова таємниця, ноу-хау і деякі інші (далі будемо використовувати ці терміни як синоніми, якщо особливо не вказано інше). *Немає узгодженого трактування їхньої правової ролі та змісту*. У правозастосовчій практиці немає одностайності і щодо того, чи є секрети виробництва об'єктом інтелектуальної власності. Тож на рівні деяких країн *реалізовані різноманітні підходи, що часом істотно різняться*. Наприклад, російське цивільне право, яке останніми роками то розширювало регулювання розглянутих об'єктів як комерційної (службової) таємниці, то фокусувалося на секретах виробництва (ноу-хау), довівши комерційну таємницю до рівня простого режиму використання інформації [2].

Відсутня одностайність і в міжнародному праві. Паризька конвенція, що заклала основи регулювання промислової власності, не згадує секрети виробництва. Першим документом, який має міжнародний статус і передбачив регулювання секретів виробництва, дослідники визнають Угоду ТРІПС (хоча вона говорить про закриту інформацію (*undisclosed information*)). Відповідно до ст. 39 Угоди ТРІПС, *охорона закритій інформації надається в контексті забезпечення ефективного захисту проти недобросовісної конкуренції в розумінні ст. 10-bis Паризької конвенції* (в редакції 1967 року). Фізичним та юридичним особам надається можливість перешкоджати



КОМЕРЦІЙНА ТАЄМНИЦЯ

тому, щоб інформація, яка правомірно перебуває під їх контролем, без їхньої згоди була розкрита, отримана чи використана іншими особами способом, який суперечить чесній комерційній практиці, за умов, що така інформація: (а) є *секретною* в тому розумінні, що вона в цілому чи в певній конфігурації та підборі її компонентів не є загальновідомою і легкодоступною особам в тих колах, які звичайно мають справу з подібною інформацією; (б) в силу своєї секретності має *комерційну цінність* і (в) є *об'єктом належних за даних обставин заходів, спрямованих на збереження її секретності зі сторони особи, котра правомірно контролює цю інформацію* [3, 67]. У поняття способу, що суперечить чесній комерційній практиці Угода ТРІПС вкладає порушення договору, порушення довіри, спонукання до порушення; набуття закритої інформації третіми особами, які знали або допустилися грубої необережності, не дізнавшись, що дії, які суперечать чесній торговій практиці, були допущені в процесі такого набуття. Угода ТРІПС також регламентує зобов'язання повноважних органів держав-учасниць СОТ щодо збереження комерційної таємниці, розкритої їм суб'єктами, які виходять на ринок цих держав [3, 67].

Законодавство про охорону комерційної таємниці, ноу-хау (секретів виробництва) не уніфіковано і на рівні Європейського Союзу. В минулому році Європейська комісія доручила міжнародній юридичній компанії Hogan Lovells International LLP підготувати звіт, який відбив би існуючу картину національного законодавчого регулювання таких питань, що стало б відправною точкою для спроб уніфікації європейського законодавства в цій сфері. Звіт Study on Trade Secrets and Parasitic Copying (Look-alikes) MARKT/1020/20/D Report on Trade Secrets for the European Commission.- Hogan Lovells International LLP, опуб-

лікований у січні 2012 року, показав серйозну різноманітність підходів, зумовлену, насамперед, різним розумінням власне терміна «секрет виробництва»: більшість держав-членів ЄС взагалі не відносять його до інтелектуальної власності [4]. Деякі держави, незважаючи на цей факт, регулюють секрети виробництва подібним з традиційними об'єктами інтелектуальної власності чином. Так, у Швеції існує окремий закон про захист секретів виробництва. В інших країнах (наприклад, Німеччині) норми про ноу-хау розпорошені в законодавстві про недобросовісну конкуренцію, працю та кримінальну відповідальність. У деяких випадках (приміром, у Нідерландах) норми про деліктну відповідальність поширюються і на порушення в сфері секретів виробництва. На Мальті правова охорона ноу-хау надана тільки договірним правом, відповідно, за відсутності договірних відносин вона не надається. У Великобританії та Ірландії взагалі відсутнє законодавство, присвячене секретам виробництва, при цьому загальне право забезпечує дуже високий рівень їх охорони.

З розвитком інформаційного суспільства актуальність надійного захисту комерційної таємниці тільки зростає. У деяких сферах економіки, наприклад, при виробництві програмного забезпечення, збереження в таємниці різних елементів програм, особливо їх вихідного коду, є єдиним перевіреним способом протидії їх запозиченню конкурентами. Тоді як захист засобами авторського чи патентного права при розкритті важливих елементів програмних продуктів може бути неефективним, адже не дає змоги заборонити отримання ідентичного продукту, написаного іншою мовою програмування чи з використанням інших блоків. Крім цього загально визнана легкість копіювання та розповсюдження будь-яких електронних документів, які містять конфіденційні відомості. Тому ефективна правова охорона комерцій-

ної таємниці, ноу-хау буде вкрай позитивно сприйнята всіма учасниками цивільного обороту.

Загальні принципи регулювання комерційної таємниці в ЄС. Хоча в кожній з держав-членів ЄС існують свої особливості правової охорони комерційної таємниці, експерти виділяють загальні моменти.

Перелік інформації, що охороняється кожна держава визначає самостійно, найчастіше він містить:

- список покупців і постачальників (чим більше інформації такий список містить, наприклад, хто з партнерів більш цінний, тим більш імовірно визнання її секретом виробництва);
- технічні проекти, креслення, схеми та карти;
- інформацію про стратегії і методи ведення бізнесу тощо;
- інформацію про ціни й витрати;
- відомості НДДКР;
- вихідний код комп'ютерних програм;
- технології виробництва;
- негативний досвід (наприклад, відомості про непрацездатні технологічні процеси);
- дослідні зразки, прототипи;
- рецепти і способи приготування;
- генетичний матеріал.

При цьому визначення поняття «*секрет виробництва*» міститься в законодавстві лише декількох держав-членів ЄС. Але й за відсутності визначення до секретів виробництва, звичайно, відносять будь-яку інформацію (зокрема й, але не обмежуючись, технічні та нетехнічні відомості, моделі, компіляцію матеріалів, програми, пристрої, методи, технології, фінансові відомості, списки клієнтів), яка:

- 1) достатньо невідома та має економічну цінність у силу її невідомості третім особам, які можуть отримати економічну вигоду з її використання чи розголошення;
- 2) чия невідомість досягається завдяки розумним зусиллям її володільця.

Суди при вирішенні питання про віднесення тієї чи тієї інформації до секретів виробництва, часто беруть до уваги такі критерії:

- ступінь популярності інформації поза підприємством її володаря;
- ступінь популярності інформації працівниками й іншими особами, що причетні до бізнесу її власника;
- вжиття власником заходів щодо збереження її конфіденційності;
- цінність інформації для її власника та конкурентів;
- кількість зусиль і коштів, вкладених власником інформації в її накопичення;
- легкість або складність придбання або копіювання інформації третіми особами.

Основи правової охорони.

1. Загальні положення. Тільки в Швеції прийнятий закон, повністю присвячений охороні секретів виробництва. У деяких державах-членах ЄС діють особливі правові положення, що регулюють такі об'єкти, тоді як в інших застосовуються загальні норми законодавства. У низці юрисдикцій на відносини з секретами виробництва поширюються *норми законів про недобросовісну конкуренцію та кримінальних кодексів*.

Досить часто законодавство про працю накладає спеціальні обов'язки на працівників щодо збереження конфіденційності інформації роботодавця в період існування трудових відносин. При цьому в ЄС поширена проблема незаконного отримання такої інформації працівниками. На додаток до законодавчих положень, обов'язок щодо забезпечення конфіденційності може впливати з договору чи норм про делікти.

2. Недобросовісна конкуренція. У Німеччині, Австрії та Польщі основні правові норми, що стосуються секретів виробництва, містяться в законодавстві про *недобросовісну конкуренцію*. Таке законодавство існує та застосовується до ноу-хау й у інших країнах (Бельгія,

КОМЕРЦІЙНА ТАЄМНИЦЯ

Болгарія, Угорщина, Данія, Іспанія, Латвія, Литва, Румунія, Словенія, Фінляндія, Чехія, Естонія) [1; 5; 6].

3. Законодавство про делікти активно використовується щодо секретів виробництва в Бельгії, Греції, Нідерландах, Португалії.

4. Кримінально-правова охорона ноу-хау існує в більшості країн (крім Ірландії та Великобританії; хоча в останній у 1997 році було вирішено ввести таку охорону, але практичних кроків зроблено не було). Німеччина, Греція та Кіпр розглядають кримінальні санкції як один з найбільш надійних способів запобігання незаконних дій щодо охоронюваної інформації. Покарання за «крадіжку» секретів виробництва, зазвичай, призначається у вигляді штрафів або позбавлення волі.

5. Відповідальність за розголошення конфіденційної інформації (*breach of confidence*) — основний спосіб захисту прав на комерційну таємницю в країнах з відсутньою кримінально-правовою охороною (Великобританія, Ірландія). Для покарання винного необхідно довести належну конфіденційність інформації, передачу інформації в умовах конфіденційності, факт незаконного використання чи розголошення або існування загрози таких дій, а також заподіяння чи загрозу заподіяння збитків позивачеві.

6. Договірні вимоги. В більшості, якщо не у всіх, державах-членах ЄС володільці конфіденційної інформації можуть захищати свої права встановленням в договорах відповідних зобов'язань контрагента. Треба зауважити, що Мальта — єдина держава у складі ЄС з самими обмеженими можливостями захисту прав на секрети виробництва: він забезпечується не законодавством, а виключно договірними умовами.

Комерційна таємниця як об'єкт інтелектуальної власності. Питання про визнання комерційної таємниці об'єктом інтелектуальної власності є зовсім

непростим. Стаття 39 (2) Угоди ТРІПС відносить до інтелектуальної власності закриту інформацію (*undisclosed information*). Проте в більшості держав-членів ЄС застосовується протилежний підхід.

Безумовно охоронюваним результатом інтелектуальної діяльності секрет виробництва вважається лише в Італії та, з деякими обмеженнями, у Великобританії, Латвії, Румунії, Словаччині, Словенії, Фінляндії, Франції. Так, наприклад, суди Великобританії з метою визначення підсудності визнають інтелектуальною власністю лише технічні секрети виробництва.

Водночас, суди Англії, Канади, США й Австралії висловлюють думку, що судовий захист стосовно ноу-хау залежить не від наявності права власності, а від сумлінності дій власника інформації.

Різниця в класифікаційних підходах не заважає державам-членам ЄС в більшості випадків наділяти власників прав на секрети виробництва тими ж засобами судового захисту, що і власників прав на традиційні об'єкти інтелектуальної власності.

Не включаючи секрети виробництва до складу об'єктів інтелектуальної власності, держави-члени ЄС роблять неможливим їх захист нормами Директиви 2004/48/ЄС «Про примусове здійснення прав на інтелектуальну власність» (*Enforcement Directive*). Європейська Комісія підтримала цей підхід, не вказавши секрети виробництва в списку об'єктів інтелектуальної власності, на які поширюється дія зазначеної Директиви (Заява Комісії 2005/295/ЄС).

Відносини з працівниками. У період дії трудового договору його умовами на працівників у всіх країнах може бути покладено обов'язок зі збереження в таємниці секретів виробництва роботодавця [7]. Після припинення трудового договору ситуація стає складнішою. В Італії, як і в багатьох інших державах-членах ЄС, з

колишнім працівником може бути укладено *угоду про неконкуренцію*, що перешкоджає використанню чи розголошенню секретів виробництва його колишнього роботодавця. У Швеції збитки за розголошення *угоди про конфіденційність* можуть бути стягнуті лише за наявності виняткових обставин.

Незадоволений колишній працівник, який мав доступ до важливої конфіденційної інформації (наприклад, у сфері наукових досліджень), може завдати дуже серйозної шкоди компанії. Водночас, загроза такої шкоди підштовхує колишнього роботодавця істотно обмежувати права такого працівника на працевлаштування в тій же сфері діяльності. Розумний баланс у цьому питанні в кожній з держав-членів ЄС бачиться по-своєму.

У Німеччині після припинення трудового договору працівник має право на свій розсуд користуватися набутими знаннями та навичками. Проте незаконним може бути визнано використання, особливо неправомірне, тієї інформації, яку він навмисне запам'ятав для використання після закінчення роботи в компанії. А у Великобританії різні підходи застосовуються до інформації зі звичайним і високим рівнями конфіденційності. Перший вид конфіденційної інформації колишній працівник може спокійно використовувати та поширювати.

Засоби судового захисту. Частина III Угоди ТРІПС поширює порядок примусового здійснення прав інтелектуальної власності й на закриту інформацію, тобто секрети виробництва. Тож такі засоби судового захисту, як судові заборони, відшкодування збитків, знищення товарів, які порушують права, й деякі інші повинні бути доступні власникові секрету виробництва. Судові заборони та компенсація збитків, справді, можуть бути витребувані власниками секретів в усіх державах-членах ЄС, але обсяг і реалізація правомочностей на практиці відрізняються.

Наприклад, у Бельгії доступна власнику секрету виробництва вимога про відшкодування збитків не може бути заявлена при поданні скарги на основі законодавства про недобросовісну конкуренцію. Бельгійські суди також відмовляють у видачі заборон на використання неправомірно отриманої конфіденційної інформації, тому що вони, на відміну від прав на традиційні об'єкти інтелектуальної власності, не обмежені в часі, що створює для власників секретів виробництва необґрунтовані переваги. У законодавстві Латвії не міститься чітких роз'яснень, які засоби судового захисту можуть застосовуватися для захисту прав на секрети виробництва.

Ордер на розшук інформації. Беручи до уваги легкість копіювання інформації електронними засобами, стають зрозумілі серйозні складнощі, з якими стикається власник комерційної таємниці, доводячи незаконне отримання його інформації третьою особою, а також вид і обсяг неправомірного використання. Без обґрунтованих доказів судовий захист прав неможливий. Одним зі способів отримання доказів є ордер на огляд приміщень і комп'ютерів з метою виявлення необхідних відомостей (*search order*). У ряді країн отримати такий ордер, за загальним правилом, неможливо (наприклад, в Австрії, Бельгії, Данії, Нідерландах, Польщі та Румунії). В інших країнах, які надають право клопотати про видачу такого ордера, відсутня судова практика, що підтверджує можливість подачі такого клопотання власником комерційної таємниці (наприклад, у Чехії та Люксембурзі). Кіпрські суди видають такі ордери, але з великою неохотою.

У низці країн (Угорщина, Греція, Данія, Мальта й Естонія) докази, отримані поліцією та прокуратурою під час обшуків у приміщеннях в межах кримінального провадження, можуть бути потім використані в цивільних справах.

КОМЕРЦІЙНА ТАЄМНИЦЯ

Видача ордера на розшук доказів в цивільному судочинстві допускається у *Великобританії, Греції, Ірландії, Італії, Фінляндії* (у Великобританії та Ірландії він відомий як «ордер Антона Піллера» (*Anton Piller order*)). При цьому, крім Великобританії та Ірландії, при виконанні такого ордера не присутні позивачі та їхні представники, тому виявлення та ідентифікація відносних доказів досить складна.

Митні процедури. Якщо інформація, що становить секрет виробництва, неправомірно використовується в інших країнах, застосувати ефективні засоби захисту проти таких зарубіжних виробників неможливо. Арешт товару, що порушує чужі права, митними органами допускається тільки при захисті прав на товарні знаки та патенти. Безумовно, збір доказів неправомірних дій стосовно секретів виробництва більш складний, але експерти не бачать серйозних причин, які перешкождали б поширенню митного захисту на секрети виробництва. Подібна практика, що існує в США, довела свою високу ефективність.

Судове провадження. Вивчення показало, що серйозною перешкодою в зверненні за судовим захистом є відкритість судових процесів, що створює ризик розголошення секретів виробництва. У процесуальних нормах варто було би прямо вказувати на можливість неповного розкриття матеріалів у справах цієї категорії.

Що стосується характеристик судів, які розглядають спори про секрети виробництва, виявилася наступна картина. У *Великобританії* справи про технічні секрети виробництва розглядають судді Патентних судів з необхідною технічною кваліфікацією. У *Німеччині* судді, хоч і не мають спеціальної технічної підготовки, але є експертами в сфері недобросовісної конкуренції та інтелектуальної власності. В *Італії*, де такі справи розглядаються в Судах з інтелектуальної власності, ситуація схожа. У *Бельгії, Болгарії та Швеції*

суперечки про ноу-хау слухають судді без будь-якої спеціалізації.

Далі наведемо короткі характеристики правового регулювання секретів виробництва у відповідних державах-членах ЄС, акумульовані в згаданому звіті [4].

Австрія. Законодавство Австрії для позначення секретів виробництва використовує термін «торгові чи виробничі секрети» (*trade or business secrets*). Судова практика та юридична теорія включають в нього будь-які види інформації, зокрема й інформацію про виробництво, технології продукту, ділову інформацію (таку як списки покупців і постачальників), ноу-хау. Закон Австрії «Про недобросовісну конкуренцію» (*Unfair Competition Act*) встановлює цивільно-правову та кримінальну відповідальність у випадках зловживання такими секретами з боку працівників, при використанні секретів для ведення конкентної діяльності без згоди власника, а також у випадках отримання таких секретів у порушення договірних правил конфіденційності. Деякі інші склади порушень передбачені Законом про патенти і Кримінальним кодексом (за розкриття службовцями суті винаходу, за промислове шпигунство тощо).

Для судового переслідування порушників законний володілець секретів виробництва повинен довести:

- існування торгового чи виробничого секрету;
- незаконне заволодіння таким секретом з боку порушника;
- невідворотний намір порушника використовувати чи розкрити такий секрет;
- володілець має обґрунтовану зацікавленість у збереженні секретності інформації.

Як засоби захисту секретів виробництва передбачені судові заборони (зокрема й попередні) та вимоги про відшкодування збитків. Відшкодування збитків, враховуючи і втрачений прибуток, здійснюються порушником

за наявності вини. Верховний Суд Австрії додатково наділив власників секретів правом *вимагати стягнення отриманого порушником прибутку*. Кримінальна відповідальність тягне позбавлення волі чи штраф.

Бельгія. Володільці секретів виробництва в Бельгії через брак спеціального закону шукають підтримки в законодавстві про делікти, недобросовісну конкуренцію, а також у спеціальних положеннях кримінального та трудового права.

Працівники, і колишні також, не мають права розголошувати відомі їм виробничі секрети (*manufacturing secrets*), до яких належать плани, схеми, матеріали та виробничі процеси, під страхом притягнення до кримінальної відповідальності. Цивільний кодекс Бельгії (ст. 1382) наділяє власника секретів правом вимагати компенсації за вчинення делікту у вигляді неправомірного використання охоронюваних секретів. Закон про недобросовісну конкуренцію дає можливість запобігати незаконному придбання та використанню ноу-хау, якщо вони завдають шкоди. Хоча на практиці домогтися такої судової заборони вкрай складно. Директива 2004/48/ЄС (*Enforcement Directive*) не застосовується до секретів виробництва, оскільки вони не вважаються об'єктом інтелектуальної власності.

Різні нормативні акти прописують різний порядок притягнення винних до відповідальності. Так, відповідальність за делікт (неправомірне використання чи розголошення) настає, якщо власник секрету доведе, що відповідач вчинив цивільне правопорушення (наприклад, діяв у спосіб, нехарактерний для нормальної, обачної людини в подібних обставинах), чим заподіяв власникові шкоду, та що між його поведінкою і шкодою є причиновий зв'язок. Дії відповідача визнаються актом недобросовісної конкуренції, якщо заявник обґрунтує, що вони з відповідачем є підприємствами; відпо-

відач здійснив дію, що суперечить чесній ринковій практиці (незаконне використання чи розголошення чужого секрету виробництва); таке незаконне використання або розголошення завдали чи загрожують завдати шкоди володільцеві секрету.

За скоєне проти нього порушення заявник має право вимагати видачі судової заборони чи відшкодування збитків. Проте суд Бельгії не буде забороняти відповідачеві використання незаконно отриманого секрету виробництва заявника, якщо в результаті такої заборони захист виробничого секрету може стати ширшим, аніж захист об'єктів інтелектуальної власності (оскільки, на відміну від патенту, судова заборона є безстроковою). Відшкодування збитків має компенсаційний характер і не залежить від отриманого порушником доходу, хоча він може бути взятий до уваги для розрахунку упущеної власником вигоди.

Примусове здійснення прав на секрети виробництва в Бельгії стикається із серйозною процесуальною проблемою: заявник зобов'язаний розкрити свій секрет у позові, а також надати документи на його пояснення. З огляду на відкритий характер судочинства, виникає ризик масштабного доступу сторонніх осіб до охоронюваної інформації. Крім цього, видаючи судову заборону про припинення порушення, суд зобов'язаний описати секрет виробництва у своєму рішенні (збереження конфіденційності можливе, але на практиці здійснюється надзвичайно рідко). Тож, бельгійська система захисту прав на секрети виробництва малоприваблива, тому що найчастіше вони зацікавлені не в компенсації збитків, а в забороні подальшого використання секрету порушником, що, як це не парадоксально, можливе лише за умови подальшого розкриття такого секрету.

Болгарія. У Болгарії також немає спеціального законодавства про секрети виробництва та на них не поширюються права інтелектуальної власності.

КОМЕРЦІЙНА ТАЄМНИЦЯ

Відповідні норми можна відшукати в законах «Про захист конкуренції» (*Law on Protection of Competition*) і «Про доступ до публічної інформації» (*Law on Access to Public Information*).

Скарга на незаконне придбання, використання чи розголошення секрету виробництва може бути подана до Комісії із захисту конкуренції. Комісія може винести тимчасовий (зокрема й попередній) припис про припинення недобросовісної комерційної діяльності. І хоча вона не має права видавати постійні судові заборони, її тимчасові приписи, фактично, термінами не обмежені. Компенсація збитків, що є найпоширенішим засобом захисту порушених прав на виробничий секрет, може бути затребувана тільки в судовому порядку. Делікт тягне відшкодування збитків, і нематеріальних також. При порушенні договірних зобов'язань власник має право вимагати відшкодування йому прямих і безпосередніх збитків, передбачуваних при укладенні договору, а якщо порушник діяв недобросовісно, то будь-яких прямих і безпосередніх збитків.

Великобританія. У Великобританії немає спеціального закону про секрет виробництва. Тож їх охорона здійснюється на основі контрактного права та права справедливості.

У 2011 році апеляційний суд для цілей правосуддя визнав *технічні секрети виробництва* об'єктом інтелектуальної власності і визнав застосовність Європейської директиви про примусове здійсненні прав. Однак така позиція ще може бути спростована в подальшому. Для ініціювання судового процесу позивач повинен довести, що інформація має конфіденційний характер (не є загальновідомою і загальноприйнятною); вона була передана відповідачу в обставинах збереження конфіденційності; відповідач використовував або розголосив інформацію без дозволу або погрожував зробити це (і, можливо, що таке використання

й розголошення завдали або могли завдати шкоди володільцеві інформації).

У період дії трудового договору працівник має спільне зобов'язання діяти сумлінно та зберігати конфіденційну інформацію в таємниці. Після припинення трудового договору суди визнають такою, що охороняється, лише висококонфіденційну інформацію (справжні секрети виробництва), а не повсякденні відомості, що становлять частину загальних знань і навичок. Такі справжні секрети виробництва, охоронювані після припинення трудового договору, оцінюються щодо характеру інформації, особливостей працевлаштування, повідомлення працівника роботодавцем про конфіденційний статус відомостей, можливості відмежування такої інформації від іншої інформації, вільно використаної працівником. Жоден із зазначених факторів не є вирішальним. Охорона може бути надана інформації і з меншим ступенем конфіденційності, якщо відповідні обмежувальні вимоги (*restrictive covenant*) були покладені на працівника угодою при припиненні трудового договору.

У справах про порушення секретів виробництва застосовуються *три основні засоби захисту: судова заборона* для запобігання подальшому незаконному використанню чи розголошенню; *компенсація збитків* та *вилучення доходів*. Вимоги щодо збитків і доходу є альтернативними заходами та не можуть надаватися одночасно. Тоді як судова заборона може доповнити будь-який із заходів.

Якщо конкурент, який незаконно отримав відомості, необхідні для виробництва аналогічної продукції, отримує внаслідок цього можливість випустити продукт на ринок раніше, то суд може видати спеціальну судову заборону на додаток до вимоги про відшкодування збитків. Така заборона передбачає заборону конкурентові реалізовувати недобросовісну перевагу шляхом тимчасового призупинення

його виробничої діяльності («*spring-board injunction*). Одночасно допустимість таких заходів, особливо з огляду на те, що після випуску продукції в обіг інформація стає загальнодоступною, піддають сумніву деякі судді.

Від невинних порушників можна вимагати припинення подальших порушень, але не відшкодування збитків. Кримінальну відповідальність за неправомірне використання секретів виробництва британське законодавство не встановлює, і за копіювання конфіденційної інформації без дозволу власника також. Але якщо ці дії супроводжувалися неправомірним привласненням документів, які містять таку інформацію, то це може бути розцінено як крадіжка.

Експерти також звертають увагу на існування всередині Великобританії трьох особливих юрисдикцій — Англія та Уельс, Північна Ірландія, Шотландія. І якщо перші дві ґрунтуються на загальному праві, то в Шотландії змішання англо-саксонської та романської правової систем проявилось у меншій опрацьованості норм про торговельні секрети. Хоча судді вважають, що правила все ж повинні розглядатись як єдині на всій території Великобританії.

Угорщина. В угорському праві секрети виробництва також не є інтелектуальною власністю й охороняються нормами актів різної галузевої приналежності. Цивільне право наділяє власника секретів правом вимагати: визнання порушення; призупинення чи припинення діяльності; відновлення первинного положення (до порушення); відшкодування збитків. Суд може засудити порушника до сплати додаткового штрафу, що спрямовується на громадські цілі.

Німеччина. Норми, що регулюють секрети виробництва, містяться в багатьох нормативних актах, з яких найбільш важливий Закон про протидію недобросовісній конкуренції (*Act against Unfair Competition*). Його

норми застосовуються стосовно і працівників володільця, і щодо третіх осіб. Працівник несе кримінальну відповідальність як за розголошення секретів виробництва третім особам, так і за використання такої інформації для цілей, не пов'язаних з інтересами роботодавця. Після припинення трудового договору колишній працівник вільний у використанні набутих ним знань і навичок. При цьому незаконним буде визнано використання інформації, зафіксованої в документах або іншим способом, а також тієї, яку працівник цілеспрямовано запам'ятав для застосування після припинення трудового договору. Закон про протидію недобросовісній конкуренції забороняє розголошення секретів виробництва працівниками або третіми особами, що здійснюється з метою конкуренції, отримання особистої вигоди, в інтересах інших осіб, а також для заподіяння шкоди [5]. Особливо серйозними порушеннями зазначений Закон називає комерційний характер діяльності порушника, свідоме повідомлення секретів виробництва для їх подальшого широкого використання чи сприяння такому використанню.

Хоча секрети виробництва в Німеччині не визнаються об'єктом інтелектуальної власності, правила їх охорони досить схожі (хоча *Enforcement Directive* не застосовується).

У цивільному процесі заявник повинен розкрити секрет виробництва та надати докази порушення прав на нього, що може бути важко. Тож часто справи про зловживання щодо ноу-хау починаються з кримінального переслідування, з використанням отриманих доказів уже в цивільному процесі. Засоби захисту можуть бути такі: призупинення та припинення діяльності (тимчасові і постійні заборони); відшкодування збитків (з оцінкою за правилами деліктної відповідальності чи безпідставного збагачення); повернення охоронюваної інформації; надання звіту (для розрахунку компенсації)*. ♦

Список використаних джерел

1. Андрущук Г. А. Экономическая безопасность предприятия: защита коммерческой тайны : монография. / Г.А. Андрущук, П. П. Крайнев. — К. : Ин Юре, 2000. — 400 с.
2. Северин В. Коммерческая тайна в России / В.Северин. — М. : Зерцало-М, 2007. — 615 с.
3. Андрущук Г.А. Право интеллектуальной собственности: торговые аспекты : науч.-практ. изд. / Г.А. Андрущук, П. П Крайнев, И. Кавасс. — К. : Ин Юре, 2000. — 164 с.
4. Study on Trade Secrets and Parasitic Copying (Look-alikes) MARKT /1020/20/D Report on Trade Secrets for the European Commission. — Hogan Lovells International LLP [Electronic resource]. — Access mode : http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/trade/Study_Trade_Secrets_en.pdf.
5. Андрущук Г. О. Конкурентне право: захист від недобросовісної конкуренції: наук.-практ. видання / Г.О. Андрущук, С. В. Шкляр. — К. : Юстініан, 2012. — 472 с.
6. Андрущук Г. А. Правовое регулирование защиты коммерческой тайны за рубежом / Г. А. Андрущук, П. П. Крайнев // Экономическая безопасность, разведка и контрразведка. — 2002. — № 1. — С. 18–45.
7. Андрущук Г.О. Захист комерційної таємниці в зарубіжній правовій доктрині: стратегії забезпечення лояльності працівників / Г.О.Андрущук // Юридичний журнал. — 2012. — № 5.
8. Андрущук Г. Институт коммерческой тайны в странах СНГ: правовой режим и защита // XVII Международная научно-практическая конференция «Актуальные проблемы интеллектуальной собственности», Львов, 21–25.02.2011. — С. 224–241.
9. Законодавство Європейського Союзу та держав-членів Європейського Союзу у сфері інтелектуальної власності : наук.-практ. вид. / О. П. Орлюк, Г. О. Андрущук, А. М. Горнісевич, Т. Ю. Федорова ; за заг. ред. О. П. Орлюк. — К. : НДІ ІВ НАПрНУ, Лазурит-Поліграф, 2010. — 262 с.
10. Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавство України / за ред. Капіци Ю. М: кол. авторів: Ю. М. Капіца, С. К. Ступак, В. П. Воробйов та ін. — К. : Слово, 2006. — 1104 с.
11. Правове забезпечення сфери інтелектуальної власності в Україні в контексті європейської інтеграції : концептуальні засади : монографія / за наук. ред. О. П. Орлюк: кол. авторів : В. С. Дроб'язко, А. В. Міндрул, О. О. Тверезенко та ін. — К. : Лазурит-Поліграф, 2010. — 464 с.

Надійшла до редакції 30.06.2012 року

* Закінчення у наступному номері



ВИЗНАЧЕННЯ ВІДОМОСТЕЙ, ЩО СТАНОВЛЯТЬ КОНФІДЕНЦІЙНУ ІНФОРМАЦІЮ СУБ'ЄКТА ГОСПОДАРЮВАННЯ

Людмила Работягова,
*завідувач сектора патентного права
НДІ інтелектуальної власності НАПрН України*

Визначення відомостей, що становлять конфіденційну інформацію суб'єкта господарювання, та складання переліку цих відомостей є одним з найважливіших заходів із забезпечення збереження, цілісності інформації та належного порядку доступу до неї.

Метою статті є дослідження співвідношення понять конфіденційної інформації, комерційної таємниці та ноу-хау, а також підходів, які застосовуються для формування Переліку відомостей, що становлять конфіденційну інформацію суб'єкта господарювання.

Відповідно до ч. 2 ст. 21 Закону України «Про інформацію», конфіденційною є інформація про фізичну особу, а також інформація, доступ до якої обмежено фізичною чи юридичною особою, крім суб'єктів владних повноважень. Конфіденційна інформація може поширюватися за бажанням (згодою) відповідної особи у визначеному нею порядку відповідно до передбачених нею умов, а також в інших випадках, визначених законом.

Що стосується інформації про фізичних осіб, які є працівниками суб'єктів господарювання, то обмеження доступу до цієї інформації є не тільки правом суб'єктів господарювання, а і їхнім обов'язком, закріпленим законом. Так згідно зі ст. 5 Закону України «Про захист персональних даних» персональні дані — відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована, є інформацією з обмеженим

доступом. До конфіденційної інформації про фізичну особу належать, зокрема, дані про її національність, освіту, сімейний стан, релігійні переконання, стан здоров'я, а також адреса, дата та місце народження.

Розглянемо як співвідносяться поняття конфіденційної інформації та комерційної таємниці. Поняття комерційної таємниці сформульовано як у Цивільному кодексі України (далі — ЦК України) так і в Господарському кодексі України (далі — ГК України). Згідно зі ст. 505 ЦК України, комерційною таємницею є інформація, що є секретною в тому розумінні, що вона в цілому чи в певній формі та сукупності її складових є невідомою та не є легкодоступною для осіб, які звичайно мають справу з видом інформації, до якого вона належить, у зв'язку з цим має комерційну цінність та була предметом адекватних поточним обставинам заходів щодо збереження її секретності, вжитих особою, яка законно контролює цю інформацію.

З огляду на наведене визначення, комерційна таємниця — це вид інформації з обмеженим доступом. Інформацією з обмеженим доступом є конфіденційна, таємна та службова інформація (ч. 1 ст. 21 Закону України «Про інформацію»). Таємна та службова інформація охарактеризована в Законі України «Про доступ до публічної інформації», статті 8 і 9, відповідно.

Так, таємною інформацією є інформація, доступ до якої обмежується ви-



КОМЕРЦІЙНА ТАЄМНИЦЯ

ключно в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності чи громадського порядку з метою запобігання заворушенням або злочинам, для охорони здоров'я населення, для захисту репутації чи прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету та неупередженості правосуддя, розголошення якої може завдати шкоди особі, суспільству й державі. Таємною визнається інформація, що містить державну, професійну, банківську таємницю, таємницю слідства й іншу передбачену законом таємницю.

До службової інформації належить інформація, що міститься в документах суб'єктів владних повноважень, які становлять внутрішньовідомчу службову кореспонденцію, доповідні записки, рекомендації, якщо вони пов'язані з розробкою напряму діяльності установи чи здійсненням контрольних, наглядових функцій органами державної влади, процесом прийняття рішень і передують публічному обговоренню та/або прийняттю рішень, а також інформація зібрана в процесі оперативно-розшукової, контррозвідувальної діяльності, у сфері оборони країни, яку не віднесено до державної таємниці.

Відповідно до ч. 3 ст. 21 Закону України «Про інформацію», порядок віднесення інформації до таємної або службової, а також порядок доступу до неї регулюються законами. Ця норма докорінно відрізняє таємну і службову інформацію від конфіденційної інформації або комерційної таємниці, а саме: доступ до конфіденційної таємниці обмежується фізичною чи юридичною особою, доступ до комерційної таємниці — особою, що законно контролює цю інформацію.

Конфіденційна інформація та комерційна таємниця є об'єктами цивільних прав (ст. 177 ЦК України) з притаманними їм специфічними юридично значимими властивостями.

Однак, зважаючи на вищесказане, можливо виокремити такі спільні ознаки, що притаманні конфіденційній інформації та комерційній таємниці:

- це інформація, доступ до якої обмежено особою;
- це інформація, що не є таємною чи службовою інформацією;
- це інформація, яка поширюється за бажанням (згодою) відповідної особи у визначеному нею порядку відповідно до передбачених нею умов.

Попри спільні ознаки комерційна таємниця має відмінності від конфіденційної інформації. По-перше, ЦК України (ст. 420) і ГК України (ст. 155) відносять комерційну таємницю до об'єктів права інтелектуальної власності. При цьому майнові права інтелектуальної власності на комерційну таємницю належать особі, котра правомірно визначила інформацію комерційною таємницею, якщо інше не встановлено договором.

По-друге, комерційна таємниця має істотну ознаку — це комерційна цінність. Під комерційною цінністю розуміють отримання правовласником від її безпосереднього використання економічних переваг завдяки тому, що його конкуренти такою інформацією не володіють. Це може бути прибуток, отриманий від реалізації правовласником продукції з використанням технологій, секретів торгівлі тощо, відомості про які становлять комерційну таємницю [1].

По-третє, різняться способи захисту порушених прав на конфіденційну інформацію та комерційну таємницю. Так, законодавством України передбачено цивільно-правові, кримінально-правові й адміністративно-правові способи захисту порушених прав на комерційну таємницю, а стосовно конфіденційної інформації — цивільно-правові та адміністративно-правові способи захисту.

Проведений аналіз положень законодавства щодо правової охорони конфі-

денційної інформації та комерційної таємниці дають підстави стверджувати, що комерційна таємниця становить вид конфіденційної інформації. Цей висновок підтверджується й положеннями Угоди між Україною та Європейським Співтовариством про наукове і технологічне співробітництво (розділ 5 додатку II), дія якої відновлена (у формі обміну нотами) Законом України від 16.11.2011 року № 4041-VI.

Таку ж думку висловлює низка російських і українських учених, зокрема, колектив авторів Науково-практичного коментарю до Цивільного кодексу України, розміщеного на сайті «Ліга: Закон» (далі — Науково-практичний коментар). При цьому вони підкреслюють, що комерційна таємниця становить вид конфіденційної, а не таємної (секретної) інформації. Використання терміна «секретна інформація» при визначенні комерційної таємниці в ст. 505 ЦК України, на їх думку, не узгоджується з традиційною класифікацією інформації в українському законодавстві [2].

На наш погляд, визначення комерційної таємниці потрібно сформулювати в такий спосіб «комерційною таємницею є інформація, яка є **конфіденційною** в тому розумінні, що вона в цілому чи в певній формі та сукупності її складових є невідомою та не є легкодоступною для осіб, які звичайно мають справу з видом інформації, до якого вона належить, у зв'язку з чим має комерційну цінність та була предметом адекватних поточних обставинам заходів щодо збереження її **конфіденційності**, вжитих особою, яка законно контролює цю інформацію».

В Інформаційному листі Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства про інформацію» взагалі визначено, що до кола конфіденційної інформації у сфері господарської (підприємницької) діяльності належить інформація, що визнається такою законом (ст. 862

ЦК України), комерційна таємниця (статті 505–508 ЦК України) та ноу-хау (ст. 1 Закону України «Про інвестиційну діяльність»).

У законодавстві України поняття ноу-хау розглядається з двох позицій. По-перше, як сукупність знань, досвіду, навичок і умінь, які дають їхньому володільцеві певну вигоду. Так, Закон України «Про інвестиційну діяльність» визначає ноу-хау як сукупність документації технічних, технологічних, комерційних та інших знань, оформлених у вигляді технічної документації, навиків та виробничого досвіду, необхідних для організації того чи того виду виробництва, але не запатентованих. У наведеної дефініції зроблено акцент на категоріях «знання», «навички» та «досвід». Однак знання, досвід, навички та уміння, що в такому разі становлять зміст «ноу-хау», невіддільні від їх носія, вони не мають загальних властивостей інформації, тому їх передача в незмінному вигляді практично неможлива. Крім цього, таке визначення не містить ознак, які б вказували на обмежений доступ до ноу-хау.

По-друге, з позицій технологічного обміну, відповідно до Закону України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій» ноу-хау — це інформація, що отримана завдяки досвіду та випробуванням, яка: не є загальновідомою чи легкодоступною на день укладення договору про трансфер технологій; є істотною, тобто важливою та корисною для виробництва продукції і/чи надання послуг; є визначеною, тобто описаною достатньо вичерпно, щоби можливо було перевірити її відповідність критеріям незагальновідомості й істотності. Тож ноу-хау становить інформація, що на законних підставах може передаватись іншій особі, зокрема, як складова технологій.

Наведене визначення ноу-хау є найбільш наближеним до тих, що використовуються в законодавстві ЄС, зо-



КОМЕРЦІЙНА ТАЄМНИЦЯ

крема, в Регламенті Комісії (ЄС) № 2790/1999 від 22.12.1999 року Про застосування ч. 3 ст. 81 «Договору до категорій вертикальних угод та узгодження дій», Регламенті Комісії (ЄС) № 2659/2000 від 29.11.2000 року Про застосування статті 81 (3) «Договору до категорій договорів про дослідження та розробки» та Регламенті Комісії (ЄС) № 772/2004 від 27.04.2004 року Про застосування ст. 81 (3) «Договору до категорій договорів про передачу технологій» [3].

Так, відповідно до Регламенту Комісії (ЄС) № 772/2004, ноу-хау означає сукупність незапатентованої практичної інформації, що отримана завдяки досвіду та випробуванням і є:

- (i) секретною, тобто не загальновідомою чи легкодоступною;
- (ii) істотною, тобто важливою та корисною для виробництва контрактної продукції;
- (iii) визначеною, тобто описаною в достатньо вичерпний, повний спосіб для того, аби було можна перевірити її відповідність критеріям секретності й істотності.

Поняття ноу-хау визначене в такий спосіб має ознаки: 1) інформаційність (ноу-хау — це практична інформація); 2) секретність (конфіденційність), яка полягає в тому, що ноу-хау не є загальновідомим чи легкодоступним; 3) комерційну цінність (ноу-хау є важливим і корисним для виробництва контрактної продукції). Ці ознаки співвідносяться з трьома юридично значущими ознаками комерційної таємниці (інформаційність, конфіденційність, комерційна цінність), наявність яких у певної інформації разом, з захищеністю інформації, є підставою для визнання її комерційною таємницею [4].

Однак автори Науково-практичного коментарю розглядають ноу-хау відповідно до законів України «Про інвестиційну діяльність» та «Про оподаткування прибутку підприємств», як сукупність знань, досвіду, навичок і

умінь, які приносять їхньому володільцеві певну вигоду. У такому сенсі ноу-хау є невіддільним від його носія та не піддається документуванню. Звідси впливає висновок, що комерційна таємниця та ноу-хау є самостійні економіко-правові категорії, що не можуть підпадати під один правовий режим у зв'язку з розбіжністю низки їхніх істотних ознак та різним змістовним наповненням [2].

Натомість, виходячи із законодавства ЄС, ноу-хау є важливою складовою комерційної таємниці, що може бути як предметом самостійного договору, так і договору про передачу (трансферу) технологій. При цьому ноу-хау, як незапатентована практична інформація повинна бути визначеною, тобто описаною в достатньо вичерпний, повний спосіб.

Узагальнюючи вищесказане, вважаємо, що інформацією, доступ до якої може бути обмежений суб'єктом господарювання, є конфіденційна інформація, комерційна таємниця та ноу-хау. Інформація — це будь-які відомості й/або дані, що можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді (ст.1 Закону України «Про інформацію»). Тож перелік відомостей з обмеженим доступом, який формується суб'єктом господарювання для забезпечення захисту інформації може мати назву «Перелік відомостей, що становлять конфіденційну інформацію» або «Перелік відомостей, що становлять конфіденційну інформацію, зокрема й комерційну таємницю» (далі — Перелік відомостей). Слід зазначити, що відповідно до ст. 1 Закону України «Про інформацію», захист інформації — це сукупність правових, адміністративних, організаційних, технічних та інших заходів, які забезпечують збереження, цілісність інформації та належний порядок доступу до неї.

Законом України «Про інформацію» не регламентовано, які відомості

належать до конфіденційної інформації — особа сама визначає, до яких відомостей обмежується доступ. Проте це не стосується інформації про фізичну особу. Щодо комерційної таємниці, то нею можуть бути відомості технічного, організаційного, комерційного, виробничого й іншого характеру, за винятком тих, які відповідно до закону не можуть бути віднесені до комерційної таємниці (ч. 2 ст. 505 ЦК України). Господарським кодексом України це коло відомостей дещо звужується до відомостей, пов'язаних з виробництвом, технологією, управлінням, фінансовою та іншою діяльністю суб'єкта господарювання (ч. 1 ст. 36).

Відповідно до змісту наведених норм Перелік відомостей може бути необмеженим. Однак існують відомості, щодо яких в українському законодавстві міститься пряма заборона суб'єктові господарювання поширювати на них режим обмеженого доступу. Тож на першому етапі формування Переліку відомостей суб'єктові господарювання необхідно вилучити такі відомості із загального переліку.

Так, Перелік відомостей не повинний містити:

- відомості, що є відомими та легкодоступними (ст. 505 ЦК України);
- відомості, що становлять таємну чи службову інформацію (ч. 3 ст. 21 Закону України «Про інформацію»);
- відомості, обмеження доступу до яких завдає шкоди суспільству (ч. 4 ст. 21 Закону України «Про інформацію»).

Розглянемо ці обмеження детальніше.

Так, до конфіденційної інформації чи комерційної таємниці не можуть бути віднесені загальновідомі відомості, доступні невизначеному колу осіб на законних підставах. Наприклад, не є конфіденційною інформацією або комерційною таємницею інформація, яку відповідно до закону продавець зобов'язаний надати покупцеві про товар.

На відміну від патентного права, в якому використовується критерій новизни, критерієм загальновідомості інформації є її доступність. Оцінка відомостей за цим критерієм полягає в пошуку та встановленні можливих законних джерел одержання інформації, доступ до якої передбачається обмежити.

Якщо до інформації можливий вільний доступ будь-якої зацікавленої особи на законних підставах шляхом вивчення друкованих видань, перегляду відкритих баз даних та ін., то зазначена інформація не може бути конфіденційною інформацією чи комерційною таємницею. Однак, якщо для одержання відомостей необхідні грошові чи будь-які інші витрати, то ці відомості не вважаються доступними.

Наприклад, не можуть бути комерційною таємницею відомості науково-технічного характеру після їхнього відкритого опублікування. Так, якщо до подання заявки на винахід (корисну модель) обмежується доступ до всіх відомостей стосовно цих об'єктів, то після опублікування формули й опису винаходу (корисної моделі) захищається лише неопублікована інформація.

Порядок віднесення інформації до таємної чи службової, а також порядок доступу до неї регулюються законами. Зокрема, до кола таємної інформації належать: інформація, що визнається банківською таємницею (ст. 1076 ЦК України, статті 60–62 Закону України «Про банки і банківську діяльність»); відомості, що становлять лікарську таємницю (ст. 40 Основ законодавства України про охорону здоров'я), таємниця усиновлення (ст. 226 Сімейного кодексу України), адвокатську таємницю (ст. 9 Закону України «Про адвокатуру») та таємниця вчинюваних нотаріальних дій (ст. 8 Закону України «Про нотаріат»).

Суспільні відносини, пов'язані з віднесенням інформації до державної таємниці, засекречуванням, розсекреченням її матеріальних носіїв та охороною державної таємниці, регулюються За-



КОМЕРЦІЙНА ТАЄМНИЦЯ

коном України «Про державну таємницю» та Кабінетом Міністрів України, яким чітко встановлено перелік інформації, яка не може бути віднесена до державної таємниці. При цьому Законом забороняється віднесення до державної таємниці будь-яких відомостей, якщо звужують зміст і обсяг конституційних прав та свобод громадянина.

Перелік відомостей не повинен містити відомості, доступ до яких згідно з ч. 4 ст. 21 Закону України «Про інформацію», не може бути обмеженим, оскільки це може завдати шкоди суспільству, а саме:

- про стан довкілля, якості харчових продуктів і предметів побуту;
- про аварії, катастрофи, небезпечні природні явища й інші надзвичайні події, що сталися чи можуть статися та загрожують безпеці громадян;
- про стан здоров'я населення, його життєвий рівень, зокрема і харчування, одяг, житло, медичне обслуговування та соціальне забезпечення, а також про соціально-демографічні показники, стан правопорядку, освіти та культури населення;
- про факти порушення прав і свобод людини та громадянина;
- про незаконні дії органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб;
- інші відомості, доступ до яких не може бути обмежено відповідно до законів і міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Для забезпечення захисту інтересів держави, взаємодії державних органів влади та суб'єктів господарювання, здійснення відповідного контролю за їхньою діяльністю урядом України було прийнято Постанову Кабінету Міністрів України від 09.08.1993 року № 611 «Про перелік відомостей, що не становлять комерційну таємницю» (далі — Постанова КМУ).

Згідно з Постановою КМУ, такими відомостями є:

- установчі документи, документи, що дозволяють займатися підприємницькою діяльністю та певними її видами;
- інформація за всіма встановленими формами державної звітності;
- дані, необхідні для перевірки обчислення та сплати податків й інших обов'язкових платежів;
- відомості про кількісний і якісний склад працівників, їхню заробітну платню загалом і за професіями та посадами, а також наявність вільних робочих місць;
- документи про сплату податків і обов'язкових платежів;
- інформація про забруднення навколишнього природного середовища, недотримання безпечних умов праці, реалізацію продукції, що завдає шкоди здоров'ю, а також інші порушення законодавства України та розміри заподіяних при цьому збитків;
- документи про платоспроможність;
- відомості про участь посадових осіб підприємства в кооперативах, підприємствах, спілках, об'єднаннях підприємств та інших організаціях, які займаються підприємницькою діяльністю.

Нині необхідно переглянути цей перелік відомостей, оскільки Постанова КМУ була прийнята на виконання Закону України «Про підприємства в Україні», який втратив чинність у зв'язку з введенням у дію ГК України. Так в пунктах 1, 5 і 7 Постанови КМУ наводяться не відомості, а документи. Водночас, відповідно до ч. 7 ст. 6 Закону України «Про доступ до публічної інформації», обмеженню доступу підлягає інформація, а не документ.

Крім цього, Ю. Носік вважає, що обґрунтованість заборони відносити до комерційної таємниці «інформацію за всіма встановленими формами державної звітності викликає сумніви». На його думку, режим комерційної та-

ємниці не перешкоджає органам влади отримувати необхідну інформацію при здійсненні ними своїх повноважень, а обов'язок розкривати таку інформацію перед органами контролю ще не означає, що ця інформація втрачає комерційну цінність і не може охоронятись в установленому порядку» [4].

Також недоцільною чинну заборону щодо віднесення певних відомостей до комерційної таємниці вважає О. Радутний, оскільки «надання інформації таємного статусу не означає абсолютного заперечення на ознайомлення з нею за наявності законних підстав». Зазвичай, владні органи отримуючи відомості, які перелічені в цій Постанові зобов'язані відповідно до вимог закону захищати її в режимі службової таємниці [5].

На нашу думку, віднесення інформації до відомостей, що не становлять комерційну таємницю, відповідно до Постанови КМУ, не накладає на суб'єкта господарювання обов'язку відкрити до них вільний доступ для всіх охочих. Суб'єкт господарювання може вжити організаційних та інших заходів для захисту цих відомостей як конфіденційної інформації, і надавати їх тільки особам і владним структурам у межах їхньої компетенції і в порядку передбаченому законодавством України. Наприклад, інформація про кількість працівників, їхню заробітну плату й умови праці повинна надаватись на вимогу органів статистики, а представнику інших організацій у наданні таких відомостей може бути відмовлено.

Однак це не стосується установчих документів, документів, які дозволяють займатися підприємницькою діяльністю та певними її видами. Оскільки ці документи використовуються для державної реєстрації юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців, то відповідно до ст. 17 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» відомості про них вносяться до Єдиного Державного реєстру юридичних осіб та фі-

зичних осіб-підприємців і є відкритими та загальнодоступними. Для забезпечення права фізичних та юридичних осіб на доступ до зазначеного реєстру Міністерством юстиції України було видано Наказ «Про організацію доступу до відомостей Єдиного Державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» від 19.08.2011 року № 2009/5.

На другому етапі суб'єктові господарювання необхідно визначити відомості, що становлять комерційну таємницю. Для цього можливо використати різні підходи. Так деякі автори вважають, що ключем для розуміння того, які саме відомості доцільно охороняти як комерційну таємницю, є конкуренція (цінова й нецінова). На їхню думку, до комерційної таємниці варто відносити ті відомості, що надають (можуть надати) значні переваги в конкурентній боротьбі та розголошення яких завдасть економічних збитків унаслідок зниження конкурентоздатності товарів і послуг підприємства чи завдасть інших негативних наслідків. Такими наслідками, зокрема, є:

- розірвання ділових відносин з одним або декількома діловими партнерами підприємства (як в Україні, так і за кордоном);
- зрив переговорів і укладання контракту, вигідного для підприємства;
- зменшення рівня співробітництва підприємства з діловими партнерами з виробничих, науково-технічних, комерційних та інших питань;
- зрив або невиконання запланованої виробничої програми чи договірних зобов'язань;
- необхідність проведення додаткових маркетингових досліджень і розробка нової ринкової стратегії;
- відмова від організаційних, науково-технічних чи комерційних рішень, які стали неефективними в результаті витоку відомостей, і необхідність розробки нових засобів конкурентної боротьби;



КОМЕРЦІЙНА ТАЄМНИЦЯ

- економічні санкції щодо підприємства;
- втрата пріоритету в наукових дослідженнях і можливості патентування та продажу ліцензій на науково-технічні розробки;
- створення труднощів у придбанні устаткування або технологій [6].

Крім цього, для визначення відомостей, що становлять комерційну таємницю, пропонують застосовувати плагіаторський, аналітичний або експертний спосіб. Сутність плагіаторського способу полягає в тому, що з'ясовують, яка інформація становить комерційну таємницю ділових партнерів, і роблять так само на своєму підприємстві. Недоліком такого підходу є те, що дуже рідко досвід одного підприємства може бути перенесений на інше. При аналітичному способі необхідно визначити, яка саме інформація про конкурента може бути цікавою та корисною для вашого підприємства, і обмежити доступ до такої інформації. Експертний підхід перед-

бачає залучення фахівців з інформаційної безпеки [7].

Підсумовуючи можливо дійти такого висновку, що Перелік відомостей, який формується для організації системи захисту інформації суб'єктів господарювання, повинен містити як відомості, що становлять конфіденційну інформацію, так і відомості, що становлять комерційну таємницю, а також ноу-хау. Такий підхід надає змогу: розробити єдиний пакет організаційно розпорядчих документів для захисту конфіденційної інформації та комерційної таємниці; включати в Перелік відомостей персональні дані робітників, а також відомості, що наведені в Постанові Кабінету Міністрів України № 611 від 09.08.1993 року крім відомостей щодо установчих документів, документів, які дозволяють займатися підприємницькою діяльністю та певними її видами. ♦

Список використаних джерел

1. Новосельцев О. В. *Коммерческая тайна (ноу-хау): правовое регулирование и документальное оформление в имуществе предприятия* / О. В. Новосельцев. — М. : ИНИЦ Роспатента, 2004. — 53 с.
2. *Науково-практичний коментар до ст. 505 Цивільного кодексу України (станом на 15.11.2007 року) [Електронний ресурс]*. — Режим доступу до ресурсу : <http://www.ligazakon.ua>.
3. *Право інтелектуальної власності європейського Союзу та законодавство України* / за ред. Ю. М. Капіци ; кол. авторів : Ю. М. Капіца, С. К. Ступак, В. П. Воробйов та ін. — К. : Слово, 2006. — 616 с.
4. Носік Ю. В. *Права на комерційну таємницю в Україні : монографія* / Ю. В. Носік. — К. : КНТ, 2007. — 200 с.
5. Радутний О. Е. *Кримінальна відповідальність за незаконне збирання, використання та розголошення відомостей, що становлять комерційну таємницю (аналіз складів злочинів) : автореф. дис... канд. юр. наук: 12.00.08/ НЮА України ім. Я. Мудрого*. — Харків, 2002. — 15 с.
5. Андрощук Г. А. *Экономическая безопасность предприятия: защита коммерческой тайны : монография* / Г. А. Андрощук, П. П. Крайнев. — К. : Ин Юре, 2000. — 400 с.
6. Ткачук Т. *Інформація з обмеженим доступом на підприємстві: проблеми безпеки та захисту* / Т. Ткачук // *Право України*. — 2011. — №3. — С. 243–251.

Надійшла до редакції 31.08.2012 року



ЛІЦЕНЗІЙНИЙ ДОГОВІР НА ВИКОРИСТАННЯ КОРИСНОЇ МОДЕЛІ

Віра Батова,
*аспірант Інституту держави і права
ім. В. М. Корецького*

Актуальність дослідження. В сучасних ринкових умовах використання об'єктів права інтелектуальної власності за ліцензіями є досить поширеним. Ліцензування надає ліцензіару можливість, лишаючи за собою право власності на патент, отримувати платежі за використання корисної моделі іншими особами. Додатково це сприяє розширенню обсягів виробництва та ринків збуту корисної моделі та, відповідно, зростанню його популярності.

Особа, що отримує ліцензію (ліцензіат), своєю чергою, набуває права використання вже випробуваних технологій, не витрачаючи час і кошти на їх розробку та комерціалізацію, а також уникаючи ризиків на стадії розробки нового продукту.

За даними Державної служби інтелектуальної власності України, в 2011 році було видано 10 291 патент на корисні моделі, що більше ніж у 2 рази перевищує кількість виданих патентів на винаходи. Це свідчить про те, що сьогодні корисна модель досить широко використовується як об'єкт цивільно-правових відносин, зокрема і, як об'єкт ліцензійних договорів.

Передача прав на використання корисної моделі має свої особливості, зумовлені специфікою цього об'єкта права інтелектуальної власності. Так, основною відмінною ознакою корисної моделі від інших об'єктів промислової власності є те, що патент на неї видається під відповідальність заявника

без проведення кваліфікаційної експертизи. Взяття до уваги вищенаведене під час укладення ліцензійного відіграє важливу роль для уникнення ризиків, пов'язаних з передачею прав на використання корисної моделі, зокрема ризику визнання патенту на корисну модель недійсним протягом строку дії ліцензійного договору, ризику порушення прав третіх осіб тощо.

Предмет дослідження. Предметом дослідження є правове регулювання укладання ліцензійних договорів на використання корисних моделей, а також особливості укладання таких договорів.

Метою дослідження є виявлення особливостей укладання ліцензійних договорів на використання корисних моделей, важливих при укладанні ліцензійних договорів.

Варто зауважити, що відносини щодо передачі технологій у тимчасове користування є досить складними та вимагають з'ясування багатьох питань на етапі підготовки до підписання такого договору.

Укладенню ліцензійного договору, зазвичай, передують дослідження сторонами ризиків, які можуть виникнути під час його дії, питань щодо виплати винагороди за використання корисної моделі, а також інших питань, які мають істотне значення під час виконання договору сторонами.

Перед укладенням ліцензійного договору ліцензіатові важливо дізнатися якомога більше про об'єкт (технологію), право на використання якого



ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

йому передається. Для цього доцільно провести аудит (технологічний та юридичний), завданням якого є з'ясування питань щодо інформації про розробників технології, їхні досвід та репутацію в цій сфері як фактори, що впливають на успіх нової технології; на якій стадії перебувають розробка технології, чи містить вона інші об'єкти, крім корисної моделі (або винаходу), чи наявні зразки продукції, чи проводилося випробовування технології та які результати такого випробовування; яким чином технологія задокументована, чи містить документація детальний опис технології, чи відображаються в ній недоліки технології; чи буде можливість контактувати з основними розробниками технології, чи перебувають вони у трудових відносинах з ліцензіаром, чи буде можливість отримати від них усю необхідну інформацію щодо використання технології тощо.

Перед укладенням ліцензійного договору, насамперед необхідно перевірити, які патенти та заявки на видачу патентів належать ліцензіару та який обсяг прав вони надають. Це дасть можливість визначити доцільність отримання ліцензії на технологію ліцензіара, а також переконатись, особливо якщо прагнути отримати виключну ліцензію, чи буде технологія, що передається, конкурентоздатною.

При укладенні ліцензійного договору на використання корисної моделі потрібно пам'ятати про особливості цього об'єкта інтелектуальної власності.

Так, основною відмінністю корисної моделі від винаходу є те, що патент на неї видається без проведення кваліфікаційної експертизи під відповідальність заявника. Відсутність кваліфікаційної експертизи, підвищує імовірність невідповідності корисної моделі умовам патентоздатності. Отож в інтересах ліцензіата перед укладенням ліцензійного договору бажаним є здійснення патентного пошуку. Останній дає змогу встановити, чи є вина-

хід новим. Це, своєю чергою, мінімізує ризик визнання його в подальшому недійсним.

Іншим важливим питанням, яке повинен взяти до уваги ліцензіат є те, що через відсутність перевірки на відповідність корисної моделі умовам патентоздатності видача патенту на корисну модель, на відміну від патенту на винахід, значно частіше може бути причиною порушення прав інших осіб. У такому разі добросовісний набувач прав на використання корисної моделі може стати порушником прав третіх осіб і навіть зазнати збитків унаслідок відновлення цих прав. Тож, аналіз наявності прав у третіх осіб на аналогічні чи схожі технології у відповідній галузі дозволить визначити можливість інших осіб зашкодити можливості використання корисної моделі за ліцензійним договором. Важливу роль тут відіграє добросовісність власника патенту, адже саме від якості перевірки корисної моделі на патентну чистоту перед отриманням патенту залежить «надійність» останнього.

Під патентною чистотою, відповідно до Закону України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій», розуміють властивість технологій та/або їхніх складових бути вільно використаними в певній державі без загрози порушення чинних на її території охоронних документів (патентів) на об'єкти права інтелектуальної власності, що належать третім особам [1].

Патентна чистота перевіряється через проведення патентного пошуку.

При цьому важливо, щоби такий пошук було проведено до передачі права на використання корисної моделі, оскільки від його результату залежатиме цінність об'єкта передачі, а також узагалі доцільність укладення ліцензійного договору.

Майбутньому ліцензіату також доцільно з'ясувати питання щодо:

- наявності технічних перешкод для використання корисної моде-

лі. Для цього доцільним є проведення технологічного аудиту, який допоможе визначити, як працює технологія, чи потрібно буде додатково звертатись за допомогою до ліцензіара тощо.

- наявності ризику відмови в отриманні дозволу від уповноваженого державного органу на виготовлення та продаж продукції, яка містить корисну модель та потребує такого погодження. Найчастіше таке питання виникає щодо продукції у медичній галузі. Такий ризик може бути значно меншим, якщо технологія вже використовувалася у продукції, виготовлення якої вже було погоджено відповідним чином.
- наявності економічних ризиків виготовлення та реалізації продукції чи технології (розміри витрат, рівень конкуренції на ринку тощо).

Розглянемо українське законодавство щодо врегулювання відносин з укладання ліцензійних договорів.

Відповідно до ст. 1109 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) за ліцензійним договором одна сторона (ліцензіар) надає другій стороні (ліцензіату) дозвіл на використання об'єкта права інтелектуальної власності (ліцензію) на умовах, визначених за взаємною згодою сторін зважаючи на вимоги ЦК України та іншого закону [2].

Укладання ліцензійних договорів в Україні регламентується главою 75 ЦК України, Законом України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», Інструкцією про подання, розгляд, публікацію та внесення до реєстру відомостей про передачу права власності на винахід (корисну модель) та видачу ліцензії на використання винаходу (корисної моделі), затвердженою Наказом Міністерства освіти і науки від 16.07.2001 року № 521 (далі — Інструкція).

Ліцензія може бути виключною, одиничною чи невиключною.

Виключна ліцензія видається лише одному ліцензіату та виключає можливість використання ліцензіаром винаходу (корисної моделі) у сфері, що обмежена цією ліцензією, та видачі ним іншим особам ліцензій на використання цих об'єктів у зазначеній сфері.

Одинична ліцензія видається лише одному ліцензіату та виключає можливість видачі ліцензіаром іншим особам ліцензій на використання винаходу (корисної моделі) у сфері, що обмежена цією ліцензією, але не виключає можливості використання ліцензіаром цих об'єктів у зазначеній сфері.

Невиключна ліцензія не виключає можливості використання ліцензіаром у сфері, що обмежена цією ліцензією, та видачі ним іншим особам ліцензій на використання цих об'єктів у зазначеній сфері.

Укладаючи ліцензійний договір сторони повинні зважати на вимоги законодавства до істотних умов такого договору. Зокрема, відповідно до ст. 1109 ЦК України у ліцензійному договорі визначаються: вид ліцензії, сфера використання винаходу (корисної моделі) (конкретні права, що надаються за договором, способи використання зазначеного об'єкта, територія та строк, на які надаються права тощо); розмір, порядок і строки виплати плати за використання винаходу (корисної моделі).

У разі відсутності в ліцензійному договорі умови про територію, на яку поширюються надані права на використання винаходу (корисної моделі), дія ліцензії поширюється на територію України.

В Україні реєстрація ліцензійного договору не є обов'язковою, однак у разі прийняття сторонами такого рішення, відповідно до Інструкції у ньому обов'язково повинні бути вказані: сторони ліцензійного договору; предмет ліцензійного договору; номер патенту; назва винаходу (корисної моделі); обсяг прав, які передаються; вид ліцензії (виключна або



ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

невиключна); строк дії ліцензійного договору; територія дії ліцензійного договору місцезнаходження (місце проживання) сторін.

Як зазначалося вище, предметом ліцензійного договору є передача права на використання корисної моделі. За таким договором може здійснюватися передача прав на використання корисної моделі без надання технічної допомоги, ноу-хау, обладнання тощо. Такий договір, зазвичай, є поширеним у розвинених країнах у тих випадках, коли ліцензіат володіє необхідною технічною та технологічною базою і потребує лише дозволу на використання об'єкта права інтелектуальної власності. Власник патенту може обмежити використання корисної моделі різними способами, зокрема, щодо території чи галузі використання об'єкта, щодо обсягів виробництва або способу використання.

Водночас, варто пам'ятати, що часто передача прав на використання корисної моделі (чи винаходу) супроводжується також і наданням технічної допомоги щодо виробництва продукції, а також ноу-хау (змішані ліцензійні договори). Такий вид договорів, зазвичай, поширений у країнах, які розвиваються [3].

Практика укладання ліцензійних договорів показує, що у таких договорах окрім вищенаведених, важливим є визначення таких умов:

- порядок передачі та використання технічної документації;
- порядок надання ліцензіаром ліцензіату технічної допомоги, необхідної для виконання умов договору;
- порядок та терміни звітування ліцензіата щодо виконання умов договору та отримання доходів, пов'язаних з використанням корисної моделі;
- розподіл прав інтелектуальної власності на технічні вдосконалення корисної моделі та умови їх використання;

- порядок захисту прав інтелектуальної власності на корисну модель;
- режим використання конфіденційної інформації;
- гарантії сторін;
- відповідальності за порушення умов договору;
- розмір, строки та порядок виплати винагороди за використання об'єкта права інтелектуальної власності.

Порядок передачі та використання технічної документації. Якщо предметом ліцензійного договору є надання права на виготовлення продукту із застосуванням корисної моделі, виконання такого договору, зазвичай, неможливе без передачі ліцензіаром ліцензіату технічної документації, необхідної для виготовлення продукції. Сторонам доцільно погодити зміст документації; терміни її передання; кількість екземплярів, які передаються, (якщо документація передається в паперовій формі); коло осіб, які матимуть доступ до неї тощо.

Порядок надання ліцензіаром ліцензіату технічної допомоги, необхідної для виконання умов договору. Сторони можуть погодити порядок надання ліцензіаром консультацій, організації навчання персоналу ліцензіата, іншої допомоги, зокрема з виїздом спеціалістів ліцензіара, з питань налагодження виробництва продукції та виконання інших умов ліцензійного договору. У разі необхідності сторони можуть також погодити порядок передачі та використання обладнання та сировини, необхідних для використання об'єкта ліцензії.

Розподіл прав інтелектуальної власності на технічні вдосконалення корисної моделі та умови їх використання. Практика показує, що права інтелектуальної власності на технічні вдосконалення об'єкта ліцензійного договору, зазвичай, визначаються належними ліцензіату, а ліцензіат отримує безоплатну невиключну ліцензію на використання таких удосконалень.

Однак сторони можуть погодити й інший порядок розподілу таких прав.

Порядок захисту прав інтелектуальної власності на корисну модель. Відповідно до ч. 2 ст. 34 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», вимагати поновлення порушених прав власника патенту може за його згодою також особа, яка придбала ліцензію. Тож, залежно від виду ліцензії та умов ліцензійного договору сторони можуть визначити, хто з них вживатиме заходів щодо захисту прав на об'єкт ліцензії. Найпоширенішим засобом захисту порушених прав інтелектуальної власності є звернення до суду. Також у деяких випадках доцільним є звернення до порушника з претензією.

Однією з істотних умов ліцензійного договору є *розмір, строки та порядок виплати винагороди* за використання об'єкта права інтелектуальної власності. Вказані умови сторони можуть погодити на власний розсуд. Зокрема, в ліцензійному договорі можуть бути передбачені умови виплати:

- певної суми відразу після підписання ліцензійного договору. Такий платіж може здійснюватись незалежно від виплати роялті;
- певної суми після отримання ліцензіатом прибутку від використання об'єкта ліцензії;
- певної суми після отримання дозволу від уповноваженого державного органу на виготовлення та продаж продукції, що містить корисну модель у разі необхідності отримання такого погодження;
- роялті від продажу продукції, в якій використано об'єкт ліцензії;
- винагороди за надання технічної допомоги тощо.

Через свою специфіку ліцензійний договір є досить складним і на шляху його виконання можуть виникнути непередбачувані обставини, внаслідок яких виконання договору може стати неможливим або сторони можуть втратити інтерес до нього. Зокрема,

використання корисної моделі за ліцензією з тих чи тих обставин може видатися неприбутковим. Тож у ліцензійному договорі доцільно визначати *підстави й умови припинення його чинності*.

За загальним правилом, договір є добровільною домовленістю сторін. Відповідно до ст. 6 ЦК України, сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначення умов договору відповідно до вимог ЦК України, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Водночас, законодавство передбачає також *примусове укладення ліцензійного договору*.

Так, відповідно до ч. 2 ст. 30 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» власник патенту зобов'язаний дати дозвіл (видати ліцензію) на використання винаходу (корисної моделі) власнику пізніше виданого патенту, якщо винахід (корисна модель) останнього призначений для досягнення іншої мети чи має значні техніко-економічні переваги та не може використовуватися без порушення прав власника раніше виданого патенту. Дозвіл дається в обсязі, необхідному для використання винаходу (корисної моделі) власником пізніше виданого патенту. При цьому власник раніше виданого патенту має право отримати ліцензію на прийнятних умовах для використання винаходу (корисної моделі), що охороняється пізніше виданим патентом.

З аналізу судової практики вбачається, що визначальним тут є доведення того, що корисна модель останнього призначена для досягнення іншої мети чи має значні техніко-економічні переваги. Інакше такий патент може бути визнаний недійсним. Ця остання умова сприяє недопущенню зловживань заявників, які подають заявки на корисні моделі з єдиною метою — мати право завдяки примусовій ліцензії використовувати чужі технології.



ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

Іншим випадком примусового зобов'язання укласти ліцензійний договір є звернення із такою вимогою до суду. Відповідно до ст. 35 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» суди відповідно до їхньої компетенції розв'язують, зокрема, спори про укладання та виконання ліцензійних договорів.

При укладанні ліцензійного договору варто також пам'ятати, що строк правової охорони корисної моделі становить 10 років. Отож важливо також звертати увагу на те, чи чинні права взагалі, а також скільки років залишилося до втрати чинності прав на корисну модель.

Підсумовуючи все вищевикладене, потрібно зазначити, що взяття до уваги наведених особливостей укладання ліцензійних договорів на використання корисних моделей сприятиме мінімізації ризиків, які можуть виникнути у сторін під час виконання таких договорів. ♦

Список використаних джерел

1. Закон України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій» від 14.09.2006 року № 143-V // *Відомості Верховної Ради України*. — 2006. — № 45. — Ст. 434.
2. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 року № 435-IV (зі змінами) // *Голос України*. — 2003. — № 45.
3. Навчальні матеріали проф. Йохана Єроу з курсу «Міжнародне приватне право» ЛЛМ. — Гент, 2009.
4. Закон України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» від 15.12.1993 року № 3687-XII (зі змінами) // *Відомості Верховної Ради України* від 15.02.1994. — 1994. — № 7. — Ст. 32.

Надійшла до редакції 16.07.2012 року



ДОГОВОРИ У СФЕРІ МУЗИЧНОГО ШОУ-БІЗНЕСУ З МАЛОЛІТНІМИ ТА НЕПОВНОЛІТНІМИ АРТИСТАМИ-ВИКОНАВЦЯМИ: ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ І ШЛЯХИ ЙОГО ВДОСКОНАЛЕННЯ*

Катерина Москаленко,

аспірант кафедри цивільного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

У сфері музичного шоу-бізнесу немало малолітніх та неповнолітніх зірок як зарубіжної, так і вітчизняної естради, причому їх кількість щороку зростає. Успішною кар'єрою до досягнення 18-річного віку можуть пишатися такі зірки як Бритні Спірс, Ашер, Джастін Бібер, Алсу, Аліна Гросу та інші. На практиці з такими особами, продюсерами та іншими учасниками музичного шоу-бізнесу укладаються продюсерські, рекордингові договори, договори на проведення концертної діяльності, промо-турів тощо.

Правовий статус малолітніх та неповнолітніх осіб врегульований цивільним та сімейним законодавством України, проте на практиці виникають певні проблеми, пов'язані з участю таких осіб в договірних правовідносинах у сфері музичного шоу-бізнесу. Деяким аспектам участі малолітніх та неповнолітніх артистів-виконавців у зазначених правовідносинах була присвячена увага таких вчених як О.П. Сергєєв [1], Є.В. Якубова [2], С.Б. Кокіна [3], О.Б. Орлова [4], О.В. Остапенко [5], однак однозначного вирішення відповідних проблем не запропоновано.

З метою опрацювання шляхів удосконалення механізму правового регулювання зазначених відносин доцільно проаналізувати як приписи вітчизняних правових норм, що регулюють питання участі малолітніх та неповнолітніх артистів - виконавців у договір-

них відносинах в сфері музичного шоу-бізнесу, так і досвід регулювання цих відносин в інших країнах.

За приписами ст. 1 Конвенції ООН про права дитини дитиною є кожна людська істота до досягнення 18-річного віку, якщо за законом, застосовуваним до даної особи, вона не досягає повноліття раніше [6]. Аналогічне положення містить ч. 1 ст. 1 Закону України «Про охорону дитинства» [7]. Традиційно у будь-якій країні світу дітям надається особливий правовий статус, зумовлений їх фізичним та розумовим рівнем розвитку. За загальним правилом діти не можуть зараховуватися на роботу до досягнення встановленого мінімального віку, їм в будь-якому випадку не може доручатися чи дозволятися робота, чи заняття, які були б шкідливими для їх здоров'я чи розвитку або перешкождали б їх фізичному, розумовому чи моральному розвитку. Ці положення знайшли відображення на міжнародному рівні, а саме — у Декларації прав дитини (принцип 9) [8], та Конвенції ООН про права дитини (ст. 32) тощо. Як зазначається у ч. 3 ст. 6 Рекомендацій ООН про стан творчих працівників, ураховуючи специфіку дитини-артиста, державам-членам пропонується брати до уваги положення Декларації прав дитини ООН [9].

Однак із загального правила існує виняток. Зокрема, згідно зі ст. 8 Кон-

* Стаття друкується в авторській редакції



ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

венції Міжнародної організації праці № 138 про мінімальний вік прийому на роботу [10] компетентний орган влади після консультацій з відповідними організаціями роботодавців і працівників, де такі існують, може шляхом видачі дозволів робити в окремих випадках винятки із заборони приймати на роботу за наймом чи на іншу роботу... для такої мети, як участь у художніх виступах. Дозволи, що видаються таким чином, обмежують тривалість робочого часу та встановлюють умови, за яких може виконуватись робота за наймом чи інша робота. При цьому за приписами ч. 1 ст. 7 цієї Конвенції така робота не повинна бути шкідливою для здоров'я або розвитку дітей і не повинна перешкоджати відвіданню ними школи, їхній участі в затверджених компетентними органами влади програмах професійної орієнтації або підготовки, або їхнім можливостям скористатися отриманим навчанням. Таким чином, малолітні та неповнолітні особи можуть залучатися до виконання обов'язків артистів-виконавців за договорами у сфері музичного шоу-бізнесу, якщо умови залучення їх до такої роботи не суперечитимуть нормам, встановленим ч. 1 ст. 7 цієї Конвенції. Аналогічне положення містить ст. 5 Директиви Ради Європи 94/33/ЕС «Про захист молодих людей на роботі» [11].

Міжнародно-правовими нормами встановлені лише загальні правила залучення малолітніх та неповнолітніх осіб до виконання обов'язків артистів-виконавців. Тому доцільно проаналізувати відповідні норми чинного законодавства, за якими розмежовано дієздатність малолітніх та неповнолітніх осіб.

Так, відповідно до ст. 31 Цивільного кодексу України [11] (далі — ЦК України) фізична особа, яка не досягла чотирнадцяти років (малолітня особа), володіє частковою цивільною дієздатністю. Оскільки укладення продюсерського або іншого договору у сфері музичного шоу-бізнесу вочевидь виходить за

межі цивільної дієздатності малолітньої особи, можна зробити висновок про те, що самостійно укласти договір, за яким малолітня особа зобов'язується виконувати обов'язки артиста-виконавця, така особа не може. Стороною за таким договором можуть бути лише законні представники малолітньої особи (батьки (усиновлювачі), опікуни або інші особи) (ст. 242 ЦК України).

Виникає питання стосовно того, чи необхідним є дозвіл органів опіки та піклування на укладення законними представниками договору, який передбачає виконання малолітньою особою обов'язків артиста-виконавця. Так, за приписами ч. 2 ст. 177 Сімейного кодексу України [12] батьки малолітньої дитини не мають права без дозволу органу опіки та піклування вчиняти такі правочини щодо її майнових прав: укладати договори, які підлягають нотаріальному посвідченню та (або) державній реєстрації, в тому числі договори щодо поділу або обміну житлового будинку, квартири, видавати письмові зобов'язання від імені дитини, відмовлятися від майнових прав дитини. З огляду на відповідні нормативні приписи висновок про обов'язковість отримання дозволу органу опіки та піклування на укладення продюсерського або іншого договору у сфері музичного шоу-бізнесу слід, на нашу думку, виходити з аналізу коректного договору, який не повинен містити умов, що підпадають під зазначені обмеження.

Правові наслідки вчинення правочину малолітньою особою поза межами її цивільної дієздатності встановлені ч.ч. 2 і 3 ст. 221 ЦК України. Згідно з відповідними приписами вчинення правочину тягне за собою двосторонню реституцію. Якщо правочин з малолітньою особою вчинила фізична особа з повною цивільною дієздатністю, то вона зобов'язана повернути батькам (усиновлювачам) малолітньої особи, або одному з них, з ким проживає малолітня особа, або опікуну все те, що вона одержала за таким пра-

вочином від малолітньої особи. Батьки (усиновлювачі) або опікун малолітньої особи зобов'язані повернути дієздатній стороні все одержане за цим правочином в натурі, а за неможливості повернути одержане в натурі — відшкодувати його вартість за цінами, які існують на моменту відшкодування.

У випадку підписання малолітнім артистом-виконавцем продюсерського договору він визнається нікчемним відповідно до ст. 221 ЦК України (як вчинений за межами цивільної дієздатності малолітньої особи). Поряд з цим чинне законодавство України містить два способи «легалізації» договору, стороною якого є малолітній виконавець:

- за приписами ч. 1 ст. 221 ЦК України правочин, який вчинено малолітньою особою за межами її цивільної дієздатності, може бути згодом схвалений її батьками (усиновлювачами) або одним з них, з ким вона проживає, або опікуном. Правочин вважається схваленим, якщо ці особи, дізнавшись про його вчинення, протягом одного місяця не заявили претензії другій стороні. Таким чином, якщо малолітня особа самостійно виступила стороною за продюсерським або іншим договором в сфері музичного шоу-бізнесу, а її законним представником стало про це відомо і протягом місяця вони не заявили претензії другій стороні за договором, такий договір вважатиметься схваленим законними представниками та дійсним.
- відповідно до ч. 2 ст. 221 ЦК України на вимогу заінтересованої особи суд може визнати такий правочин дійсним, якщо буде встановлено, що він вчинений на користь малолітньої особи. Заінтересованою особою в такому випадку можуть бути, на нашу думку, інші сторони договору — наприклад, продюсер за продюсерським договором.

Неповнолітні особи, тобто особи у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти

років, володіють неповною цивільною дієздатністю. Із аналізу встановленого для неповнолітніх осіб обсягу дієздатності можна зробити висновок про те, що особа з неповною цивільною дієздатністю може виконувати обов'язки артиста-виконавця за договором за умови надання згоди батьків (усиновлювачів) або піклувальників (ч. 2 ст. 32 ЦК України). За відсутності згоди батьків (усиновлювачів) або піклувальників неповнолітнього, такий правочин може бути згодом схвалений ними (в такому ж порядку, як і правочин, вчинений малолітньою особою). Такий правочин може бути визнано судом недійсним за позовом заінтересованої особи (якою, як видається, можуть бути батьки (усиновлювачі) або піклувальники неповнолітнього). У випадку задоволення судом такого позову настають наслідки, передбачені ст. 216 ЦК України як двостороння реституція.

Вивчення міжнародного досвіду підписання продюсерського договору з малолітніми/неповнолітніми артистами-виконавцями свідчить, що найбільш детально це питання врегульовано у законодавстві США. Так, у США діє доктрина дитинства (*infancy law doctrine*), за якою особа, яка не досягла 18-річного віку, не має відповідного обсягу правоздатності, тобто позбавлена права укладати контракти та нести обов'язки за укладеним контрактом. За правилом названої доктрини, особа, яка не досягла 18 років, має право розірвати контракт у будь-який час [14; с. 430]. Право особи, яка не досягла 18 років, на розірвання укладеного контракту є фінансовим ризиком для контрагента малолітньої/неповнолітньої особи. Навіть якщо зазначена особа зловживатиме своїм правом на розірвання контракту, ця обставина не може бути правовою підставою для зобов'язання її виконати контракт або відшкодувати збитки, завдані невиконанням своїх обов'язків [15; с. 30]. Законодавство США не містить спеціальної процедури розірвання контракту з малолітньою



ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

особою. Як правило, відмова від виконання контракту може бути заявлена шляхом надіслання відповідного простого письмового повідомлення контрагента малолітньої особи або укладенням іншого контракту, відмінного від положень первісного контракту з посиленням на недосягнення особою повноліття у процесі розгляду судом справи тощо [15; с. 30].

У законодавстві США існують норми, які роблять можливим надання законної сили договору самим артистом-виконавцем у разі досягнення ним 18-річного віку, тобто норми про так звану ратифікацію. Така ратифікація договору не обов'язково повинна здійснюватися в письмовій формі. У разі вчинення конклюдентних дій, які б свідчили про згоду артиста продовжувати виконання своїх обов'язків за таким договором, або за відсутності дій, які б свідчили про протилежне, договір вважається ратифікованим [15; с. 31].

В деяких країнах практикується «легалізація» судами договору, укладеного з малолітнім або неповнолітнім артистом-виконавцем. Така практика існує, наприклад, у Великобританії, де суди можуть «легалізувати» договір, якщо він відповідає вимогам законодавства, але не можуть виправити «дефектну угоду» (*bad bargain*). У вирішенні відповідного питання суди Великобританії беруть до уваги несправедливі обмеження сторони за договором та не виправданий вплив однієї сторони на іншу. Наприклад, якщо артист-виконавець, що тільки починає свій шлях у шоу-бізнесі, підписав довгостроковий договір, умови якого можуть бути пізніше інтерпретовані як такі, що створюють несправедливі обмеження для дитини та не виправданий тиск на неї іншою стороною за договором, то контракт може бути розірвано в судовому порядку [16; с. 26].

Практика «легалізації» продюсерського договору набула найбільшого поширення у США. Так, Каліфорнія та Теннессі стали першими штатами у

США, в яких на законодавчому рівні було врегульовано питання укладення контракту з особами, які не досягли 18-річного віку, а також вирішено питання стосовно захисту зароблених ними таким чином коштів до досягненнями 18 років [17; с. 55]. Першим законом, який стосувався захисту малолітніх та неповнолітніх артистів-виконавців став Закон Кугана (Coogan's Law), прийнятий у Каліфорнії в 1939 році після розгляду судом справи Джекі Кугана — малолітнього актора, батьки якого витратили всі кошти, зароблені ним до досягнення ним 18-річного віку [14; с. 433]. У 2000 році до Закону Кугана були внесені зміни, згідно з якими мінімум 15% коштів від доходу дитини-артиста повинні знаходитись у траст-фонді, управління яким здійснюється під контролем суду [14; с. 437]. Подібне положення є й у законодавстві штату Теннессі. У Каліфорнії відсоток доходу, який повинен вноситися до траст-фонду збільшено до 25%.

Законодавством штату Нью-Йорк запроваджена процедура судової перевірки і схвалення рекордингових контрактів, так само як і контрактів з менеджерами та контрактів про надання агентських послуг малолітньому та неповнолітньому артисту-виконавцю. Для судового схвалення встановлено три базових критерії:

- контракт повинен бути справедливим для малолітнього артиста-виконавця,
- період, на який укладено контракт, не повинен перевищувати законодавчо встановлений період,
- батьки або інші законні представники малолітньої особи повинні дати згоду на укладення такого контракту. Якщо ж строк контракту перевищує 3 роки від дати його укладання, такий контракт не буде «легалізовано» судом. Однак, якщо судом буде встановлено, що малолітню особу представляє кваліфікований юрист, який є спеціалістом з права розважальної індустрії (*en-*

tertainment law), суд може схвалити контракт терміном до 7 років.

Інші положення контракту (наприклад, розміщення доходів артиста-виконавця на депозитному рахунку в банку, їх зберігання для нього тощо) можуть бути схвалені, якщо суд вважатиме їх доцільними та такими, що відповідають інтересам артиста-виконавця. Якщо новостворений за участі малолітнього артиста-виконавця об'єкт права інтелектуальної власності продовжує приносити прибуток після закінчення 3 років, на які було укладено контракт з артистом, а його продюсер має право на частину авторської винагороди, суд може схвалити правомірність існування положення про обов'язок виплати роялті продюсеру і після спливу строку контракту. Зазвичай після укладання контракту з однією рекординговою компанією артист не має права укласти контракт про новий випуск того чи іншого твору до спливу 5 років після закінчення дії контракту. У випадках укладення контракту з малолітнім артистом суд може заборонити укладати контракт з іншою рекординговою компанією до закінчення 3 років з моменту спливу строку укладеного контракту [15; с. 31].

На нашу думку, окремі положення законодавства США можуть бути використанні в Україні для удосконалення як правового регулювання відповідних відносин, так і судової практики з розгляду справ, пов'язаних з визнанням недійсними (дійсними) договорів, що укладаються з малолітніми артистами-виконавцями.

Аналіз норм чинного законодавства України, зарубіжної доктрини та судової практики дає підстави для таких висновків:

1. Законодавство України в цілому відповідає існуючим міжнародним стандартам в сфері захисту дітей-артистів.
2. У разі необхідності укладення договору з малолітнім артистом-виконавцем іншій стороні за догово-

ром (наприклад продюсеру) слід укладати договір не з малолітньою особою, а з її законними представниками. Якщо договір укладається з самою малолітньою особою, то існує можливість «легалізації» договору шляхом надання згоди законними представниками такої особи на його укладення або його судової «легалізації».

3. Доцільним є внесення змін до Закону України «Про авторське право і суміжні права» [18], доповнивши ст. 39 ч. 2-1 такого змісту:

Якщо винагорода підлягає виплаті малолітньому виконавцю, то батьки/опікуни зобов'язані вносити 25% від отриманої винагороди на депозитний рахунок, відкритий у банківській установі на ім'я малолітнього артиста-виконавця. Батькам/опікунам забороняється розпоряджатися відповідним вкладом. Малолітній виконавець може самостійно розпоряджатися вкладом після досягнення 14-річного віку.

4. У розгляді справ, пов'язаних із «легалізацією» продюсерського договору, укладеного з малолітнім артистом-виконавцем, судам слід запровадити практику, за якою враховувати надання/відсутність надання згоди законних представників малолітньої особи, нешкідливість виконуваної роботи для здоров'я або розвитку дитини, відсутність перешкод відвіданню школи, їхній участі в затверджених компетентними органами влади програмах професійної орієнтації, підготовки або їхнім можливостям скористатися отриманим навчанням.
5. У випадку укладення договору з неповнолітньою особою слід пересвідчитись про отримання згоди представників неповнолітньої особи на укладення такого договору.

Результати проведеного дослідження може бути використано на практиці, вони можуть стати предметом подальших наукових досліджень. ♦

Список використаних джерел

1. Сергеев А.П. *Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник* — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: ТК Велби, 2004. — 752 с.
2. Якубова Е.В. *Охрана прав артиста-исполнителя в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03* / Якубова Евгения Валерьевна. — М., 2010. — 227 с.
3. Кокина С.Б. *Исполнение как объект прав артиста-исполнителя в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03* / Кокина Светлана Борисовна. — М., 2002. — 186 с.
4. Орлова О.Б. *Дееспособность физических лиц в российском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03* / Орлова Ольга Борисовна. — М., 2009. — 201 с.
5. Остапенко А.В. *Дееспособность граждан как гражданско-правовая категория: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03* / Остапенко Алексей Викторович. — Волгоград, 2011. — 187 с.
6. Конвенція ООН про права дитини від 20 листопада 1989 року // Зібрання чинних міжнародних договорів України. — 1990. — № 1. — с. 205
7. Закон України «Про охорону дитинства» № 2402-III від 26 квітня 2001 року // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 30. — ст. 142
8. Декларація прав дитини від 20 листопада 1959 року // *Международная защита прав и свобод человека. Сборник документов.* — М.: Юридическая литература, 1990. С. 385–388.
9. Рекомендації про становище творчих працівників від 27.10.1980 // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. — 2003. - № 3
10. Конвенція МОП про мінімальний вік прийому на роботу № 138 від 26 червня 1973 року // *Международная защита прав и свобод человека. Сборник документов.* — М.: Юридическая литература, 1990. — с. 368–375.
11. Council Directive 94/33/EC of 22 June 1994 on the protection of young people at work // *Official Journal L 216.* — 20/08/1994. — p. 0012–0020.
12. Цивільний кодекс України N 435-IV від 16 січня 2003 року // Відомості Верховної Ради України. — 2003. - № 40-44. — ст. 356
13. Сімейний кодекс України № 2947-III від 10 січня 2002 року // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 21. — ст. 135
14. Jessica Kriegt. *There's No Business Like Show Business: Child Entertainers and the Law* // *U. PA. Journal of Labor and Employment Law*, 2004. — p. 429–449
15. M. William Krasilovsky, Sidney Shemel. *This Business of Music: the Definitive Guide to Music Industry.* — New York: Billboard Books, 2007. — 510 p.
16. Katherine Sand. *Child performers working in the entertainment industry around the world: An analysis of the problems faced* // *International Labour Office Geneva.* — WP 186, 2003. — 63 p.
17. Paul Allen. *Artist Management for the Music Business.* — Elsevier Inc., 2011. — 279 p.
18. Закон України «Про авторське право і суміжні права» № 3792-XII від 23 грудня 1993 року // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 13. — ст. 64

Надійшла до редакції 17.09.2012 року



ЩО РОБИТИ, ЯКЩО ВИ СТАЛИ ЖЕРТВОЮ КОНТРАФАКЦІЇ

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

«Контрафакція» як поняття виникла наприкінці XIX століття. У цей час в Росії «контрафакціями» називали продукцію старообрядницьких ремесел, передусім ікон, стилізованих під старовинне, доніконовське, до церковних реформ патріарха Никона 1653 року, писання. Майстри-іконописці, старообрядці, називалися «старинщиками» або «подфурниками» (від «фурить» — сильно дути, тобто «надуватель, обманщик»). Такі майстри працювали переважно в містах північної Росії. Однак, старанно відтворюючи особливості старого іконопису, вони не займалися штучним зістарюванням дощок і шару фарби, не намагалися видати свою роботу за старовинну, тому їхні «контрафакції» не можна вважати підробками [3].

Будь-який товар може містити різноманітні об'єкти права інтелектуальної власності. Взяти, наприклад, звичайний мобільний телефон. Технічні рішення, що використані при його виробництві запатентовані як один або декілька винаходів чи корисних моделей. Форма мобільного телефону, як дизайнерське рішення, захищена патентом на промисловий зразок. Також дизайнерське рішення може отримати охорону як об'ємна торговельна марка. Мобільний телефон завжди містить словесні чи графічні позначення, що, своєю чергою, можуть бути як торговельними марками, так й об'єктами авторського права.

Контрафакція (від латинських слів *contra* — проти, обличчям до обличчя та *facere* — робити, а також французького слова *contrefaçon* — підробка) — ведення справ під чужим ім'ям, незаконне використання чужого патенту при виготовленні та продажу товарів, незаконне використання чужих авторських прав, незаконне нанесення на свою торговельну марку зображень, що запозичені з марок популярних товарів і підприємств з метою недобросовісної конкуренції, отримання вигоди за рахунок відомості та введення споживачів в оману [4].

Фальсифікація (від латинського слова *falsificio* — підробляю) — дії, спрямовані на обдурювання споживача шляхом підробки продукції з корисливою метою. Тож фальсифікація може розглядатись як дія, спрямована на погіршення тих або тих споживчих властивостей товару чи зменшення його кількості при збереженні характерних показників несуттєвими для споживача [5].

Поняття «контрафакція» та «фальсифікація» мають відмінності у правовому аспекті. Під першим розуміють порушення прав інтелектуальної власності, під другим — порушення технології виробництва.

З цього випливає, що контрафактна продукція водночас є і фальсифікованою, але фальсифікована продукція може й не бути контрафактною.

Контрафактною вважається продукція, що використовується в госпо-

ЗАХИСТ ПРАВ

дарському обігу з порушенням прав на будь-який об'єкт права інтелектуальної власності. При цьому контрафактну продукцію не варто змішувати з контрабандою, тобто з продукцією, що перетинає кордон із приховуванням від митного контролю.

Метою цієї роботи є розгляд можливих шляхів, засобів і методів щодо боротьби з контрафактною та фальсифікованою продукцією.

Дослідженню цього питання присвячені статті І. Солов'єва, Д. Горнісевича, А. Горяїнова, В. Березанської, Ю. Іванова. Розвитку цього питання присвячений один з розділів підручника П. Цибульова «Основи інтелектуальної власності».

В українському законодавстві існує більш загальне поняття — «фальсифікована продукція».

Згідно зі ст. 1 Закону України «Про захист прав споживачів», фальсифікована продукція — продукція, виготовлена з порушенням технології чи неправомірним використанням знака для товарів і послуг чи копіюванням форми, упаковки, зовнішнього оформлення, а також неправомірним відтворенням товару іншої особи [1].

У будь-якому разі в основі контрафакту лежить порушення прав на інтелектуальну власність. Контрафакт — це новий продукт, який створений на основі наявного оригіналу з порушенням прав інтелектуальної власності.

Видами контрафакції вважаються:

- незаконне використання мультимедійної продукції, книг, комп'ютерних програм, фонограм, пісень, мелодій, так зване, піратство;
- незаконне використання запатентованих технічних рішень;
- підробка зовнішнього вигляду товару, його дизайнерське, оригінальне рішення. Це актуально для таких речей, як предмети декору, меблі, одяг, аксесуари, упаковки тощо;
- використання чужої торговельної марки ідентичної чи схожої на-

стільки, що її легко сплутати з раніше зареєстрованою або заявленою на реєстрацію іншою особою для однорідних товарів чи послуг. Особливо це стосується підробки відомих брендів.

Методи боротьби з підробкою становляться дедалі сучаснішими. Оскільки метою виробників контрафактної продукції, насамперед, є збагачення, отримання вигоди, основаної на досягненнях інших, справжні виробники намагаються настільки ускладнити свій товар, щоб його неякісна підробка була зразу очевидна, а якісна продукція була настільки складною та затратною, щоб її виробництво було економічно не вигідною справою. Крім цього, вдосконалюються і засоби захисту. До таких засобів належать водяні знаки, голограми, спеціальні рельєфи та риси. На теперішній час до таких засобів приєдналися радіомітки (RFID), що дають змогу відстежувати поставки та просування товарів. Ця технологія дозволяє перевіряти справжність товару за допомогою унікального ідентифікаційного номеру, що прикріплений до кожної упаковки чи до кожного товару [4].

Найчастіше контрафакт стосується використання чужих торговельних марок, адже це пов'язано з менш значними витратами й отриманням миттєвого прибутку.

Контрафактна продукція — це продукція, що виготовлена з неправомірним розміщенням торговельних марок з метою введення споживачів в оману. Якість і вартість контрафактної продукції можуть варіюватись як у бік підвищення, так і в бік знижки, але незмінним залишається незаконне використання торговельної марки, права на які належать тому чи тому правовласнику.

У разі високої якості контрафакту зазвичай, встановлюється порівнювана вартість. Висока вартість слугує непрямым доказом оригінальності товару. При цьому навіть продавці конт-

рафактної продукції, не кажучи вже й про споживачів, можуть не здогадуватися про її походження.

Вартість оригінал і контрафакту буде однаковою в тому випадку, якщо при реалізації використовується тактика «міксування», тобто змішування цих товарів. Наприклад, спочатку реалізується невелика партія оригінальної продукції, а потім під прикриттям документів на оригінальну продукцію в торговельну мережу просувається продукція контрафактна.

Знижена вартість часто є вказівкою того, що продукція є контрафактною. Така низька вартість зумовлена відсутністю витрат на рекламу, сертифікацію, податки, сучасне обладнання для виготовлення контрафакту тощо.

У випадку явно низької вартості про ошукування споживача говорити навіть не коректно. Зазвичай, купуючи дешеву підробку, споживач свідомо віддає перевагу сигнальній функції бренду перед його споживчими властивостями.

Найчастіше контрафактна продукція трапляється на ринку повсякденних, масових товарів, товарів короткострокового використання, де легко загубитися серед великої кількості товарів і безлічі компаній. Найчастіше найбільшою спокусою для контрафакції стають відомі торговельні марки, бренди, що вже завоювали певний сектор ринку та мають високий попит у споживачів.

Індикаторами контрафакту є вартість, якість і місце реалізації. Каналами збуту контрафактної продукції є відкриті ринки, Інтернет-магазини, вулична торгівля, маленькі магазинчики та кіоски, ярмарки, аптеки та магазини, що не належать до мережі й торгові точки, розміщені у віддалених районах.

Спокуса використовувати чужу популярність для підйому власного продажу настільки велика, що на цей шлях стають як абсолютно незнайомі правовласники підприємства чи особи,

так і його ділові партнери, нинішні чи колишні. Вони розпочинають тяганину за володіння відомою торговельною маркою. Колишні партнери, а інколи, навіть, дистриб'ютори, причетні до виробництва, намагаються оскаржити право власності на популярну торговельну марку. Як показує досвід, найчастіше оскаржується та торговельна марка, яка приносить найбільший прибуток. Звісно, результатом такої ситуації є ліквідація торговельної марки, що імітує чи відтворює оригінальну. Досягається це шляхом досудових або судових проваджень.

Шкоду, що завдається виробництвом і реалізацією контрафактної та фальсифікованої продукції, можна розподілити на декілька груп:

- збитки для економіки держави у через ненадходження податкових платежів;
- підрив престижу країни та її інвестиційного клімату;
- збитки, завдані власникам прав на інтелектуальну власність;
- завдання шкоди здоров'ю споживачів.

Підробка є глобальною проблемою. Найбільше контрафактної продукції виробляється у Південно-Східній Азії (Китай, Таїланд, Сінгапур, Південна Корея), у Середземноморських країнах (Марокко, Туніс, Туреччина), у країнах Європейського Союзу (Іспанія, Польща, Італія), не є винятком також є країни ближнього зарубіжжя та власне Україна [2].

Контрафактна продукція розповсюджується не лише через дистриб'юторську мережу, але й через мережу Інтернет, наприклад, на сайтах аукціонів, форумів тощо. Контрафактна продукція наявна в усіх сферах споживання. Значна кількість випадків порушення прав інтелектуальної власності спостерігається на ринку одягу, аксесуарів, взуття, програмного забезпечення, ігор, музики, фільмів, мобільних телефонів і аксесуарів до них. Не обійшлося без підробок у сфері побутової техніки,

ЗАХИСТ ПРАВ

автозапчастин, продуктів харчування, парфумерії та косметичної продукції, іграшок.

За даними досліджень Unifab [2], частка контрафактної та фальсифікованої продукції складає 5–7 % від всесвітньої торгівлі. Річний обіг контрафактної та підробленої продукції оцінюється в 500 млрд євро.

Під час перевірок контрафактної та фальсифікованої продукції виявлено, що деякі товари загрожують здоров'ю споживачів. Насамперед, це стосується контрафактних медичних препаратів, але також у процесі перевірок були виявлені шкідливі для здоров'я підручники, іграшки, що не відповідають санітарно-гігієнічним нормам. Для виготовлення контрафактної косметики часто використовуються небезпечні для шкіри хімічні речовини, що спричиняють серйозні алергічні реакції. Низька якість побутової техніки може призвести до порізів, ураження електричним струмом, опіків і навіть вибухів. Те ж саме стосується автозапчастин. Що стосується підроблених медикаментів, продуктів, спиртних напоїв, вони можуть призвести до летальних наслідків.

З проблемою контрафактної та фальсифікованої продукції України стикнулася ще на початку 90-х років, коли разом з товарним розмаїттям ринув потік усіяяких підробок «під фірму».

На цей час проблема фальсифікації та контрафакції ставить під загрозу економічну безпеку держави.

Якщо виробництво та реалізацію контрафактної продукції своєчасно не призупинити, збитки від неї сягнуть вартість нереалізованого оригінального товару, збільшеної на вартість впровадження на ринок нового товару. Тут враховуються і ті збитки, котрі неможливо підрахувати, наприклад, підрив репутації компанії чи брэнда тощо.

Тож планування захисту об'єктів інтелектуальної власності повинно бути невід'ємною частиною маркетингової програми.

Сучасне законодавство України поширює свою дію на достатньо широке коло господарських операцій. Ігнорування законодавчих вимог загрожує не тільки високими штрафами, що можуть сягати до 10 % від річного обігу компанії, але й можливістю притягнення винних до адміністративної та кримінальної відповідальності.

Проблеми контрафактної продукції необхідно вирішувати беручи до уваги її загальносвітовий характер, міжнародну інтеграцію підпільного капіталу, тому що значний обсяг фальсифікованої продукції імпортується. Універсального рішення щодо боротьби з контрафактною продукцією не існує.

Проблема захисту вітчизняного споживацького ринку від фальсифікованої та контрафактної продукції є державним питанням і потребує значних зусиль та ресурсів для забезпечення прав власників і захисту прав споживачів на придбання якісної та безпечної продукції.

Одним з інструментів зниження попиту на фальсифіковану та контрафактну продукцію є формування негативного ставлення підприємців та споживачів до останньої. Це повинно супроводжуватися не тільки роз'яснювальною роботою, але й широким застосуванням більш суворих адміністративних і кримінальних заходів.

Незважаючи на той факт, що в українському законодавстві існує комплекс правових механізмів захисту прав інтелектуальної власності, зокрема й адміністративна та кримінальна відповідальність за незаконне використання чужої інтелектуальної власності, ефективно боротися з оборотом контрафактної продукції не вдається з низки причин, серед яких тривалість збору доказів, незначність сум, які присуджуються судами при винесенні рішень за справами, а також труднощі, що виникають з їх отриманням, великі судові витрати, малоефективна робота правоохоронних органів.

Значну роль відіграє і доволі низька правова грамотність учасників підприємницької діяльності. Ефективність захисту прав інтелектуальної власності значною мірою залежить від активності самих правовласників, яким необхідно більш активно відстоювати свої права та використовувати всі можливі способи їх захисту. Адже саме правовласники, створюючи спеціальні служби безпеки, залучаючи до роботи різні компетентні органи, відстежуючи кон'юнктуру ринку, працюючи з роздрібними торговельними мережами та постраждалими споживачами, стають власниками найбільш повної інформації, необхідної для виявлення та припинення переміщення підробленої продукції. Проте вони, як показує практика, не завжди мають уявлення про засоби, що можуть бути використані для боротьби з контрафактною та фальсифікованою продукцією.

У Західній Європі та США існують багато антиконтрафактних агентств, які спеціалізуються на правовій допомозі правовласникам. В Україні цей напрям практично не розвинений. Однак є ціла низка рішень і дій, що

мають допомогти власникам прав інтелектуальної власності захиститися від їх порушення.

До вжиття таких заходів необхідно провести патентно-юридичний аудит, метою якого є вирішення готовності об'єкта інтелектуальної власності до тих або тих дій. Саме такими заходами повинні стати: проведення оцінки порушення прав інтелектуальної власності по всій території України; оформлення такого порушення, виявленого в мережі Інтернет також; організація контрольних закупок спільно з органами МВС; відкриття кримінальних справ за відповідними статтями Кримінального кодексу України; відкриття господарських або цивільних справ про порушення прав інтелектуальної власності за відповідними статтями Господарського кодексу України та Цивільного кодексу України; відкриття справ про недобросовісну конкуренцію в органах Антимонопольного комітету України; внесення об'єктів інтелектуальної власності до відповідного митного реєстру Державної митної служби України. ♦

Список використаних джерел

1. Закон України «Про охорону прав на винаходи та корисні моделі» від 15.12.1993 року № 3687-XII (зі змінами та доповненнями станом на 22.05.2003 року) [Електронний ресурс] // Голос України — 03.02.1994. — Режим доступу до ресурсу : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>.
2. *Les missions d'Interpol et Europol dans la lutte contre la contrefaçon* [Ressource électronique]. — Mode d'accès : unifab.com
3. Словарь изобразительного искусства [Электронный ресурс]. — Режим доступа к ресурсу : <http://yandex.ua/yandsearch?text=яндекс+словари>.
4. Контрафакция [Электронный ресурс]. — Режим доступа к ресурсу : <http://ru.wikipedia.org/wiki>.
5. Фальсификация [Электронный ресурс]. — Режим доступа к ресурсу : <http://ru.wikipedia.org/wiki>.

Надійшла до редакції 23.07.2012 року

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ДОСЛІДЖЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ФІНАНСОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ТА МАТЕРІАЛЬНО-ТЕХНІЧНОГО ПОСТАЧАННЯ ДЕРЖАВНОЇ ПОДАТКОВОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ

В. Шевчук,

Національний університет ДПС України

На сучасному етапі радикальних реформ в Україні значної уваги набувають питання вдосконалення державного регулювання. Це безпосередньо стосується діяльності всіх органів виконавчої влади, до системи яких входить і Державна податкова служба України (далі — ДПС України). А ефективне регулювання будь-якими об'єктами неможливе без фінансового забезпечення та матеріально-технічного постачання. Особливо це стосується сфери оподаткування, що є надзвичайно важливим об'єктом адміністративно-правового регулювання та провідним інструментом державного управління економікою країни й суспільством загалом.

У сучасних умовах проблема удосконалення адміністративно-правового регулювання діяльності органів виконавчої влади, зокрема ДПС України, та забезпечення ефективності їхньої діяльності набуває особливого значення. Водночас, незважаючи на зовнішню простоту та загальнозживаність поняття «адміністративно-правове регулювання», в юридичній науці використовується значна кількість визначень цієї дефініції. Проблемам правового регулювання присвячені праці багатьох вітчизняних та закордонних вчених, таких як: С. Алексєєв, В. Копейчиков, М. Марченко, П. Рабінович, О. Скакун, В. Сорокін, І. Шопіна та ін.

Певним питанням адміністративно-правового регулювання в Україні присвятили увагу: І. Голосніченко, Ю. Козлов, О. Коломєць, А. Комзюк,

Х. Ярмачі, В. Развадовський, зокрема у податковій сфері: О. Бандурка, Ю. Вовк, Г. Нагорняк, Я. Литвиненко та ін.

Проблема наявності численних, часто суперечливих один одному, визначень адміністративно-правового регулювання має не тільки теоретичний, а й практичний характер. Численні вимоги щодо «удосконалення системи адміністративно-правового регулювання фінансового забезпечення та матеріально-технічного постачання» у певній галузі можуть бути реалізовані лише за умови єдиного розуміння і нормотворцем, і правокористувачами, того змісту, який вкладається в це поняття. Проте, незважаючи на важливість цієї проблематики як на теоретичному, так і на практичному рівнях, в юридичній науці вона досліджена недостатньо, що зумовлює актуальність цієї проблеми.

На жаль, ні в чинному законодавстві, ні в юридичній та іншій спеціальній літературі нема єдиного чіткого визначення поняття «адміністративно-правове регулювання фінансового забезпечення та матеріально-технічного постачання ДПС України».

Ретроспективний аналіз розвитку суспільства вказує, що ефективне функціонування ринкової економіки, незважаючи на властиві їй самоорганізацію та саморегулювання, неможливе без державного регулювання соціальних та економічних процесів на рівні суспільства, регіонів і суб'єктів господарювання. Особливо зростає значення державного регулювання в періоди кризи.

Вважаємо, що для кращого розуміння змісту адміністративно-правового регулювання фінансового забезпечення та матеріально-технічного постачання ДПС України необхідно розкрити поняття й сутність деяких категорій, зокрема таких, як: «регулювання», «правове регулювання», «адміністративно-правове регулювання».

Досліджуючи поняття «правове регулювання», варто зазначити, що його складова — термін «регулювання» — походить від латинського слова *regulo* (правило) й означає впорядкування, налагодження, приведення чого-небудь у відповідність до чого-небудь [1, 489].

У загальному значенні термін «регулювання» — це дія за значенням «регулювати», якому надається два визначення: 1) впорядковувати що-небудь, керувати чимось, підкоряючи його відповідним правилам, певній системі; 2) домагатися нормальної роботи машини, установки, механізму тощо, забезпечуючи злагоджену роботу складових частин, деталей [2, 1020–1021].

Поняття «правове регулювання», як зауважує В. Развадовський, є особливою категорією, що очолює специфічний понятійний ряд: «механізм правового регулювання», «правові способи», «правовий режим» тощо [3, 22–23].

У теоретичних джерелах існує велика різноманітність визначення категорії «правове регулювання», зумовлена різноманітністю підходів до праворозуміння. Як слушно зауважує І. Шопіна, кожен з цих підходів має власне обґрунтування, свій понятійно-логічний апарат, а вибір одного з них урешті-решт залежить від дослідника та визначається специфікою та завданнями певного дослідження.

Одним з перших, хто надав визначення поняття «правове регулювання», був російський учений С. Алексєєв, який ототожнював правове регулювання з правовим впливом. Автор зазначав, що правове регулювання є здійснюваний за допомогою системи правових засобів (юридичних норм, право-

відносин, індивідуальних розпоряджень тощо) результативний, нормативно-організаційний вплив на суспільні відносини з метою їх упорядкування, охорони, розвитку відповідно до вимог економічного базису, суспільних потреб цього соціального ладу [4, 289].

На думку деяких авторів, під правовим регулюванням слід розуміти частину правового впливу, його особливий порядок, якому притаманна підвищена чіткість нормативної регламентації та котрий здійснюється за допомогою специфічних правових засобів: норм права, правовідносин, актів реалізації права.

Окрім вищенаведеного, існує група дослідників, які розглядають правове регулювання як встановлення, закріплення чи упорядкування суспільних відносин у певній сфері.

На думку іншої групи дослідників, категорію «правового регулювання» потрібно розглядати як процес, у результаті якого здійснюється вплив держави на суспільні відносини. Такий підхід, як зауважують деякі автори, є кардинально відмінний від попередніх, у зв'язку з тим, що він зводить правовий вплив до бажаних і можливих, але не обов'язкових наслідків такого регулювання.

Існує група авторів, які обстоюють позицію, відповідно до якої правове регулювання є метод.

На нашу думку, визначення правового регулювання як методу є ототожненням з методом правового регулювання.

Варто також зазначити, що існує підхід, відповідно до якого правове регулювання розглядається як діяльність держави, її органів і посадових осіб, а також уповноважених на те громадських організацій.

У визначенні правового регулювання існує також і телеологічний підхід, відповідно до якого останнє є цілеспрямований текстуальний (інформаційно-цілісний) правовий вплив на суб'єктів права. Тож правове регулювання є різновид руху інформації, носієм якого в



перебігу правового регулювання постає мова як знакова система [5, 7–9].

Крім цього, поширений також і комунікативний підхід, автори якого під правовим регулювання розуміють складний та багатофакторний процес упорядкування інформаційного обміну, що здійснюється учасниками правової комунікації [6, 4–5].

Вищенаведене дає змогу дійти висновку про неоднозначність вирішення питання щодо визначення категорії «правове регулювання», про наявну наукову дискусію в застосуванні зазначених термінів і розумінні їхньої правової природи. Тим паче, що правове регулювання є складна, багатоаспектна категорія: по-перше, це функція державного управління, щодо якої вона є засобом реалізації політики держави, а по-друге, власне правове регулювання можна розглядати як управлінську діяльність, яке має свої методи, способи та форми реалізації.

На нашу думку, правове регулювання є обов'язковою умовою ефективного управління, що залежить від чинних норм права, чим забезпечує однаковість розуміння і застосування правових норм як суб'єктом, так і об'єктом управління.

Справляючи вплив на формування будь-яких суспільних відносин, держава забезпечує їх державне регулювання, котре в юридичній науці розуміють як здійснюваний державою за допомогою всіх юридичних засобів владний вплив на суспільні відносини з метою їх упорядкування, закріплення, охорони та розвитку, а також на поведінку і свідомість учасників цих відносин шляхом нормативного закріплення їхніх прав і обов'язків, встановлення певних дозволів та заборон, затвердження певних правових актів тощо.

З огляду на зазначене, фінансове забезпечення можна трактувати як системну діяльність, яка має дві складові: 1) основна діяльність, що реалізує його призначення та полягає в мобілізації, накопиченні, перетворенні й роз-

поділі фінансових ресурсів на шляху до їхнього кінцевого споживача з метою досягнення цілей певної організаційної системи (функціональна підсистема); 2) управлінська діяльність, яка покликана гарантувати належну ефективність і результативність фінансового забезпечення (управлінська підсистема).

Своєю чергою, з позиції управлінського підходу здійснення державної політики є саме управлінською діяльністю стосовно суспільства та його ресурсів, що складається з етапів формування й реалізації [8, 63].

Оскільки ж фінансове забезпечення як вид ресурсного забезпечення загалом належне до організаційної функції управління, то воно є невід'ємною частиною будь-якого елемента системи формування та реалізації державної податкової політики й відіграє важливу роль у формуванні та забезпеченні функціонування механізмів прийняття й реалізації політичних рішень. Водночас, фінансове забезпечення ДПС України є необхідним елементом власне реалізації державної податкової політики через її фінансовий механізм як сукупність інструментів управлінського впливу органів публічної влади на суспільство.

Тож, на нашу думку, цілком логічно, порівнюючи процес формування та реалізації державної податкової політики із згаданими вище підсистемами ресурсного забезпечення, зазначити, що керівна та цільова підсистема відповідають етапу формування державної податкової політики, а функціональна — реалізації. При цьому можна виділити дві основні функції фінансового забезпечення державної політики — забезпечувальну та дієву, де перша є функцією, а не підсистемою, та полягає в забезпеченні функціонування механізму прийняття та реалізації політичних рішень (суб'єктів політики), а друга — у застосуванні фінансових ресурсів власне для впливу на об'єкт політики через її фінансовий механізм.



Отож, під державним регулюванням фінансового забезпечення та матеріально-технічного постачання ДПС України потрібно розуміти цілеспрямовану організаторську діяльність органів державної влади, що реалізується за допомогою специфічних, лише їй притаманних організаційно-правових методів, які держава застосовує у зазначеній сфері.

Фінансове забезпечення та матеріально-технічне постачання державне регулювання є процесом цілеспрямованого впливу на суспільні відносини у сфері діяльності ДПС України, що збігаються за своїм призначенням, метою та загальними функціями, але відрізняються кількістю й характером використовуваних засобів і методів, тобто ступенем імперативності впливу на суспільні відносини у цій сфері, які зумовлені специфікою діяльності ДПС України як керованого об'єкта.

Наведене свідчить, що цілком виправдано розглядати державне регулювання як один з елементів адміністративно-правового впливу, оскільки воно завжди має правову форму. Правове регулювання фінансового забезпечення та матеріально-технічного постачання ДПС України є специфічний вплив, який здійснюється правом як особливим нормативним інституційним регулятором. Залежно від галузевої належності норм, за допомогою яких воно здійснюється, визначаються його види. Одним з таких видів правового регулювання є адміністративно-правове, зокрема й адміністративно-правове регулювання фінансового забезпечення та матеріально-технічного постачання ДПС України.

Адміністративно-правове регулювання фінансового забезпечення та матеріально-технічного постачання ДПС України як різновид державного регулювання визначається як механізм імперативно-нормативного упорядкування організації та діяльності суб'єктів управління й формування стійкого правового порядку їх функціонування.

Система державного регулювання здійснює, з одного боку, розробку та встановлення певних правил, дотримання яких є обов'язковим для всіх суб'єктів, а з іншого — відповідальність цих суб'єктів за дотримання встановлених правил. Основним призначенням та проявами цього механізму є тривалість циклу послідовно вчинюваних дій, спонукання суб'єктів фінансового забезпечення та матеріально-технічного постачання ДПС України здійснювати свої права й виконувати обов'язки в межах встановлених завдань.

Зрозуміло, що державне регулювання фінансового забезпечення та матеріально-технічного постачання ДПС України перебуває під прямим впливом процесів, які відбуваються в суспільстві, й насамперед у галузі податкової системи, що неминуче позначається на змісті адміністративного права та характері адміністративно-правового регулювання.

Необхідність у визначенні змісту поняття та сутності категорії «регулювання» зумовлена природою адміністративного права, що є регулятором саме управлінських відносин у сфері діяльності ДПС України. Правове регулювання є основою для формування структури системи, що регулює взаємодію її компонентів. Тож правове регулювання вважають однією з фундаментальних категорій науки адміністративного права.

Адміністративно-правове регулювання є дуже складне, комплексне й багатогранне явище і водночас процес.

На основі аналізу значної кількості наукових, нормативних і публіцистичних джерел, пропонуємо сформулювати власне бачення адміністративно-правового регулювання фінансового забезпечення та матеріально-технічного постачання ДПС України, під яким ми пропонуємо розуміти сукупність організаційно-правових засобів і методів, за допомогою яких забезпечуються функціонування та розвиток діяльності ДПС України у сфері забезпечення



реалізації єдиної державної податкової політики, а також державної політики у сфері контролю за виробництвом та обігом спирту, алкогольних напоїв і тютюнових виробів, здійснення міжгалузеві координатії в цій сфері.

Беручи до уваги викладене вище можна дійти таких висновків:

1. Під державним регулюванням фінансового забезпечення та матеріально-технічного постачання ДПС України потрібно розуміти цілеспрямовану організуючу діяльність органів державної влади, що реалізується за допомогою специфічних, лише їй притаманних організаційно-правових методів, які держава застосовує в зазначеній сфері.

Тож фінансове забезпечення та матеріально-технічне постачання державне регулювання є процесом цілеспрямованого впливу на суспільні відносини у сфері діяльності ДПС України, що збігаються за своїм призначенням, метою та загальними функціями, але відрізняються кількістю й характером використовуваних засобів і методів, тобто ступенем імперативності впливу на суспільні відносини в цій сфері, що зумовлені саме специфікою діяльності ДПС України як керованого об'єкта.

2. На основі аналізу значної кількості наукових, нормативних і публіцистичних джерел, пропонуємо сформулювати власне бачення адміністративно-правового регулювання фінансового забезпечення та матеріально-технічного постачання ДПС України, під яким ми пропонуємо розуміти сукупність організаційно-правових засобів і методів, за допомогою яких забезпечуються функціонування та розвиток діяльності ДПС України у сфері забезпечення реалізації єдиної державної податкової політики, а також державної політики в сфері контролю за виробництвом і обігом спирту, алкогольних напоїв та тютюнових виробів, здійснення міжгалузеві координатії в цій сфері.

Адміністративно-правове регулювання фінансового забезпечення та матеріально-технічного постачання ДПС України є складна система взаємопов'язаних елементів, які представлені суб'єктами адміністративно-правового регулювання, об'єктом адміністративно-правового регулювання, відносинами, заходами адміністративно-правового і організаційного характеру. ♦

Список використаних джерел

1. Скакун О. Ф. *Теорія держави і права* : [підруч.] / О. Ф. Скакун [пер. з рос.]. — Х. : Консум, 2008. — 656 с.
2. *Великий тлумачний словник сучасної української мови* : [словник] / [уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел]. — К. : Ірпінь: Перун, 2003. — 1440 с.
3. Развадовський В. Й. *Адміністративно-правове регулювання правовідносин у транспортній сфері України* : [монографія] / В. Й. Развадовський. — Х. : Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2004. — 284 с.
4. Алексеев С. С. *Общая теория права* : [учебн. пос.]. — [В 2 т.] / С. С. Алексеев. — М. : Юрид. лит., 1982. — Т. 2. — 360 с.
5. Черданцев А. Ф. *Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике* [текст] / А. Ф. Черданцев. — Екатеринбург : Наука, 1993. — 192 с.
6. Поляков А. В. *Петербургская школа философии права и задачи современного правоведения* / А. В. Поляков // *Правоведение*. — 2000. — № 2. — С. 4–5.
7. Ільєва Н. В. *Нотаріальна діяльність як об'єкт адміністративно-правового регулювання* [текст] : [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : www.nbuv.gov.ua/.PB-3_20.
8. Тертичка В. В. *Механізм формування і здійснення державної політики* / В. В. Тертичка [Електронний ресурс] // *Вісн. держ. служби України*. — 2004. — № 4. — Режим доступу до ресурсу : http://www.guds.gov.ua/control/uk/publish/article?jsessionid=3863AA9A63F8228505A3005F9893F2BE?art_id=37716.

Надійшла до редакції 19.09.2012 року



ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДЕРЖАВНОГО ФІНАНСОВОГО КОНТРОЛЮ У СФЕРІ ДЕРЖАВНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ УКРАЇНИ З ВИКОРИСТАННЯМ ДОСВІДУ ФРАНЦІЇ

Дмитро Скірта,
*аспірант Київського національного університету імені
Тараса Шевченка*

Досліджуючи проблематику право-застосування та визначаючи шляхи реформування й удосконалення правового регулювання державного фінансового контролю у сфері державних закупівель в Україні, особливо актуальним, на наш погляд, є дослідження та використання досвіду у сфері державного фінансового контролю задержавними закупівлями в зарубіжних країнах, які мають високий політико-правовий і соціально-економічний рівень розвитку. Республіка Франція є однією з таких країн, має високий рівень розвитку правового регулювання державного фінансового контролю загалом та у сфері державних закупівель зокрема, а крім цього має з Україною багато спільних рис державного устрою. Зокрема, Франція та Україна майже однакові за територією і кількістю населення, мають трирівневу побудову місцевого адміністративно-територіального устрою (регіон, департамент, комуна, що відповідає області, району, місцевій громаді), Франція вже понад 20 років здійснює реформу з децентралізації місцевих бюджетів, саме французький досвід казначейського обслуговування бюджету, зокрема й бюджетів місцевих громад, покладено в основу таких фінансових інструментів в Україні [1].

Наукову базу нашого дослідження становлять, зокрема, наукові праці О. Андрійко [2], В. Гаращука [3], Л. Савченко [4], О. Пащенко [5], Д. Зими [6] та ін. Цінний внесок у дослідження

фінансового контролю зробили також фахівці економічної науки, зокрема О. Любімова, досліджуючи досвід Франції в сфері державного фінансового контролю.

Проте спеціальні наукові дослідження, присвячені аналізу досвіду Франції в сфері правового регулювання державного фінансового контролю у сфері державних закупівель, а також розробленню рекомендацій для удосконалення законодавства України у цій сфері, відсутні. Тож цей напрям, на наше переконання, є актуальний та такий, що заслуговує на детальне науково-правове дослідження.

У Франції в 2004 році розпочалося реформування системи державних закупівель, спрямоване на спрощення сучасної системи та підвищення відповідальності учасників державних закупівель. Тепер під час проведення державних закупівель акцент робиться вже не на формальному дотриманні процедур (що притаманно для України), а на *одержаному ефекті*. Тож, основне завдання кожної процедури державних закупівель у Франції є створення конкурентного середовища, наявність якого дозволяє збільшити можливості для отримання економічно найбільш вигідної пропозиції та гарантувати ефективне використання державних ресурсів.

Основним документом, який встановлює правові й економічні засади здійснення процедур закупівель товарів, робіт і послуг у Франції, є Кодекс



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

про державні закупівлі (*Code des marchés publics, CMP [7]*), до якого протягом 2006–2011 років було внесено багато змін і доповнень. Крім цього, постанова від 06.06.2005 року № 2005-649 [8] визначає перелік контрактів, які не підпадають під правове регулювання Кодексом про державні закупівлі. Зокрема, це стосується контрактів, які укладаються з приватними організаціями щодо житла з низькою орендною платою (ст. 41-1).

Головним регулятором у контрактній системі Франції є *Консультативна комісія з питань державних закупівель (Commission consultative des marchés publics, CCMF)*. До 31.05.2004 року існували спеціалізовані комісії з державних закупівель (*les commissions spécialisées des marchés existantes, CSM*), які з 26.11.2004 року були перетворені на єдиний орган — Комісію з державних закупівель Франції (*Commission des marchés publics de l'Etat, CMPE*). Згідно з Декретом «Щодо реалізації плану економічного стимулювання в сфері державних закупівель» від 19.12.2008 року № 2008-1355 [9] цей орган було перейменовано в Консультативну комісію з питань державних закупівель та поширено його повноваження на територіальні утворення — префектури (*les préfets de région*).

У Франції велика увага приділяється першому етапу процесу закупівель — визначенню потреб замовника, тому що від цього залежить, з одного боку, вибір процедури, з другого, якість і подальший успіх всієї закупівлі. Завданням Консультативної комісії є допомога державним замовникам, що полягає в кращому використанні бюджетних коштів у тих межах, які визначені урядом. Втручаючись у закупівельний процес до укладання контракту, Консультативна комісія може надати консультацію, щоб не тільки убезпечити контракт від оскарження в суді, але також забезпечити його успішну реалізацію.

Комісія може також надавати консультаційні послуги щодо проектів інших угод, які навіть не підпадають під статті Кодексу про державні закупівлі. Справи, передані до Комісії, згодом вивчаються на дотримання умов, передбачених законодавством (Декрет від 16.01.2007 року № 2007-61).

Останнім часом регламент діяльності Комісії був уточнений відповідно до національних і європейських нормативних актів, а також внесені деякі зміни в процес фінансування контрактів (скорочення термінів платежів, зміна режиму авансування угод тощо). Робота Комісії будується з урахуванням того, що існують цінові межі, які визначають відмінності в процедурах розміщення державних замовлень. При здійсненні закупівель на суму до 130 000 євро для держави та до 210 000 євро для адміністративно-територіальних одиниць, замовник самостійно обирає вид процедури закупівель. Обов'язковою умовою вибору процедури є досягнення необхідного рівня конкуренції, що є можливим лише в разі публічного оприлюднення предмета закупівлі. При цьому замовник, в залежності від суми закупівлі, самостійно обирає спосіб такого оприлюднення (наприклад, мережа Інтернет, центральні чи регіональні засоби масової інформації, афіші тощо). Під час вибору процедури та способів оприлюднення предмета державних закупівель замовник має забезпечити взаємну вигоду й економію коштів. Для цього необхідно уникнути даремного здорожчання процедури та збільшення витрат на документи за рахунок невинуватених вимог, метою яких є забезпечення конкуренції. Тож, технічні умови, зазначені в рекламі, повинні бути точними та якісними. А пропозиція, своєю чергою, має точно відповідати потребам, виписаним у технічних умовах. Також необхідно зробити правильний вибір процедури закупівлі (закритої чи відкритої), щоб залучити до конкурсу оптимальну

(й не обов'язково найбільшу) кількість постачальників.

Декретом «Щодо реалізації плану економічного стимулювання в сфері державних закупівель» від 19.12.2008 року № 2008-1355 на замовників було покладено низку нових обов'язків: тепер вони мають приймати рішення про укладення контракту з урахуванням вимог сталого розвитку (соціальні й екологічні норми), правил укладення зовнішньоекономічних угод, групування замовлень, відкриття для конкуренції нових ринків (залізничний транспорт, енергетика, доставка кореспонденції).

Закупівлі повсякденних товарів і послуг, які здійснюються у великій кількості на ринку, що постійно діє (наприклад, меблі, оргтехніка, автомобілі, канцелярські товари, аксесуари до оргтехніки, послуги з прибирання та охорони установ, спеціальне обладнання для лікарень), проводяться, переважно, через Централізовану службу державних закупівель (*L'Union des groupements d'achats publics, UGAP*) [10], яка була створена Декретом уряду від 30.07.1985 року № 1985-801 й мала подвійне підпорядкування — Міністру з питань економіки та фінансів і Міністру з питань національної освіти. У 2004 році, після прийняття нового Кодексу про державні закупівлі, змінився статус і функціональні обов'язки Централізованої служби закупівель (Декрет № 2008-1464 від 22.12.2008 року замінив Декрет № 1985-801). Нині вона управляється Радою керуючих, створеною з представників міністерств. При цьому UGAP не підпорядковується жодному міністерству, але її діяльність контролюється з боку Міністерства економіки, фінансів та промисловості (*Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*). Сьогодні UGAP обслуговує всі державні заклади й адміністративно-територіальні утворення, при цьому обсяги закупівель цієї організації постійно збільшуються.

Серед переваг централізованих закупівель є юридична безпека (оскільки UGAP має відпрацьовану систему здійснення процедур закупівель) і економія коштів завдяки знижкам на товари та послуги (середній розмір знижок 12–25 %). Водночас недоліком цієї системи можна вважати надмірну концентрацію закупівель у деяких постачальників, що в майбутньому може призвести до підвищення цін. Для недопущення цього, згідно з Декретом № 2009-300 від 17.03.2009 року, окремо створено *Державну службу закупівель (Service des achats de l'Etat)* [11], підпорядковану Міністру з питань бюджету. Перед нею було поставлено такі стратегічні завдання:

- здійснити протягом 3 найближчих років економію за поточними закупівлями (*des achats courants*) для державних потреб у розмірі 10 %;
- розвивати екологічно- та соціально-відповідальні закупівлі;
- полегшити доступ до держзамовлень малим підприємствам.

Крім цього, Державна служба закупівель запровадила й експлуатує інформаційну систему, що дозволяє відстежувати поточні закупівлі держави, потреби в проведенні закупівель, наглядати за здійсненими закупівлями, а також оцінювати отримані результати. На Державну службу закупівель покладено функції з нагляду за тим, щоб проведені закупівлі були враховані в бюджетній, фінансовій системах держави та при бухгалтерському обліку державних фінансових операцій. Для цього Державна служба закупівель має право доступу до всієї інформації щодо контрактів, фінансового та бухгалтерського обліку державних фінансових операцій, укладеної державними службами щодо придбання майна, виконання робіт і послуг, окрім інформації, яка стосується секретів національної оборони (ст. 2-III).

Інформаційне забезпечення контрактної системи Франції здійснює Ін-



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

формаційний центр аналізу державних закупівель (*L'Observatoire économique de l'achat public, OEAP*), створений 14.11.2005 року та підпорядкований Міністру економіки відповідно до Постанови Міністерства економіки, фінансів і промисловості від 10.11.2005 року [12]. Функції генерального секретаріату в зазначеному центрі виконує управління з юридичних питань (*la direction des affaires juridiques*) Міністерства економіки, фінансів і промисловості.

Інформаційний центр (OEAP) виконує такі основні функції: збирає й обробляє фінансові, бухгалтерські та економічні показники, що стосуються держзакупівель, з метою кращого управління зазначеним процесом, економії державних коштів, дотримання прозорості угод і правил конкуренції; виконує економічний аналіз зібраної інформації; оцінює якість організації закупівельних процесів і обговорює технічні й економічні аспекти проведення держзакупівель з усіма учасниками під час робочих колоквиумів та семінарів.

Інформаційний центр аналізу державних закупівель щорічно публікує інформацію щодо укладених і реалізованих контрактів. При цьому економічна реєстрація (облік) державних закупівель передбачена ст. 131 Кодексу про державні закупівлі та Декретом щодо його застосування від 28.08.2006 року № 2006-1071 [13]. Для контрактів на суму вищу за 90 000 євро (без ПДВ) дані отримують з довідкової картки, яка обов'язково розміщується державним покупцем під час нотифікації контракту, додаткової угоди, або спеціального договору субпідряду, та передається до Казначейства інспекторові з платіжних доручень, або, в деяких випадках, спрямовується безпосередньо в OEAP (Постанова від 11.12.2006 року [14]). Для контрактів на суму від 20 000 до 90 000 євро (без ПДВ) введена анкета, котру заповнює репрезентативна вибірка державних покупців

(Постанова від 22.10.2007 року [15]). Вона визначається щорічно Національним інститутом статистики та економічних досліджень (*L'Institut national de la statistique et des études économiques, INSEE*) за методом випадкової вибірки. Обов'язок надання статистичних даних стосується тільки контрактів на суми понад 90 000 євро і тих державних закупівельників, які потрапили в щорічну вибірку. Серед них можуть бути органи державної влади, адміністративно-територіальні утворення, державні адміністративні установи національного й територіального рівня, структури, що підлягають економічному та фінансовому контролю з боку держави.

У 2009 році розпочалося реформування інформаційної системи. Був запущений проект, метою якого є переведення в електронний формат обліку даних про державні закупівлі. Ця майбутня інформаційна система буде використовувати дані бухгалтерського обліку, а не карток і анкет.

Контроль за конкурентним середовищем при державних закупівлях у Франції здійснюється Управлінням з питань конкуренції, споживання та боротьби з шахрайством, яке входить до складу Міністерства економіки, фінансів і промисловості. Управління з питань конкуренції, споживання, боротьби з шахрайством здійснює два види розслідування: звичайне та надзвичайне. Звичайні розслідування регулюються Торговим кодексом і передбачають можливість огляду приміщень, ознайомлення з документами, отримання пояснень. При надзвичайних розслідуваннях можливе накладення арешту на майно, вилучення документів. Для проведення останнього необхідне рішення суду. Підставою для проведення розслідувань є скарги учасників процедур закупівель, результати участі представників Управління в тендерних комісіях, співробітництва з префектурою, яка проводить державні закупівлі; економічні спо-

стереження за станом ринку цін в розрізі регіонів.

Для того щоб дозволити учаснику процедури закупівель, який вважає, що його пропозиція безпідставно відхилена, подати клопотання до того, як договір остаточно буде підписано, в Кодексі про державні закупівлі передбачено 10-денний термін між інформуванням учасників торгів, пропозиції яких були відхилені, та підписанням договору.

За виявлені порушення у сфері конкурентного середовища передбачені санкції, що накладаються Управлінням з питань конкуренції, споживання та боротьби з шахрайством, зокрема:

- накладення зобов'язань щодо публічного інформування про зв'язки (комерційну діяльність) з іншими підприємствами;
- публікація результатів розслідування щодо конкретного постачальника, що може погіршити його репутацію;
- накладання штрафних санкцій (до 10 % загального обороту підприємства, концерну, групи тощо). При накладенні штрафних санкцій беруть до уваги ступінь тяжкості та тривалості порушення, обсяги завданих збитків, фінансовий стан підприємства тощо.

Накладання санкцій передбачає автоматичне анулювання укладених договорів. Тож замовник, інтереси якого порушені, через суд може вимагати в постачальників-порушників компенсацію. Аналогічні права мають і постачальники в разі порушення замовником умов конкурентного середовища.

З огляду на вищевикладене, можна дійти, зокрема, таких висновків. Досвід Франції щодо організації системи державного фінансового контролю за державними закупівлями є цінним для наукового дослідження та його використання при вдосконаленні національного законодавства України.

Система державних закупівель у Франції заснована на максимально

спрощених процедурах, що забезпечує, по-перше, достатню легкість їх застосування суб'єктами, а, по-друге, необхідну прозорість для здійснення контролю, а також унеможливорює складні юридичні конструкції та зловживання правом, колізіями, недоліками законодавчої техніки тощо. Тож, на нашу думку, в Україні доцільно радикально скоротити кількість процедур здійснення державних закупівель і максимально їх спростити.

Ще однією важливою особливістю законодавства Франції у цій сфері є підвищена відповідальність учасників державних закупівель. Під час проведення державних закупівель акцент робиться вже не на формальному дотриманні процедур (що притаманно для України), а на одержаному ефекті, тому основним завданням кожної процедури державних закупівель у Франції є створення конкурентного середовища, наявність якого дозволяє збільшити можливості для отримання економічно найбільш вигідної пропозиції та гарантувати ефективне використання державних ресурсів. На нашу думку, такий підхід є дуже ефективним та заслуговує на його імплементацію. Нині в Україні лише формальне дотримання процедур державних закупівель абсолютно не гарантує відсутності корупції та зловживань з боку замовників, проте значно ускладнює контроль, оскільки захист представників замовників будується на формальному дотриманні процедур. Введення ж критерію ефективності разом зі прощенням процедур та підвищенням відповідальності приведе до можливості притягнення винних осіб за неефективне витрачання публічних фондів коштів, а отже, такі особи будуть зацікавлені не лише у формальному дотриманні процедур, але і у досягненні запланованих результатів державних закупівель.

У Франції велика увага приділяється першому етапу процесу закупівель — визначенню потреб замовни-



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

ка, тому що від цього залежить, з одного боку, вибір процедури, з другого, — якість і подальший успіх всієї закупівлі. Зазначене, на жаль, істотно контрастує з пріоритетами здійснення державного фінансового контролю у сфері державних закупівель в Україні, адже основні контрольні заходи спрямовані на етапи поточного та наступного фінансового контролю, а отже наше національне законодавство в цій сфері доцільно реформувати у напрямі посилення ролі попереднього державного фінансового контролю на стадії складання річного плану державних закупівель замовниками, ретельно досліджуючи реальну вжитку здійснення закупівлі запланованих товарів/робіт/послуг, дійсно необхідні вимоги до предмета закупівель тощо.

Втручаючись у закупівельний процес до укладення контракту, Консультативна комісія з питань державних закупівель Франції може надати консультацію, щоб не тільки убезпечити контракт від оскарження в суді, але також забезпечити його успішну реалізацію. На жаль, в Україні немає поширеної практики здійснення суб'єктами державного фінансового контролю консультування, а отже, запровадження таких правових механізмів дозволить зменшити кількість порушень у сфері державних закупівель, які вчиняються не умисно, а через недостатній кваліфікаційний рівень осіб, які здійснюють державні закупівлі від імені замовника.

Під час вибору процедури та способів оприлюднення предмета державних закупівель замовник повинен уникнути даремного здорожчання процедури та збільшення витрат на документи за рахунок не виправданих вимог; технічні умови, зазначені в рекламі, повинні бути точними та якісними, а пропозиція має точно відповідати потребам, виписаним у технічних умовах. Однак в Україні надзвичайно велика кількість державних закупівель відбувається з такими порушеннями.

А отже, доцільно, користуючись досвідом Франції, імплементувати в законодавство України чіткі вимоги до учасників, які не дозволять усувати замовниками небажаних учасників, встановлюючи не виправдані вимоги, а також вимоги до технічної документації та обґрунтування потреб замовника.

Закупівля повсякденних товарів і послуг у великій кількості на ринку, що постійно діє (меблі, оргтехніка, автомобілі, канцелярські товари, послуги з прибирання, охорони, ліки тощо) здійснюється переважно через *Централізовану службу державних закупівель* (UGAP). Серед переваг централізованих закупівель є юридична безпека та значна економія коштів. На нашу думку, в Україні також доцільно створити державний орган, який здійснюватиме державні закупівлі уніфікованих предметів, які не потребують унікальних характеристик залежно від замовника. Це дасть змогу економити державні кошти за рахунок великих оптових закупівель товарів/робіт/послуг, а також збільшить ефективність здійснення державного фінансового контролю завдяки зменшенню процедур закупівель дрібними замовниками та концентрації істотної кількості закупівель одним незалежним замовником.

Важливим є досвід Франції і в питаннях розслідування корупційних справ у сфері державних закупівель та накладення санкцій на порушників. При цьому, на відміну від законодавства України, санкції можуть бути застосовані не лише до посадовців, але й до виконавців. Так, передбачено накладення штрафних санкцій до 10 % від загального обороту підприємства, концерну, групи тощо. При накладенні штрафних санкцій беруть до уваги ступінь тяжкості та тривалості порушення, обсяги завданих збитків, фінансовий стан підприємства, тощо. Накладання санкцій передбачає автоматичне анулювання укладених договорів. Тож замовник, інтереси

якого порушені, через суд може вимагати в постачальників-порушників компенсацію. Аналогічні права мають і постачальники в разі порушення замовником умов конкурентного середовища. На нашу думку, в законодавстві України доцільно вдосконалити юридичну відповідальність за порушення у сфері державних закупівель, зокрема, встановити жорстку фінансову відповідальність виконавців державних закупівель, якщо вони приховали факт конфлікту інтересів між собою та замовником, або здійснили корупційні дії для укладення договору. Така фінансова відповідальність повинна бути значною та набагато більшою за можливу вигоду виконавця.

Імплементація наведених принципів і механізмів, висока результативність функціонування яких перевірена багаторічним зарубіжним досвідом, у національну систему правового регу-

лювання державного фінансового контролю у сфері державних закупівель дозволить, на наше переконання, реформувати і значно підвищити рівень ефективності, прозорості та якості здійснення державного фінансового контролю у сфері державних закупівель в Україні, заощадити значний відсоток державних коштів, зокрема й за рахунок централізації типових закупівель, що в подальшому збільшить можливості держави щодо реалізації та фінансування інших важливих соціально-економічних бюджетних програм і напрямів. ♦

Список використаних джерел

1. Любімова О. В. Удосконалення системи фінансового контролю на прикладі Кременчуцького управління державного казначейства [Електронний ресурс] / О. В. Любімова. — Режим доступу до ресурсу : http://www.rusnauka.com/13_EISN_2012/Economics/15_109610.doc.htm
2. Андрійко О. Ф. Організаційно-правові проблеми державного контролю у сфері виконавчої влади : дис... д-ра юрид. наук: 12.00.07 / Андрійко О. Ф.; НАН України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. — К., 1999. — 378 с.
3. Гаращук В. М. Виконавча влада і адміністративне право / за заг. ред. Авер'янова В. Б. / Національна академія наук України та Інститут держави і права ім. Корецького. — К.: Ін-Юре, 2002. — С. 661.
4. Савченко Л. А. Правові проблеми фінансового контролю в Україні : дис... д-ра юрид. наук: 12.00.07 / Савченко Л. А.; Академія держ. податкової служби України. — Ірпінь, 2002. — 455 с.
5. Пащенко О. П. Правове регулювання процесу фінансового контролю (за законодавством України) : автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.07 / Пащенко О. П.; Національна академія держ. податкової служби України. — Ірпінь, 2005. — 17 с.
6. Зима Д. Л. Теоретико-правові питання координації державного фінансового контролю : дис... канд. юрид. наук : 12.00.07. / Зима Д. Л.; Національний аграрний університет. — К., 2008. — 206 с.
7. Закон Республіки Франції «Кодекс про державні закупівлі» (*Code des marchés publics, CMP*) [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://www.marche-public.fr/CMP-2006/CMP-2006-Plan.htm>.



8. Постанова Уряду «Про контракти певних публічних чи приватних осіб, що не підлягають процедурам публічних закупівель» від 06.06.2005 року № 2005-649 [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Ordonnances/Ordonnance-2005-649.htm>.
9. Декрет «Щодо реалізації плану економічного стимулювання в сфері державних закупівель» від 19.12.2008 року № 2008-1355 [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Decrets/Decret_no_2008-1355-ECEX0829772D.htm.
10. Історія створення Централізованої служби державних закупівель (Historique de L'Union des groupements d'achats publics, UGAP) [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://www.ugap.fr/centrale-d-achat-public/historique-de-l-ugap.html>.
11. Декрет «Про створення державної служби закупівель» №2009-300 від 17.03.2009 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Decrets/Decret_no_2009-300-BCFP0826067D-achats-etat.htm
12. Постанови Міністерства економіки, фінансів і промисловості Республіки Франції «Про створення Інформаційного центру аналізу державних закупівель» від 10.11.2005 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Arretes/Arrete_2005_11_10_art_136.htm.
13. Декрет «Щодо застосування Кодексу про державні закупівлі» від 28.08.2006 року № 2006-1071 [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Decrets/Decret_no_2006-1071-recensement-marches.htm.
14. Постанова «Про економічний облік державних закупівель» від 11.12.2006 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Arretes/Arrete_2006_12_11_recensement-economique.htm.
15. Постанова «Про економічний облік договорів, закупівель та рамкових угод, початкова сума яких становить від 20 000 до 90 000 євро, без урахування податків» від 22.10.2007 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Arretes/Arrete_2007_10_22_recensement.htm.

Надійшла до редакції 21.09.2012 року

ВИДИ ОПЕРАЦІЙ З ЦІННИМИ ПАПЕРАМИ ТА ЇХНЄ ЗНАЧЕННЯ ЯК ОБ'ЄКТА ОПОДАТКУВАННЯ

Сергій Мостовенко,

здобувач Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Складна правова природа цінних паперів породжує різні наслідки для їхніх власників, осіб, які їх емітують, утримують, розпоряджаються тощо. Адже, з одного боку, цінні папери є об'єктом цивільного обігу, а отже, і предметом цивільно-правового регулювання. Особливостям їх емісії, випуску, розміщення, обігу тощо присвячено правові норми, розміщені як у Цивільному кодексі України, так і в спеціальному законодавстві, передусім в Законі України «Про цінні папери та фондовий ринок» (далі — Закон) [1].

З другого боку цінні папери є фінансовим інструментом. Отож, вони є об'єктом фінансово-правового регулювання як перебуваючи під фінансовим контролем, так при визначенні особливостей оподаткування. В останньому випадку особливості оподаткування операцій з цінними паперами залежать, по-перше, від виду операцій, що з ними здійснюються, та по-друге, від суб'єкта оподаткування — фізичної чи юридичної особи. У фаховій літературі, як і в документах податкових органів, у податкових консультаціях тощо, увага здебільшого приділяється особливостям оподаткування юридичних осіб. Такий підхід має під собою достатню аргументацію, адже більшість операцій як на первинному, так і на вторинному ринках здійснюються саме за участі юридичних осіб. Водночас зменшувати роль фізичних осіб в операціях з цінними паперами також недоцільно, особливо з огляду на світо-

ві тенденції, де саме громадяни є активними гравцями на фондових ринках, і від них досить часто залежить рівень попиту на ті чи ті цінні папери, зокрема й ті, що емітуються урядами чи власниками світових брендів. Україна йде шляхом розбудови ринкової економіки з усіма притаманними їй інструментами, й фінансовими також. У вітчизняного ринку цінних паперів існує значний потенціал для подальшого розвитку, в основі якого — велика кількість створених відкритих акціонерних товариств, значна кількість перспективних суб'єктів господарювання, інтерес багатьох суб'єктів до додаткових емісій, бажання органів державної та місцевої влади здійснювати випуски своїх позик, агресивна політика фінансових посередників тощо. Тож викликає зацікавленість з позицій досліджень аналіз сукупності операцій професійних учасників ринку цінних паперів.

Не меншої актуальності набувають і питання визначення особливостей оподаткування операцій з цінними паперами для фізичних осіб. Є вони своєчасними й на сучасному етапі виходу країни з фінансової кризи. Водночас визначення таких особливостей неможливе без розуміння того, які види операцій з цінними паперами можуть здійснюватися. Усе вищевикладене зумовлює актуальність обраної для дослідження в цій статті теми, присвяченій аналізу видів операцій з цінними паперами.



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

Ступінь розробки проблематики визначається беручи до уваги кілька критеріїв. З одного боку, види операцій з цінними паперами є достатньо дослідженими з позицій представників економічної (наприклад, Є. Жуков, В. Селезньов) та фінансової (В. Кудряшов, О. Рогач) наук, а також вітчизняних дослідників з проблем цивільно-правової (Ю. Мица, Л. Панова, В. Труба, В. Харицький) та адміністративно-правової (Д. Андреев, О. Дідич, Д. Мулявка, Г. Остапович) наук.

З другого боку, з позицій безпосередньо фінансово-правової науки питання визначення видів операцій з цінними паперами не розглядаються як актуальний предмет дослідження, тому вони не отримали належного розкриття. В юридичній літературі здебільшого увага приділяється актуальним проблемам оподаткування фізичних осіб або статусу платників податків — фізичних осіб. Прикладом дослідження, присвяченого особливостям оподаткування операцій з цінними паперами для фізичних осіб, є виконана в 2007 році в Росії кандидатська дисертація Р. Ісаєва. Водночас для вітчизняних досліджень вона може становити інтерес хіба що в порівняльно-правовому сенсі. Все вищенаведене дає підстави говорити про наявність елементів наукової новизни при наданні характеристики видів операцій з цінними паперами з метою подальшого виявлення особливостей оподаткування таких операцій для фізичних осіб.

У фінансовій теорії під операціями (чи угодами) з цінними паперами розуміють угоду, пов'язану з виникненням, припиненням або зміною майнових прав, закладених у цінні папери. Найбільш часто відбувається придбання та продаж цінних паперів: здійснюючи емісійну операцію, емітент продає свої цінні папери їх першому утримувачу, будь-яка інвестиційна операція пов'язана із придбанням інвестором і продажем володільцем фондових цінностей [2, 25].

Зазвичай, будь-які операції з цінними паперами здійснюються з певною метою, що є різною залежно від того, про який вид цінного паперу йде мова та хто здійснює таку операцію. За загальних підходів угоди з цінними паперами можуть укладатися з метою простого інвестування тимчасово вільних коштів у цінні папери для одержання доходу; отримання контролю над акціонерним товариством, придбання його у власність і одержання доходу від використання цієї власності, який перевищуватиме дохід від простого володіння акціями; хеджування; спекуляції; арбітражу.

Власник цінних паперів може одержувати дохід двома способами: від володіння цінними паперами та від розпорядження ними. При цьому якщо дохід від володіння може бути одержаний як відсотки або дивіденди, то дохід від розпорядження цінними паперами — дохід від продажу цінних паперів за ринковим курсом, коли він перевищує первісну номінальну вартість, за якою їх було придбано.

В економічній теорії інвесторів, які купують акції з метою одержання контрольного пакета й управління підприємством, називають стратегічними інвесторами. На відміну від них, так звані, портфельні інвестори купують акції з метою одержання доходу та спекуляцій [3, 320]. Зауважимо, що часто трапляється варіант, коли скуповуються «занижені в ціні» фірми з великою кількістю невикористаних активів (грошових коштів, нерухомості), з метою заробити на розпродажу. Поширеною практикою є і можливість заволодіти необхідною кількістю акцій на підставі, так званого, рейду на світанку (англ. *dawn raid*), тобто раптової спроби скупити велику кількість акцій компанії в перші хвилини ділового дня на фондовій біржі, до того, як брокери зможуть відреагувати на це підвищенням цін на акції [3, 321]. Специфічний характер таких операцій призвів до того, що прове-

дення таких рейдів у багатьох країнах світу обмежено законодавчо.

Що стосується хеджування (*hedging*, від англ. *hedge* — страхувати), то фінансова енциклопедія визначає це поняття як зниження ризику можливих втрат і невизначеності за допомогою відповідних фінансових інструментів, зокрема шляхом заняття на паралельних ринках протилежних позицій. Застосовуючи процедури хеджування, учасники уникають спекулятивних операцій, забезпечують собі підвищену гнучкість та ефективність комерційних операцій, зменшують витрати на фінансування торгівлі реальними товарами [4, 432]. Водночас до проблем застосування хеджування відносять наявність додаткових сумарних витрат на комісійні виплати брокерам та премії опціонів.

Існує декілька видів хеджування залежно від його об'єкта та сфери: хеджування у банківській сфері, на ринках строкових контрактів, на ринках реальних товарів тощо. Наприклад, за допомогою хеджування банки можуть продавати та купувати активи й зобов'язання в іноземній валюті з різними термінами дії. Зазначена функція дає їм змогу страхувати свої відкриті позиції від ризику несприятливих змін процентних ставок і курсів валют. Своєю чергою, арбітражне хеджування здійснюється з метою отримання вигоди від очікуваної зміни в співвідношенні цін на ринку цінних паперів з негайним постачанням. У випадку, коли котирування на відділені строки постачання вища, ніж на найближчі, хеджування дає змогу компенсувати інфляційні втрати чи знижувати ризики [5, 439].

Купівля чи продаж цінних паперів у розрахунку на підвищення або зниження їх курсу називається спекуляцією. Спекуляції на фондовому ринку не вважають надійними вкладеннями. Водночас саме спекуляції забезпечують найвищу дохідність з усіх видів фондових операцій.

Крім цього, до операцій з цінними паперами належать арбітражні угоди та свопінг (своп-угоди). Арбітражна угода (англ. *arbitration agreement*) — це угода, що передбачає одночасну купівлю та продаж тих самих або подібних цінних паперів з тим, щоб використати з вигодою різницю курсів у різних біржових центрах при порівняно низькому ступені ризику [3, 322]. На практиці розрізняють арбітраж у часі й арбітраж у просторі. При арбітражі в часі угоди відбуваються на тому самому ринку та вигоду одержують від сприятливої зміни цін в майбутніх періодах. При арбітражі у просторі угоди відбуваються одночасно на кількох різних ринках і дохід одержують від різниці курсів на цих ринках.

Натомість, свопінг (від англ. *swap* — обмін) в одному зі своїх трактувань є продаж одного цінного папера з одночасною купівлею іншого цінного папера. Своп з метою продовження терміну — це продаж цінного паперу та придбання іншого з більш тривалим строком погашення. Основними видами свопів є процентні та валютні. Варто зауважити, що загалом своп-ринок нараховує досить нетривалу історію, адже він виник наприкінці 70-х років XX століття, коли трейдери, що здійснювали операції з валютою, винайшли та стали використовувати валютні свопи як засіб уникнути заходів регулювання британського уряду, що застосовувалися щодо переміщення іноземної валюти. Перший процентний своп датувався 1981 роком, коли була укладена угода компанією IBM із Всесвітнім банком. Зараз близько 80 % усіх свопів є процентними, і лише 20 % — валютними (половина з яких у доларах США) [5, 267]. Цікавим для фінансового права є те, що свопінг досить часто здійснюється з метою ухилення від податків, які доводиться сплачувати при тривалому володінні певними цінними паперами.

Отож, розмаїття цілей, що ставляться перед операціями з цінними паперами, та видів паперів, дозволяє



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

здійснювати значну кількість різних операцій. Кожна з таких операцій матиме різні фінансово-правові наслідки.

До основних операцій з цінними паперами належать випуск, емісію, розміщення, конвертацію, нарахування і виплату доходів, погашення. Відповідно, метою здійснення операцій з цінними паперами може бути забезпечення випуску, обігу, використання цінних паперів як застави, виплати доходів на них, установлення контролю за діяльністю емітента тощо [6, 67].

Існують й інші види класифікацій операцій з цінними паперами. Наприклад, Є. Жуков виокремлює емісійні, інвестиційні, брокерські, дилерські, депозитарні, з управління цінними паперами, з ведення реєстру власників цінних паперів, по організації торгівлі [2, 24].

Так, під *випуском цінних паперів* розуміють сукупність певного виду цінних паперів одного емітента, що пропонується інвесторам з метою вирішення поставлених завдань. Відповідно до абз. 1 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» [1] випуск цінних паперів визначено як сукупність певного виду емісійних цінних паперів одного емітента, однієї номінальної вартості, які мають однакову форму випуску і міжнародний ідентифікаційний номер, забезпечують їхнім власникам однакові права незалежно від часу придбання і розміщення на фондовому ринку. Зазвичай, цінні папери, що належать до одного випуску, мають одну номінальну вартість і забезпечують їхнім власникам однакові права. Зокрема, випуск акцій проводиться з метою формування статутного капіталу акціонерного товариства чи зміни його величини. За встановленими законодавством вимогами, всі акції, належні до такого випуску, повинні мати однакову номінальну вартість. Кожна акція надає її власникові права, що передбачені установчими документами.

Якщо мова йде про державні цінні папери (наприклад, облігації внутрі-

шньої державної позики), метою випуску яких є залучення фінансових ресурсів до Державного бюджету, їх емітентом є Кабінет Міністрів України. Облігації одного випуску мають бути однакової номінальної вартості та терміну погашення. Власники облігацій мають право на їх перепродаж, одержання доходів (на процентні облігації) та коштів у разі їх погашення. Аналогічні правила застосовуються і при випуску облігацій місцевих позик.

Емісія цінних паперів — комплекс дій емітента щодо випуску та розміщення цінних паперів. Закон визначає емісію як установлену законодавством послідовність дій емітента щодо випуску та розміщення емісійних цінних паперів (абз. 3 ч. 1 ст. 1 названого Закону [1]).

До таких дій зараховують: визначення обсягів, виду та форми випуску цінних паперів; прийняття рішення про розміщення цінних паперів; реєстрацію випуску цінних паперів; підготовку проекту емісії фінансових інструментів (у разі публічного їх розміщення); вирішення питань, пов'язаних з веденням реєстру власників цінних паперів; виготовлення сертифікатів цінних паперів (у разі випуску у документарній формі); розкриття інформації, що міститься в проспекті емісії цінних паперів; організація розміщення цінних паперів; реєстрація звіту про підсумки публічного розміщення цінних паперів [6, 68]. Якщо емітент здійснює повторні емісії цінних паперів, до його дій також додаються задоволення потреб акціонерів щодо використання свого першочергового права на придбання акцій та організація викупу акцій у акціонерів, які голосували проти проведення додаткової емісії на їхню вимогу.

Своєю чергою, *розміщення цінних паперів* є відчуження цінних паперів шляхом укладання цивільно-правових договорів з інвесторами. Розміщення цінних паперів може проводитися безпосередньо емітентом або андеррайте-

ром. За формами розміщення розрізняють закрите (приватне) та відкрите (публічне) розміщення цінних паперів. У першому випадку розміщення може бути за установчим договором або за пільговою підпискою. У другому — за підпискою, на фондовому ринку, як на біржовому, так і на позабіржовому.

Говорячи про *відчуження цінних паперів* як цивільно-правову операцію, необхідно розуміти, що вона матиме фінансові, зокрема податкові, наслідки. Адже в результаті відчуження цінного паперу виникає дохід, який є об'єктом оподаткування за Податковим кодексом України (далі — ПК України) [7]. Особливості оподаткування такого доходу визначатимуться конкретним видом операції з цінними папером, а також (про що вже йшлося вище) — суб'єктом оподаткування, а саме фізичною чи юридичною особою. Адже для кожного з них і ставка податку, і порядок його розрахунку, і порядок сплати та декларування істотно відрізняються.

Що стосується *обігу цінних паперів*, то останній охоплює операції, пов'язані з переходом права власності на цінні папери від одного суб'єкта до іншого. Зазначені операції здійснюються укладанням відповідних цивільно-правових правочинів між різними суб'єктами, зокрема й фізичними особами. Недаремно Закон України «Про цінні папери і фондовий ринок» визначає обіг цінних паперів саме як вчинення правочинів, пов'язаних з переходом права власності на цінні папери і прав за цінними паперами, крім договорів, які укладаються під час розміщення цінних паперів (абз. 9 ч. 1. ст. 1 [1]). Обіг цінних паперів відбувається як на організованому, так і на неорганізованому фондових ринках. При цьому до організованого ринку належать операції на фондових біржах і в торговельно-інформаційних системах, які обслуговують позабіржовий ринок цінних паперів.

Професійна діяльність з торгівлі цінними паперами, що проводиться на

фондовому ринку торговцями цінних паперів, включає брокерську діяльність, дилерську діяльність, андерайтинг, а також діяльність з управління цінними паперами (ст. 17 названого Закону [1]). Варто зауважити, що професійна діяльність з торгівлі цінними паперами має свої особливі наслідки для фізичних осіб. Зокрема, при здійсненні фізичними особами операцій з купівлі-продажу цінних паперів (акцій), які відповідно до вимог законодавства провадяться за участі торговця цінними паперами, податковим агентом є такий професійний торговець. При цьому такий торговець повинен виконати всі функції податкового агента, встановлені ПК України [7] та Методикою визначення інвестиційного прибутку професійним торговцем цінними паперами при виконанні ним функцій податкового агента [8].

Водночас, згідно з пп. 170.2.2 п. 170.2 ст. 170 ПК України запровадження обов'язку податкового агента для професійного торговця цінними паперами, зокрема й банку, не звільняє фізичну особу — платника податку від обов'язку декларування результатів усіх операцій з купівлі та продажу інвестиційних активів, здійснених протягом звітного (податкового) року як на території України, так і за її межами, крім встановлених випадків. Зазначене роз'яснення міститься, зокрема, в Узагальнюючій податковій консультації щодо оподаткування доходу у вигляді інвестиційного прибутку, отриманого платником податку — фізичною особою від операцій з цінними паперами (акціями), що виплачується професійним торговцем цінних паперів (дилерські операції з купівлі-продажу цінних паперів) від 06.07.2012 року [9].

Своєю чергою, на неорганізованому ринку операції з обігу цінних паперів можуть проводити емітенти й торговці цінними паперами. У процесі обігу на організованому ринку цінні папери підлягають лістингу та котируванню. При цьому під лістингом розуміють



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

внесення фінансового інструменту до реєстру (списку) цінних паперів, що здійснюють обіг на фондовій біржі або в межах торговельно-інформаційної системи. Закон визначає лістинг як сукупність процедур з включення цінних паперів до реєстру організатора торгівлі та здійснення контролю за відповідністю цінних паперів та емітента умовам та вимогам, установленим у правилах організатора торгівлі (абз. 7 ч. 1 ст. 1 [1]). Котирування — це визначення та фіксація ринкової ціни цінного папера. Зазначимо, що котирування має суттєве значення не лише в процесі укладенні цивільного правочину, але й при визначенні бази оподаткування, що застосовуватиметься в процесі оподаткування отриманого суб'єктом доходу.

Своєю чергою, *інвестиційні операції* є діяльністю з укладення (інвестування) грошових та інших засобів у цінні папери, ринкова вартість яких здатна рости та приносити дохід у формі відсотків, дивідендів, прибутків від перепродажу тощо. Метою проведення інвестиційних операцій можуть бути: розширення та диверсифікація прибуткової бази банку або акціонерного товариства; підвищення фінансової стійкості та зниження загального ризику за рахунок розширення видів діяльності; забезпечення присутності банку чи акціонерного товариства на найбільш динамічних ринках (насамперед, на організованому фондовому ринку та різних його сегментах), утримання ринкової ніші; розширення клієнтської та ресурсної бази, видів послуг, які надаються клієнтам, за допомогою створення дочірніх фінансових інститутів; посилення впливу на клієнтів (через контроль їхніх цінних паперів) [2, 56]. Інвестиційні операції за строком розрізняються на короткострокові спекуляції та арбітражні угоди (термін може бути обмежений одним днем); короткострокові інвестиції (до 1 року, мають переважно спекулятивний характер); середньострокові (до 5

років) і довгострокові (понад 5 років) інвестиції. За цілями вкладень розрізняють інвестиції: прямі (здійснюються в цілях безпосереднього управління об'єктом інвестицій через контрольний пакет акцій або в іншій формі контрольної участі) та портфельні (здійснюються у формі купівлі цінних паперів, які належать різним емітентам і не забезпечують контрольну участь і пряме управління об'єктом інвестицій).

Що стосується *нарахування та виплати доходів на цінні папери*, то вони виконуються відповідно до умов емісії. Зокрема, дивіденди на звичайні акції виплачують лише в разі прийняття відповідного рішення про виплату загальними зборами акціонерів. Дивіденди на привілейовані акції, своєю чергою, виплачують в розмірі, встановленому умовами емісії, та за наявності джерел для їх виплати. При цьому виплати дивідендів на привілейовані акції здійснюють, передусім, у порівнянні зі звичайними акціями. Що стосується нарахування та виплати процентних платежів за облігаціями, то вони здійснюються у строки та в обсягах, передбачених умовами емісії облігацій.

За погашення цінних паперів інвесторам виплачують вартість фінансового інструменту в разі вилучення його з обігу. Зокрема, погашення такого боргового цінного папера, як облігація, проводиться в період закінчення строку його обігу. Сума, що виплачується її власникові, відповідає величині номінальної вартості облігації. Акції підлягають погашенню або у зв'язку із закінченням терміну діяльності товариства (в разі заснування його на визначений строк), або за умов його непередбаченої ліквідації. Величину погашення визначають як суму, що припадає на 1 акцію після проведення ліквідації підприємства та повної виплати заборгованості за позиками перед державним бюджетом, із заробітної плати працівникам та ін.



Не можна сказати, що вищенаведеним вичерпується перелік операцій з цінними паперами. Адже цей фінансовий інструмент у тому разі, якщо він є об'єктом цивільного обороту, може передаватися в спадщину, даруватися, вноситися як майновий вклад до статутних капіталів господарських товариств, передаватися у заставу, залучатися до довірчого управління. За допомогою цінних паперів можуть здійснюватися розрахунки між суб'єктами у випадках, передбачених чинним законодавством, зокрема й банківським. За їх допомогою відбуваються хеджування фінансових, валютних ризиків також.

Усе це свідчить про суттєве розширення сфери діяльності суб'єктів фінансового ринку, що можуть скористатися різноманіттям видів операцій з цінними паперами. Якщо емітенти мають можливість проводити їх у різноманітних варіантах та із залученням

різних категорій інвесторів, відтак це призводить до отримання широких можливостей в процесі нарощування інвестиційної діяльності. Зміцнення функцій посередників проведення операцій з цінними паперами, зокрема й торговців цінними паперами, реєстраторів, зберігачів, депозитаріїв, призводить до нарощування обсягів ринків цінних паперів та залучення додаткового суб'єктного складу, і фізичних осіб також. Збільшення обсягу операцій з цінними паперами також веде до збільшення обсягу доходів, отриманих фізичними особами від таких операцій, що сприяє збільшенню обсягів оподаткування. Особливості ж оподаткування доходів фізичних осіб від різних видів операцій з цінними паперами вимагають окремого дослідження, в якому проблеми практики мають отримати теоретичне розв'язання. ♦

Список використаних джерел

1. Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23.02.2006 року № 3480-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР). — 2006. — № 31. — Ст. 268 (зі змінами).
2. Рынок ценных бумаг / под ред. Жукова Е. Ф. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Юнити-Дана, 2009. — 567 с.
3. Селезнев В. В. Основы рыночной экономики Украины : учеб. пособие / В. В. Селезнев. — К. : А.С.К., 2000. — 533 с.
4. Фінансова енциклопедія / О. П. Орлюк, Л. К. Воронова, І. Б. Заверуха (та ін.); за заг. ред. О. П. Орлюк. — К. : Юрінком Інтер, 2008. — 472 с.
5. Міжнародні фінанси : підручник / за ред. д.е.н., проф. О. І. Рогача. — К. : Либідь, 2003. — 784 с.
6. Кудряшов В. П. Курс фінансів : навч. посібник / В. П. Кудряшов. — К. : Знання, 2008. — 431 с.
7. Податковий кодекс України від 02.12.2010 року № 2755-VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР). — 2011. — № 13–14, № 15–16, № 17. — Ст. 112 (зі змінами).
8. Наказ Міністерства фінансів України від 22.11.2011 року № 1484, Рішення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 22.11.2011 року № 1689 «Про затвердження Методики визначення інвестиційного прибутку професійним торговцем цінними паперами при виконанні ним функцій податкового агента» // Зареєстровані в Міністерстві юстиції України 24.01.2012 року за № 100/20413 [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: <http://sta.gov.ua>
9. Наказ Державної податкової служби України «Про затвердження Узагальнюючої податкової консультації щодо оподаткування доходу у вигляді



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

інвестиційного прибутку, отриманого платником податку — фізичною особою від операцій з цінними паперами (акціями), що виплачуються професійним торговцем цінних паперів (дилерські операції з купівлі-продажу цінних паперів)» від 06.07.2012 року № 594 [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : <http://sta.gov.ua>.

Надійшла до редакції 19.09.2012 року

ОГОЛОШЕННЯ

Науково-дослідний інститут інтелектуальної власності Національної академії правових наук України оголошує конкурсний прийом до аспірантури в 2013 році з відривом від виробництва за спеціальністю:

- 12.00.03 — цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право.

Прийом документів до аспірантури відбувається з 01.11.2012 року до 30.11.2012 року. Вступники в аспірантуру складають конкурсні іспити зі спеціальності, філософії та іноземної мови. Вступні іспити проводяться з 03.12.2012 року до 17.12.2012 року.

Заяви та документи про прийом до аспірантури подаються за адресою: 03680, МСП, м. Київ-150, вул. Боженка, 11, к. 1304 (тел.: 228-21-37).

Контактна особа: Недогібченко Євгенія Григорівна.

До заяви на ім'я директора Інституту про прийом до аспірантури додаються такі документи:

- копію диплома про закінчення вищого навчального закладу із зазначенням одержаної кваліфікації спеціаліста чи магістра (особи, що здобули відповідну освіту за кордоном, — копію нострифікованого диплома) та копію додатку до диплома;
- список опублікованих наукових праць і винаходів. Особи, які не мають опублікованих наукових праць і винаходів, подають наукові доповіді (реферати) з наукової спеціальності;
- посвідчення про складання кандидатських іспитів (за наявності складених кандидатських іспитів);
- особовий листок з обліку кадрів;
- 4 фотокартки розміром 3 x 4;
- медичну довідку про стан здоров'я за формою № 286-у;

Паспорт і диплом про вищу освіту подаються вступником особисто.

Форми навчання в денній аспірантурі:

- за рахунок коштів державного бюджету України;
- на контрактній основі.

Термін навчання в аспірантурі — 3 роки.

ПРАВОВАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА БЮДЖЕТНОГО УЧРЕЖДЕНИЯ КАК СУБЪЕКТА ФИНАНСОВОГО ПРАВА

Людмила Чуприна,

*Киевский национальный университет имени Тараса Шевченка, доцент,
кандидат юридических наук*

Общество, параллельно с развитием государства, а вместе с ним и правоотношения, проходят определенные этапы развития. Динамика этих процессов, связанная с реальными жизненными обстоятельствами, в правовой сфере определяется юридическими фактами. Объективные процессы реформирования почти всех сфер функционирования государства, стали существенным толчком для развития финансового права. Развитие финансовых правоотношений, видоизменение их субъектов привели к глобальному пересмотру базовых категорий финансового права, что подтверждается новой редакцией Бюджетного кодекса Украины от 08.07.2010 года (далее — БК Украины) и принятием Налогового кодекса Украины от 02.12.2010 года.

Целью и задачей исследования является определение особенностей бюджетного учреждения как субъекта права, систематизация и углубление научных знаний о характеристике финансовых правоотношений с их участием.

Сегодня в Украине вопросы, связанные с совершенствованием финансовой деятельности, приобретают большую актуальность, и наиболее важными для автора учитывая тему, являются научные труды современных специалистов-финансистов: Л. Вороновой, О. Дмитрик, О. Музыки-Стефанчук, Н. Пришвы, В. Чернадчука, Н. Якимчук. В то же время отдельные аспекты вынесенной проблемы рассматривались указанными учеными под несколько другим углом зрения.

Общепризнанным является определение правоотношений, данное С. Алексеевым и поддержанное многими другими учеными: это общественные связи, возникающие на основе норм права, участники которых имеют субъективные права и юридические обязанности, которые обеспечиваются государством [1, 17].

Приведенное общетеоретическое определение правоотношений, является базисным для различных их видов, поскольку без выделения основ невозможно определение их отраслевой специфики. Оно является исходным и для финансовых правоотношений. Классик советской финансово-правовой науки Е. Ровинский, в частности, отметил, что финансовые правоотношения являются одним из видов правоотношений, которые характеризуются присущими всем им общими признаками, а отличаются своими специфическими особенностями [2, 133]. Итак, финансовые правоотношения — это общественные отношения, возникающие на основе норм финансового права, участники которых имеют субъективные права и юридические обязанности, и обеспечиваются государственным принуждением.

Рассматривая понятие финансовых правоотношения выделяют следующие особенности: 1) возникают из финансовой деятельности государства и имеют денежный характер; 2) одним из субъектов всегда выступает само государство в лице уполномоченного органа, осуществляющего от ее имени и под контролем государства действия власт-



ного характера; 3) их возникновение, изменение и прекращение всегда связаны с законом [2, 178]. Взятые вместе такие особенности определяют специфику финансовых правоотношений. Ни одна из них в отдельности не может характеризовать их в полной мере.

Близка к такому определению позиция профессора Л. Вороновой, которая также акцентирует внимание на вышеупомянутых особенностях финансовых правоотношений, подчеркивая, что в сфере влияния государства на отношения, возникающие в процессе распределения и перераспределения национального дохода страны, образования и использования фондов денежных средств возникают, изменяются и прекращаются финансовые правоотношения [3, 72]. Финансовые отношения выступают не объектом управления государственными финансами, а объектом финансовой деятельности государства, его содержанием, что доказано в юридической научной литературе [4, 44].

Российский ученый Е. Ашмарина считает, что первостепенными являются экономические отношения, которые трансформируются в производные от них финансовые, в случае, когда появляется финансовый интерес государства, подкрепленный надлежащими средствами его охраны [5, 115]. Считаем, что тезис о первостепенности экономических отношений и происхождения от них финансовых является дискуссионным.

В финансово-правовой литературе высказывается также позиция, что публичный интерес заставляет государство, а не наоборот, регулировать часть денежного оборота императивными методами, а не гражданско-правовыми [6, 27]. По нашему мнению, более приемлемой представляется позиция параллельного существования экономических и финансовых правоотношений, которые находятся в тесной взаимосвязи и обусловленные действием закона стоимости и наличием товарно-денежных отношений, в результате ко-

торых образуются, распределяются и используются централизованные и децентрализованные фонды средств, необходимых для удовлетворения задач государства и потребностей общества.

Финансовые отношения отличаются от других видов правоотношений по характерным признакам, которые сводятся к тому, что финансовые правоотношения представляют собой связь между субъектами, возникающая на основе норм финансового права. Данную связь гарантирует принудительная сила государства, субъекты которой являются носителями юридических прав и обязанностей. Финансовые правоотношения обеспечиваются правовыми средствами, в частности государственным принуждением. Так, в случае нецелевого использования бюджетных ассигнований к распорядителю применяются штрафные санкции и принудительное возвращение бюджетных средств.

Еще одной важной чертой финансовых правоотношений, о которой не принято было говорить во времена советского финансового права, является их публичный характер. Они возникают, изменяются и прекращаются в сфере финансовой деятельности государства, представляют собой урегулированный нормами права планомерный процесс мобилизации, распределения, перераспределения и использования централизованных и децентрализованных фондов с целью выполнения задач и функций государства [7, 62]. Некоторые особенности содержания конкретного вида финансовых правоотношений, его специфика зависят от того, в каком из направлений возникают и развиваются данные правовые связи.

Итак, отличительные особенности финансовых правоотношений следующие: 1) возникают и изменяются только на основании финансово-правовых норм; 2) всегда являются денежными; 3) одной из сторон таких отношений всегда есть властный субъект; 4) возможно применение государственного принуждения.



Поддерживаем позицию, высказанную основателем науки финансового права в Украине Л. Вороновой: содержание финансовых правоотношений рассматривается в неразрывной связи с конкретными субъектами правоотношений [3, 52]. Финансовые правоотношения являются формой реализации финансово-правовой нормы, которая имеет императивный характер. Она четко определяет круг субъективных юридических прав и обязанностей, которыми наделены стороны того или иного вида финансовых правоотношений. Так, распорядители бюджетных средств имеют право самостоятельно распоряжаться предоставленными им бюджетными средствами, но в строгом соответствии с бюджетной росписью.

По нашему мнению, необходимо отметить, что понятия субъективного права участника финансовых и гражданских правоотношений полностью не совпадают, хотя некоторые авторы рассматривают их как тождественные. Так, И. Бондаренко определяет, что юридическая обязанность находит отражение в необходимости совершать или воздерживаться от определенных действий, которые противоречат нормам субъективного права [8, 76]. Участники финансовых правоотношений выступают в качестве носителей юридических прав и обязанностей, реализующих предписания этих норм по формированию, распределению и использованию централизованных и децентрализованных фондов денежных средств.

Поскольку бюджетные правоотношения являются одним из видов финансовых, им присущи все признаки первых со своими специфическими особенностями. Экономические по содержанию, бюджетные правоотношения регулируются государством как одни из важнейших общественных отношений, которым предоставляется соответствующая юридическая форма.

Финансовые правоотношения с участием бюджетных учреждений при ис-

полнении бюджета характеризуются высокой степенью императивности. Так, в ходе бюджетного финансирования участниками правоотношений выступают: Государственная казначейская служба Украины (далее — ГКСУ), которая выделяет бюджетные ассигнования; распорядитель бюджетных средств, который принимает бюджетные обязательства и осуществляет расходы; получатель бюджетных средств, который непосредственно выполняет работы или услуги. Воля каждого из субъектов абсолютно индивидуальна, но действия всех сторон участников направлены на достижение единого положительного результата — удовлетворения интереса государства, а в данном случае — выполнения бюджетным учреждением своих функций.

Несмотря на то, что большинство бюджетно-правовых норм являются обязывающими и запрещающими, имеют место и уполномочивающие нормы. Распорядители бюджетных средств имеют право самостоятельно распоряжаться предоставленными бюджетными средствами. При этом запрет переносить средства из разных статей бюджетной росписи (капитальные вложения, зарплата, стипендии, питание) выражена категорически.

Во всех видах финансовых правоотношений их властно-имущественный характер является четким и конкретным, детализируется только степень властного характера данных правоотношений [2, 83]. Бюджетное учреждение обладает четко установленным комплексом прав и обязанностей, которые определяются не договором или любой другой формой согласования, а только нормативно-правовым актом.

Непосредственное исполнение бюджета по расходам положено: с одной стороны, на ГКСУ, а с другой — на бюджетном учреждении как распорядителя бюджетных средств. ГКСУ выступает властным субъектом относительно всех других бюджетным учреждений. Также уполномочено на ве-



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

дение бухгалтерского учета всех доходов и расходов Государственного бюджета Украины, установление единых правил ведения учета и отчетности о выполнении бюджетов, смет и контроля над их соблюдением. Оно также осуществляет платежи по поручению распорядителя бюджетных средств, но исключительно в случае одновременного наличия трех правовых оснований: 1) соответствующего бюджетного обязательства для платежа в бухгалтерском учете выполнения Государственного бюджета Украины; 2) соответствия направлений расходования средств бюджетному ассигнованию; 3) наличия у распорядителей бюджетных средств неиспользованных бюджетных ассигнований [10, ч. 2 ст. 49].

Использование выделенных финансовых ресурсов распорядителями бюджетных средств осуществляется согласно принятым бюджетным обязательствам, что в ст. 2 БК Украины определяются как любое осуществленное соответственно бюджетного ассигнования размещения заказа, заключение договора, приобретение товара, услуг или осуществления других аналогичных операций в течение бюджетного периода, согласно которым необходимо осуществить платежи в течение этого же периода или в будущем. Осуществление любого обязательства этими субъектами подлежит обязательному учету и контролю со стороны государственных органов.

В отличие от финансовых, характерной особенностью бюджетных правоотношений является их периодичность: возникают на основании закона о бюджете, который действует в течение одного бюджетного периода. В конце календарного года эти правоотношения прекращаются с тем, чтобы с началом нового бюджетного периода, а следовательно, и действием нового закона, начаться снова между большинством тех же участников.

Итак, бюджетные правоотношения нельзя сводить лишь к таким, что вы-

текают из конкретного акта планирования. Существуют отношения фундаментального характера. Например, отношения, связанные с установлением бюджетной системы, бюджетной компетенции, порядком планирования и изданием бюджетно-плановых актов и т.д. Они устанавливаются нормативно-правовыми актами, которые имеют длительный и стабильный характер.

Ежегодные акты о бюджете определяют объем бюджетных ассигнований, которые будут предоставлены распорядителю бюджетных средств в определенном бюджетном периоде. Полномочия распорядителя бюджетных средств, которые закреплены БК Украины можно рассматривать как полномочия субъекта бюджетного права. Только с принятием закона о государственном бюджете на текущий год бюджетные учреждения вступают в отношения по управлению финансовыми ресурсами и становятся реальными участниками бюджетных правоотношений. В частности, ч. 1 ст. 19 Закона Украины «О Государственном бюджете Украины на 2012 год» [12] предусматривает утверждение бюджетных назначений главным распорядителям средств Государственного бюджета на 2012 год по бюджетным программам и в разрезе административно-территориальных единиц и согласно приложениям. Согласно нормам БК Украины, им регулируются отношения, возникающие в процессе составления, рассмотрения, утверждения, исполнения бюджетов, отчетности об их выполнении и контроля за соблюдением бюджетного законодательства. Во время такого регулирования фиксируют как объекты, так и круг лиц, на которых распространяется действие соответствующих норм, закрепляется необходимое поведение субъектов правоотношений, образуются предпосылки для обеспечения субъективных прав и обязанностей [11, 13]. Все виды названных правоотношений охватывает понятие «бюджетный процесс». Участниками

бюджетного процесса являются органы, должностные лица также наделены бюджетными полномочиями.

На стадии исполнения бюджета для осуществления программ и мероприятий, проводимых за счет бюджетных средств, бюджетные ассигнования предоставляются главным распорядителям бюджетных средств и перераспределяются распорядителям низшего уровня. Только через распорядителей могут получать средства из бюджета физические и юридические лица — получатели бюджетных средств. Итак, бюджетное учреждение как распорядитель бюджетных средств является обязательным участником бюджетных правоотношений на стадии исполнения бюджета.

Одной из главных задач любого государства является осуществление эффективного регулирования экономики страны. Бюджетное право, как отмечает болгарский ученый-финансист М. Костов, интересуется только конечный результат такого регулирования [13, 73–74]. В свою очередь, только в процессе выполнения возможна полная реализация задач и функций государства в институте бюджетного права находит проявление в виде трех стадий правового воздействия. На первой стадии общего действия финансово-правовой нормы устанавливается поведение участников. Так, органы государственной власти в процессе принятия решения о создании бюджетного учреждения устанавливают порядок, нормы, сроки финансирования управленческих целей — содержание поведения субъектов. Второй является стадия возникновения субъективных прав и обязанностей. После утверждения органом государственной власти акта о бюджете, соответствующие финансовые органы составляют смету доходов и расходов. Третьей является стадия реализации прав и обязанностей — руководитель бюджетного учреждения осуществляет реализацию бюджетных ассигнований на основе сметы.

Анализ норм БК Украины дает основания для разделения бюджетных правоотношений на виды в зависимости от стадии бюджетного процесса: 1) отношения по составлению проекта бюджета; 2) отношения по рассмотрению и принятию закона о Государственном бюджете Украины, решений о местных бюджетах; 3) отношения по выполнению бюджетов; 4) отношения по подготовке и рассмотрения отчета об исполнении бюджета и принятия решения по нему.

Соответственно теме исследования наибольший интерес вызывает правоотношения по исполнению бюджета, обязательным участником которых являются бюджетные учреждения как распорядители бюджетных средств. Данные связи представляют собой сложную конструкцию, которая включает целый комплекс более мелких отношений. Правовыми актами обусловлено содержание прав и обязанностей участников правоотношений в сфере бюджетных расходов, обстоятельства с которыми связано возникновение, изменение или прекращение этих правоотношений [14, 35]. В свою очередь отношения, связанные с выполнением расходной части бюджета, можно разделить на две группы. Первая группа — это правоотношения, которые возникают непосредственно между государственными органами исполнительной власти и получателями бюджетных средств (речь может идти о целевом финансировании отдельных групп получателей бюджетных средств). Вторая — правоотношения по распределению финансов между главными распорядителями с целью их последующего распределения непосредственно между второстепенными распорядителями. Основанием возникновения второй группы отношений по распределению денежных средств между главными распорядителями является факт ежегодного принятия закона о бюджете.

Основанием для возникновения правоотношений второй группы является



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

составление бюджетной росписи на основании принятия акта о бюджете. Согласно ст. 22 БК Украины, учреждения делятся на главных распорядителей и распорядителей бюджетных средств низшего уровня, что может быть критерием для разделения финансовых правоотношений с участием бюджетных учреждений по вертикали и горизонтали. Первый вид бюджетных правоотношений опосредует связи между государством в целом (через государственный бюджет) и главными распорядителями (бюджетными учреждениями) на принципах субординации. В бюджетных правоотношениях приоритетным является вертикальная связь. Второй вид отражает связи между равноправными, с позиции распорядителя средствами, субъектами. Несмотря на различный правовой статус органов государственной власти, органов власти Автономной Республики Крым, органов местного самоуправления, все они наделены равными правами как распорядители бюджетных средств.

Традиционно по содержанию бюджетные правоотношения делятся на материальные и процессуальные [9, 73–77; 15, 208], что в полной мере может быть характерно для бюджетных правоотношений с участием бюджетных учреждений. В частности, А. Пауль отмечает, что наиболее полно рассмотреть особенности бюджетных правоотношений можно, анализируя существенные характеристики этих правоотношений, т. е. субъектов, объектов и содержание данных правоотношений [15, 35]. В материальных бюджетных правоотношениях с участием бюджетных учреждений реализуются субъективные бюджетные права и обязанности бюджетного учреждения по распределению и использованию бюджетных средств, а также ответственность за их эффективное и целевое использование. В бюджетно-процессуальных правоотношениях отображается юридическая форма получения бюджетным учреж-

дением в свое распоряжение бюджетных средств.

По признаку количественного состава бюджетные правоотношения с участием бюджетных учреждений можно разделить на двусторонние — участвуют два субъекта (утверждение сметы) и многосторонние — реализуются права и обязанности трех и более бюджетных учреждений (главный распорядитель средств государственного бюджета до начала бюджетного года определяет сеть распорядителей средств низшего уровня и получателей по территориям).

По особенностям объектов бюджетные правоотношения делятся на имущественные (правоотношения исполнения бюджета) и неимущественные (нормотворческие бюджетные правоотношения) [9, 95]. Финансовые правоотношения с участием бюджетных учреждений на стадии исполнения бюджета являются преимущественно имущественными, но среди них есть и неимущественные — отношения контроля и отчетности.

Предложенная классификация осуществлена с учетом правового статуса бюджетного учреждения как участника бюджетных правоотношений и позволяет увидеть все виды связей бюджетного учреждения.

Возможность признания физического лица участником бюджетных правоотношений еще недавно теорией финансового права однозначно отрицалась. Отношения физического лица и бюджета косвенные — характеризуются налоговыми, трудовыми и другими видами связей. Такую позицию занимает большинство ученых-финансистов. Однако сейчас существуют и другие точки зрения. В Российской Федерации признания физического лица субъектом бюджетных правоотношений уже однозначно [16; 17]. В Украине Н. Якимчук рассматривает предприятия различных форм собственности в качестве коллективных субъектов бюджетных правоотношений и как индивидуального

субъекта — физическое лицо, получающее бюджетные средства. В. Чернадчук к субъектам бюджетных правоотношений, в частности, относит индивидуальных (частных) субъектов (получателей бюджетных средств).

Нормами бюджетных кодексов России и Казахстана закреплена возможность предоставления бюджетных средств юридическим лицам субъектам предпринимательской деятельности и физическим лицам — производителям товаров, работ, услуг в форме субсидий [18, ст. 78; 19, ст. 35].

К участникам бюджетного процесса в Белоруссии законодателем отнесен широкий круг субъектов, в частности: банки и другие организации, а также физические лица, участвующие в бюджетном процессе [20, ст. 78]. Таким образом, налицо расширение круга субъектов бюджетного права, а участие физических лиц в бюджетных правоотношениях стала возможной на стадии исполнения.

Что касается нормативно-правового закрепления понятия «субъект бюджетных правоотношений» и использования его в бюджетном законодательстве, то БК Украины не оперирует указанной категорией. Зато законодатель применяет такие понятия, как «участник бюджетного процесса». Так, ст. 19 БК Украины определяет, что «участниками бюджетного процесса являются органы, учреждения и должностные лица, наделенные бюджетными полномочиями. Бюджетными полномочиями признаются права и обязанности по управлению бюджетными средствами».

Таким образом осуществлена общая характеристика бюджетных правоотношений. Первостепенное внимание было сосредоточено на особенностях правоотношений с участием бюджет-

ного учреждения и осуществлены следующие выводы:

1) бюджетным правоотношениям, прежде всего, присущи общие признаки, присущие всем видам правовых отношений. Они имеют также родовые признаки, характеризующие их как один из видов финансовых правоотношений. Определяющими являются видовые признаки, которые обусловлены статусом бюджетного учреждения как особого субъекта финансовых правоотношений. Эти отношения имеют публичный и императивный характер, целевую направленность и возникают по поводу распределения, использования и контроля за использованием бюджетных фондов;

2) понятие «субъект бюджетного права» шире понятия «участник бюджетных правоотношений», что в свою очередь не приравнивается к понятию «участник бюджетного процесса», и находятся в соотношении как общее и конкретное;

3) бюджетные правоотношения с участием бюджетных учреждений определяются как урегулированные нормами финансового права общественные отношения, участники которых наделены четко определенным кругом прав и обязанностей, соблюдение которых обеспечивается государственным принуждением. Свои особенности имеют правоотношения, возникающие в ходе исполнения бюджета, в которых властными полномочиями наделены, как правило, две стороны (исключение составляют отношения с участием бюджетных учреждений, созданных органами государственной власти или органами местного самоуправления (например, школы, библиотеки, высшие учебные заведения). ♦

Список использованных источников

1. Алексеев С. С. Проблемы теории права : курс лекций : в 2 томах / С. С. Алексеев. — Т. 1. — Свердловск, 1972. — 396 с.



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

2. Ровинский Е. А. Основные вопросы теории советского финансового права / Е. А. Ровинский. — М. : Юрид. лит., 1960. — 191 с.
3. Воронова Л. К. Фінансове право України : підручник / Л. К. Воронова. — К. : Прецедент; Моя книга, 2006. — 448 с.
4. Пацурківський П. Правові засади фінансової діяльності держави / П. С. Пацурківський. — Чернівці, 1997. — 243 с.
5. Ашмарина О. М. Финансовое право / О. М. Ашмарина // Международная научно-практическая конференция «Финансовое право в условиях рынка в XXI веке», посвящается юбилею кафедры финансового права и бухгалтерского учета МГЮА // Государство и право. — 2005. — № 4.
6. Запольский С. В. О предмете финансового права / С. В. Запольский // Изв. высш. уч. заведений. Правоведение. — 2002. — № 5.
7. Дмитрик О. А. Содержание и классификация финансовых правоотношений [монография] / О. А. Дмитрик; под ред. Н. П. Кучерявенко. — Харьков : Легас, 2004. — 160 с.
8. Бондаренко І. Механізм правового регулювання фінансових відносин / І. Бондаренко // Право України. — 2006. — № 5.
9. Чернадчук В. Д. Стан та перспективи розвитку бюджетних правовідносин в Україні : монографія / С. Д. Чернадчук. — Суми : Університетська книга, 2008. — 456 с.
10. Бюджетний кодекс України від 08.07.2010 року № 2456-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № 50–51. — Ст. 512 (зі змінами).
11. Сидорова Н. В. Теоретичні основи бюджетного права : автореф. дис... наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.07 / Сидорова Наталія Валеріївна ; Київський національний університет імені Тараса Шевченка. — К., 1998. — 23 с.
12. Закон України «Про Державний бюджет України на 2012 рік» від 22.12.2011 року № 4282-VI.
13. Костов М. Конституционни основи на бюджетното право / Милчо Костов. — София : Изд-во на Българската Академия на науките, 1976. — 200 с.
14. Воронова Л. К. Теоретические вопросы правового регулирования расходов государственных бюджетов союзных республик : автореф. дисс. ... докт. юрид. наук : 12.00.02 / Воронова Лидия Костянтиновна ; Московский государственный университет имени М. В. Ломоносова. — М., [б. г.]. — 40 с.
15. Пауль А. Г. Процессуальные нормы бюджетного права / Под ред. М. В. Карасьовой. — СПб. : Питер 2003. — 208 с.
16. Селюков А. Д. Правовое регулирование бюджетных отношений: теория и практика : монография / А. Д. Селюков. — Ч. 1. — М. : Изд-во МГСА, 2002. — 192 с.
17. Руденко А. А. Финансово-правовой статус главных и иных распорядителей средств федерального бюджета как участника бюджетного процесса : автореф. дисс... канд. юрид. наук : 12.00.14 / А. А. Руденко. — Саратов, 2008. — 26 с.
18. Бюджетный кодекс Российской Федерации [Электронный ресурс] // Консультант Плюс. — Режим доступа к ресурсу : <http://www.consultant.ru/popular/budget/>.
19. Бюджетный кодекс Казахстана [Электронный ресурс] // Законодательство Казахстана on-line. — Режим доступа к ресурсу : <http://www.pavlodar.com/zakon/?dok=00014&ogl=all>.
20. Бюджетный кодекс Республики Беларусь [Электронный ресурс] — Режим доступа к ресурсу : <http://www.yurist.by/byudzhetnyi-kodeks-respubliki-belarus>.

Надійшла до редакції 24.09.2012 року

ВЗАЄМОДІЯ ДЕРЖФІНІНСПЕКЦІЇ УКРАЇНИ ТА АДМІНІСТРАТИВНИХ СУДІВ В ПРОЦЕСІ РОЗВ'ЯЗАННЯ СПОРІВ У СФЕРІ ПУБЛІЧНОЇ ФІНАНСОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Людмила Черпіцька,
здобувач Київського міжнародного університету

Одним з найважливіших напрямів публічної фінансової діяльності є дотримання фінансової дисципліни та забезпечення фінансового контролю. Необхідність законного, ефективного, економного та цільового витрачання фінансових ресурсів притаманна будь-якій стадії бюджетного процесу й узагалі має супроводжувати такі методи публічної фінансової діяльності, як розподіл, перерозподіл та витрачання фінансових ресурсів. Адже мобілізація доходів до публічних фондів коштів не буде мати позитивного результату, якщо не буде дотримуватися фінансова дисципліна у витрачанні коштів з таких фондів. І це твердження є слушне щодо будь-яких публічних фондів коштів, не лише бюджетів або соціальних фондів. Ефективність, економність, законність, цільове спрямування при витрачанні фінансових ресурсів мають супроводжувати функціонування таких публічних фондів.

Необхідність проведення всебічного фінансового контролю, зокрема й органами державної влади та місцевого самоврядування, і дотримання законності в розподілі, використанні та мобілізації фінансових ресурсів закріплено в нормах Конституції України. На конституційні засади здійснення фінансового контролю звертають увагу у фаховій літературі [1, 79]. При цьому, якщо в основу поділу фінансового контролю покладають об'єкт контролю, тобто фінанси, що є державними та місцевими, то відповідно, висловлюється позиція про існування державного фінансового контролю, який здійснюється щодо державних фінансів, та місцевого фінансового контролю, що проводиться стосовно місцевих фінансів [2, 24].

Зазначений напрям публічної фінансової діяльності, тобто напрям фінансового контролю, має забезпечуватися органами, наділеними відповідними владними повноваженнями. Серед зазначених органів провідне місце належить органам Державної фінансової інспекції України (далі — Держфінінспекція), що до адміністративної реформи 2010 року називалися контрольно-ревізійними органами. Здійснюючи фінансовий контроль, Держфінінспекція та її органи активно взаємодіють з іншими гілками влади, зокрема й судовою, вирішуючи завдання з припинення фінансових правопорушень. Саме питанням взаємодії органів Держфінінспекції та гілці адміністративного судочинства й буде присвячено цю наукову статтю.

Варто зауважити, що проблемам фінансового контролю та фінансової відповідальності в Україні, як і в інших країнах СНД, приділено чимало уваги. Достатньо згадати прізвища таких відомих учених як О. Бакун, З. Будицький, Л. Воронова, Е. Дмитренко, А. Іванський, М. Карасьова, Т. Коломоець, М. Кучерявенко, О. Орлюк, Л. Савченко, Т. Сараскіна, І. Сікорська, Л. Тернова та ін. Не менше уваги приділялося й дослідженню проблем судочин-



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

ства, зокрема й адміністративного. Зокрема, можна згадати роботи В. Бринцева, Ю. Грошевого, І. Коліушка, А. Колодія, С. Ківалова, Р. Куйбіди, І. Марочкіна, І. Назарова, О. Пасенюка, А. Селіванова, Н. Сібільової, В. Стефанюка та багатьох інших.

Дослідженню організаційно-правових основ діяльності державної контрольно-ревізійної служби в Україні було присвячено дисертаційне дослідження О. Дорогих, захищене ще в 1998 році. Деякі питання залучення адміністративного судочинства до захисту публічних фінансів розглядались у дисертаційному дослідженні О. Головенка, захищеному в 2011 році.

Водночас сьогодні не існує жодної роботи, в якій би глибоко досліджувалися питання організації та діяльності Держфінінспекції (зважаючи на істотні зміни законодавства, що відбулися останніми роками), та її взаємодії з адміністративними судами в порядку розв'язання спорів у сфері публічної фінансової діяльності. Натомість, кількість таких спорів, хоча і є значно меншою порівняно з податковими, поступово зростає. Їх правове розв'язання, спрямоване на усунення фінансових правопорушень, веде до поновлення фінансової дисципліни та повернення до бюджетів і публічних фондів значних фінансових коштів. Усе це свідчить про актуальність обраної для дослідження теми.

На органи Держфінінспекції в Україні покладено здійснення незалежного державного фінансового контролю від імені виконавчої гілки влади. Відповідно до наданого нині їй статусу, Держфінінспекція є центральним органом виконавчої влади, належна до системи органів виконавчої влади та забезпечує реалізацію державної політики у сфері державного фінансового контролю. Потрібно зауважити, що наділення Держфінінспекції статусом центрального органу виконавчої влади суттєво підвищило її статус як спеціального органу фінансового контролю.

Адже раніше притаманне контрольно-ревізійній службі підпорядкування та підзвітність Кабінету Міністрів України та Міністерству фінансів України призводило до того, що цей орган не вважали цілковито самостійним у питанні планування своєї роботи. Підкреслювали, що незалежність керівних посадових осіб органів ДКРС не була забезпечена законодавчо визначеними гарантіями їхнього правового статусу, професійної недоторканності, терміну та порядку їх призначення й чітких підстав звільнення [3, 84].

До складу цих органів нині належать Держфінінспекція України та її територіальні органи, утворені за адміністративно-територіальним принципом, як і більшість фінансових органів спеціальної компетенції. Зокрема, в країні функціонують державні фінансові інспекції в Автономній Республіці Крим (АРК), областях, містах Києві та Севастополі, районах, міських або міжрайонні, об'єднані в районах і містах державні фінансові інспекції, а також головні державні фінансові інспектори в районах та містах.

Особливості правового статусу Держфінінспекції та її органів в АРК, областях, містах Києві та Севастополі полягають у наділенні зазначених органів статусом юридичної особи публічного права. Тож, зазначені органи мають усі ознаки, притаманні юридичним особам публічного права, зокрема й печатки із зображенням Державного Герба України та своїм найменуванням, власні бланки, рахунки в установах Державної казначейської служби України.

Поняття юридичної особи публічного права було легально введено в 2003 році з прийняттям Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) [4]. Останній поділив юридичні особи, залежно від порядку їх створення, на юридичних осіб приватного права та публічного права. При цьому було визначено, що юридична особа публічного права створюється розпорядчим актом Президента України, органу

державної влади, органу влади АРК чи органу місцевого самоврядування (ч. 2 ст. 81). Як вважають фахівці, сутність такої класифікації полягає в тому, що юридичні особи публічного права створюються незалежно від волі приватних осіб, зазвичай, для здійснення спеціальних функцій, не пов'язаних їхньою участю у цивільному обороті. Тож, порядок їх створення має регулюватися не актами цивільного законодавства, а Конституцією України та нормами публічного права, закріпленими у відповідних законах [5, 136].

Щодо визначення правового статусу Держфінінспекції України та її органів, останні здійснюють свою діяльність безпосередньо на підставі Указу Президента України «Про Положення про Державну фінансову інспекцію України» від 23.04.2011 року № 499/2011 [6], Бюджетного кодексу України (далі — БК України) [7], наказу Міністерства фінансів України від 03.10.2011 року № 1236 «Про затвердження положень про територіальні органи Державної фінансової інспекції України та їх підрозділи» [8], тощо.

Звісно, зазначений перелік нормативно-правових актів, яким керуються органи Держфінінспекції у своїй діяльності, не є вичерпним. Зокрема, якщо звернутися до БК України [7], то понад 10 статей безпосередньо стосуються виконання завдань і функцій Держфінінспекцією. Передусім, це стосується норми ст. 113 БК України, яка безпосередньо присвячена встановленню повноважень органів Держфінінспекції України з контролю за дотриманням бюджетного законодавства. Серед таких повноважень слід виділити контроль за цільовим та ефективним використанням коштів державного бюджету і місцевих бюджетів (зокрема і проведення державного фінансового аудиту); за цільовим використанням і своєчасним поверненням кредитів (позик), одержаних під державні (місцеві) гарантії; за достовірні-

стю визначення потреби в бюджетних коштах при складанні планових бюджетних показників; за відповідністю взятих бюджетних зобов'язань розпорядниками бюджетних коштів відповідним бюджетним асигнуванням, паспорту бюджетної програми (у разі застосування програмно-цільового методу в бюджетному процесі); за веденням бухгалтерського обліку, а також складанням фінансової та бюджетної звітності, паспортів бюджетних програм і звітів про їх виконання (у разі застосування програмно-цільового методу у бюджетному процесі), кошторисів та інших документів, які застосовуються в процесі виконання бюджету; за станом внутрішнього контролю та внутрішнього аудиту в розпорядників бюджетних коштів.

Крім цього, відповідно до ч. 4 ст. 363 Господарського кодексу України (далі — ГК України) [9] на органи державної контрольно-ревізійної служби (як раніше називалася Держфінінспекція) покладено завдання проведення державного фінансового аудиту. Перелік повноважень та порядок їх здійснення деталізується у зазначених вище актах спеціального законодавства, що визначає статус Держфінінспекції.

Основними завданнями Держфінінспекції України є реалізація державної політики у сфері державного фінансового контролю, а також внесення пропозицій щодо її формування. Тож, Держфінінспекція відповідно до покладених на неї завдань:

1) здійснює державний фінансовий контроль за використанням і збереженням державних фінансових ресурсів, необоротних та інших активів, правильністю визначення потреби в бюджетних коштах та взяттям зобов'язань, ефективним використанням коштів та майна, станом і достовірністю бухгалтерського обліку і фінансової звітності в міністерствах та інших органах виконавчої влади, державних фондах, фондах загальнообов'язкового



державного соціального страхування, бюджетних установах і суб'єктах господарювання державного сектора економіки, а також на підприємствах, в установах та організаціях, які отримують (отримували в періоді, який перевіряється) кошти з бюджетів усіх рівнів, державних фондів і фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування чи використовують (використовували в періоді, що перевіряється) державне чи комунальне майно, за дотриманням законодавства на всіх стадіях бюджетного процесу щодо державного та місцевих бюджетів; дотриманням законодавства про державні закупівлі; діяльністю суб'єктів господарської діяльності незалежно від форми власності, які не віднесені законодавством до підконтрольних установ, за рішенням суду, винесеним на підставі подання прокурора або слідчого для забезпечення розслідування кримінальної справи;

2) здійснює контроль за: виконанням функцій з управління об'єктами державної власності; цільовим використанням коштів державного та місцевих бюджетів; цільовим використанням і своєчасним поверненням кредитів (позик), одержаних під державні (місцеві) гарантії; складанням бюджетної звітності, паспортів бюджетних програм і звітів про їх виконання (у разі застосування програмно-цільового методу у бюджетному процесі), кошторисів та інших документів, які застосовуються в процесі виконання бюджету; станом внутрішнього контролю та внутрішнього аудиту в розпорядників бюджетних коштів; усуненням виявлених недоліків і порушень;

3) вживає в установленому порядку заходів до усунення виявлених під час здійснення державного фінансового контролю порушень законодавства та притягнення до відповідальності винних осіб, а саме:

- вимагає від керівників та інших службових осіб підконтрольних

установ усунення виявлених порушень законодавства;

- звертається до суду в інтересах держави, якщо підконтрольною установою не забезпечено виконання вимог з усунення виявлених під час здійснення державного фінансового контролю порушень законодавства з питань збереження та використання активів;
- застосовує заходи впливу за порушення бюджетного законодавства, накладає стягнення, санкції до осіб, винних у порушенні законодавства;
- передає правоохоронним органам матеріали ревізій у разі встановлення порушень законодавства, що передбачають кримінальну відповідальність або містять ознаки корупційних діянь; інформує правоохоронні органи про факти інших виявлених порушень законодавства тощо.

Територіальні органи Держфінінспекції виконують покладені на Держфінінспекцію завдання та функції в межах своїх повноважень на відповідній території.

Доцільно зазначити, що в межах повноважень, наданих законодавством, органи Держфінінспекції мають право застосовувати заходи впливу, зокрема й передбачені ст. 118 БК України, за порушення бюджетного законодавства. Перелік таких порушень деталізований у ст. 117 БК України:

- 1) попередження про неналежне виконання бюджетного законодавства з вимогою щодо усунення порушення бюджетного законодавства;
- 2) зупинення операцій з бюджетними коштами;
- 3) призупинення бюджетних асигнувань;
- 4) зменшення бюджетних асигнувань;
- 5) повернення бюджетних коштів до відповідного бюджету;
- 6) зупинення дії рішення про місцевий бюджет;



- 7) безспірне вилучення коштів з місцевих бюджетів;
- 8) інші заходи впливу, що можуть бути визначені законом про Державний бюджет України.

Більшість із цих заходів можуть застосовувати й органи Держфінінспекції. Зазначені заходи впливу можуть застосовуються відповідно до прийнятого рішення, що складається на підставі протоколу про порушення бюджетного законодавства чи акта ревізії та доданих до нього матеріалів. При цьому рішення набирає чинності з дня його підписання.

Можна зазначити, що лише протягом 2011 року за ініціативою регіональних органів Держфінінспекції місцевими органами було прийнято 121 розпорядчий документ, з яких 35 — про стан фінансово-бюджетної дисципліни та 86 — про результати певних контрольних заходів і контролю певної теми відповідно до плану роботи [10].

Окремо доцільно виділити й компетенцію органів Держфінінспекції у сфері розгляду справ про адміністративні правопорушення, закріплені за нею ст. 234-1 Кодексу України про адміністративні правопорушення [11]. Згідно з нею органи державної контрольно-ревізійної служби в Україні розглядають справи про адміністративні правопорушення, пов'язані з порушенням законодавства з фінансових питань (ст. 164-2), порушенням порядку припинення юридичної особи чи підприємницької діяльності фізичної особи — підприємця (частини 3–7 ст. 166-6).

Крім цього, органи Держфінінспекції постійно використовують своє право щодо звернення до суду та право ініціювати звернення до суду перед органами прокуратури й об'єктом контролю у випадках, передбачених законом. Зокрема, за 2011 рік було подано 1171 позов в інтересах держави на суму понад 684 млн грн. При цьому у 118 випадках вимоги органів Держфінінспекції про усунення порушень виконано в добровільному порядку. Ста-

ном на кінець 2011 року із загальної кількості поданих протягом цього року позовів (1171) судами першої інстанції прийнято рішення у 627 справах. З них було задоволено позовні вимоги органів Держфінінспекції за 524 справами (і частково також), що становить 83 % від кількості розглянутих, на суму понад 149 млн грн. Зауважимо, що порівняно з 2010 роком у 2011 році показник рішень судів, винесених на користь органів Держфінінспекції від кількості розглянутих судами справ, зріс. Крім цього, протягом 2011 року до об'єктів контролю направлено 3438 звернень щодо подання позову до суду, на загальну суму 1183 млн грн. Із направлених звернень об'єктами контролю подано 1218 позовів на суму понад 157 млн гривень [10].

Зазначені показники демонструють роботу адміністративних судів. Адже саме на систему адміністративного судочинства в Україні покладено розв'язання спорів у сфері публічних фінансів [12], що мають відповідно до класифікатора, назву спорів з приводу реалізації публічної фінансової політики. Зазначені спори виділені в декілька категорій, зокрема, валютного регулювання та валютного контролю (зокрема спорів за участю податкових органів); грошового обігу та розрахунків (зокрема спорів за участю податкових органів); бюджетної системи та бюджетного процесу, державного боргу; державного регулювання ринків фінансових послуг.

Говорячи про спори, що ініціюються за участі Держфінінспекції чи в яких Держфінінспекція є відповідачем або третьою стороною, зазвичай, мова йде про категорію спорів з бюджетної системи та бюджетного процесу, державного боргу (код 9.3. [13]). Наведені вище статистичні показники демонструють саме цю категорію спорів. При їх розв'язанні судді мають опиратися, насамперед, на положення Конституції України та чинного бюд-



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

жетного законодавства, яке вже згадувалося вище. Останнє дає можливість виявити фінансові (передусім бюджетні) правопорушення, що стали предметом спорів. Досить часто мова йде про порушення цільового використання бюджетних коштів.

Прикладом може бути постанова Вищого адміністративного суду України від 20.06.2012 року у справі К-18139/10, в якій було відмовлено у позові Нікітському ботанічному саду — Національному науковому центру до Головного контрольно-ревізійного управління України та задоволено касаційну скаргу останнього. Підставою для прийняття такого рішення по справі стало встановлення в процесі судового розгляду того факту, що «позивачем в ході виконання наукових робіт частину коштів загального фонду державного бюджету за кодом програмної класифікації видатків 6591030 «Фундаментальні дослідження у сфері природничих і технічних наук у сфері агропромислового комплексу» на суму 1 240 450,22 грн використано для оздоровлення працівників УААН та підпорядкованих їй установ і організацій». Отож, колегія суддів Вищого адміністративного суду України дійшла до висновку, що суди попередніх інстанцій до спірних правовідносин неправильно застосували положення ст. 119 БК України, чинного на момент виникнення спірних правовідносин, що призвело до ухвалення незаконного судового рішення. Усе це і дало підстави прийняти зазначене вище рішення.

Контроль за цільовим використанням бюджетних ресурсів є прямою функцією Держфінінспекції. Не даремно у фаховій літературі підкреслюють, що «з метою запобігання вчиненню правопорушень у фінансовій сфері, їх виявлення, органи ДКРСУ здійснюють контроль за цільовим та ефективним використанням коштів державного та місцевих бюджетів, тобто перевіряють витрачання бюджетних коштів

на цілі, які встановлені бюджетним призначенням, затвердженим законом про Державний бюджет України або рішенням про місцевий бюджет, встановленим бюджетним асигнуванням, кошторису або плану використання бюджетних коштів» [15, 351].

Водночас, як засвідчує аналіз практичної діяльності органів Держфінінспекції, як і аналіз судової практики адміністративних судів у процесі розв'язання спорів з порушень бюджетної системи та бюджетного процесу, далеко не завжди докази по справі можуть бути оцінені правильно у першій інстанції. Це тягне за собою потребу звертатися до апеляційної, а нерідко — й до касаційної інстанції. Значною мірою складність таких спорів пов'язується зі складністю бюджетного законодавства. Останнє ж навряд чи можна охарактеризувати як стабільне й однозначне. Адже навіть БК України отримав у 2010 році нову редакцію, не говорячи про численні зміни. Лише із прийняттям останньої редакції у кодексі було виписано чітко поняття бюджетного правопорушення та деталізовано перелік таких правопорушень (хоча зазначений перелік і не є вичерпним). Деталізовано значною мірою повноваження органів спеціальної фінансової компетенції щодо залучення до здійснення фінансового контролю та можливості виявляти бюджетні правопорушення й застосовувати до порушників відповідні санкції. Численні підзаконні акти, що діють сьогодні у сфері публічних фінансів, зокрема й пов'язані з перекресною компетенцією у сфері фінансового контролю відповідних уповноважених державою органів, а також неузгодженість термінологічного апарату, вміщеного у фінансовому законодавстві й іншому галузевому законодавстві — ці та інші фактори суттєво ускладнюють розв'язання спорів з публічної фінансової політики адміністративними судами.

Отож, актуальним і таким, що заслуговує на ґрунтовне наукове дослід-



ження, є питання взаємодії між органами Держфінінспекції та судовими органами, а саме адміністративним су-

дочинством, в межах якого розглядається ця категорія спорів. ♦

Список використаних джерел

1. Орлюк О. П. *Фінансове право : академічний курс* / О. П. Орлюк. — К. : Юрінком Інтер, 2010. — 808 с.
2. Савченко Л. А. *Правові проблеми фінансового контролю місцевих фінансів: [монографія]* / Л. А. Савченко, А. А. Коваленко. — К. : КиМУ, 2010. — 124 с.
3. Пилипенко В. *Роль Рахункової палати у процесі інтеграції України до Європейського Співтовариства* / В. Пилипенко // *Аудит державних фінансів. Роль та значення фінансового контролю в удосконаленні системи управління державними фінансами: функції парламенту, внутрішнього та зовнішнього аудиту: матеріали міжнародної конференції, Київ, 04–05.04.2003 року*. — К., 2003.
4. *Цивільний кодекс України від 16.01.2003 року № 435-IV* // *Відомості Верховної Ради України*. — 2003. — № № 40–44. — Ст. 356 (зі змінами).
5. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. / за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця*. — 2-ге вид., перероб. і допов. — К. : Юрінком Інтер, 2005. — Т. 1. — 832 с.
6. *Указ Президента України «Про Положення про Державну фінансову інспекцію України» від 23.04.2011 року № 499/2011* // *Офіційний вісник України*. — 2011. — № 31. — Ст. 1325.
7. *Бюджетний кодекс України від 08.07.2010 року № 2456-VI* // *Відомості Верховної Ради України*. — 2010. — № 50–51. — Ст. 572 (зі змінами).
8. *Наказ Міністерства фінансів України «Про затвердження положень про територіальні органи Державної фінансової інспекції України та їх підрозділи» від 03.10.2011 року № 1236, затверджено в міністерстві юстиції України 19.10.2011 року за № 1212/19950*.
9. *Господарський кодекс України від 16.01.2003 року № 436-IV* // *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. — 2003. — № 18, № 19–20, № 21–22. — Ст. 144 (зі змінами).
10. *Звіт про результати роботи органів Державної фінансової інспекції за 2011 рік [Електронний ресурс]*. — Режим доступу до ресурсу : <http://www.dkrs.gov.ua/kru/uk/publish/article/85222>
11. *Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 року № 8073-X* // *Відомості Верховної Ради Української РСР (ВВР)*. — 1984. — Додаток до № 51. — Ст. 1122 (зі змінами).
12. *Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 року* // *Відомості Верховної Ради України*. — 2007. — № 35–36, № 37. — Ст. 44 (зі змінами).
13. *Вищий адміністративний суд України : офіційний сайт [Електронний ресурс]*. — Режим доступу до ресурсу : <http://www.vasu.gov.ua>.
14. *Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]*. — Режим доступу до ресурсу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/25220874>.
15. Савченко Л. А. *Правові основи фінансового контролю : навч. посібн.* / Л. А. Савченко. — К. : Юрінком Інтер, 2008. — 504 с.

Надійшла до редакції 24.09.2012 року.

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ІНСТИТУТУ ЕКСПЕРТИЗИ ЗАКОНОПРОЕКТІВ

Олена Богачова,

*старший науковий співробітник, завідувач відділу теорії і практики
законотворчої діяльності Інституту законодавства Верховної Ради України,
директор Української школи законотворчості Інституту законодавства
Верховної Ради України, кандидат юридичних наук, заслужений юрист України*

Формування наукових поглядів щодо експертизи законопроектів як окремої стадії процесу створення законів, на нашу думку, належить до новітнього періоду досліджень законотворення. У контексті цих досліджень, які проводилися з метою вдосконалити практику законотворення, здійснювалася теоретична розробка, диференціація й обґрунтування деяких складових цього процесу, а отже ці дослідження проводилися з позицій вже сучасного уявлення про законотворення.

Різним загальнотеоретичним та практичним аспектам експертизи законопроектів у контексті законотворчого процесу присвячені праці вітчизняних і зарубіжних авторів: С. Алексєєва, Л. Апта, Ю. Арзамасова, Ж.-Л. Бержеля, Дж. Бейтса, Р. Бержерона, О. Богачової, Н. Власенко, О. Гаврилова, Т. Губаєвої, Ж. Дзейко, Т. Дідича, О. Зайчука, Р. Ієринга, Т. Кашаніної, Д. Керимова, О. Копиленка, Л. Мадера, Д. Монастирського, А. Нашиць, А. Піголкіна, Н. Оніщенко, З. Погорелової, П. Рабіновича, А. Ришелюка, А. Селіванова, В. Сіренка, О. Скаун, А. Ткачука, Ю. Тихомирова, Д. Чухвичева та ін.

Наукові дослідження цих авторів проводять теоретичну розробку основних положень інституту експертизи законодавчих актів та їх проектів у контексті аналізу певних видів експертизи.

Відомий російський науковець Ю. Тихомиров визначає експертизу

законопроектів як найважливіший технологічний етап законотворчого процесу. Розкриваючи зміст такого визначення, він зазначає, що експертиза, зокрема, передбачає оцінку проекту закону з позиції відповідності законодавчих рішень, які проектуються, з іншими правовими актами та відповідність положень законопроекту сучасним досягненням вітчизняної і зарубіжної правової науки та юридичної практики, коректності застосування тих або інших засобів юридичної техніки [1, 113]. У своїх роботах Ю. Тихомиров особливу увагу приділяє теоретичному осмисленню значення суспільного обговорення при проведенні експертизи проектів законодавчих актів [2, 194].

Також поширена думка, відповідно до якої зміст визначення інституту експертизи розкривається через питання визначення якості норм законодавчих актів [3].

Іншим визначенням експертизи законопроектів, у науковій літературі є таке: експертиза законопроекту — це спеціальне дослідження, що здійснюється з метою оцінки якості законопроекту, його відповідності Конституції та чинному законодавству, оцінки перспектив дії закону, прийнятого на основі даного законопроекту [4, 193].

Близьким за змістом є визначенням експертизи законопроектів як спеціального дослідження, що здійснюється для оцінки відповідності Конституції тексту законопроекту, його узгодженості з чинним законодавством, та визна-



чення якості законопроекту з погляду правил законодавчої техніки [5, 145].

Інститут експертизи розглядається також як один з елементів системи соціального порядку, функціонально орієнтованої на забезпечення правового регулювання суспільних відносин, що виникають між суб'єктом і об'єктом законодавчого впливу [6].

Незважаючи на те, що визначення експертизи законопроектів різних авторів дещо різняться, з наведеного вбачається спільність наукових підходів до доктринального визначення цього інституту.

Вивчення наукової юридичної літератури дає змогу дійти висновку про необхідність продовження досліджень теоретичних і методологічних аспектів експертизи законопроектів як комплексного та системного явища, наукового та теоретичного осмислення практики її проведення.

Отже, однією з головних складових законотворення, що розглядається як окрема стадія цього процесу, що значною мірою визначає якість та досконалість розробленого на основі концепції та відповідно до правил законодавчої техніки проекту закону, є експертиза законопроекту.

Для більш ґрунтовного та детального дослідження цієї тематики, на нашу думку, необхідно застосувати диференційований підхід при аналізі зазначеного поняття, котре має дві складові — експертиза та законопроект.

Отже, поняття експертиза (франц. *expertise*, від лат. *expertus* — досвідчений, випробуваний) означає вивчення, перевірку, аналітичне дослідження, кількісну чи якісну оцінку висококваліфікованим фахівцем, групою фахівців, установою, організацією певного питання, явища, процесу, предмета тощо, які вимагають спеціальних знань у відповідній сфері суспільної діяльності. Результати експертизи оформляються у експертний висновок. Здійснення експертної діяльності ґрунтується на законодавчо

закріплених принципах, основними з яких є: компетентність, незалежність і об'єктивність осіб, які проводять експертизу; відповідність їх дій чинному законодавству; комплексний підхід до вивчення об'єкта експертизи на основі новітніх знань; взяття до уваги громадської думки щодо об'єкта експертизи; відповідальність за достовірність і обґрунтованість експертних висновків [7, 333–334].

Друга складова поняття — законопроект — визначає предмет проведення експертизи.

Тож, експертизу законопроекту доречно визначити як науково-практичний, системний, усебічний узагальнений аналіз проекту закону. Цей аналіз здійснюється на підґрунті цілісності інформації щодо досліджуваного предмета [8, 60].

У зазначеному контексті доречно навести відомий вислів Р. Декарта: «Для вирішення складного завдання, його необхідно поділити на максимальну кількість складових». При цьому загальною метою дослідника (експерта) є так скомбінувати основні складові в їх адекватних співвідношеннях і зв'язках, аби завчасно передбачити наслідки застосування певних правових норм [9, 5].

Отже, на нашу думку, експертиза законопроекту має зважати на множинність ознак предмета, тобто множинність ознак проекту закону, по багатьох напрямках, які доповнювали б одне одного, створюючи цілісну картину проекту закону в сучасних умовах. Метою здійснення цього аналізу має бути виявлення можливих позитивних і негативних наслідків його дії та забезпечення якості й обґрунтованості проекту закону.

З огляду на це, завданням експертизи є комплексний аналіз проекту закону. Складовими такого аналізу є: перевірка відповідності проекту вимогам і нормам чинних законів, правилам законодавчої техніки; оцінка відповідності проекту сучасному рівню



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

наукових знань, соціальній і економічній доцільності; аналіз рівня використання наукових досліджень, світового досвіду; прогнозування соціально-економічних, правових та інших наслідків реалізації закону; підготовка обґрунтованих експертних висновків тощо [10, 94–95].

З наведеного логічно випливає, що експертиза законопроектів як комплексне та багатогранне явище, що означає оцінювання якості проекту закону в комплексі спеціалізованих аспектів, може мати різні види.

Так, законопроекти можуть підлягати таким видам експертизи, як правова (юридична), наукова правова, фінансово-економічна, гендерна, а також історична, політична, прогностична, порівняльна, логіко-семантична, коректорська експертиза тощо.

Якщо більш детально розглянути певні види експертизи законопроектів можна визначити певні їх види [11, 66–68].

Наукова правова експертиза проводиться з метою встановлення рівня відповідності законопроекту загально-визнаним принципам та ідеям правотворчості, що склалися у вітчизняній та світовій правотворчій діяльності. Завданням цієї експертизи є визначити ступінь відповідності правових приписів об'єктивним і суб'єктивним закономірностям, які притаманні суспільним відносинам, що становлять предмет регулювання проекту; взяття до уваги попередньої та поточної практики нормативного регулювання такої ж чи аналогічної сфери суспільних відносин в Україні та за кордоном; максимальне залучення та використання в експертному дослідженні наявної наукової інформації, статистичних та інших даних, докладне обґрунтування положень, які наводяться; прогностична оцінка можливих наслідків реалізації положень проекту, ступеня та характеру їхнього можливого впливу на соціально-економічні відносини, що становлять предмет правового ре-

гулювання; проведення в разі необхідності спеціальних досліджень з найбільш складних питань або щодо яких відсутня відповідна науково підтверджена інформація. До предмета наукової правової експертизи можуть бути додатково включені такі питання: чи можлива реалізація проекту в конкретних соціально-економічних умовах, що склалися в певний час в суспільстві; якщо ні, то в якій частині й чому; які соціально-економічні процеси та явища можуть скласти сприятливі умови для реалізації проекту та чому; які соціально-економічні процеси та явища можуть скласти несприятливі умови для реалізації проекту чи унеможливити його реалізацію чому; яким може бути ставлення до проекту населення загалом, представників професійних груп, посадових осіб, яких він безпосередньо стосується; якими можуть бути наслідки реалізації проекту?

Мовно-термінологічна (зокрема й логіко-семантична) та коректорська експертиза — це вивчення питань відповідності вимогам ясності викладення тексту акта, чіткості правового понятійного апарату, внутрішньої узгодженості законопроекту, ґрунтовності та логічної послідовності викладу (форма, структура), обґрунтованості принципових розбіжностей, передбачуваних рішень, перевірка стилістики та граматики.

Кримінологічна (й корупціогенна також) експертиза — проведення дослідження й оцінки проектів законодавчих актів на основі науково обґрунтованої методики з використанням кримінологічних знань щодо запобігання злочинності. Виявлення положень, реалізація яких може посилювати дію причин і умов, які призводять до вчинення злочинів, або послаблювати соціальні засоби, спрямовані на усунення таких причин та умов. Прогнозування можливих негативних наслідків щодо посилення криміногенних чинників у разі реалізації положень проекту закону.



Гендерна експертиза проводиться з метою визначення дотримання принципу рівності прав чоловіків і жінок у положеннях проектів законодавчих актів.

Соціально-правова експертиза — особлива форма дослідження ролі людини в правовому прогресі, суспільних відносинах, які регулюватимуться проектом. Стосується забезпечення системного правового регулювання рівних можливостей особи в суспільному житті — політичній, економічній, гуманітарній сферах тощо. Це — специфічний засіб раціоналізації законотворчості та правозастосування, пов'язаний з оцінкою соціальних якостей законів, їхньої ефективності, сприяння суспільному прогресу.

Екологічна експертиза законопроекту — вивчення питань встановлення дотримання вимог екологічної безпеки, охорони навколишнього природного середовища, раціонального використання та відтворення природних ресурсів, захисту екологічних прав й інтересів громадян і держави.

Як уже зазначалося, можуть проводитися також історична експертиза (спрямована на вивчення актуальності законопроекту, його новизни, історичних аналогів, національної специфіки (особливостей менталітету)); політична експертиза (що виявляє співвідношення із сучасною державною політикою, державною програмою правової політики у взаємозв'язку з економічними та політичними реформами, з чинним законодавством, принципами верховенства права, принципами громадянського суспільства, принципами демократичності, нормами міжнародного права, міждержавними угодами); прогностична експертиза (забезпечує планування результатів і передбачення наслідків); порівняльна експертиза (оцінка проекту закону на наявність альтернативи правовому реформуванню).

У контексті питання визначення та нормативного закріплення переліку основних видів експертизи законопроектів, які мають обов'язково здійснюва-

тися для забезпечення комплексного та всебічного аналізу якості розробленого проекту законодавчого акта, на нашу думку, потрібно зазначити, що будь-яка спроба навести повну класифікацію можливих видів експертизи законопроектів не є вичерпною, оскільки практика завжди залишається більш складною та різноплановою за будь-яких теоретичних моделей, а, відповідно, предмет дослідження, який визначатиме вид експертизи, може бути як вузькоспеціальним, так і комплексним, тобто нетиповим.

Як уже зазначалося, загальною метою всебічного експертного вивчення й аналізу законопроекту є проведення комплексної та узагальнювальної оцінки його якості, тобто визначення ступеня відповідності його структури та змісту певним теоретично визначеним і нормативно закріпленим критеріям якості з різних аспектів, та прогнозування результатів дії майбутнього закону.

Комплексний характер експертизи визначається тим, що вивчення та проведення аналізу щодо законопроекту має відбуватися з використанням даних з різних галузей знань. Відомі дві основні форми комплексної експертизи: 1) спільне проведення дослідження експертами та підписання ними загального акта експертизи; 2) роздільне проведення досліджень з наступним синтезуванням проміжних результатів. Перша форма комплексної експертизи передбачає, що кожен з експертів володіє даними інших галузей знань у такому обсязі й такою мірою, котрі дозволяють їм брати на себе відповідальність за правильність загального висновку. У здійсненні другої форми комплексної експертизи наявність комплексних знань обов'язкова лише для тих експертів, які підписують спільний акт експертизи [7, 335–336].

Беручи до уваги природу закону як нормативно-правового акта вищої юридичної сили, що приймається представницьким законодавчим органом,



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

регулює найважливіші сфери суспільних відносин і дія якого поширюється на всіх членів суспільства, одним з головних видів експертизи законопроектів є правова (юридична) експертиза.

Правова експертиза визнана як неодмінний та обов'язковий компонент законотворчого процесу [12, 153].

Правова експертиза проекту закону — це об'єктивне та повне дослідження поданого на розгляд експертів законопроекту відповідно до предмета експертизи на основі загальносуспільних та загальнодержавних інтересів, засад побудови правової системи; відповідності конституційному обов'язку держави щодо утвердження та забезпечення прав і свобод людини.

За підставами для проведення правова експертиза може бути первинною, повторною, додатковою та контрольною.

Порядок проведення правової експертизи може передбачати такі стадії: визначення типових характеристик проекту (предмета, методу регулювання) та ступеня його відповідності правовій системі України (концептуальна оцінка); визначення ступеня врахування практики нормативного регулювання такої ж чи аналогічної сфери суспільних відносин, а також міжнародних конвенцій, договорів з правових питань; встановлення всіх змістових зв'язків положень проекту з нормами, що містяться в інших законах і нормативно-правових актах (системно-юридична оцінка); визначення ступеня відповідності проекту закону загалом та певних його елементів (правових інститутів, груп норм, норм, юридичних термінів) вимогам законодавчої техніки (юридико-технічна оцінка); узагальнення оцінок і формулювання загального висновку щодо подальшого проходження проекту закону (експертний висновок).

До предмета правової експертизи, на нашу думку, можуть належати такі питання: чи відповідає проект загальним принципам побудови право-

вої системи України; якщо ні, то в чому це виявляється; чи відповідають положення проекту нормам Конституції України, а також законам, що належать до відповідної галузі права; якщо ні, то яким саме нормам; чи відповідає зміст проекту рівню його юридичної сили; якщо ні, то які саме положення проекту не відповідають рівню його юридичної сили; чи відповідає зміст проекту соціально-економічним відносинам, що становлять предмет його регулювання; якщо ні, то в чому саме; чи відповідає проект нормам чинних міжнародних договорів України; якщо ні, то в який частині; чи врахований при підготовці проекту історичний та сучасний досвід регулювання даних або аналогічних питань в Україні і за кордоном; які положення проекту вже були нормативно закріплені в минулому і довели свою ефективність, а які не дали належних результатів; які положення проекту, що суперечать чинним законам, не є достатньо обґрунтованими і мають бути вилучені або доповнені; чи відповідає структура проекту установленим принципам побудови проекту закону; якщо ні, то чому; яких змін потребує структура проекту; які положення проекту мають бути змінені, доповнені або вилучені з нього і чому; які правові конструкції та терміни мають бути змінені, доповнені або вилучені з проекту і чому; яким є рівень редакційно-лексичної підготовки проекту; які редакційні та лексичні зміни мають бути внесені до тексту проекту і чому?

Наведений перелік питань правової експертизи є орієнтовним і призначений для експертного дослідження проекту закону будь-якої галузі права. Залежно від змісту законопроекту, особливостей предмета його регулювання, виду експертизи до нього можуть бути включені додаткові питання більш конкретного характеру [10, 95–97].

Отже, на нашу думку, сучасний стан інституту експертизи законо-



проектів потребує розробки відповідних науково-методичних рекомендацій, що мають базуватися на результа-

тах комплексного вивчення всіх аспектів інституту експертизи. ♦

Список використаних джерел

1. Глобализация и развитие законодательства : очерки / отв. ред. Ю. А. Тихомиров, А. С. Пиголкин. — М. : Городец, 2004. — 464 с.
2. Тихомиров Ю. А. Теория закона / Ю. А. Тихомиров. — М. : Наука, 1982. — 258 с.
3. Апт Л. Ф. Правовые дефиниции в законодательстве / Л. Ф. Апт // Проблемы юридической техники. — Нижний Новгород, 2000. — С. 301–315.
4. Турецкий Н. Н. Законодательная ветвь власти Казахстана : монография / Н. Н. Турецкий. — Алматы : Норма-К, 2011. — 336 с.
5. Рагозин В. Ю. Правовая экспертиза законопроектов в Российской Федерации : дис... канд. юрид. наук: 12.00.02 / В. Ю. Рагозин. — М., 1998. — 166 с.
6. Андреев И. С. Системный подход к понятию экспертизы нормативного правового акта / И. С. Андреев // Журнал российского права. — М. : Норма, 2001. — № 6. — С. 51–55.
7. Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. — Т. 2: П–С. — К. : Укр. енцикл., 1998. — 768 с.
8. Богачова О. В. Законотворчий процес в Україні: проблеми вдосконалення : дис... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Богачова Олена Вікторівна. — К., 2006. — 180 с.
9. Берет К. Тестирование и апробация законопроектов : рекомендации по предварительной экспертизе и совершенствованию законодательных норм / К. Берет, В. Хуггер ; пер. с нем. — М., 1999. — 164 с.
10. Законотворча діяльність : словник термінів і понять / за ред. акад. НАН України В. М. Литвина. — К. : Парламентське вид-во, 2004. — 334 с.
11. Богачова О. В. Законопроекткування / О. В. Богачова та ін.; за ред. : О. Л. Копиленка, О. В. Богачової. — К. : Реферат, 2010. — 176 с.
12. Законодательный процесс. Понятие. Институты. Стадии : научно-практическое пособие / Алейник А. А., Васильев Р. Ф., Квачева Н. Е. и др. ; отв. ред. Р. Ф. Васильев. — М. : Юриспруденция, 2000. — 318 с.

Надійшла до редакції 26.06.2012 року

ДІЯЛЬНІСТЬ У СФЕРІ ЖИТЛОВОГО БУДІВНИЦТВА В СИСТЕМІ ОБ'ЄКТІВ ФІНАНСОВО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Ігор Кушнір,

здобувач Інституту законодавства Верховної Ради України

Під правовий уплив підпадають будь-які суспільні відносини. Стосується це різноманітних сфер людської життєдіяльності, зокрема й житлового будівництва. Останнє є об'єктом правового регулювання різних галузей права, й об'єктом фінансово-правового регулювання також. Водночас доведення того факту, що зазначена сфера суспільних відносин є об'єктом фінансово-правового регулювання, має здійснюватися із застосуванням методу від загального до конкретного, а саме: від теоретико-правового до фінансово-правового аналізу.

Попри те, що в юридичній літературі підіймалися питання дослідження правової природи фінансів, безпосередньо категорії «публічні фінанси», все ж такі дослідження проводилися поза сферою відносин, які виникають у галузі житлового будівництва.

При тому, що в Україні низку досліджень присвячено проблемам будівництва, й житлового також, усі вони виконувалися поза межами фінансово-правової сфери. Так, проблеми будівництва розглядалися у межах адміністративно-правових аспектів (Г. Гриценко, В. Ромасько, А. Матвійчук, Н. Савенко, О. Соколовська, Б. Семенко), цивільно-правових (Л. Радченко, Ю. Ходико, О. Соболев, В. Січевлюк), земельно-правових (Є. Іванова, С. Кравченко, Р. Мовчан), проблемам державного управління (П. Покатаєв, К. Пивоваров).

Єдиним дисертаційним дослідженням у фінансовому праві з цього на-

прямку була лише кандидатська дисертація О. Сударенко на тему «Правове регулювання фінансування житлового будівництва в Україні», захищена в 2006 році. Водночас за ці роки чинне законодавство зазнало кардинальних змін, що вимагає висвітлення нових тенденцій і пошуку нових шляхів розв'язання проблем, які виникають у сфері бюджетного фінансування житлового будівництва, а також забезпечення державної підтримки будівництва доступного житла.

Водночас сфера житлового будівництва постійно перебуває під пильною увагою як широкої громадськості, так і безпосередньо під контролем та наглядом органів державної влади. Для підтвердження наведеної тези достатньо навіть проаналізувати чинну нормативно-правову базу. Наприклад, відповідно до Закону України «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва» від 25.12.2008 року № 800-IV [1] надання громадянам державної підтримки на будівництво (придбання) доступного житла було визначено одним з основних шляхів подолання кризових явищ у будівництві (ст. 1). При цьому в законі було також унормовано механізм будівництва доступного житла, зокрема й визначено поняття доступного житла та державної підтримки його будівництва або придбання, коло осіб, які мають право на отримання такої підтримки, джерела фінансування бу-



дівництва доступного житла, основні вимоги до такого житла тощо. Кабінету Міністрів України доручено передбачати в Державному бюджеті на 2009 та наступні роки видатки на будівництво доступного житла в обсязі 0,5 % ВВП.

У Житловому кодексі Української РСР [2] у ст. 9 закріплено норму про можливість забезпечення громадян постійним житлом шляхом будівництва чи придбання доступного житла за рахунок надання державної підтримки в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України. Земельним кодексом України Передбачено можливість надання земельних ділянок державної та комунальної власності під будівництво доступного житла без проведення земельних торгів (ст. 134).

Згідно з п. 3 ч. 3 ст. 40 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» від 17.02.2011 року № 3038-VI [3], замовники будівництва будинків житлового фонду соціального призначення та доступного житла не залучаються до пайової участі у розвитку інфраструктури населеного пункту. Хоча, зазвичай, така пайова участь передбачає перерахування замовником до прийняття об'єкта будівництва в експлуатацію до відповідного місцевого бюджету коштів для створення та розвитку інфраструктури населеного пункту (зазначений Закон вводить у дію з 01.01.2013 року).

На землях оборони без зміни їхнього цільового призначення дозволено здійснювати будівництво доступного житла. Це положення закріплене ст. 4 Закону України «Про використання земель оборони» від 27.11.2003 року № 1345-IV [4]. Крім цього, Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення державного регулювання у сфері будівництва житла» від 29.06.2010 року № 2367-VI [5] було спрощено прийняття об'єктів в експлуатацію, проведення комплексної державної експертизи, два види обов'язкового страхування (будівель-

но-монтажних робіт і майнових ризиків) замінено добровільними.

Отже, як видно, навіть без аналізу підзаконної бази, питання житла, і доступного також, є предметом регулювання актів різних галузей законодавства. Не є винятком і фінансове законодавство. Наприклад, ще в 2003 році, відповідно до чинного тоді Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб» від 22.05.2003 році № 889-IV [6], було встановлено податковий кредит на витрати платника податку на будівництво (придбання) доступного житла, зокрема й на погашення пільгового іпотечного житлового кредиту, наданого на такі цілі, та процентів за ним (наприкінці року повертатиметься частина сплаченого податку) (ст. 5).

Нині, відповідно до п. 165.1.34 ст. 165 Податкового кодексу України [7] до оподатковуваного річного (місячного) доходу платника податку з доходів фізичних осіб не враховується вартість житла, що передається з державної чи комунальної власності у власність платника податку безоплатно або із знижкою відповідно до закону, а також сума державної підтримки на будівництво чи придбання доступного житла, яка надається платнику податку відповідно до законодавства. Цією ж статтею встановлено, що якщо платник податку з-поміж державних службовців і привілейованих до них осіб має право на отримання одноразової грошової компенсації витрат для створення належних житлових умов відповідно до законодавства, сума такої компенсації оподатковується як додаткове благо під час її нарахування (виплати) за її рахунок.

Відповідні норми стосовно житла встановлюються постійно й у поточному бюджетному законодавстві. Наприклад, у Законі України від «Про Державний бюджет України на 2010 рік» 27.04.2010 року № 22154-VI [8] було визначено видатки на будівництво (придбання) доступного житла за рахунок Стабілізаційного фонду в обсязі



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

1 млрд 40 млн грн. Хоча пізніше після внесення змін такі видатки були зменшені до 390 млн грн, що значно знижує можливості виконання програми. Аналогічні положення можна віднайти й у інших поточних законах про Державний бюджет.

Як приклад залучення фінансових ресурсів до житлового будівництва може бути й діяльність Державного фонду сприяння молодіжному житловому будівництву. Фонд є державною спеціалізованою установою, підпорядкованою Кабінету Міністрів України та був утворений з метою сприяння проведення державної житлової політики. З 1998 до 2009 року Фондом було надано 9771 пільговий довготерміновий кредит на будівництво та придбання житла з державного й місцевих бюджетів різних рівнів на загальну суму близько 1,05 млрд грн. За цей період збудовано більш ніж 7 000 квартир.

Окремої уваги заслуговує програма доступного житла. Ця програма була розпочата ще в 2010 році і може розглядатись як більш комплексна порівняно з програмою підтримки молодіжного житлового будівництва (кредитування), що стане її складовою. Крім цього, у програмі доступного житла на встановлюються обмеження за віком, на відміну від молодіжного кредитування. Якщо програма пільгового кредитування передбачає повернення коштів упродовж 30 років, то «Доступне житло» передбачає надання безповоротної 30 % державної субсидії. Також програма доступного житла пропонує здешевлення не тільки за рахунок субсидій держави, але й за участю органів місцевого самоврядування, які можуть виділяти земельні ділянки під будівництво.

Отже, як видно з вищенаведеного, діяльність у сфері житлового будівництва є предметом регулювання не лише господарського, цивільного, житлового, земельного права, але й об'єктом фінансово-правового регулювання.

Теорія права під об'єктом правовідношення розуміє те реальне благо, на використання чи охорону якого спрямовані суб'єктивні права та юридичні обов'язки. В. Перевалов підкреслює, що об'єкт правовідношення дуже тісно пов'язаний з інтересом управомоченої сторони та є благом, що перебуває в її розпорядженні та охороняється державою. При цьому об'єктами можуть бути різноманітні предмети, що представляють цінність для суб'єкта права [9, 350].

Більш широко до визначення об'єкта правовідносин підходять представники харківської школи, зокрема, О. Петришин, М. Цвік та ін. Під об'єктом правовідносин вони розуміють матеріальні чи нематеріальні блага, задля одержання, передачі або використання яких виникають права й обов'язки учасників правовідносин [10, 343]. Учені підкреслюють, що об'єкти правовідносин конкретизовані, вони пов'язані з правами і обов'язками суб'єктів правовідносин, можливістю користуватися та розпоряджатися будь-чим і дають змогу претендувати на певні за характером дії інших осіб.

Перелік об'єктів правовідносин є, фактично, необмеженим. До об'єктів залежно від характеру та видів правовідносин можуть бути віднесені:

- предмети матеріального світу: частини матеріальної природи, природні ресурси, земля, надра, ліс тощо;
- речі та цінності: засоби виробництва і споживання, будівлі, цінні папери, гроші тощо;
- особисті немайнові блага: життя, безпека, честь, гідність, відпочинок, освіта, здоров'я, свобода, право на ім'я, недоторканість житла та ін.;
- послуги як результат певної поведінки, внаслідок якої виникають права й обов'язки суб'єктів правовідносин, здійснюються у сферах управління, побутового обслугову-

вання, господарській, культурній, освітянській та інших;

- продукти духовної творчості — результати інтелектуальної діяльності [10, 344; 11, 446].

Зазначені різноманітні підходи щодо визначення суті об'єктів правовідносин дозволили говорити про те, що існує дві базові концепції — моністична та плюралістична. Моністична концепція обстоює позицію, що об'єктом правовідносин можуть бути лише дії суб'єктів, адже саме дії, вчинки людей підлягають регулюванню юридичними нормами й лише людська поведінка здатна реагувати на правовий вплив. Звідси в усіх правовідносин єдиний, загальний підхід. Згідно з іншою, більш реалістичною позицією, об'єкти правовідносин настільки різноманітні, наскільки різноманітні правовідносини, що регулюються правом [11, 445].

Якщо виходити з викладеного вище, можна дійти висновку, що фінансове право стоїть на плюралістичних позиціях при розв'язанні питання, що є об'єктом фінансового правовідношення. Адже в теорії фінансового права під об'єктом фінансових правовідносин розуміють публічні фонди коштів, які формуються, розподіляються та використовуються внаслідок реалізації суб'єктивних прав і юридичних обов'язків учасників фінансових відносин. Так, О. Орлюк підкреслює, що зважаючи на значення публічної фінансової діяльності для функціонування держави, об'єкт фінансових правовідносин завжди буде пов'язаний з інтересом держави [12, 45].

Фінансові правовідносини є відносини майнового характеру. Сучасний стан теорії фінансового права дає підстави говорити, що в тих випадках, коли мова йде про регулювання процедур, що виникають у сфері бюджетного, податкового права тощо, в такому разі задіяними є фінансово-процесуальні відносини. Тож, майновий характер фінансових правовідносин не

підлягає сумніву. Мобілізація, розподіл, перерозподіл і використання публічних фондів коштів становлять суть публічної фінансової діяльності.

У своїх дослідженнях учені наголошують на публічному характері матеріальних фондів, які є основою фінансової системи держави. А. Нечай підкреслює, що матеріальні фонди є фінансовим ресурсом, за рахунок якого забезпечується формування публічних грошових фондів. Зважаючи на це, під предметом фінансового права вона пропонує розуміти суспільні відносини, пов'язані із задоволенням усіх видів публічного інтересу, що виникають у процесі утворення, управління, розподілу (перерозподілу) та використання публічних фондів грошових коштів, публічних матеріальних фондів, створених як публічний фінансовий ресурс, а також із здійсненням контролю над цим процесом [13, 121–122].

Через публічні фонди коштів проходять фінансові інструменти, до яких належні такі види:

- грошові кошти в готівковій і безготівковій формі;
- цінні папери (облігації, ощадні сертифікати, чеки, що мають грошове вираження, є ощадними чи розрахунковими та мають певний мінімальний обіг), зокрема й похідні цінні папери (ф'ючерси, форварди, опціони, свопи, варанти тощо);
- валютні цінності, що відповідають вимогам валютного законодавства, а саме є законним засобом платежу на території держави, не можуть бути вилученими з обігу, при цьому дорогоцінні метали та каміння мають відповідати технічному вміщенню й повинні бути допущеними до цивільного обороту.

Прикладом різноманітних фінансових інструментів можуть бути гроші. Так, Є. Алісов звертає увагу на те, що фінансово-правове регулювання суспільних відносин, пов'язаних з гро-



шовим обігом, вказує на визначальну рису фінансового права як одного з провідних регуляторів економічних відносин, на необхідність забезпечення найбільшої ефективності регулятивного впливу фінансово-правових норм на рух грошей у країні відповідно до стратегічних і поточних потреб розвитку держави та суспільства, підкреслює і теоретичний, і прикладний характер фінансово-правової науки для вдосконалення чинного національного законодавства України [14, 280].

На погляд науковців, зазначені три об'єкти фінансових відносин відображають три основні сегменти фінансового ринку, на яких працюють фінансові посередники, — ринок капіталів, ринок цінних паперів (вторинний) і валютний ринок. Водночас зрозуміло, що зазначені три групи фінансових інструментів є лише узагальненням усього їх розмаїття [12, 18]. Крім цього, зазначені фінансові інструменти є об'єктом фінансових операцій, під якими розуміють дії, спрямовані на організацію та управління грошовими і грошово-кредитними відносинами, що виникають при формуванні й використанні фінансових інструментів.

У фаховій літературі також з'явилися поняття фінансово-правового зобов'язання. Його об'єктом, на погляд Д. Гетманцева, є грошові кошти, валютні цінності, цінні папери (зокрема й деривати та аналогічні їм інструменти), що разом становлять фінансові інструменти [15, 134]. Тож об'єктом фінансово-правового зобов'язання виступають публічні фінансові ресурси. Звісно, сфера житлового будівництва не може розглядатись як об'єкт фінансово-правового зобов'язання.

Якщо брати безпосередньо сферу житлового будівництва, то вона, попри надзвичайну актуальність у житті, фактично, кожного громадянина держави, все ж майже не обиралася як предмет фінансово-правового наукового пошуку. Єдина на сьогодні дисертація О. Сударенко була присвячена проб-

лемам правового регулювання фінансування житлового будівництва в Україні. Так, автор увела поняття фінансування будівництва житла як засноване на правових нормах планове, цільове, безповоротне виділення державних коштів і коштів місцевого самоврядування на будівництво житла, що має, переважно, адресний характер, та визначені його види. У роботі зазначалося, що в Україні, поряд з бюджетним фінансуванням будівництва житла, з'явилися й отримали розвиток державне кредитування та банківське кредитування будівництва житла. Також було визначено поняття державного кредитування будівництва житла як методу виділення коштів, при якому вільні державні кошти виділяються на виконання відповідної програми будівництва житла (цільове) для певних категорій громадян (адресне) на умовах строковості, зворотності, зазвичай, відплатності, в безготівковій формі в межах коштів, передбачених у бюджеті на відповідний рік, а також за рахунок інших джерел; визначено його особливості, а також здійснена класифікація його видів [16, 5–6].

Водночас оскільки фінансові інструменти, що обертаються через публічні фонди коштів, пронизують усі багатоманітні сфери суспільного життя, то винятком із цього переліку не буде і сфера житлового будівництва. Поєднуючи у собі комплексний характер відносин, які підлягають правовому регулюванню (відносини у сфері житлового права, права соціального забезпечення, земельного права, господарського права, фінансового права), так або так житлове будівництво підпадає під дію фінансово-правових норм.

Підсумовуючи, можна дійти загального висновку, що діяльність у сфері житлового будівництва є об'єктом фінансово-правового регулювання. Не лише з позицій нормативно-правового регулювання, але й тому, що ця діяльність так або так пов'язана з публічними фондами коштів. Передусім, це сто-



сується використання фінансових ресурсів з бюджетів відповідного рівня — залежно від того, яка програма житлового будівництва (загальнодержавна чи місцева) фінансується. Водночас ця діяльність пов'язана і з мобілізацією фінансових ресурсів, адже отримувати від неї доходи є одним з джерел доходів державного чи місцевих бюджетів, об'єктом нарахування обов'язкових (окрім податків) платежів тощо. Крім цього, така діяльність береться до уваги під час розподілу та перерозподілу фінансових ресурсів у публічних фондах коштів загальнодержавного та місцевого рівня.

Отже, діяльність у сфері житлового будівництва як об'єкт фінансово-правового регулювання можна визначити як діяльність, що безпосередньо пов'язана з усіма методами публічної фінансової діяльності (а саме мобілізацією, розподілом, перерозподілом і витрачанням фінансових ресурсів), а отже є об'єктною складовою публічних фондів коштів. ♦

Список використаних джерел

1. Закон України «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва» від 25.12.2008 року № 800-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР). — 2009. — № 19. — Ст. 257 (зі змінами).
2. Житловий кодекс Української РСР від 30.06.1983 року № 5464-X // Відомості Верховної Ради (ВВР). — 1983. — № 28. — Ст. 573 (зі змінами).
3. Закон України «Про регулювання містобудівної діяльності» від 17.02.2011 року № 3038-VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР). — 2011. — № 34. — Ст. 343.
4. Закон України «Про використання земель оборони» від 27.11.2003 року № 1345-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР). — 2004. — № 14. — Ст. 209.
5. Закон України «Про податок з доходів фізичних осіб» від 22.05.2003 року № 889-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР). — 2003. — № 37. — Ст. 308. (Закон втратив чинність).
6. Податковий кодекс України від 02.12.2010 року № 2755-VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР). — 2011. — № 13-14, № 15-16, № 17. — Ст. 112 (зі змінами).
7. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення державного регулювання у сфері будівництва житла» від 29.06.2010 р. № 2367-VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР). — 2010. — № 34. — Ст. 486 (зі змінами).
8. Закон України «Про Державний бюджет України на 2010 рік» від 27.04.2010 року № 22154-VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР). — 2010. — № 22-23, № 24-25. — Ст. 263 (зі змінами).
9. Теория государства и права : учебник / под. ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. — М. : ИНФРА-М-НОРМА, 1997. — 570 с.
10. Загальна теорія держави і права : підручник / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко [та ін.] ; за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. — Х. : Право, 2009. — 584 с.



11. Теорія держави і права : академ. курс : підручник / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. — [2-ге вид., перероб. і допов]. — К. : Юрінком Інтер, 2008. — 688 с.
12. Орлюк О. П. Фінансове право : академічний курс / О. П. Орлюк. — К. : Юрінком Інтер, 2010. — 880 с.
13. Нечай А. А. Публичные фонды как категория финансового права. Системообразующие категории в финансовом праве: состояние и перспективы трансформации / А. А. Нечай // Материалы конференции, Харьков. 15–16.04.2010 года. — Х. : НИИ гос. стр-ва и мест. самоупр., 2010. — С. 121–122
14. Алісов Є. О. Теоретичні проблеми правового регулювання грошового обігу в Україні : [монографія] / Є. О. Алісов. — Х. : ФОЛІО, 2004. — 288 с.
15. Гетманцев Д. О. Фінансово-правове зобов'язання як окрема категорія фінансового права : [монографія] / Д. О. Гетманцев. — К. : Юрінком Інтер, 2011. — 368 с.
16. Сударенко О. В. Правове регулювання фінансування житлового будівництва в Україні : автореферат дис... канд. юрид. наук / О. В. Сударенко // Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. — Київ, 2006. — 23 с.

Надійшла до редакції 19.09.2012 року

ВИЙШЛА З ДРУКУ

Коваль І. Ф.

Захист прав у сфері промислової власності: проблеми законодавчого забезпечення та правозастосування : монографія / Коваль І. Ф., НДІ ІВ НАПрН України. — К. : НДІ ІВ НАПрН України, Лазурит-Поліграф, 2011. — 320 с.

Монографія присвячена розгляду актуальних питань захисту прав суб'єктів господарювання у сфері промислової власності. Обґрунтовано нові теоретичні положення щодо уточнення та доопрацювання підстав, форм, способів захисту прав промислової власності суб'єктів господарювання, розробки пропозиції з удосконалення засад правового регулювання відносин у цій сфері. Проаналізовано загальнотеоретичні аспекти захисту прав промислової власності, природа та зміст прав промислової власності; підстави, форми і способи захисту цієї категорії прав суб'єктів господарювання. Сформульовано науково-теоретичні висновки й рекомендації щодо вдосконалення норм чинного законодавства України. Видання розраховане на широке коло фахівців у сфері охорони та захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності.



РЕПЛІКА В ЗАХИСНІЙ ПРОМОВІ

Руслан Кацавець,

*доцент кафедри теорії та історії держави і права
юридичного факультету Київської державної академії
водного транспорту імені гетьмана Петра
Конашевича-Сагайдачного, кандидат юридичних наук*

*Справа хорошого оратора —
повернути предметам власну
їх важливість і красу.*

М. Сперанський

Ця частина виступу не завжди звучить наприкінці судових дебатів. Після проголошення промов учасники дебатів мають право обмінятися репліками (ст. 318 Кримінально-процесуального кодексу України (далі — КПК України)). Як видно із змісту цієї статті, обмін репліками — це право, а не обов'язок прокурора й адвоката-захисника [3, 151].

Якщо репліка прокурора є відповіддю на захисну промову, то репліка адвоката — не на обвинувальну промову, на яку він уже відповів у своїй захисній промові, а на репліку прокурора. Чи обов'язково захиснику скористатися реплікою, якщо з реплікою виступив обвинувач? У цьому не завжди є необхідність, якщо прокурор не висунув заперечень щодо захисної промови, то адвокату достатньо послатися на таку обставину й заявити відмову від репліки. Хоча репліка не основна промова, але вона може уточнити основну промову [5, 73].

Зміст реплік суттєво відрізняється від змісту основних судових промов. Репліка — це заперечення проти промови або її частини. Походить від лат. *replico* — повертаю назад, відбиваю. Якщо репліку проголошує прокурор, він висловлює в ній заперечення проти положень захисної промови. Захисник

у своїй репліці заперечує проти певних тверджень прокурора. Захисник реплікою не повинен заперечувати проти основної промови прокурора, позаяк про це йдеться в захисній промові, крім тих виняткових випадків, коли заперечення необхідне для обґрунтування певних положень репліки. Прогалини, що допустив захисник у промові, не можуть слугувати підставою для репліки. Головуючий у цьому випадку має право відмовити захисникові в наданні додаткового слова як репліки. Але повторювати в репліці зміст захисної промови — недопустимо. У репліці захисник може змінити свою позицію, внести в неї корективи.

Чи може захисник відмовитися від проголошення репліки, якщо прокурор скористався своїм правом? «Ні, — відповідає В. Гольдинер, — якщо прокурор у своїй репліці навів дані, що явно спростовують висновки, висловлені адвокатом у захисній промові, то в цьому випадку необхідно визнати його правоту та внести відповідні зміни в свою систему захисту» [1, 124]. Якщо прокурор не навів таких доводів, то в репліці потрібно звернути увагу суду на відсутність у прокурора можливості серйозно обґрунтувати свою позицію. Якщо прокурор відмовився від репліки чи якщо він не бере участі в процесі, адвокати-захисники мають право обмінятися репліками. Така необхідність виникає в групових процесах, де інтереси підсудних суперечливі. У репліці повинні бути чітко виді-



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

лені та сформульовані: суть розходжень, суперечностей між учасниками судових дебатів; висновки, що спростовують заперечення суперника, і факти, які підкріплюють ці висновки; прикінцеві висновки, що впливають з усієї системи аргументації захисника.

У репліці адвокат-захисник не має торкатися інших питань, не порушених у репліці прокурора; захисник може зупинитися не на всіх пунктах заперечень державному обвинувачу, а лише на основних найважливіших моментах; у деяких випадках, коли репліка прокурора дає привід для додаткової аргументації, це повинно бути зроблено коротко, щоб репліка не перетворювалася на другу захисну промову. Зміст репліки залежить від тих питань, що порушувалися захисником у промові чи обвинувачем у репліці. Використовуючи репліку, потрібно роз'яснити причини, що спонукають до її виголошення; потім перерахувати питання, що будуть порушені в ній, далі викладати суть таких питань і наприкінці сформулювати висновки щодо сказаного в репліці.

У зв'язку з цим виникає питання про допустимі межі полеміки. Нерідко доводиться спостерігати в суді досить непривабливу картину, коли репліка перетворюється на лайку. Прокурор і адвокат ведуть себе так, як при зустрічі перекупники на ринку. В. Леоненко наводить приклад з судової практики одного із районних судів м. Києва. Під час судового розгляду справи в той момент, коли адвокат, виступаючи із захисною промовою, сказав: «Товариші судді, якщо по совісті говорити...», у цей момент прокурор, піднявшись зі свого місця, кинув адвокату репліку: «А у вас є совість?». Суд прийняв рішення занести репліку прокурора до протоколу судового засідання та довести до відома вищестоячого прокурора [4, 128]. Репліку не можна використовувати для зведення особистих рахунків, полеміка має стосуватися тільки принципових питань. Варто пам'ята-

ти, що спір відбувається в суді, де перебуває чимало людей, котрі ретельно стежать за судовими дебатами, що, безперечно, впливають на них.

Є різні погляди щодо репліки в літературі. Так, М. Чельцов вважає, що «правом репліки прокурор повинен користуватися у виняткових випадках, якщо він вважає, що захисник викривив суспільно-політичне значення справи та необхідно виправити його помилку» [11, 396]. На думку Є. Матвієнка, «деякі прокурори і захисники умисно залишають для реплік найбільш сильні й переконливі аргументи, розраховуючи на їхній ефект у завершальний момент судових дебатів. На прикінцевому підсумку такий прийом, не надаючи ніяких переваг тому, хто виступає, призводить до порушення нормального перебігу судових дебатів, до послаблення значення судової промови, до зниження її дієвості [5, 6–7]. Репліка, — пише професор Ілля Перлов, — це не продовження основної промови, а самостійна промова [6, 189]. Ю. Стецовський наголошує на тому, що «реплікою варто користуватися в тому випадку, коли учасник судових дебатів: перекутив фактичні обставини справи; висловив принципово неправильні положення; під впливом когось із учасників судових дебатів інший учасник змінює свою позицію і бажає заявити про це суду; дав неправильну правову оцінку фактичних обставин справи; хоче дати доповнення істотних прогалин у промові» [8, 118]. Ми погоджуємося з тим, що заперечувати можна лише проти тверджень, пов'язаних: з теоретичними помилками; з перекученням фактичних обставин справи чи позиції, яку займає інший учасник судових дебатів; з явно неправильною оцінкою суспільної небезпечності злочину.

За будь-яких обставин репліка не має перетворюватися на другу обвинувальну промову або повторення основної промови, як це іноді трапляється.

Отже, репліка прокурора повинна містити заперечення проти: неправильних тлумачень з правових питань (норм кримінального і кримінально-процесуального закону); перекручення фактичних обставин справи, які згідно з ч. 1 ст. 65 КПК України є судовими доказами; неправильного уявлення кого-небудь з учасників процесу про предмет доказування з конкретної справи; висловлених помилових тверджень; грубої поведінки стосовно учасників судового розгляду, які принижують людську гідність, або необґрунтовано дискредитують їх службу та громадську діяльність.

З репліками можуть виступати не лише прокурор і захисник, але й цивільний позивач та цивільний відповідач, їхні представники, підсудний. Відмова прокурора від репліки позбавляє інших учасників судових дебатів права виступати із запереченнями щодо його судової промови, тому що всі вони виступали в судових дебатах після прокурора та мали можливість заперечити йому. Проте така відмова не виключає можливості обміну репліками між іншими суб'єктами судових дебатів, наприклад: між цивільним позивачем і цивільним відповідачем. Як зазначалося, право останньої репліки належить підсудному.

Репліка, як і судова промова, не може обмежуватися часом. Тож головуючий не має права встановлювати час для проголошення репліки, але, він має право зупинити учасника судового процесу та запропонувати говорити суттєво, якщо той виходить за межі справи. Тож, репліка не може бути використана учасниками судових дебатів для суперечок, які не мають принципового значення справи, висловлювань на адресу інших учасників судових дебатів, повторення вже сказаного [10, 24].

На думку Г. Саркисянця, «у репліці не обов'язково відповідати на всі твердження, що наводяться в захисній промові чи репліці прокурора. Це потрібно

робити тільки за необхідності. Зазвичай, репліка обвинувача складається із заперечень захиснику, під впливом судової промови захисника» [7, 105].

Репліки не мають визначених складових частин. Їхній зміст повністю залежить від тих питань, які були розкриті захисником у своїй промові або обвинувачем у репліці. На нашу думку, структура репліки має бути побудована так: на початку репліки потрібно з'ясувати причини, що спонукали до її проголошення; перерахувати питання, що будуть висвітлені в репліці; врешті, перейти до викладення суті питань; наприкінці сформулювати висновки щодо сказаного в репліці.

Підсумовуючи сказане, потрібно зауважити, що правом на репліку володіють усі учасники судових дебатів, незалежно від того, виступали вони з промовою чи ні. Суд не вправі порушити право на репліку на тих підставах, що певний учасник процесу не проголошував судової промови.

Основні правила, яких повинні дотримуватися під час судових дебатів учасники процесу: повага, ввічливість, коректність. Передусім, це стосується адвоката-захисника. Його висока культура, вишукана поведінка, особливо перед виходом суддів до нарадчої кімнати для винесення вироку у справі, принесе користь і йому, і його підзахисному [9, 60]. Моральний і професійний обов'язок адвоката-захисника полягає в тому, щоби створити у присутніх правильне уявлення про правопорушення та правопорушника, про суспільну небезпечність вчиненого та виховати повагу до закону і правосуддя. Отже, полеміка в суді — необхідна та важлива, але тільки при дотриманні узвичаєних логічних і етичних правил.

Під час полеміки не варто виходити за межі коректності, застосовувати прийоми, що недозволені з моральних міркувань. На думку Я. Кисельова, «не можна піддаватися стереотипу отримати словесну перемогу, жертвуючи моральними вимогами» [2, 91]. ♦



Список використаних джерел

1. Гольдинер В. Д. *Защитительная речь* / В. Д. Гольдинер. — М. : Юрид. лит., 1970. — 167 с.
2. Кисельов Я. С. *Этика адвоката* / Я. С. Киселев. — Л. : Изд-во ЛГУ, 1974. — 140 с.
3. Кучерена А. Г. *Адвокатура : учебник* / А. Г. Кучерена. — М. : Юрист, 2004. — 351 с.
4. Леоненко В. В. *Профессиональная этика участников уголовного судопроизводства* / В. В. Леоненко — К. : Наукова думка, 1981. — 164 с.
5. Матвиенко Е. А. *Судебная речь* / Е. А. Матвиенко. — Минск : Госиздат, — 1972. — 290 с.
6. Перлов И. Д. *Судебные прения и последнее слово подсудимого в советском уголовном процессе* / И. Д. Перлов. — М. : Госюриздат, 1957. — 202 с.
7. Саркисянц Г. П. *Защитник в уголовном процессе* / Г. П. Саркисянц. — Ташкент: Узбекистан, 1971. — 249 с.
8. Стецовский Ю. И. *Адвокат в уголовном судопроизводстве* / Ю. И. Стецовский. — М. : Юрид. лит., 1972. — 159 с.
9. Стешов А. В. *Как победить в споре: О культуре полемики* / А. В. Стешов. — Л. : изд-во ЛГУ, 1991. — 220 с.
10. *Судові промови адвокатів України*. — К. : Ред. журн. «Адвокат», 2000. — 198 с.
11. Чевтайкин М. *Заявление адвокатом ходатайства о возвращении уголовных дел для дополнительного расследования* / М. Чевтайкин, В. Власов // *Советская юстиция*. — 1979. — № 8. — 150 с.

Надійшла до редакції 16.08.2012 року



АВТОНОМІЯ ВОЛІ Й ОБМЕЖЕННЯ СВОБОДИ ДОГОВОРУ ЗА УКРАЇНСЬКИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ

Юрій Цюкало,
*здобувач НДІ інтелектуальної власності Національної
академії правових наук України*

Цивільне право загалом і договірні відносини зокрема, ґрунтуються на диспозитивному методі регулювання. Це вже майже цивільно-правова аксіома (хоча можливі публічні прояви, наприклад, щодо публічних договорів). Загалом, учасники цивільно-правових відносин реалізують свої суб'єктивні права за принципом автономії волі та свободи договору. Однак є випадки, коли свобода договору обмежується поза волею сторін відповідних відносин.

Дослідженню зазначених питань присвячено чимало робіт таких вчених-цивілістів, як: С. Бервено, А. Беляєва, О. Беяневич, Т. Боднар, Н. Голубева, В. Горєв, Д. Євдокименко, Ю. Єршов, С. Задорожна, А. Климова, Ю. Ломжець, А. Луць, В. Луць, С. Погрібний, І. Покровський, З. Ромовська, Д. Славецький, А. Танага, М. Федорко, Р.Халфіна та ін.

Мета статті полягає в розкритті особливостей принципу автономії волі суб'єктів цивільних правовідносин у поєднанні з висвітленням меж свободи договору.

Отже, в широкому значенні автономія волі визначається як базовий принцип регулювання цивільних правовідносин, є принципом здійснення суб'єктивних цивільних прав, приватним випадком вираження таких загальних начал цивільного права, як свобода договору та вільний розсуд сторін. Принцип свободи договору, разом із принципом неприпустимості

втручання в особисте життя особи, є проявом такого елементу цивільно-правового регулювання цивільних відносин, як автономія волі. Відсутність свавілля з боку учасників правовідносин, що наділені владними повноваженнями, визначає можливість реальної реалізації принципу свободи договору. Адже лише неправомірні дії суб'єктів можуть привести до втручання у їхні приватні справи державних органів, їхніх посадових осіб тощо.

Принцип автономії волі найшов своє найбільше використання в міжнародному приватному праві, де поняття автономії волі має два предмети регулювання: договір і вибір — права (*lex voluntatis*) чи суду, а методами її реалізації є визнання відповідно матеріально-, колізійно- та процесуально- (юрисдикційно-) правової свободи, при цьому такий процес може розумітися як взаємне або «подвійне визнання» (*voluntas et justa, jus naturalis et jus positivum*). У порівняльній колізійній доктрині виділяють терміни для позначення аспектів автономії волі: «приватна автономія» (свобода договору), «автономія сторін як вільний вибір права» та «автономія сторін як вільний вибір суду» [1, 4].

Більшість арбітражних регламентів надає право сторонам самостійно за взаємною згодою вирішувати питання щодо часу, місця, мови судового розгляду, складу арбітрів, а також права, що має застосовуватися. За відсутності такої згоди арбітражний суд сам



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

визначає де, коли, в якому складі, якою мовою вестиметься розгляд і яке право застосовуватиметься. У деяких випадках, якщо сторони не домовилися яке право має застосовуватись під час розгляду справи, вони можуть звернутися до арбітрів із пропозицією про вирішення ними справи як «дружніми посередниками», або *ex aequo et bono*, тобто на підставі справедливості та доброї совісті [2].

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 року [3], автономія волі — це принцип, згідно з яким учасники правовідносин з іноземним елементом можуть здійснити вибір права, що підлягає застосуванню до відповідних правовідносин.

Будь-який договір, писав Й. Покровський, є реалізація приватної автономії, здійсненням тієї активної свободи, що становить необхідне передбачення цивільного права. Унаслідок цього «верховним началом» у цій галузі є принцип договірної свободи, який має і негативні, й позитивні прояви [4, 249–250].

Цей принцип пронизує всю систему договірної свободи та проявляється у визнанні договору основною формою опосередкування господарських зв'язків самостійних учасників цивільного обороту. Сутність досліджуваного принципу полягає, передусім, у вільному виявленні волі сторін на вступ у договірні відносини. Волевиявлення учасників договору має відбуватися вільно, без жодного тиску з боку контрагента чи інших третіх осіб і відповідати їхній внутрішній волі. Тож, має дотримуватися синтез внутрішнього (волі) та зовнішнього (волевиявлення) аспектів при укладенні договору.

Особа, що укладає договір під впливом насильства, фактично, позбавлена можливості виявити власну волю. Її воля замінюється волею насильника. На відміну від випадків укладання договорів під впливом насильства, при застосуванні погрози потерпілий вира-

жає свою волю, але оскільки це відбувається під впливом погрози, то вона не збігається зі справжнім його бажанням. Погроза може бути підставою для визнання правочину недійсним, коли обставини, наявні на момент укладання договору, свідчать, що відмова учасника договору від його укладення могла спричинити шкоду його законним інтересам. Отже, погроза за змістом повинна бути серйозною, реальною, протиправною.

Укладення договору з недоліками волі стається і тоді, коли він укладається у зв'язку з тим, що одна сторона умисно вводить в оману іншу, повідомляючи їй про факти, що не відповідають дійсності. Про обман йдеться і тоді, коли одна зі сторін замовчує обставини, що мають істотне значення для договору. Договір, який укладається під впливом обману, може бути визнаний недійсним. Адже стається невідповідність внутрішньої волі волевиявленню, якщо представник однієї сторони укладає договір, завідомо знаючи, що шкодить інтересам іншої сторони.

У період дії договору сторони мають право повністю або частково змінити зобов'язання (статті 651, 652 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України)), що впливають із нього. Також сторони можуть припинити чинність договору в цілому, якщо інше не передбачено законом або договором (ст. 653 ЦК України).

Отже, обставини, якими керувалися сторони (сторона) договору під час його укладення, можуть змінитися. Договір у цілому або певні його положення можуть більше не становити інтересу для обох або однієї з його сторін. З огляду на це, об'єктивним цивільним правом сторонам договору надаються різні варіації можливостей щодо його модифікації чи припинення. Саме це і становить зміст свободи договору на стадії його виконання. Прояви свободи договору на цій стадії можуть бути реалізовані лише сторо-



нами (стороною) договору й тільки в межах конкретного договору. У цьому сенсі вони є похідними від свободи укладення договору. По суті, похідними від свободи укладення договору також є принцип обов'язкового виконання договору, принципи належного та реального виконання договору. Поза межами договору вони не можуть бути реалізовані. За відсутності в цивільному праві свободи укладення договору всі ці принципи просто втрачають сенс [5, 162].

Отож автономія волі впливає на свободу договору, що проявляється, зокрема: в свободі особи вільно вступати в договірні відносини; самостійно обирати контрагента; самостійно визначати структуру та вид договірної зв'язку. Проте свобода договору не є безмежною. Так, винятком із загального принципу свободи договору є певні випадки:

1. *Укладення договору* може бути *обов'язковим* (публічний договір, основний договір, укладений на виконання попереднього, договір з особою, що виграла торги, договори соціальної оренди житлових приміщень, при виконанні оборонного, мобілізаційного замовлення тощо). Наприклад, публічний договір — це договір, укладений з комерційною організацією, що встановлює її обов'язки з продажу товарів, виконання робіт або надання послуг, які така організація за характером своєї діяльності повинна надавати кожному, хто до неї звернувся (ст. 633 ЦК України). Такій комерційній організації забороняється надавати переваги певним особам при укладенні публічного договору, встановлювати неоднакові ціни для своїх споживачів (окрім визначених категорій громадян), а при необґрунтованому ухиленні від укладення публічного договору споживач може примусити її до цього або вимагати відшкодування завданих таким ухилення збитків у судовому порядку. З наведеного законодавчого визначення цього виду договору можна

констатувати про наявність його двох обов'язкових ознак: по-перше, зобов'язаною стороною в такому договорі є комерційна організація. Отже, це виключає можливість застосування правил публічного договору до некомерційних організацій. Другою ознакою, котру необхідно виділити, є характер діяльності зобов'язаної сторони: продаж товарів, виконання робіт чи надання послуг. Якщо наявні ці дві ознаки, то цього достатньо щоб вважати договір публічним.

У ч. 2 633 ЦК України зазначається, що умови публічного договору встановлюються однаковими для всіх споживачів, окрім тих, кому за законом надані відповідні пільги. В. Горев, аналізуючи поняття «споживач» в контексті цієї статті, вважає, що коло учасників цивільних відносин, яке охоплюється ним як сторони договору, що має ознаки публічності, варіює залежно від його виду та виду підприємницької діяльності, яка ним опосередковується. Тож, на його думку, в цілях правильного тлумачення та застосування обмежень свободи договору, закріплених у ст. 633 ЦК України, під терміном «споживач» пропонується розуміти будь-якого учасника цивільних відносин, який звертається чи має намір звернутися за товарами, роботами або послугами, за винятком випадків, встановлених законом [5, 173]. На нашу думку, ситуацію варто ще більше спростити та вилучити такий термін зі статті ЦК України. Тож йтиметься про будь-яку особу суб'єкта цивільних правовідносин. Пропонуємо викласти ч. 2 ст. 633 ЦК України у такій, наприклад, редакції: «Умови публічного договору встановлюються однаковими для всіх суб'єктів цивільних відносин, окрім тих, кому за законом надані відповідні пільги».

До публічних договорів можна віднести договори купівлі-продажу (глава 54 ЦК України), прокату (§ 2 глави 58 ЦК України), енергопостачання (§ 5 глави 54 ЦК України), побутового під-



ряду (§ 2 глави 61 ЦК України), перевезення транспортом загального користування (глави 64 ЦК України), банківського вкладу з фізичною особою (§ 3 глави 71 ЦК України), зберігання товарів на складі загального користування (§ 2 глави 66 ЦК України), зберігання у камерах схову транспортних організацій (ст. 972 ЦК України), особистого страхування (глава 67 ЦК України), договори про надання готельних (глава 63 ЦК України), туристичних (глава 63 ЦК України), медичних послуг (глава 63 ЦК України), послуг зв'язку (глава 63 ЦК України) тощо. Обмеження свободи щодо укладання публічних договорів є об'єктивною необхідністю. Однак цей процес може справити суттєвий вплив на економіку. Саме тому, як зазначається в спеціалізованій літературі [6, 46–48], необхідна чітка регламентація підстав, порядку та цілей укладення таких договорів.

2. Укладення договору *певного типу* може бути *заборонено тим або тим суб'єктам*, що впливає, зазвичай, з природи діяльності, що оформляється відповідними договорами. Так, гарантом правочину про видачу банківської гарантії може бути або кредитна, або страхова організація; фінансовим агентом за договором фінансування може бути лише спеціалізована організація; приймати внески й укладати договір банківського внеску можуть лише банки; страхувальниками за договорами страхування можуть бути тільки страхові організації; договори факторингу, комерційної концесії можуть укладатися лише за участі одного чи обох суб'єктів підприємницької діяльності. Укладання цих договорів іншими суб'єктами тягне визнання їх недійсними.

Інший приклад — не маючи статусу суб'єкта підприємницької діяльності, особа не має права укладати договори комерційної концесії (ст. 1117 ЦК України). Натомість, наявність у неї правового становища учасника певного товариства означатиме, що їй не

дозволено без згоди інших учасників укладати від свого імені й у своїх інтересах або в інтересах третіх осіб договори, що є однорідними з тими, які становлять предмет діяльності товариства (п. 1 ч. 3 ст. 119 ЦК України).

3. Будь-яка зі сторін договору може бути позбавлена можливості *брати участь у формуванні його умов* (на основі типових договорів, договору приєднання, попереднього договору, договору на користь третіх осіб). Наприклад, договір приєднання — це договір, умови якого встановлені однією зі сторін у формулярах або інших стандартних формах, який може бути укладений лише приєднанням другої сторони до запропонованого договору загалом. Друга сторона не може запропонувати свої умови договору (ст. 634 ЦК України).

Зважаючи на те, що умови класичного договору узгоджуються та встановлюються всіма його учасниками, цивільне законодавство встановлює додаткові гарантії прав сторони, що приєднується. Зокрема, їй надається можливість вимагати розірвання чи зміни договору, якщо він позбавляє її прав, що, зазвичай, надаються за договорами такого типу, виключає чи обмежує відповідальність іншої сторони за порушення зобов'язання або містить інші явно обтяжувальні для сторони, що приєдналась, умови, які вона відповідно до своїх інтересів не прийняла б у випадку своєї участі у формуванні договірних умов. Однак з метою запобігти зловживанням своїми правами стороною, що приєдналась, ст. 634 ЦК України покладає на неї обов'язок доведення неприйнятності для неї таких умов.

4. Сторони можуть бути позбавлені *права обирати спосіб укладання договору* (обмеженнями цього права є вимоги законодавства України щодо необхідності проведення для певних видів господарських договорів аукціонів, конкурсів, тендерів, відкритих торгів тощо).

5. Сторони можуть бути позбавлені права *обирати форму договору, що укладається* (це право обмежується як положеннями ст. 208 ЦК України, котра встановлює обов'язкові випадки вчинення правочинів у письмовій формі, так і ч. 3 ст. 184 ГК України, а також іншими нормативно-правовими актами, що прямо зазначають про необхідність дотримання письмової форми договору). Окремо хотілося б згадати виняток із загального правила про вільну форму договору щодо господарських договорів. У випадку укладення господарського договору на основі вільного волевиявлення сторін, воно може відбуватись у спрощений спосіб (не у формі єдиного документа), чи укладення господарських договорів на основі примірних і типових договорів. Це має здійснюватися не інакше, ніж викладенням договору як єдиного документа (ст. 184 ГК України).

6. Право *обирати спосіб забезпечення виконання певних видів зобов'язань* може бути чітко регламентоване (наприклад, казенне підприємство одержує кредити для виконання статутних завдань під гарантію органу, до сфери управління якого належне підприємство).

7. Можуть обмежуватися права встановлювати в договорі *заходи майнової відповідальності* за порушення договірних зобов'язань (так, законом щодо деяких видів зобов'язань може бути визначений розмір штрафних санкцій, зміна якого за погодженням сторін не допускається — ч. 1 ст. 231 ГК України) [7, 38–48].

Отже, межі свободи договору не однакові для всіх учасників цивільних відносин. Для одних сфера свободи договору є ширшою, для інших — вузькою. Остання ситуація спостерігається переважно тоді, коли цього вимагають суспільні інтереси. Ідеться про певні види договорів, учасниками яких можуть бути не всі суб'єкти. Використання терміна «свобода договору» стосовно договору про приєднання

має сенс лише в тому, що особа, наприклад пасажир, може на знак протесту проти встановленої без його участі провізної плати піти пішки [8, 6].

Проаналізувавши принцип свободи договору за двома нині чинними кодексами — ЦК України та ГК України, — О. Беляневич дійшла висновку щодо існування видів обмежувачів договірної свободи. Перша група — об'єктивних, або зовнішніх *обмежувачів*, тобто імперативних приписів, які містяться в актах законодавства та виписані як заборони чи позитивні зобов'язання. Друга — суб'єктивних, тобто зафіксованих у законодавстві як певні загальні ідеї, принципи, яких мають дотримуватися всі учасники відповідних правовідносин [9, 67]. У юридичній літературі висловлюється й інша думка, згідно з якою зовнішні обмеження свободи договору, своєю чергою, поділяються на обмеження нормативного і ненормативного характеру (звичай ділового обороту, вимоги розумності та справедливості, а також моральні засади суспільства) [10, 46].

Нам імпонує класифікація обмежень свободи договору, що запропонована в науковій літературі:

- 1) за колом договорів, на які поширюється їхня дія: загальні та спеціальні;
- 2) за проявами свободи договору: обмеження свободи переговорів при укладенні договору, обмеження вільного волевиявлення особи на укладення договору, обмеження свободи вибору контрагента за договором, обмеження свободи вибору договору, обмеження свободи вибору форми договору, обмеження свободи визначення умов договору, обмеження свободи зміни чи розірвання договору;
- 3) залежно від того, поширюється обмеження на одну із сторін договору чи на обидві сторони: односторонні та двосторонні;
- 4) залежно від особливостей правового дозволу, що обмежується: межі



ПОГЛЯД НАУКОВЦЯ

здійснення суб'єктивних прав і межі здійснення охоронюваних законом інтересів;

- 5) за часом дії: постійні й тимчасові;
- 6) за ступенем визначеності: абсолютно визначені та відносно визначені;
- 7) за ступенем юридичної обов'язковості: диспозитивні й імперативні;
- 8) залежно від факторів, які зумовлюють обмеження: поряд з економічно зумовленими, соціально зумовленими та політично зумовленими, можна виділити обмеження договірної свободи, зумовлені технічними факторами;
- 9) залежно від виду акта законодавства, яким передбачено обмеження: Конституцією України, ЦК України, іншими кодифікованими актами законодавства України, поточними законами, підзаконними нормативно-правовими актами [5, 173–174].

Проявом такої ознаки свободи, як дотримання *моральних принципів* у чинному законодавстві України є ст. 13 ЦК України. У ній наголошується на неприпустимості використання цивільних прав виключно із наміром завдати шкоду іншим особам, з метою обмеження конкуренції та інших зловживань правом. Так, принцип добросовісності є одним з засобів обмеження принципу свободи договору, позаяк він і є способом утримання сторін від зловживання своїми правами при виконанні договору.

Учена З. Ромовська також дійшла висновку про те, що й мораль встановлює межу свободи договору. Неморально наживатися на скрутному становищі сусіда, виставляючи умовою

позики грошей непомірно високий для нього процент. Неморально продавати подарований батьком будинок, у якому він мав намір разом із сином дожити віку. Неморально продавати свою кімнату в спільній квартирі тому, хто має психічну хворобу, зі «злим умислом» створити для інших співвласників неможливість спільного проживання. Таких прикладів, взятих із життя, коли умови договору суперечать нормам моралі, є чимало. Однак, із сумом констатує автор, суди під час розгляду вимог про визнання договорів недійсними не часто звертають увагу на порушення вимог моралі при їх укладенні [8, 16].

Підсумовуючи викладене вище, можемо стверджувати, що обмеження свободи договору як принципу здійснення суб'єктивних цивільних прав допускається у випадках, передбачених законом, а також зважаючи на принцип добросовісності контрагентів. При цьому, якщо законодавчо визначені межі є чітко окресленими, то добросовісність (як оцінчне поняття) є досить розпливчатою (це, своєю чергою, ускладнює вирішення відповідних спорів у суді). ♦

Список використаних джерел

1. *Задорожна С.М. Автономія сторін в міжнародному приватному праві : дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / С.М. Задорожна. — Чернівці, 2006. — 202 с.*



2. Ломжець Ю. Принципи міжнародного арбітражу як основний засіб забезпечення мирного вирішення міжнародних конфліктів [Електронний ресурс] / Ю. Ломжець // Юридичний журнал. — № 8. — 2003. — Режим доступу до ресурсу : <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=757>.
3. Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 року № 2709-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 32. — Ст. 422.
4. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. — Изд. 3-е, стереотип. — М. : Статут, 2001. — 353 с.
5. Горев В. О. Свобода договору як загальна засада цивільного законодавства України : дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / В. О. Горев. — Х., 2007. — 203 с.
6. Славецкий Д. В. Принцип защиты слабой стороны гражданско-правового договора : дисс... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Д. В. Славецкий. — Самара, 2004. — 204 с.
7. Боднар Т. В. Договірні зобов'язання в цивільному праві: (загальні положення) : [навч. посіб.] / Т. В. Боднар. — К. : Юстініан, 2007. — 277 с.
8. Ромовська З. В. Загальні засади цивільного права / З. В. Ромовська // Вісник Академії адвокатури України. — 2005. — Випуск 4. — С. 10–21.
9. Беляневич О. А. Принцип свободи договору за Цивільним та Господарським кодексами України / О. А. Беляневич // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. — 2004. — № 61. — С. 64–68.
10. Беляєва А. Межі дії принципу свободи договору в сфері зовнішньоекономічної діяльності / А. Беляєва // Підприємництво, господарство і право. — 2003. — № 8. — С. 45–47.

Надійшла до редакції 25.09.2012 року

**Про підсумки II Всеукраїнської науково-практичної конференції
«ІНТЕЛЕКТУАЛЬНА ВЛАСНІСТЬ: ПОГЛЯД З ХХІ СТОЛІТТЯ»,
що відбулася 26–27.09.2012 року в м. Черкаси.**

Організаторами заходу були — Черкаський національний університет імені Богдана Хмельницького, Науково-дослідний інститут інтелектуальної власності Національної академії правових наук України, Державна служба інтелектуальної власності України.

Відкрив конференцію проректор з науково-педагогічної роботи Черкаського національного університету імені Богдана Хмельницького, к.е.н., доцент, Андріяко Юрій Володимирович. Зі вступним словом виступили: директор НДІ інтелектуальної власності НАПрН України, д.ю.н., професор, член-кореспондент НАПрН України, Орлюк Олена Павлівна (у своїй доповіді вона висвітлила питання сучасного стану та перспектив розвитку сфери інтелектуальної власності в Україні); заступник голови Державної служби інтелектуальної власності, к.ю.н., Дмитришин Володимир Степанович, к.ю.н., який розповів присутнім про сучасний стан і перспективи розвитку державного управління у сфері інтелектуальної власності; завідувач кафедри інтелектуальної власності та цивільно-правових дисциплін Черкаського національного університету імені Богдана Хмельницького, д.іст.н., професор, Корновенко Сергій Валерійович (доповідь була присвячена питанням паспортизації спеціальності «Інтелектуальна власність»); керівник Центру експертних досліджень НДІ інтелектуальної власності НАПрН України, к.ю.н., Петренко Сергій Анатолійович, який у своїй доповіді висвітлив питання вдосконалення законодавства щодо правової охорони комп'ютерної програми як об'єкта авторського права.

Під час роботи секцій учасники конференції мали можливість послухати й обговорити, зокрема, такі наукові доповіді: «Співвідношення понять “оприлюднення” та “опублікування”» (О. Мацкевич); «Правова охорона назви літературного твору як його частини» (І. Петренко); «Спадкування авторських прав: досвід Російської Федерації» (В. Василенко); «Умови визнання об'єктів інтелектуальної власності службовими» (О. Кульбашна); «Докази в справі про адміністративне правопорушення, пов'язані із порушенням прав інтелектуальної власності» (С. Тараненко); «Становлення законодавства Російської імперії у сфері охорони авторського права у першій половині XIX століття» (В. Іващенко); «Вищі навчальні заклади та правові засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг» (Ю. Осипова); «Оформлення заявки на винахід (корисну модель) в Україні» (С. Тростіна); «Становлення та розвиток теорії інновацій» (Є. Тараненко).

За результатами роботи конференції було видано збірник наукових праць — Інтелектуальна власність: погляд з ХХІ ст. : збірник наукових праць за матеріалами II Всеукраїнської науково-практичної конференції, 26–27 вересня 2012 р. / за заг. ред. А. І. Кузьмінського, О. П. Орлюк. — Черкаси: Чабаненко Ю. А., 2012. — 140 с.

Працівники Черкаського національного університету імені Богдана Хмельницького здійснили організаційне забезпечення конференції, розміщення й обслуговування учасників заходу на найвищому рівні. Зокрема, організаторами було проведено екскурсію визначними місцями Черкащини. Так, гості конференції відвідали Холодний Яр, побачили Мотронівський жіночий монастир, скуштували води з двох життєдайних джерел, побачили 1000-літній дуб Максима Залізняка (*фотозвіт — див. обкладинку*).

Н. Потоцкий

Гносеология права интеллектуальной собственности: хозяйственно-правовой аспект

С. 3–9

Проанализированы основные теоретические конструкции права интеллектуальной собственности на предмет обеспечения эффективного экономического использования результатов интеллектуальной деятельности. Установлена необходимость объединения усилий ученых гражданского и хозяйственного отраслей права для совместной разработки парадигмы правового регулирования отношений в сфере интеллектуальной собственности, которая бы способствовала свободному использованию этих прав в предпринимательстве.

И. Якубивский

Юридическая природа права на плату (вознаграждение) в авторском праве

С. 10–16

В статье исследован вопрос о юридической природе права автора или другого правообладателя на получение платы (вознаграждения) за использование произведения. Обращается внимание на основания возникновения этого права и его относительный характер. Сделан вывод о том, что право на плату (вознаграждение) не относится к имущественным правам интеллектуальной собственности, а имеет обязательственно-правовую природу.

О. Иванюченко

Сравнительный анализ патентного права США, ФРГ, РФ и Украины касательно изобретений, связанных с компьютерной программой (алгоритмом)

С. 17–25

В статье исследуются возможные критерии разграничения между алгоритмом, компьютерной программой для ЭВМ и классическими объектами патентного права США в сравнении с патентным правом ФРГ, РФ и Украины.

Г. Андросчук

Правовая охрана коммерческой тайны в странах Европейского Союза

M. Pototsky

Gnosiology of intellectual property rights: economic and legal aspects.

P. 3–9

Analyzes the main theoretical constructs of intellectual property law for effective economic use of intellectual property. Established the need for joint efforts of scientists of civil and economic rights for the joint development of the paradigm of the legal regulation of relations in the sphere of intellectual property, which would facilitate the free growth of these rights in business.

I. Yakubivski

Legal nature of author's right to get a payment (reward)

P. 10–16

In the article was discovered a juridical nature of author's right to get a payment (reward) for the use of creation. It was noted to the juridical causes of genesis of this right and its relative character. Here was made a conclusion that the right for payment (reward) is not a kind of intellectual property rights and has obligatory nature.

O. Ivanyuchenko

Comparative analysis of patent law of the USA, Germany, Russia and Ukraine in a view of inventions connected with computer program (algorithm)

P. 17–25

This article is investigated possible criteria of differentiation between algorithm, the computer program and classical objects of a patent law of the USA in comparison with a patent law of Germany, Russia and Ukraine.

G. Androschuk

Legal protection of trade secrets in the countries of the European Union

С. 26–36

Рассмотрены общие принципы регулирования коммерческой тайны в странах ЕС: общие положения, перечень охраняемой информации, недобросовестная конкуренция, уголовно-правовая охрана ноу-хау, ответственность за разглашение конфиденциальной информации, коммерческая тайна как объект интеллектуальной собственности, отношения с работниками, средства судебной защиты, таможенные процедуры, судебное производство.

Л. Работягова

Определение сведений, составляющих конфиденциальную информацию субъекта хозяйствования.

С. 37–44

В статье исследуется соотношение понятий конфиденциальной информации, коммерческой тайны и ноу-хау, а также подходы, применяемые для формирования Перечня сведений, составляющих конфиденциальную информацию субъекта хозяйствования.

В. Батова

Лицензионный договор на использование полезной модели

С. 45–50

В статье приводится анализ правового регулирования лицензионных договоров на использование полезной модели, а также исследуются особенности заключения таких договоров.

Е. Москаленко

Договора в сфере музыкального шоу-бизнеса с малолетними и несовершеннолетними артистами-исполнителями: правовое регулирование и пути его усовершенствования

С. 51–56

В статье анализируются проблемы правового статуса малолетних и несовершеннолетних артистов-исполнителей и заключения с ними договоров в сфере музыкального шоу-бизнеса.

Т. Коваленко

Что делать, если вы стали жертвой контрафакции

С. 57–61**Р. 26–36**

We considered the general principles for the regulation of trade secrets in the EU: general provisions, the list of proprietary information, unfair competition, criminal and legal protection of know-how, the responsibility for disclosure of confidential information, trade secrets as intellectual property, relations with employees, remedies, customs procedures, court proceedings.

L. Rabotyagova

The definition of information constituting confidential information of a business entity.

Р. 37–44

The article examines the relationship between the concepts of confidential information, trade secrets and know-how and the approaches used to create lists of data constituting confidential information of a business entity.

V. Batova

The utility model licensing agreement

Р. 45–50

The article analyses the legal aspects of conclusion of utility model licensing agreements and studies the specific nature of such agreements.

K. Moskalenko

Minors entertainers and signing contracts with them in the sphere of music show business: legal regulation and the ways of its improvement

Р. 51–56

The problems of legal status of minors entertainers and signing contracts with them in the sphere of music show business are analyzed in the article.

T. Kovalenko

What to do if you became a victim of counterfeit

Р. 57–61

Автор рассматривает возможные пути, средства и методы, касающиеся борьбы с контрафактной и фальсифицированной продукцией.

В. Шевчук

Теоретико-правовые основы исследования административно-правового регулирования финансового обеспечения и материально-технического снабжения ГНС Украины

С. 62–66

В статье рассмотрены понятие и сущность правового регулирования как составляющей административно-правового регулирования финансового обеспечения и материально-технического снабжения ГНС Украины

Д. Скирта

Пути совершенствования правового регулирования государственного финансового контроля в сфере государственных закупок в Украине с использованием опыта Франции

С. 67–74

В статье осуществляется исследование путей совершенствования системы правового регулирования государственного финансового контроля в сфере государственных закупок в Украине путем внедрения лучших идей и опыта Республики Франции. Произведен анализ системы правового регулирования Республики Франции в этой сфере, правового положения контролируемых субъектов, сосредоточено внимание на основных принципах, механизмах их деятельности и практики взаимодействия. Предложены шаги для совершенствования и развития системы правового регулирования государственного финансового контроля в сфере государственных закупок в Украине.

С. Мостовенко

Виды операций с ценными бумагами и их значение как объекта налогообложения.

С. 75–82

В статье анализируются виды операций с ценными бумагами, проводится их классификация. Через пони-

The author considers possible ways, means and methods connected with a struggle against counterfeited and forged products.

V. Shevchuk

Theoretical and legal basis of investigation of administrative and legal regulation of financial support and logistics of the STS of Ukraine

P. 62–66

The article deals with the concept and essence of legal regulation as part of the administrative and legal regulation of financial support and logistics of the STS of Ukraine.

D. Skyrta

Ways to improve the legal regulation of state financial control in public procurement in Ukraine based on the French experience

P. 67–74

This article research a ways to improve the system of legal regulation of state financial control in public procurement in Ukraine through the implementation of the best ideas and the experience of the Republic of France. The analysis of the system of legal regulation of the Republic of France in this field, the legal status of the controlling entity, focusing on the basic principles and mechanisms of their actions and practices of interaction. Suggest ways to improve and develop the system of legal regulation of state financial control in public procurement in Ukraine.

S. Mostovenko

Types of the security-related operations and their value as an object of taxation

P. 75–82

In the article the types of operations are investigated security-related, their classification over is brought. Through

мание операций с ценными бумагами как объект гражданского оборота раскрывается их значение для целей налогообложения, когда в качестве объекта налогообложения выступают доходы физических лиц.

Л. Чуприна

Правовая характеристика бюджетного учреждения как субъекта финансового права

С. 83–90

Доказывается, что бюджетное учреждение есть специальным субъектом бюджетного права и обязательным участником финансовых правоотношений на стадии исполнения бюджета.

Л. Черпицкая

Взаимодействие Госфининспекции Украины и административных судов в процессе разрешения споров в сфере публичной финансовой деятельности.

С. 91–97

В статье анализируется компетенция Госфининспекции Украины и ее органов в сфере осуществления финансового контроля, в том числе в части права на обращение в суд. Сфера публичной финансовой деятельности рассматривается с позиций разрешения споров в процессе осуществления административного судопроизводства.

Е. Богачева

Отдельные аспекты института экспертизы законопроектов.

С. 98–103

В статье проанализированы некоторые теоретические вопросы экспертизы законопроектов, как одной из составляющей законотворчества. Приводится авторское видение относительно определения понятия экспертизы законопроектов как многогранного и комплексного явления. Также приводятся определения разных видов такой экспертизы.

И. Кушнир.

Деятельность в сфере жилищного строительства в системе объектов финансово-правового регулирования

understanding of operations security-related as an object of civil appeal opens up their value for the aims of taxation, when the profits of physical persons come forward as an object of taxation.

L. Chupryna

Legal description of the subject as the budget institution financial law

P. 83–90

It is proved that there is a special budgetary institution subject to the budget law and binding on member financial relationships at the stage of budget execution.

L. Cherpitska

Co-operation of the State Financial Inspection of Ukraine and administrative courts is in the process of decision of spores in the field of public financial activity

P. 91–97

In the article the competence of the SFI of Ukraine and her organs is analyses in the field of realization of financial control, including in part of address to the court. The sphere of public financial activity is examined from positions of decision of spores in the process of realization of the administrative rule-making.

O. Bogachova

Certain aspects of the institution for draft laws examination.

P. 98–103

The article analyzes some theoretical issues of the draft laws examination as a component of the lawmaking. An author's vision with respect to the definition of the legislative expertise as a multi-faceted and complex phenomenon has been presented. Author also provides the definitions of the different types of such examination.

I. Kushnir

Activities in the field of housing facilities in the financial regulation

С. 104–110

В статье анализируется сфера жилищного строительства как объект финансово-правового регулирования. Рассматриваются положения теории права и теории финансового права в своих подходах к определению понятия объекта правоотношений. Сфера жилищного строительства рассматривается как предмет нормативно-правового, в том числе финансово-правового регулирования.

Р. Кацавец

Реплика в защитительной речи

С. 111–114

Реплика — это возражение против речи или ее части. С репликами могут выступать не только прокурор и защитник, но и гражданский истец, и гражданский ответчик, их представители, подсудимый. Реплика, как судебная речь, не может ограничиваться временем. Поэтому председательствующий не имеет права устанавливать время для произнесения реплики, но он имеет право остановить участника судебного процесса и предложить говорить существенно, если тот выходит за пределы. Реплики не имеют составных частей. Их содержание полностью зависит от тех вопросов, которые были раскрыты защитником в своей речи или обвинителем в реплике. В ходе полемики не следует выходить за пределы корректности, применять приемы, запрещенные по моральным соображениям.

Ю. Цюкало

Автономия воли и ограничения свободы договора по украинскому законодательству

С. 115–121

В статье раскрываются особенности принципа автономии воли субъектов гражданских правоотношений. Освещены пределы свободы договора. Обосновывается необходимость внесения изменений в Гражданский кодекс Украины.

Р. 104–110

This article analyses the scope of housing as object financial regulation. We consider the theory of law and finance theory in their approach to the definition of the object relationships. Field housing is seen as a legal subject, including financial and legal regulation.

R. Katsavets.

Replica of speech for the defense

P. 111–114

Replica — it is an objection to a question, or a part thereof. Since replicas can serve not only the prosecutor and defense counsel, but also a civil plaintiff and civil defendant, their representatives, the defendant.

Replica, as the court it can not be limited by time. On this chair does not have the right to set the time to cast a replica, but he has the right to stop the party's judicial process and to propose to say much if he is outside.

Replicas do not have the parts. Their content depends entirely on the issues that were revealed in his speech, the defender or a prosecutor in the replica.

During the debate should not go beyond correctness, to use methods that are prohibited on moral grounds.

Y. Tsyukalo

The autonomy of will and limitation of freedom of agreement on the Ukrainian legislation

P. 115–121

The features of principle of autonomy of will of subjects of civil legal relationships are researched in the article. The limits of freedom of agreement are illuminated. The necessity of making amendments for the Civil code of Ukraine is grounded.



До уваги авторів!

Редакція приймає рукописи статей, що 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 (з перекладом прізвища й імені автора і назви статті). Ілюстративний матеріал має бути у форматі .tif або .jpg, розміром 300 dpi.

Прохання до авторів: разом з матеріалами надсилати свою фотографію та інформацію щодо наукового ступеня, місця роботи, посади, поштової адреси й контактних телефонів.

Редакція лишає за собою право на редагування та скорочення рукописів. За достовірність інформації та статистичних даних, які містяться у рукописах, відповідальність несе автор. Редакція не завжди поділяє позицію авторів публікацій.

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 та Національної бібліотеки України імені В. І. Вернадського.

Відтворення матеріалів журналу або їхніх частин будь-якими засобами чи в будь-якій формі, зокрема і в Інтернеті, забороняється без письмового дозволу редакції журналу.

ШАНОВНІ ЧИТАЧІ!

Науково-практичний журнал «Теорія і практика інтелектуальної власності» виходить один раз на два місяці. Передплатити наш журнал ви зможете в 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 2012 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