

ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ



Науково-практичний журнал

1 (27) '2006

УДК 347.(77+78)

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

Зміст

Авторське право

- В. Дроб'язко До історії авторського права в Україні 20-х років ХХ століття (продовження) 3

- А. Дитц Пять столпов системи авторского права и угрожающая им опасность 13

- С. Глотов До питання про вичерпання авторського права. Вичерпання авторського права у цифровому середовищі 26

Науковий пошук

- В. Кращенко, О. Дорошенко Чи є судовий експерт науковцем 37

Право та інновації

- Ю. Атаманова Функціональні особливості інновації як об'єкта інноваційного права 44

Досвід країн світу

I. Несторук	Юридичні аспекти так званої “війни цін” у польському законодавстві — огляд нормативних актів	55
--------------------	--	----

До відома

Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України “Право інтелектуальної власності”	67
---	----

ШАНОВНІ ЧИТАЧІ!

У 2006 році науково-практичний журнал *Теорія і практика інтелектуальної власності* виходитиме один раз на два місяці. Передплату нашого журналу ви зможете здійснити у будь-якому поштовому відділенні України.

Вартість передплати на 2006 рік					
	Індекс	2 міс/грн	4 міс/грн	6 міс/грн	12 міс/грн
Фізичні та юридичні особи	28504	12,84	25,78	38,47	76,44

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

З глибокою повагою
редакційна колегія



ДО ІСТОРІЇ АВТОРСЬКОГО ПРАВА В УКРАЇНІ 20-Х РОКІВ ХХ СТОЛІТТЯ

Володимир Дроб'язко,
*завідувач відділом авторського та суміжних прав НДІ
 інтелектуальної власності, консультант Українського
 агентства з авторських прав, кандидат філологічних
 наук*

(закінчення, початок у № 1'2005)

Твір вважався таким, що вийшов у світ 1 січня того року, протягом якого він був уперше правомірно опублікований. До видання прирівнювалися: прилюдна вистава драматичного й музично-драматичного твору, прилюдне виконання музичного твору, прилюдне виставлення творів образотворчих мистецтв, фотографій та творів, одержаних способами, аналогічними фотографії, зведенню будівлі. Автор і його спадкоємці мали право зареєструвати час виходу у світ твору, або час першого прилюдного його виконання чи прилюдного виставлення творів образотворчого мистецтва тощо, подавши відповідну заяву і здійснивши запис у реєстрі, який вели органи Народних комісаріятів освіти УСРР та АМСРР. Реєстрація твору була доказом початкового моменту дії авторського права, але вона не заважала третім особам оспорювати авторське право на зареєстрований твір. Відмова зареєструвати твір не позбавляла зацікавлених осіб права встановлювати, в разі необхідності, час видання твору іншими способами (ст.14).

За загальним правилом авторське право переходило до спадкоємців на

15 років, починаючи від 1 січня року смерті автора, крім встановлених спеціальних строків охорони, з яких до спадкоємців переходила частина строку охорони, що залишалася після смерті автора. Грошова оцінка авторського права, що переходила до спадкоємців автора, не включалася до загальної оцінки спадкового майна за обчислення податку зі спадщини (ст.15).

До ст.15 була зроблена примітка (в редакції постанови ЦВК і РНК УСРР від 12 червня 1929 р.) такого змісту:

"Коли через політичний або культурний гніт за дореволюційних часів автор або його спадкоємці позбавлені були змоги використати авторське право, то початковий момент того строку, протягом якого авторське право переходить до спадкоємців автора, обчислюється від того моменту, коли стало можливим використання авторського права.

Неможливість використання авторського права, а також строк, з якого використання стало можливим, встановлює Народний комісаріат освіти УСРР" (19).

Відповідно до цього положення була прийнята постанова Наркомосвіти УСРР від 16 вересня 1929 р. "Про продовження строку викорис-



АВТОРСЬКЕ ПРАВО

тання авторського права спадкоємцям письменників: Коцюбинського Михайла, Кропивницького Марка, Старицького Михайла, Тобілевича Івана та композитора Лисенка Миколи", в якій відзначалося:

"Визнаючи, що через політичний та культурний гніт дореволюційних часів українські письменники Коцюбинський Михайло, Кропивницький Марко, Старицький Михайло, Тобілевич Іван та композитор Лисенко Микола, а так само їхні спадкоємці були позбавлені змоги користуватися в повній мірі авторським правом та, зважаючи на те, що спадкоємці згаданих письменників і після того, як радянська влада видала закон про авторське право, не могли скористатися в повній мірі цим правом, бо минули його встановлені строки, Народний комісаріат освіти УСРР, на підставі постанови ЦВК та РНК УСРР від 12 червня 1929 р. "Про зміну примітки до ст.15 постанови "Про авторське право", постановив:

Продовжити строк користування авторським правом:

- 1) для спадкоємців Коцюбинського Михайла — до 1 січня 1939 р.;
- 2) для спадкоємців Кропивницького Марка — до 1 січня 1937 р.;
- 3) для спадкоємців Старицького Михайла — до 1 січня 1936 р.;
- 4) для спадкоємців Тобілевича Івана — до 1 січня 1936 р.;
- 5) для спадкоємців Лисенка Миколи — до 1 січня 1939 р.

Примітка 1. Оскільки спадкоємці Коцюбинського Михайла зrekлися авторського права, надати право на користування авторським гонораром за твори Коцюбинського Михайла до 1 січня 1939 року Комітетові увічнення пам'яті письменника Коцюбинського Михайла.

Примітка 2. Суми авторського гонорару, що випадково збирались до дня опублікування цієї постанови УТОДІК'ом і перебувають на рахунку спадкоємців зазначених письменників, мають бути виплачені їх спадкоємцям" [20].

Авторське право частково або повністю могло передаватися за видавничим договором, переходити за заповітом або іншим законним способом. Договір на передання авторського права повинен був укладатися в письмовій формі, містити точні вказівки про характер і умови використання авторського права. Недодержання письмової форми позбавляло сторони права посилатися, у разі спору, на свідчення свідків, стосовно підтвердження договору, але не позбавляло їх права надавати письмові докази. Письмова форма договору була необов'язковою для друкування творів у періодичних виданнях і в енциклопедичних словниках (ст.16).

За видавничим договором автор передавав видавцеві право на видання і розповсюдження свого твору, а видавець зобов'язувався випустити зазначений твір у світ своїм коштом і вжити заходів до його розповсюдження. У видавничому договорі обов'язково зазначалися: кількість передбачених договором видань, розмір тиражів цих видань, розмір авторської винагороди, межовий строк випуску видань, строк чинності договору. (ст.17).

Видавничі договори з державними видавництвами, видавництвами партійних, професійних, кооперативних і громадських організацій укладалися без обмеження строком. Видавничі договори з приватними видавництвами можна було укладати на строк до 5 років (ст.18).



Якщо в договорі не було зазначено строку видання, видавець зобов'язаний був випустити у світ твір протягом наступних строків:

- твір до 5 друк. аркушів у періодичному виданні — протягом 6 місяців;
- видання до 10 друк. аркушів, підручників і репродукцій творів образотворчого мистецтва — протягом одного року;
- інші видання — протягом двох років.

Зазначені строки обчислювалися від дня підписання договору або одержання видавництвом твору, якщо його подано після підписання договору. Зазначені вище строки випуску видань могли бути збільшені за видавничими договорами не більше ніж у 1,5 раза (ст.19).

Коли договором передбачався випуск кількох видань, видавництво могло приступити до наступного видання після розпродажу примірників твору попереднього видання. Коли видавництво не дотримувалося цього положення, за заявою автора видавничий договір міг бути розірваний (ст.20).

Право на прилюдне виконання драматичних, музичних, музично-драматичних, кінематографічних, хореографічних творів і пантомім автор міг передати державним органам на певний строк або безстроково, іншим організаціям і особам — не більше ніж на 2 роки, при цьому дозволялося здійснювати не більше 50-ти публічних виконань (ст.21).

За відсутності в угоді положення про строк прилюдного виконання творів, установи, організації та особи, що набули право на прилюдне виконання, зобов'язані були прилюдно виконати:

- драматичні й музичні твори,

пантоміми — протягом одного року;

- музично-драматичні, кінематографічні й хореографічні твори — протягом 1,5 року від дня підписання договору або одержання від автора твору після підписання договору (ст.22).

Якщо видання або прилюдне виконання твору не було здійснено протягом строку, визначеного законом або договором, видавництва, установи, організації й особи, що уклали відповідні договори, повинні були виплатити авторові повністю обумовлену винагороду, а чинність договору, за заявою автора, припинялася.

Дозволялося укладати договір, за яким автор зобов'язувався створити і подати до видавництва твір до певного строку і в обумовленому вигляді. Укладаючи такий договір, автор тим самим передавав видавництву виключне право на видання зазначеного твору (ст.24).

Набуті від автора права на видання або публічне виконання творів видавництва, установи, організації та особи могли передавати іншим видавництвам, установам, організаціям та особам тільки з письмового дозволу автора або його правонаступників (ст.25).

Автор мав право до повного зібрання своїх творів включати твори, право на видання або прилюдне виконання яких він передав будь-яким видавництвам, організаціям чи особам (ст.26).

Видавець і видовищне підприємство не мали права на свій розсуд робити за життя автора без його згоди будь-які скорочення, доповнення та інші зміни, як щодо самого твору та його назви, так і зазначення в ньому імені автора. Видавець не мав



АВТОРСЬКЕ ПРАВО

права за життя автора без його згоди додавати до творів ілюстрації (ст.27).

Видавництва, організації та особи, що набули авторських прав, мали право захищати їх від автора і третіх осіб відповідно до закону (ст.28).

Народний комісаріат освіти УСРР, за погодженням з Народним комісаріатом праці УСРР і Радою професійних спілок УСРР, встановлював:

- мінімальний розмір авторської винагороди як у разі передання авторського права, так і у разі порушення цього права;
- розмір авторської винагороди за прилюдне виконання твору, коли твір було виконано без згоди автора;
- розмір винагороди авторам творів, надрукованих без їхньої згоди у збірниках, наукових творах, якщо запозичення з твору автора перевищувало встановлені законом норми;
- розмір винагороди авторам художніх та фотографічних творів за їх використання без згоди автора у виробах фабрично-заводської, кустарної та ремісничої промисловості;
- розмір винагороди авторам творів, що зазнали переробки без згоди автора, але з дозволу Народного комісаріату освіти УСРР, з розповідної на драматичну форму чи на кіносценарій і навпаки, або з драматичного твору на кіносценарій і навпаки;
- розмір і випадки виплати винагороди авторам кіносценаріїв, авторам музичних творів, виконуваних при демонстрації кінофільмів, кінорежисерам, кінооператорам та кінохудожникам (ст.29).

Постановою Ради народних комісарів УСРР право видавати на території УСРР будь-які твори, зокрема й ті, що були об'єктами авторського права, могло бути визнане виключним правом держави в таких випадках:

- коли твір випущено в світ вперше на території УСРР, або коли він перебував на цій території у вигляді: рукопису, ескізу або в іншій об'єктивній формі;
- коли твір українського письменника випущено в світ за кордоном, незалежно від мови, якою цей твір видано.

Визнання виключного права УСРР на видання творів, що були об'єктом авторського права, супроводжувалося виплатою авторові винагороди, розмір якої визначався Народним комісаріатом освіти УСРР за погодженням з Народним комісаріатом фінансів УСРР (ст.30).

Право видавати, перевидавати, прилюдно виконувати переклади різних творів українською мовою могло бути визнано постановою Ради народних комісарів УСРР мононполією держави (ст.31).

Після закінчення строку дії авторського права твори, за винятком творів, визнаних власністю держави, можна було відтворювати, видавати, розповсюджувати, виконувати без обмежень, встановлених законом.

Постанова ЦВК і РНК УСРР "Про авторське право" стала джерелом і могутнім стимулом подальшого розвитку авторського права в Україні. Першим нормативним актом, прийнятим на її виконання була постанова Наркомосвіти УСРР від 22 квітня 1929 р. "Про авторський гонорар за прилюдне виконання дра-



матичних, музичних, кінематографічних та інших творів" (21).

Постановою були встановлені такі розміри авторського гонорару за прилюдне виконання творів:

- за оригінальні драматичні твори (драма, комедія, трагедія, водевіль та ін.) — авторові твору за кожен акт — 1,5% від фактичного збору за виставу, художників за оригінальну постановку твору — 0,25% за кожен акт від фактичного збору за виставу;
- за перекладені драматичні твори — за кожен акт 1% від фактичного збору за виставу, що розподіляється порівну між автором і перекладачем, за кожен акт 0,25% від фактичного збору за виставу художників за оригінальну постановку;
- за твори музично-драматичні (опери, оперети, музичні комедії, балети, пантоміми то ін.) за кожен акт 1,25% від фактичного збору за виставу, зокрема за музичні твори — 0,75%, за лібретто — 0,25%, художників за оригінальну постановку — 0,25%;
- за твори музично-драматичні сучасного оригінального українського репертуару — за кожен акт — 2,25% від фактичного збору за виставу, зокрема за музичні твори — 1,5%, за лібретто — 0,25%, художників — 0,25% за оригінальну постановку;
- за музичні твори, спеціально написані чи підібрані для супроводу драматичних творів, за кожен фактично супроводжуваний цією музикою акт — 0,5% від фактичного збору за виставу (за підібрані твори гонорар виплачувався автору відбору, а не композитору);
- за музичні, драматичні, літературні, хореографічні та інші твори, виконувані в концертах і окремих виставах, у театрах сатири і мініатюр (вистави з низки дрібних творів) — за всю програму 3% від фактичного збору за виставу;
- за кінофільми, крім видових, мультиплікаційних та хронікальних, авторові сценарію — 1%, режисерові 0,25% від фактичного збору за кожен сеанс (якщо автор сценарію запозичив сюжет, йому виплачувалося 0,75%, авторові сюжету — 0,25% зазначеного гонорару);
- за мультиплікаційні фільми — автору сценарію — 0,25%, кінохудожників — 0,75% від фактичного збору за кожен сеанс;
- за видові та хронікальні кінофільми — кінооператорові — 0,25% від фактичного збору за кожний сеанс;
- за музичні твори, спеціально написані для супроводу всього кінофільму — 1% від фактичного збору за кожен сеанс;
- за відіbrane музичні твори для супроводу всього кінофільму — 0,25% фактичного збору за кожен сеанс (гонорар виплачувався авторові відбору, а не композитору);
- за дивертисменти та естрадні твори, виконувані в кінотеатрах після або до кіносесансу — за всю програму — 0,25% від фактичного збору за кожен сеанс;
- за твори музичні, естрадні, виконувані в цирках, естрадах, дивертисmentах, кабаре та інших місцях із платним входом — за всю програму 3% від фактичного збору за вечір;
- за музичні, естрадні твори, ви-



АВТОРСЬКЕ ПРАВО

конувані в садах, ресторанах, пивних, кабаре, кафе та інших прилюдних місцях із платним входом — 5% загальної суми заробітної плати за день усіх виконавців творів.

Драматичні, музично-драматичні, хореографічні та інші твори оплачувалися не більш ніж за 5 актів; кількість актів визначалася за авторським примірником. Авторський гонорар розподілявся між усіма авторами, твори яких виконувалися пропорційно кількості виконаних творів кожного автора.

Авторський гонорар повинні були виплачувати всі державні та громадські установи, клуби, підприємства та організації, приватні організації та особи, що влаштовували видовища. Театри, звільнені від державних та місцевих податків, не звільнялися від виплати авторського гонорару. Авторський гонорар за виконання творів, не виплачений авторам (відсутність спадкоємців, за давністю тощо), надходив у розпорядження НКО УСРР до спеціального літературного фонду. До гонорарів, встановлених цією постановою, не зараховувалися суми, виплачені театрами авторам за написання твору.

Фактичним збором за виставу вважалася сума, зібрана від продажу квитків, за винятком державних і місцевих податків та виплат, зборів на користь Червоного Хреста. Інші витрати (оренда театрального приміщення, заробітна плата та ін.) до уваги не бралися. Сума фактичного збору встановлювалася на підставі записів у книгах видовищного підприємства, касових звітів про збори тощо.

Постановою Наркомосвіти УСРР від 26 вересня 1929 р. "Про мінімальні ставки авторського гонорару

та про норму тиражу" [22] були встановлені наступні мінімальні ставки авторського гонорару для окремих видів літературних творів:

- оригінальна художня проза — 100 крб. за друк.аркуш;
- оригінальні критичні, бібліографічні твори в галузі літератури, театру, кіно та інших видів мистецтва — 90 крб. за друк. аркуш;
- переклад художніх, наукових, технічних творів, що не потребують редагування — 50 крб. за друк. аркуш;
- переклад інших творів, що не потребують редагування — 40 крб. за друк. аркуш;
- переклади, що потребують редагування — 30 крб. за друк. аркуш;
- вірші оригінальні й перекладні, надруковані в періодичній пресі — 60 коп. за рядок;
- вірші друковані в інших виданнях, крім періодичних — 30 коп. за рядок;
- підручники для шкіл І-го концентру — 80 крб. за друк. аркуш;
- підручники для профшкіл і ВИШ'ів — 100 крб. за друк. аркуш;
- підручники для шкіл ІІ концентру — 90 крб. за друк. аркуш;
- читанки — 60 крб. за друк. аркуш.

Авторський гонорар за твір до одного друк. аркуша відповідно зменшувався.

Постановою були встановлені наступні норми тиражу для одного видання:

- художня проза — 5000 примірників;
- масова художня література — 20000 примірників;



- драматичні твори — 3000 примірників;
- твори критичні, бібліографічні, публіцистичні в галузі літератури, театру, кіно та інших видів мистецтва — 3000 примірників;
- дитяча література — 10000 примірників;
- віршовані твори, крім друкованих у періодичній пресі — 3000 примірників;
- підручники для шкіл І-го концентру — 100000 примірників;
- підручники для шкіл ІІ-го концентру — 30000 примірників;
- підручники для профшкіл і ВІШ'їв — 7000 примірників;
- методичні посібники і теоретичні роботи із соціально-економічних питань — 10000 примірників;
- методичні посібники із теоретичні роботи з інших питань, крім соціально-економічних — 50000 примірників;
- оригінальні популярні твори із соціально-економічних і природничих наук — 10000 примірників;
- популярна література для масового читача (обсягом до 3 друк. аркушів) — 20000 примірників;
- підручники для шкіл ліквідації неписьменності дорослих — 250000 примірників;
- підручники для шкіл ліквідації неписьменності дітей — 75000 примірників.

Зазначені ставки авторської винагороди, якщо договором не було передбачено вищих ставок, виплачувалися при тиражі, що не перевищував встановлених норм. Будь-який випуск творів тиражем понад визначену норму, але в межах встановленого договором тиражу, вважався за повне видання. Повторне видання

твору тиражем первинного видання оплачувалося розміром 60% гонорару за первинне видання. Якщо тираж повторного видання, порівняно з первинним, зменшувався, то відповідно зменшувалася і сума гонорару. Якщо в наукових, політично-освітніх, шкільних збірниках і наукових творах були вміщені без згоди автора уривки або повністю твори, запозичені в обсязі, що перевищував встановлені норми запозичення, то автор твору мав право на одержання гонорару, що дорівнював 50% ставки упорядника збірника, відповідно до розміру запозичення. Виплату зазначеного гонорару здійснювали видавництва. Авторам творів, що зазнали переробки без згоди автора, але з дозволу Наркомосвіти УСРР, з розповідної в драматичну форму або кіносценарій і навпаки, виплачувався гонорар у розмірі 50% гонорару, одержаного автором переробки цього твору. Зазначений гонорар виплачувало видавництво.

Як практично застосовувалися положення авторського права на території України на початку 20-х років ХХ ст., проілюструємо лише одним прикладом.

6 лютого 1923 р. професор М. Плевако звернувся до Харківського кооперативного видавництва "Рух" з пропозицією такого змісту:

"Пропоную Вам до друку у Вашому видавництві "М. Плевако. Хрестоматія нової української літератури" на таких умовах:

- 1) Я Вам зараз здаю до друку II том "Хрестоматії" — від Франка до найновіших часів (розміром до 40 друк. аркушів), що найбільше потрібний в даний момент. Тим часом я підготовлюю дві частини I тому —від Котляревського до Франка (роз-



- міром до 50 друк. арк.), які зобов'язуюся здати до друку протягом 6 місяців.
- 2) Перший наклад усієї "Хрестоматії" зобов'язуюсь віддати "Рухові", який друкує "Хрестоматію" в кількості 15.000 (п'ятнадцяти тисяч) примірників.
 - 3) Коли цей наклад розійдеся, то для перевидання "Хрестоматії" на рівних умовах "Рух" має першість.
 - 4) Хрестоматію злажую за планом Соцвих'у і зобов'язуюся дістти дозвіл від Научпредкуму Соцвих'у для вжитку її по школах Соцвих'у.
 - 5) "Рух" зобов'язується виплачувати мені гонорар у ромірі 10% накладу по мірі продажу книги, але не менше 25 черв. щомісячно.
 - 6) Авансом "Рух" виплачує мені 10% гонорару негайно після передачі мною до видавництва рукопису "Хрестоматії".
 - 7) Після здачі мною матеріалу "Рух" зобов'язується друкувати "Хрестоматію" не менше 10 аркушів у місяць.
 - 8) Коли, після визначеного строку, протягом трьох (4-х) місяців все таки книжка не вийде, я маю право вести переговори і передати її до друку іншому видавництву.
 - 9) Зміни в нашій умові можуть бути зроблені за взаємною згодою.
 - 10) Будь-які непорозуміння, що можуть виникнути між нами, розв'язуються в судових установах Харкова.
 - 11) Я дістаю авторських примірників 25 з кожного випуску, Вашу листовну згоду я буду вважати за ствердження цієї умови" [23].
- 20 лютого 1923 р. директор-розпорядник І. Лизанівський повідомив автору М. Плевако:
- "У відповідь на Ваш лист від 6 лютого ц.р. повідомляємо Вам, що ми згодні друкувати книжку: М. Плевако "Хрестоматія нового українського письменника" на умовах, які Ви нам запропонували".
- Видавництвом до запропонованої автором угоди було додано один пункт:
- 12) "Рух" має право видавати "Хрестоматію" і сам, і спільно з іншим видавництвом під своєю фірмою" [24].
- За десять років між українськими видавництвами і авторами встановились ділові відносини, які базувалися на положеннях авторського права. Свідченням цього є лист Максима Рильського до видавництва "Література і мистецтво" від 21 вересня 1933 року:
- "Вельмишановний товаришу !
Одержав сьогодні Вашого листа і зараз же відповідаю.
- 1) Твори Стендalia вийшли в призначенні строки. Мушу тільки тут же сказати, що та неакуратність, з якою ЛІМ виплачує гонорари, не може не відбиватись на моїй роботі. За редактування "Червоного й чорного" мені (про це є довідка з бухгалтерії) належить 625 крб., а дали мені, як я був у Харкові, тільки 150, отже зостається 475. Дуже прошу вжити заходів, щоб ці гроші негайно мені вислали, бо, повторюю, не маючи хоч якогось забезпечення, не можу працювати.
 - 2) За редактування Рабле радо візьмусь, а щодо легкості цієї роботи, то наперед сумніваюсь — надто складна стоїть проблема



ма перед перекладачем Рабле.

- 3) Прошу повідомити, в якому стані справа з виданням "Орлеанської діви" Вольтера, до якої я передав Вам і передмову. Думаю, що після того, як ми вже маємо укр. мовою такі прозаїчні шедеври Вольтера, як "Кандід", дуже корисно буде подати нашому читачеві цю яскраву антирелігійну, антипопівську, актуальну великою мірою і в наші дні сатиру Вольтера. У віршованій перекладній літературі вихід цього перекладу буде, по-моєму, значною подією.
- 4) Мені здається, що саме на часі подумати про антологію руських поетів кінця XIX ст.; з акцентом на пожовтневій добі, в укр. перекладах. Як один із кроків до культурного братання національностей: "виміну цінностями", така книжка відіграє немалу роль. Коли б Ви на цю думку пристали, то я б охоче взяв на себе вибір перекладачів і стилістичне редактування книжки, а також, розуміється, і самостійне перекладання багатьох речей. Ясно, що це робота не одного тижня чи

місяця, отже варто б узятись за неї тепер, щоб зробити на 1934 рік.

Буду дуже вдячний, коли Ви не загаїтесь із відповідлю на мій лист.

М. Рильський [25].

Отже, авторське право періоду "воєнного комунізму" характеризувалося докорінною зміною попереднього авторського права і спробами впровадити в зазначену сферу норми, що відповідали більшовицьким поглядам.

Наступний етап розвитку українського авторського права у радянський період пов'язаний з дією Основ авторського права СРСР 1925 і 1928 рр., а також прийнятого на їх розвиток Закону УСРР "Про авторське право" від 6 лютого 1929 р. Зазначені законодавчі акти цілком відповідали духу свого часу. Порівняно з періодом "воєнного комунізму" даний етап слід розглядати як період поступового відновлення і розширення охорони авторських прав. Юридично-технічні якості Основ авторського права СРСР 1928 р. були досить високі: не випадково багато іх положень було перенесено практично без змін до наступного законодавства [26]. ♦

Література:

1. *Про авторське право. — Постанова ЦВК і РНК УСРР від 6 лютого 1929 р. — Зб. Уз. — 1929 р. — відділ I. — № 7. — Ст. 55.*
2. *Собрание узаконений и распоряжений Рабоче-крестьянского правительства Украины. — 1919. — № 2. — С. 18.*
3. *Там же. — 1919. — № 25. — С. 380.*
4. *Там же. — 1919. — № 33. — С. 486.*
5. *Там же. — 1919. — № 34. — С. 512.*
6. *Збірник узаконень та розпоряджень Всеукраїнського революційного комітету. — 1920. — № 18. — С. 503.*
7. *Там же. — 1921. — № 4. — С. 121-122.*
8. *Збірник законів і розпоряджень Робітничо-селянського уряду. — 1921. — № 11. — С. 358.*



9. Там же. — № 15. — С. 502.
 10. Бюлєтень Наркомосвіти. — 1921. — № 9. — С. 16.
 11. Шлях до комунізму. — 1924. — № 5.
 12. Бюлєтень Наркомосвіти. — 1925. — № 6. — С. 21.
 13. Зб. Зак. СРСР. — 1925 р. — № 7. — С. 67.
 14. Зб. Зак. СРСР. — 1928 р. — № 27. — С. 246.
 15. Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. Учебник. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: ТК Велби, 2004. — С. 38.
 16. Збірник узаконень та розпоряджень Робітничо-селянського уряду України. — 1925. — Ч. 100. — С. 550.
 17. Там же. — 1926. — Відділ другий. — № 11. — С. 37.
 18. Зб. Уз. УСРР. — 1929. — № 27. — С. 55.
 19. Про авторське право та про Літфонд. Постанови і відомчі розпорядження. — К.: Радянське будівництво і право, 1936. — С. 24.
 20. Бюл. НКО УСРР. — 1929. — № 38 (177). — С. 521.
 21. Збірник законів та розпоряджень Робітничо-селянського уряду України. — 1929. — Відділ другий. — № 12. — С. 52.
 22. Там же. — 1929. — № 25. — С. 120.
 23. Центральний державний архів-музей літератури і мистецтва України, ф. 577, опис 1, справа 1.
 24. Там же.
 25. Там же, ф. 584, опис 1, справа 23.
 26. Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. — С. 38.
-

ЦІКАВО ЗНАТИ**ЗЕМЛЯ ВЖЕ НІКОЛИ НЕ БУДЕ ТАКОЮ**

Такого висновку дійшов відомий британський вчений Джеймс Лавок. 30 років тому Лавок висунув ідею про те що наша Земля має власну систему контролю за кліматичними процесами. Ця система підтримує на нашій планеті необхідні для життя умови, але в результаті антропогенної діяльності планетна система контролю була порушена, зміна клімату стала не минуча, і Земля вже ніколи не буде такою, як раніше. За словами вченого незадовго до кінця цього сторіччя виникне ряд глобальних катастроф, в результаті яких життя збережеться тільки в Арктиці, де умови залишаться більш менш пристосованими для існування.

За матеріалами сайту <http://www.cnews.ru>



ПЯТЬ СТОЛПОВ СИСТЕМЫ АВТОРСКОГО ПРАВА И УГРОЖАЮЩАЯ ОПАСНОСТЬ*

Адольф Дитц¹,

доктор юридических наук, руководитель научной группы в Институте интеллектуальной собственности, конкурентного и налогового права им. Макса Планка (г. Мюнхен), почетный профессор университета г. Пассау

I

В июне 2002 г. Европейская комиссия провела в испанском г. Сантьяго-де-Компостела программную конференцию под названием "Еще раз об авторском праве" ("European Copyright Revisited"), посвященную текущему состоянию авторского права в Европейском сообществе, а также его будущему². На конференции рассматривались такие вопросы, как формирование системы управления правами (Rights Management), возможность гомогенизации и консолидации существующих семи директив по авторскому праву. Кроме того, говорилось о политико-правовой роли авторского права в сравнении с политико-правовыми предпосылками и основами других ветвей права, в частности с европейским конкурентным правом. Тех,

кто с интересом следил за Сантьягской конференцией, больше всего удивило то, что такие ключевые понятия, как "автор" и "артист-исполнитель", почти не фигурировали в выступлениях и докладах. Не прозвучали они и из уст Джона Ф. Могга, генерального директора Генерального управления внутреннего рынка, ни в его вступительной речи, ни при подведении итогов. Впрочем, не использовались они и в докладе судьи Бо Вестердорфа (**Bo Westendorf**), президента Европейского суда первой инстанции, под названием "О роли авторского права и смежных прав как политике по сравнению с другими видами политики". Более того, при политико-правовом ограничении авторского права от других областей права, в частности от права свободного перемещения

* Перевод статьи осуществлен научным сотрудником НИИ интеллектуальной собственности АПрН Украины, стипендиатом Института им. М. Планка интеллектуальной собственности, конкурентного и налогового права г. Мюнхен (Германия), согласован и разрешен автором к публикации в журнале "Теория и практика интеллектуальной собственности".

¹ Род. 1936 г. в Мюнхене; доктор юриспруденции, 1966 г. Мюнхен; почетный доктор Королевского университета Брюсселя, 1996 г. С 1967 г. научный сотрудник, позднее руководитель сектора, а с 1978 г. — руководитель научно-исследовательской группы (руководитель отдела) по иностранному, международному патентному, авторскому праву и конкурентному праву в Институте Макса Планка (теперь: Институт Макса Планка интеллектуальной собственности, конкурентного и налогового права). С 1993 г. внештатный преподаватель, с 1998 г. почетный профессор авторского права в университете г. Пассау. 1995-2001 почетный профессор университета Женьминь в Пекине. В 2002 г. получил "Большой крест за заслуги перед Федеративной Республикой Германия"

² Тексты докладов на конференции в Сантьяго, прозвучавшие главным образом на английском языке, можно найти в Интернете по адресу: http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/intprop/news/index.htm



товаров и услуг и конкурентного права, и речи не шло о специфических интересах автора и артиста-исполнителя. О них вообще прямо не упоминалось. К счастью, Ю. Джеффри, помощник генерального директора ВОИС в Женеве по авторскому праву, в своем ангажированном докладе напомнил конференции о том, что ввиду усиливающегося противодействия и враждебности авторское право лучше было бы "продавать", уместнее было бы говорить о художниках, композиторах, артистах-исполнителях и их организациях как об "обладателях прав" и что необходимо "избегать юридического жаргона". И наконец, он указал, что этими "обладателями прав" должны стать художники, писатели, скульпторы, музыканты.

Но как получилось, что всегда столь ответственные брюссельские функционеры, в компетенции которых находится авторское право, ударились в терминологические тонкости, пропустив при этом важную социальную группу творцов, т. е. всевозможных авторов и артистов-исполнителей? Исходя из этого уместно напомнить, что именно ЕС-законодатель в лице правительства его 15 стран-членов, объединившихся в Совете министров, а также в лице Европейского парламента указал на выдающуюся роль творцов в системе авторского права, в частности, в важной Директиве об авторском праве в информационном обществе³, увидевшей свет в мае 2001 г. В ее так называемой декларативной части содержится ряд принципиальных политico-правовых основ и

определений, касающихся авторского права, которые, как можно было бы ожидать, по меньшей мере будут упомянуты в официально назначенных Европейской комиссией дебатах о будущем авторского права. Речь идет, в частности, о следующих содержащихся в п. 9-12 основах:

"(9) Любая гармонизация авторского права и смежных прав должна основываться на высоком уровне защиты, так как эти права существенны для интеллектуального творчества. К тому же их защита способствует поддержке и развитию творческой деятельности в интересах автора, артиста-исполнителя, производителя, потребителя, культуры и экономики, а также широкой общественности. Поэтому интеллектуальная собственность должна быть признана составной частью собственности."

(10) Чтобы авторы и артисты-исполнители могли и впредь осуществлять творческую и художественную деятельность, они должны получать за использование их произведений соответствующее вознаграждение, что в равной мере относится и к производителям, чтобы те могли финансировать эти произведения. Чтобы производить фонограммы, фильмы или продукцию мультимедиа и предлагать услуги, например услуги по требованию, необходимы значительные капиталовложения. Только когда интеллектуальную собственность будут соответствующим образом охранять, можно гарантировать соответствующее вознаграждение обладателям прав и обеспечить достаточ-

³ Директива 2001/29/ЕС Европейского парламента и Совета от 22 мая 2001 г. "О гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе". См. ABLEG (Официальный бюллетень Европейского сообщества) № L 167 от 22.06.2001 г., с. 10.



ный доход соответственно их капитализации.

(11) Строгое и единственное регулирование с целью защиты авторских и смежных прав является одним из важнейших инструментов, необходимых для культурного созидания в Европе средств и охраны независимости и достоинства авторов и артистов-исполнителей.

(12) Соответствующая защита охраняемых авторским правом произведений и прочих объектов охраны имеет огромное значение и с точки зрения культуры. Согласно статье 151 Договора, регламентирующего его деятельность, Сообщество должно учитывать культурные аспекты".

II

Вышеупомянутые политico-правовые основы, сформулированные европейским законодателем в отношении авторских прав, потому и столь важны, что способны в определенном смысле закрыть зияющие конституционно-правовые бреши.

Как уже отмечалось в другой моей статье⁴, несмотря на имеющееся конституционно-правовое обеспечение авторского права (например, в ст. 14 Конституции Германии, посвященной собственности), в национальном праве, в отличие от Конституции Веймарской Республики 1919 г. (ст. 158), все еще отсутствует его четкая конституционно-правовая гарантia. Так что приходится прибе-

гать к наиболее явно выраженным на данный момент международно-правовым гарантиям, как, например, в ст. 15 (п.1, подпункт "с") Договора 1966 г. "Об экономических, социальных и культурных правах". К сожалению, и защита интеллектуальной собственности, предлагаемая в п. 2 ст. 17 торжественно провозглашенной Хартии основных прав Европейского союза⁵, облечена в минималистскую и малосодержательную формулировку, а именно "интеллектуальная собственность защищается". Напротив, политico-правовые основы, сформулированные в Директиве 2001/29/ЕС, предельно ясны и конкретны, особенно в том, что любая гармонизация авторского права и смежных прав должна основываться на высоком уровне защиты, "поскольку эти права существенны для интеллектуального творчества", а именно как вклад в "поддержку и развитие творческой деятельности в интересах автора, артиста-исполнителя, производителя, потребителя, культуры и экономики, а также широкой общественности". Так что любая политico-правовая дискуссия о будущем авторского права просто должна (все равно, на каком языке⁶) в духе этих основ четко называть людей, стоящих в самом начале цепочки творчества и производства продукции культуры, по имени.

Кроме того, упоминание авторов и артистов-исполнителей сейчас ва-

⁴ См.: Дитц А. Планы Федерального правительства по правовому регулированию авторского договорного права, ZUM, 2001, с. 276 и далее.

⁵ Опубликовано в EuGRZ, 2000, с. 554.

⁶ Надо признать, что указание на автора и артиста-исполнителя в английском языке часто отсутствует именно потому, что вместо встречающегося практически во всех европейских языках конкретного по сути и содержанию понятия "droit d'auteur", "Urheberrecht", "diritto d'autore", "derecho de autor", "direito de autor", "upphovsratt", "авторское право", "prawo autorskie", "szerzoi jog" и т. д. используется представляющееся нейтральным понятие "copyright". Но это никак не может служить оправданием полного отсутствия упоминания основных заинтересованных в авторском праве сторон.



жнее, чем когда-либо, уже потому, что место авторского права в общей правовой системе никоим образом не закрепилось раз и навсегда. Напротив, его современное местоположение часто подвергается сомнению заинтересованными сторонами. Но если авторское право потеряет свою прямую связь с творчеством, то вся его конструкция с длительным сроком правовой защиты *post mortem auctoris* (после смерти автора) рано или поздно рухнет под натиском сильно выстроенной защиты личных неимущественных прав автора, а также широкого набора исключительных прав и притязаний на вознаграждение. Что сказала бы экономическая теория на такую грандиозную пространственно-временную форму, в рамках которой авторское право преследовало бы лишь цель защиты индустрии, т. е. по существу служило тому, чтобы сделать рентабельными капиталовложения в продукцию культуры? За критику с позиций экономики охотно ухватились бы борцы с авторским правом как с препятствием на пути обмена информацией. Необходимо также отметить, что международная критика все чаще направлена и против высокой степени концентрации, которой способствует авторское право, и связанной с такой концентрацией опасности глобализации продукции культуры и культурных программ, которая проявляется через олигополию концернов средств массовой ин-

формации (СМИ)⁷. Еще одно столь же опасное с точки зрения интересов автора последствие состояло бы в том, что авторское право было бы объявлено тогда излишним, так как право на доступ к произведениям и исполнениям, которые не надо было бы охранять, в будущем, возможно, могло бы регулироваться исключительно техническими средствами контроля и Интернет-договорами. Так что в худшем случае авторское право будущего могло бы формулироваться единственной фразой: "обход технических мер защиты запрещен и наказуем"⁸. Поэтому в интересах самих авторов и артистов-исполнителей, которые в структуре такого рода, возможно, не играли бы существенной роли, необходимо настоятельно ставить вопрос о том, как, в конце концов, должно выглядеть авторское право будущего в национальном и европейском масштабе.

При этом часто выдвигаемое выражение, что акцентирование интересов авторов и артистов-исполнителей основано на романтической концепции "яркой личности", которая больше не отвечает реалиям сегодняшнего культурного производства, где доминирует коллективное творчество, надо отклонить как не соответствующее именно этим реалиям в более широком контексте. Прогулка по Франкфуртской книжной ярмарке, участие в кино- или телевестивале, взгляд на обширные списки субъектов авторского права

⁷ См. крайне критическую позицию Фиона Макмиллан в *The Cruel ©: Copyright and Film, EIPR* (Европейское обозрение интеллектуальной собственности), 2002, т. 24, № 10 (октябрь), с. 483 и далее.

⁸ На этих идеях основана Директива 98/84/ЕС Европейского парламента и Совета от 20 ноября 1998 г. "О правовой защите услуг с контролируемым доступом и услуг управления доступом" (ABIEG № L 320 от 20.11.1998 г., с. 54 и далее), которая была интегрирована в немецкое право Законом "О защите услуг с контролируемым доступом и услуг управления доступом" (Закон о защите услуг с управляемым доступом - ZKDSG) от 19 марта 2002 г. (BGBI, 2002 1 № 19 от 22.03.2002 г., с. 1090).



— членов многочисленных немецких организаций по коллективному управлению (например, Общества по охране авторских прав, прав на воспроизведение и тиражирование музыкальных произведений (GEMA) и VG Wort), а также регулярное чтение разделов ежедневной и еженедельной прессы, посвященных культуре, вполне убедительно показывают, что авторы и артисты-исполнители воспринимаются как реальные и вполне идентифицируемые творцы произведений и исполнений, а не как "вымирающий вид". Напротив, повсеместно наталкиваешься на имена, имена, имена...

III

Во избежание недоразумения, но в полном соответствии с цитированными выше политико-правовыми основами Директивы, необходимо четко указать на то, что авторское право никоим образом не призвано защищать лишь интересы творцов, чего, впрочем, никогда не было за всю его историю. Скорее, речь идет об интересах "производителя, потребителя, культуры и экономики, а также широкой общественности"⁹. Так что систему авторского права необходимо понимать и воспринимать как уравновешенную и обширную систему норм, правильно соотносящую все эти интересы¹⁰. Поэтому вполне естественно, что в законодательстве об авторском праве последних лет и десятилетий, во всяком случае в континентальной Европе, осуществляется подход к его регулированию, по сути покоя-

щийся на пяти столпах или подсистемах авторского права в целом, взаимозависимость и взаимообусловленность которых как раз и призвана обеспечить сбалансированность различных интересов, связанных с авторским правом.

Необходимо с самого начала пояснить, что интересы издателей и других производителей продукции культуры при этом проявляются двояко. Причем оба проявления никак не взаимоисключающие, но во многих случаях (особенно, в секторе кино) сосуществуют параллельно. С одной стороны, речь идет о косвенной реализации интересов в виде производного приобретения авторами и артистами-исполнителями как первоначальными обладателями охраняемых прав и требований, причем такое производное приобретение подлежит регулированию нормами договорного права. С другой стороны, речь идет о прямом предоставлении смежных прав производителям продукции культуры, таким, как производители фонограмм, кинопродукции, или радиовещательным организациям как первоначальным обладателям прав.

Наконец, с интересами производителей можно было бы заставить считаться так же, как и с интересами авторов и артистов-исполнителей, поручив управление определенными правами организациям по коллективному управлению. При этом необходимо позаботиться о том, чтобы управляемые ими права и требования могли быть осуществлены. Из всего этого выстраивается

⁹ См. выше п. 9 декларативной части Директивы 2001/29/ЕС.

¹⁰ В этом смысле см. также п. 31 декларативной части Директивы 2001/29/ЕС: "Должно обеспечиваться соответствующее примирение прав и интересов различных категорий обладателей прав, а также различных категорий обладателей прав и пользователей объектов защиты...".



5-столповая модель современного авторского права (как, впрочем, она вырисовывается почти во всех новеллах авторского права): материальное авторское право; смежные права; авторское договорное право; право организаций по коллективному управлению (коллективное управление); система осуществления прав.

Далее рассмотрим эти пять столпов или подсистем современного авторского права.

IV

Первый столп — материальное авторское право регулирует защищаемые предметы (произведения), первоначальное наделение правом автора, содержание (личные права, исключительные права использования и притязания на вознаграждение), а также сроки и объем охраны. Эта подсистема образует самый древний и традиционный столп системы защиты авторского права, который возник еще в самом начале пути, в прежних законодательствах об авторском праве, во всяком случае в международном авторском праве — с 1886 г., когда появилась на свет Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений. Несмотря на это исторически закрепленное и все более устойчивое положение материального авторского права, его, однако, подстерегают опасности. Как недавно указал д-р Дертянфь (Gyertyanfy)¹¹, существует реальная угроза того,

что центральное понятие "литературные и художественные произведения" будет распространено в совершенно неожиданные сферы. Если фактически любая экономически важная информация при минимальном ее эстетическом оформлении будет охраняться как произведение, должны ли (что почти соответствовало бы концепции полного слияния права дизайна и авторского права), например, автомобильные запчасти и подобного рода изделия, к которым приложил руку дизайнер, защищаться авторским правом в течение 70 лет после смерти автора?¹² По-моему, во многих случаях гораздо лучше устанавливать специальные "индивидуализированные" права с существенно более короткими сроками охраны (право *sui generis*) для учета определенных, вполне законных интересов, таких, например, как защита полупроводников или современных промышленных образцов либо особая защита производителей баз данных (в немецком праве рассматриваемая как смежное право), которая в соответствующей Директиве о базах данных¹³ представлена как защита *sui generis*. То есть те результаты труда, которые несут в себе минимальное творческое начало, не признаются объектами авторского права и соответственно лишены защиты, применимой к таким объектам. Но до определенной степени действительно и то, что заложенная в авторском праве как общей системе дифференциация ме-

¹¹ Peter Gyertyanfy. Экспансия авторского права, которой нет конца?, GRUR Int., 2002, с. 557 и далее.

¹² См. критическую статью Дитца "Дизайнерский подход" как разгрузка авторского права" в Юбилейном сборнике к 70-летию Фридриха-Карла Байера, под ред. Ю.Кригера, Вайнгейм, 1996, с. 355 и далее.

¹³ Директива 96/9/ЕС Европейского парламента и Совета от 11 марта 1996 г. "О правовой защите баз данных". См.: ABIEG № L 77 от 27.03.1996 г., с. 20 (гл. III, ст. 7 и далее).



жду авторским правом в узком смысле (материальным авторским правом) и смежными правами в том, что касается прав, защищающих производителя, в равной степени пригодна для проведения необходимого в подобных случаях разграничения, чтобы материальное авторское право сохранило свое действие в отношении настоящих произведений литературы, науки и искусства. Таким образом, смежные права образуют второй столп современной системы авторского права.

V

На международной арене появление смежных прав как второго столпа восходит к так называемой Римской конвенции, т. е. Международному договору о защите интересов артистов-исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций от 26 октября 1961 г., в котором в соответствии с его названием регулируются права на защиту результатов умственного труда артистов-исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций. Помимо защиты прав артистов-исполнителей, которая сегодня все более и по праву (независимо от срока охраны) уподобляется по содержанию защите прав автора, речь идет о правах организаций сферы культуры. Для них, как уже отмечалось, создается особое "индивидуализированное" правовое положение как первоначальных обладателей прав, чтобы они, как это верно отмечено в Директиве 2001/29/ЕС, могли обеспечить удовлетворительный

доход, извлеченный из своих капиталовложений. Впрочем, немецкому Закону об авторских правах 1965 г. известны (как и австрийскому Закону 1936 г.) несколько дополнительных смежных прав: кроме защиты определенных изданий, в частности посмертных, и более не охраняемых произведений, еще и охрана простых фотографий, а также защита производителей кинопродукции. Последнее право, хотя и получившее в международном плане еще мало поддержки, после принятия Директивы о прокате¹⁴ было гармонизировано в европейском масштабе. Данное право должно послужить экономической гарантией для производителей кинопродукции. Тем более что доступ к приобретению прав авторов фильмов в достаточной степени облегчен правовыми презумпциями¹⁵.

Из всего этого, принимая во внимание сформулированные в Директиве 2001/29/ЕС политico-правовые основы, можно сделать вывод, что экономическая цель авторского права и смежных прав состоит именно в том, чтобы обеспечить авторам и артистам-исполнителям соответствующее вознаграждение, а производителям продукции культуры, напротив, удовлетворительный доход от их капиталовложений в такую продукцию. Здесь можно говорить о двойном принципе: с одной стороны, о принципе вознаграждения или алиментации, а с другой — о принципе окупаемости, которые должны одинаково учитываться. В качестве оговорки необходимо лишь указать на то, что принцип алиментации не мо-

¹⁴ Директива 92/100/ЕС Совета от 19 ноября 1992 г. "Касательно прав проката, аренды и некоторых положений авторского права и смежных прав в сфере интеллектуальной собственности". См. ABIEG № L 346 от 27.11.1992 г., с. 61.

¹⁵ См. § 88 и 89 Закона об авторских правах.



жет означать содержание прав авторов независимо от использования произведения и рыночного успеха. Само собой разумеется, что поступление авторского вознаграждения может начаться только после того, как дело дойдет до использования произведения. В этом смысле авторское право может лишь реагировать на события на рынке, но не оказывать на них прямого влияния.

С точки зрения автономной защиты производителей продукции культуры и всевозможных СМИ посредством предоставления самостоятельных прав на защиту результатов умственного труда не очень последовательным было (и есть) предоставлять подобные права производителям фонограмм, кинопродукции и вещательным организациям, но не предоставлять их издателям. Хотя эта ситуация и объяснима исторически, поскольку издатели, принимая во внимание первоначальные и ранние формы защиты авторских прав, уже долгое время претендовали на производную от авторской защиту как само собой разумеющуюся, а именно на основе почти неограниченной свободы заключения договоров. Так что они — пусть конструктивно и на основе производного правового положения — долгое время получали то, что хотели: широкие в пространстве и времени и в значительной степени по содержанию права и неограниченно защищенное положение. С психологической точки зрения этот исторический опыт также в определенной степени объясняет, почему именно издатели так

сильно боролись против стремлений к усилению договорного положения авторов посредством недавнего Закона об авторских договорах¹⁶. Но вспомнили они о том, что договорные отношения с авторами нуждаются в правовом регулировании, только тогда, когда эти отношения перестали носить односторонне выгодный для издателей характер. Самостоятельное право защиты издателей¹⁷, с одной стороны, привело бы, конечно, к укреплению правового положения издателей внешне и в определенных распределительных контекстах, а с другой — облегчило бы достижение желаемой сбалансированности договорных взаимоотношений в рамках третьего столпа или подсистемы авторского правопорядка, а именно авторского договорного права.

VI

Авторское договорное право как третий столп системы авторского права во многих странах, даже в индустриальном мире, еще менее развито. Из-за чрезмерного акцентирования свободы заключения договоров в авторском праве оно состоит (насколько вообще регулируется законодательством в достойном упоминания объеме) преимущественно из общих норм, регулирующих допустимость передачи прав требования и выдачу лицензий на использование отдельных прав, если не самого авторского права в целом. Заинтересованными сторонами часто ведется борьба против стремлений к усилению регулирования договорных отношений между авторами и пользо-

¹⁶Закон об укреплении договорной позиции авторов и артистов-исполнителей от 22 марта 2002 г. См. BGBI № 21 от 28.03.2002 г., с. 1155.

¹⁷См.: Дитц А. Десять тезисов к авторскому праву издателей, Биржевой бюллетень, 1989, с.112 и далее.



вателями с позиции защиты слабых, как якобы недопустимое посягательство на "железный" принцип свободы заключения договоров. В обоих решениях Федерального конституционного суда¹⁸ (по делам, связанным с договорами поручительства), сыгравших огромную, даже принципиальную, роль для обоснования упомянутой реформы авторского договорного права в Германии, принцип свободы заключения договоров или частной автономии претерпел определенную корректировку в результате применения принципа социального государства:

"Чтобы все участники гражданско-правового оборота, в договорном праве - все договаривающиеся стороны, могли осуществлять свою индивидуальную, пользующуюся защитой ст. 21 Конституции свободу действий и равным образом ссылаясь на конституционную гарантию частной автономии, не должно действовать право сильного. Скорее, необходимо рассматривать коллизию конституционных позиций в их взаимодействии и ограничивать последние таким образом, чтобы по возможности сделать их наиболее действенными для всех участников. Если в договорном праве у одной стороны в договоре будет настолько сильная позиция, что она сможет диктовать содержание договора фактически в одностороннем порядке, для другой стороны в договоре это будет равносильно навязыванию условий... Конечно, ни при каком нарушении равновесия (баланса интересов) на переговорах договор не может быть поставлен

под сомнение или исправлен задним числом. Однако если речь идет о типичном случае, позволяющем распознать подчиненность одной стороны по договору, и последствия договора для поставленной в подчиненное положение стороны по договору необычайно обременительны, тогда гражданско-правовая система должна на это отреагировать и сделать возможным исправление положения. Это вытекает из конституционной гарантии частной автономии (ст. 21 Конституции) и принципа социального государства (ст. 20 I, ст. 28 I Конституции)"¹⁹.

Так как позиционную, пусть в отдельных случаях и не всегда явную, подчиненность автора в договорных отношениях с пользователем едва ли кто серьезно ставит под сомнение, в действительности в авторском договорном праве речь идет об особом случае защиты слабых, на который должно и обязано реагировать гражданское право. С экономической точки зрения в конечном счете все сводится к тому, какая доля "пирога реализации" достанется авторам и артистам-исполнителям. По новому регулированию в § 32 Закона об авторских правах эта доля в любом случае должна принимать форму соответствующего вознаграждения, причем это соответствие подлежит конкретизации различными способами, в частности, путем переговоров и/или согласительной процедуры между контрагентами. Получение авторами соответствующей доли может, конечно, происходить и другим способом, например, путем подключения к процессу организаций

¹⁸ Решение от 19.10.1993 г. (NJW, 1994, с. 36) и решение от 05.08.1994 г. (там же, с. 2749).

¹⁹ Так гласит решение от 05.08.1994 г. (NJW, 1994, с. 2750); подобное решение от 19.10.1993 г. (там же, с. 38).



по коллективному управлению, где при распределении полученного вознаграждения в конечном счете речь также идет о применении принципа соответствия. Таким образом, право организаций по коллективному управлению образует самостоятельный столп системы авторского права.

VII

Права организаций по коллективному управлению как самостоятельный столп современного авторского правопорядка регулируются в Германии отдельным Законом²⁰. В этой области, конечно, можно проследить в международном плане и в докладах на Сантьягской конференции²¹ заметную тенденцию рассматривать традиционную деятельность организаций по коллективному управлению, показательно обсуждавшуюся как "коллективное управление", в частности в области музыки, как пока что еще неизбежное, но, возможно, устранимое зло. При такой постановке вопроса в будущем станут вполне возможными как контроль с помощью технических средств, так прямой и индивидуальный учет, в частности посредством Интернета, для целей получения вознаграждения даже при массовом использовании произведений. Не говоря уже о том, что возможность эффективного функционирования подобных форм прямого и индивидуализированного,

пусть даже через расчетные палаты, но все же централизованного управления правами в будущем²² еще стоит под вопросом, часто забывают, что обычный способ коллективного управления правами посредством организаций по коллективному управлению выходит далеко за рамки максимально эффективного взимания вознаграждения. Не только в области музыки, но уже и в других сферах, таких, как литературные произведения (VG Wort), изобразительное искусство и фотография (VG Bild/Kunst), а также кино, организациям по коллективному управлению приходилось и приходится выполнять важные дополнительные функции²³. Особенно это касается аспекта распределения вознаграждения, который отчасти в силу позитивных предписаний, отчасти просто в силу традиционных принципов распределения по необходимости придерживается справедливости определенного рода и в большинстве случаев обеспечивает творцам соответствующую долю полученного вознаграждения. Слишком поспешное вытеснение этой традиционной формы коллективного управления правами цифровой индивидуализированной формой управления могло бы коренным образом нарушить этот образец распределения²⁴. Несмотря на возрастающее за рубежом осознание важности договорно-пра-

²⁰ Закон о соблюдении авторских и смежных прав (Закон о соблюдении авторских прав) от 09.09.1965 г.

²¹ См. выше сноска 1.

²² См. доклады на тему "Авторские права и управление правами в Европе" в Hans Peter Bleuel (отв. ред.), Author's Rights. Handbook of the European Writers' Congress EWC, Мюнхен, 2000, с. 52 и далее (доклады Kreile, Dietz, Lucas, Echerer, Davies, Sterling и Croella).

²³ См. обзор новейших актов правового регулирования: Dietz. Some Experiences of Legislation of Western and Eastern European States, Ministrerio da Cultura (отв. ред.), Gestao colectiva do direito de autor e direito conexos no ambiente digital, Лиссабон, 2001, с. 93 и далее.

²⁴ См. также: Дитц А. Інформаційне общество: витесняє ли оно организации коллективного управления?, Das Orchester, 2001, № 1, с. 16 и далее, с. 19.



вового регулирования в рамках третьего столпа современного авторского права, авторам следует встать на защиту, как важного достижения, четвертого столпа, т. е. испытанной структуры коллективного управления правами посредством соответствующих организаций.

Кроме того, действующая в рамках организаций по коллективному управлению и основанная на законных притязаниях на вознаграждение система взимания и распределения вознаграждения во многих случаях намного выгоднее для авторов, чем притязания, основанные на исключительных правах, которые, технически хотя и означают более высокую форму защиты, в современных условиях, как уже упоминалось, даже при массовом использовании произведений приобретают все более индивидуальный характер, т. е. должны обеспечиваться деловыми партнерами авторов, при этом в индивидуально-правовом отношении соответствующая доля "пирога" гарантировалась бы не всегда. Такого рода соображения, в конце концов, справедливы и для другого аспекта, выраженного в учреждении социальных и культурных фондов организациями по коллективному управлению²⁵, которые при переходе к индивидуальному управлению потеряли бы средства к существованию. Именно то обстоятельство, что современное правовое регулирование все детальнее регламентирует всю сферу деятельности организаций по коллективному управлению, вклю-

чая такие аспекты, как распределение вознаграждения и социальные и культурные фонды, показывает, что и здесь затронуты государственные и общественные интересы²⁶.

VIII

Последним (по порядку, но не по значимости) необходимо упомянуть пятый столп современной системы авторского права — систему осуществления прав. Осознание важности этого частичного регулирования прав интеллектуальной собственности и тем самым авторского права началось только после принятия Соглашения о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности 1994 г., часть III которого регулирует " осуществление прав интеллектуальной собственности" (ст. 41 и далее). При этом речь идет о постоянной и часто малоэффективной борьбе против пиратства во всех областях, особенно в секторе программного обеспечения, музыки и аудио/видео. Наконец, и деятельность организаций по коллективному управлению обременена проблемами осуществления взятых на себя обязанностей, так как им чаще, чем хотелось бы, приходится иметь дело с нежелающими выплачивать вознаграждение за использование произведений и исполнений. Совершенно очевидно, что без достаточной рентабельности реализации охраняемого материала, постоянно подвергающегося угрозе со стороны пиратских действий, требования о соответствующем вознаграждении авторов и артистов-исполнителей

²⁵ См.: Peter Lerch. Правовые вопросы осуществления культурных и социальных задач в рамках коллективной защиты авторских прав, в частности, касательно так называемых 10%-ных отчислений Обществу по охране авторских прав, прав на воспроизведение и тиражирование музыкальных произведений (GEMA), Ежегодный альманах GEMA, 1997/1998, с. 80 и далее.

²⁶ См. выше сноска 22 (там же, с.104 и далее).



(принцип алиментации) и окупаемости капиталовложений в продукцию культуры останутся теорией. Правда и то, что новые способы защиты, такие, как технические меры (в смысле договоров ВОИС и Директивы 2001/29/ЕС)²⁷, которые защищены против обхода, могут внести важный вклад в снижение риска незаконного использования произведений и исполнений. Но даже после этого необходимо следить за тем, чтобы не упустить из виду политico-правовые стремления авторского права. Как уже отмечалось ранее, существует угроза того, что затронутая индустрия, действуя в одиночку, все более будет полагаться на подобного рода технические меры защиты, по необходимости связанные с системой автоматического обеспечения выполнения договоров (так называемые click-wrap-лицензии). Поэтому с личностной, т. е. связанной с личностью авторов и артистов-исполнителей, точки зрения и здесь необходимо настаивать на том, чтобы даже в подобного рода новом техническом контексте сохранялись гарантии моральных и финансовых интересов авторов и артистов-исполнителей, и прежде всего в плане соответствующего распределения доходов от использования произведений. Поэтому и в этом случае можно посоветовать авторам и их союзам не торопиться расставаться с традиционной системой управления правами посредством организаций по коллективному управлению, а также со связанными с ней преимуществами.

IX

В заключение еще одно замечание об отношениях между авторским правом и деятельностью в сфере культуры. Конечно, пока авторскому праву отведена лишь реагирующая роль, оно не может прямо влиять на события на рынке, в частности, оно не способно определять, какие произведения авторов или исполнения артистов-исполнителей эффективно используются в культурной сфере и СМИ. Однако поскольку авторское право и его политico-правовое обоснование коренным образом зависят от функции стимулирования творчества, те, кто осуществляет свою деятельность в этой сфере на всех ее уровнях (издатели, производители, вещательные организации), несут определенную ответственность перед культурой. Поэтому что касается политической легитимации авторского права в определенной стране, то едва ли приемлемо положение, при котором 80-90% доходов от использования охраняемых произведений или исполнений (на основе механизма международного авторского права) должны были бы уходить из страны. Сколь ни деликатен этот вопрос, необходимо все же отметить, что определенное квотативное регулирование в области СМИ, известное по ст. 4 Директивы ЕС "Телевидение без границ" 1989 г. (в редакции 1997 г.)²⁸, представляется разумным и с точки зрения авторского права. (Согласно ст. 4 страны-члены, насколько это практически осуществимо, и соразмеренными средствами

²⁷ См. выше сноски 2 (ст. 6 и 7).

²⁸ Директива ЕС 89/552/ЕЭС "О координации некоторых положений, установленных законами, инструкциями или административными актами государств-членов, относящихся к осуществлению телевизионного вещания" от 03.10.1989 г. в редакции Директивы 97/36/ЕС "Об изменениях и поправках" от 30.06.1997 г.; обобщенная редакция опубликована в GRUR Int., 1998, с. 120 и далее.



должны заботиться о том, чтобы организатор телевещания основную часть эфирного времени выделял для показа европейских произведений.)

Иные формы организации, такие, как учреждение культурных и социальных фондов с помощью организаций по коллективному управлению²⁹, и даже модернизированная форма доходного государственного сектора (*domaine public payant*)³⁰ также могут способствовать установлению разумного соотношения между отечественным и зарубежным потоком денежных средств от использования произведений и исполнений в любой стране. Именно с точки зрения европейского авторского права следует еще раз сослаться на п. 12 декларативной части Директивы 2001/29/ЕС, согласно которому соответствующая защита авторского права имеет большое значение и с культурной точки зрения и согласно которому существует прямая связь с так называемой статьей о культуре в Договоре о создании ЕС (ст. 151, ранее ст. 128 данного Договора). Из этого можно сделать вывод, что с политico-культурной точки зрения достаточно существенно, какие произведения и исполнения и каких авторов и артистов-исполнителей используются в Европе.

Иногда не вполне убедительно утверждают, что Сообщество не обладает общей юрисдикцией для гармонизации авторского права в целом, но лишь для регулирования частных его аспектов, касающихся внутреннего рынка. Апеллируя к европейскому законодательству в облас-

ти авторского права, следует все же отметить, что даже частичное регулирование или гармонизация авторского права только тогда будут иметь смысл, если будут осуществляться на основе общей концепции современного авторского правопорядка со всеми его столпами или подсистемами. Взаимозависимость авторского права и культурной сферы, а также обоснования авторского права как такового, как они четко сформулированы европейским законодателем, тоже подводят нас к этому выводу. И это всегда должно служить нам отправной точкой. ♦

²⁹ См. выше сноска 24.

³⁰ См.: Дитц. Проект закона об обществах художников в информационном обществе при СМИ, *Zeitschrift fur Rechtspolitik* (Журнал по политico-правовым вопросам), 2002, с. 165 и далее.



ДО ПИТАННЯ ПРО ВИЧЕРПАННЯ АВТОРСЬКОГО ПРАВА. ВИЧЕРПАННЯ АВТОРСЬКОГО ПРАВА У ЦИФРОВОМУ СЕРЕДОВИЩІ

Сергій Глотов,

науковий співробітник НДІ інтелектуальної власності,
стипендіат НДІ інтелектуальної власності, конкурентного та податкового права ім. М. Планка (м. Мюнхен)

Вичерпання права — одне з тих небагатьох питань, які мають дуже велике практичне значення. Однак, незважаючи на настільки велику важливість, в Україні "вдень з вогнем" важко знайти роботи, присвячені цій темі, та й ті, найчастіше, лише згадують це поняття, усіляко намагаючись на ньому не зупинятися.

Є, мабуть, тільки дві статті, які дійсно заслуговують на увагу¹, безпосередньо стосуючись вичерпання права, написані Євковим А.М. у рамках дисертаційних досліджень, присвячені вичерпанню права в цілому, і містять посилання на судову практику, щоправда, тільки стосовно об'єктів промислової власності.

У цій статті автору хотілося б більше зупинитися на вичерпанні авторських прав, це дуже важливо для формування юридичної практики, і, по-друге, не можна залишати це питання без уваги у світлі тих інтеграційних процесів (вступ до СОТ тощо), що на сьогодні в Україні мають місце.

Крім того, існуюче сьогодні нормативно-правове закріplення вичер-

пання прав ставить під сумнів можливість його застосування до творів у цифровій формі, що являє собою велику проблему, чому буде присвячена друга частина цієї статті.

До того ж, автору хотілося б у черговий раз підкреслити необхідність якнайшвидшого внесення змін до Закону України "Про авторське право і суміжні права" з метою створення можливості повноцінного застосування його для цифрового середовища на тому рівні, який існує на сьогодні у світі.

1. Вичерпання авторського права

Положення про вичерпання авторського права закріплене в п. 7 ст. 15 Закону України "Про авторське право і суміжні права" (далі — Закон України про авторське право), відповідно до якого у випадку, "якщо примірники правомірно опублікованого твору законним чином уведені у цивільний обіг шляхом їх першого продажу в Україні, то допускається їх повторне введення в обіг шляхом продажу, дарування тощо без згоди автора (чи іншої особи,

¹ Евков А. Н. Характеристика правовой природы исчерпания прав на объекты интеллектуальной собственности // Проблемы законности. — 2004. — Вип. 70. — С. 133-141.

Евков А. Н. Особенности применения принципа исчерпания прав на объекты интеллектуальной собственности, вытекающие из его правовой природы // Підприємництво, господарство і право. — 2005. — №1. — С. 29-32.



що володіє авторським правом) і без виплати авторської винагороди".

Подібна норма міститься й у законодавстві Німеччини² та інших держав.

Як бачимо, це положення покликане обмежити виключне право — право на розповсюдження, мета якого, у цілому, одна: гарантувати оборотоздатність примірників творів.

Передумовою для зародження вичерпання права на поширення послужило рішення Імперського суду Німеччини в 1906³ році, яким було покладено початок для єдиного підходу стосовно того, що право на розповсюдження підлягає вичерпанню⁴.

Разом з тим, у самій Німеччині на законодавчому рівні цей принцип був закріплений тільки в 1965 році з запровадженням Закону Німеччини про авторське право.

Сучасне теоретико-правове обґрунтування принципу вичерпання базується на пануючій сьогодні думці, вираженій у комбінації теорії винагороди і теорії охорони обігу товарів⁵, а також теорії права власності, яка з уведенням перших двох теорій стала носити факультативний статус.

Щоб зрозуміти, про що йдеться, і дати можливість більш глибоко осмислити суть принципу вичерпання, розберемо, кожна теорія окрему.

Теорія права власності

Як відзначалося в окремих рішеннях Федерального суду Німеччини, власність на уведені в обіг примірники твору протиставляється можливості автора розповсюджувати сферу дії права на поширення на усі, без винятку, дії щодо розповсюдження⁶.

Іншими словами, принцип вичерпання тут прив'язується до відчуження, переходу права власності, що, по суті, можна вивести з формульовання ч. 7 ст. 15 Закону України про авторське право.

Авторське право у втіленому на матеріальному носії творі могло б наставити праву власності достатньо обмежень, у той час, як власник, наділений правами — чинити зі своєю річчю на свій розсуд, як не протиставлялися б йому закон чи права третіх осіб (див. ч. 1 ст. 316 Цивільного кодексу України), не міг би розпоряджатися своєю річчю повною мірою.

Те, що авторське право певним чином обмежує право власності, досить добре показане і в праві слідування (див. ст. 27 Закону України про авторське право), і у встановленні заборони на внесення змін та переробку твору.

Однак, незважаючи на ці аргументи, описувана теорія як основоположна є неможливою.

² Абз. 2 ст. 17 13.09.2003 р.: "§17 (2) Якщо оригінал твору чи його примірники були випущені в обіг на території Європейського Союзу чи іншої держави-члена Договору ЄС зі згоди власника права на розповсюдження, їх подальше розповсюдження допустиме, за винятком прокату".

³ RGZ (Збірник рішень Імперського суду Німеччини), "Koenigs-Kursbuch" — №63 — стор. 394.

⁴ Одразу хотілося б зауважити, що біля витоків появи принципу вичерпання у цілому і авторського права зокрема первісно стояло патентне право. Тому практично все, про що буде йти мова у першій частині цієї статті, повністю поширюється й на патентне право.

⁵ Schricker/Dietz, *Bemerkungen zur Erschöpfung im Urheberrecht*, ювілейний збірник, стор. 447, 449.

⁶ BGH (Федеральний суд Німеччини), "Parkstra?e 13", GRUR, 1952, стор. 530-531.

OLG (Вищий земельний суд), м. Карлсруе (Karlsruhe), GRUR, 1979, стор. 771, 773.

Необхідно звернути увагу на те, що в основі цих рішень лежить рішення Імперського суду Німеччини від 1906 р. у справі "Koenigs-Kursbuch".



Так, Йоос (Joos) обґрунтовує це тим, що право власності ї авторське право юридично між собою ніяк не перетинаються⁷. Тієї ж думки дотримується і Шрікер (Schriker)⁸. І з цим важко не погодитися.

Таке обґрунтування базується на тому, що авторське право на відміну від права власності не прив'язується до речі, а зав'язане лише на творі, який утілено в речі.

Тому, контролю автора на підставі його права на поширення підлягає тільки таке використання твору, яке при переході фактичного речового панування над носієм, у якому втілено твір, акцентується на самому творі, а не на речі. Самому переходу права власності авторське право прямо не протиставляється.

Якщо взяти до уваги відмінності в правовій природі об'єктів охорони, випливає, що право власності не ставить кордону перед авторським правом, так само як і право на твір не може обмежити повноваження власника.

З цієї ж причини, аргумент, який наводиться найчастіше для підтримки теорії права власності, про те, що авторське право являє собою право третіх осіб (у значенні ст. 316 Цивільного кодексу України, прим. авт. С. Глотов) і таким чином обмежує права власника на належну йому річ, протиставляючи праву власності необмежене право на поширення, є також помилковим⁹.

Адже права власника будуть обмежені тільки тими правами третіх осіб, що безпосередньо посягають на річ.

Відповідно, права власника в значенні ст. 316 Цивільного кодексу України можуть бути порушені тільки через обтяження речі, але "ні в якому разі через зобов'язально-правові вимоги стосовно речі, що буде перешкоджати власнику лише в здійсненні його права"¹⁰.

Те ж саме діє і стосовно авторських прав, які зачепають тільки втілений у речі твір. Авторські права навряд чи зав'язані на речі. "Єдине, існуюче право на розповсюдження буде обмежувати права власника фактично, але ні в якому разі не буде його обмежувати змістовно"¹¹, що буде означати лише неможливість подальшого розповсюдження примірника твору без дотримання при цьому авторських прав.

Таким чином, право на розповсюдження тут діє не як зобов'язально правовий обов'язок власника, а як обтяження речі.

Підводячи невеликий підсумок, можна зробити висновок, що вичерпання права не наступить, якщо твір був поширеній хоч і законно з погляду речового права (права власності), але без згоди на це автора, незважаючи на те, що власник і одержує необмежене право власності. Авторське право тут не знає інституту сумлінного придбання¹²,

⁷ Joss, Die Erschopfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts, 1999, стор.52.

⁸ Schriker, Urheberrecht, Kommentar, 1999, вступ, абз. 22.

⁹ Joss, Die Erschopfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts, 1999, стор. 52.

¹⁰ Palandt/Bassenge, Bürgerliches Gesetzbuch, 1998, §903, абз. 27.

¹¹ Joss, Die Erschopfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts, 1999, стор. 52.

¹² Wurmeling, Urheberrecht als Sicherheitsrisiko, DuD, 1998, стор. 270-272.



і право на поширення тому залишається нерозглянутим.

Іншими словами, право власності не протидіє інтересам автора. Обидва ці права — право власності й авторське право, стоять поруч одине з одним і представлені в юридичній науці як незалежні об'єкти.

Тому, на підставі наведених вище доводів, теорія права власності, як основоположна була відхилена.

Однак при усьому цьому, теорія ця була і залишається необхідним компонентом принципу вичерпання, про що буде написано нижче.

Теорія винагороди.

Прихильники цієї теорії обґрунтують вичерпання права сутністю права на розповсюдження.

Їхня позиція цілком ґрунтується на передумовах відповідних можливостей належної участі автора у використанні свого твору¹³.

Право на поширення полягає у тому, щоб створити авторові умови для реалізації ним права на одержання винагороди за свій твір. Якщо він використав цей свій шанс, значить мета права на розповсюдження досягнута¹⁴.

Формульовання п. 7 ст. 15 Закону про авторське право також підкреслює, що зміст права на розповсюдження за значенням своїм не гарантує автору надання виключного пра-

ва на дії щодо правомірно введених в обіг примірників творів¹⁵.

Як правило, для обґрунтування того, що одержання винагороди обмежується одним разом, звертаються до історії виникнення права на розповсюдження.

Право на розповсюдження було запроваджене вперше на початку 20 сторіччя, щоб гарантувати авторам забезпечення їхніх фінансових інтересів, що не може бути задоволено тільки лише наявністю виключного права на тиражування¹⁶ (видання, прим. моя, С. Глотов).

Навряд чи за допомогою виключного права на видання автор зможе контролювати ще й розповсюдження твору.

Та й саме право на видання не вимагає, по суті, сильного захисту, як такого¹⁷.

Крім того, права на видання може бути недостатньо, наприклад, у такій ідеальній ситуації, коли видавець поширює правомірно видані ним примірники твору після закінчення дії ліцензії, виданої йому автором¹⁸.

I за допомогою запровадження права на розповсюдження "автору була надана можливість забороняти подальше розповсюдження правомірно виготовлених примірників твору, якщо виробника таких примірників неможливо відшукати"¹⁹.

¹³ Koehler, der Erschopfungsgrundsatz des Urheberrechts im Online-Bereich, 2000, стор. 51.

¹⁴ BGH (Федеральний суд Німеччини), "Schallplattenexport", GRUR, 1982, стор. 100-101;

BGH (Федеральний суд Німеччини), "Zeitschriftenauslage beim Friseur", GRUR, 1985, стор. 131-132;

BGH (Федеральний суд Німеччини), "Schallplattenimport III", GRUR, 1988, стор. 373-374;

Blachian, Die Lehre von der Erschopfung des Verbreitungsrechts im Urheberrecht, 1964, стор. 55 і далі за текстом.

¹⁵ Див. також на цю тему: Bundestagdrucksache, IV/270, стор. 48.

¹⁶ Blachian, Die Lehre von der Erschopfung des Verbreitungsrechts im Urheberrecht, 1964, стор. 11.

¹⁷ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 1980, §46, абз. 3.

¹⁸ Reimer, Der Erschopfungsgrundsatz im Urheberrecht und gewerblichen Rechtsschutz unter Berücksichtigung der Rechtssprechung des EuGH, GRUR, 1972, стор. 221, 224 (221-234).

¹⁹ Blachian, Die Lehre von der Erschopfung des Verbreitungsrechts im Urheberrecht, 1964, стор. 19.



Згідно з позицією прихильників теорії винагороди законодавець із за- провадженням самостійного права на поширенняхотів лише тільки усунути недолік ідеального права на тиражування (виготовлення копій)²⁰.

Таким чином, право на розповсюдження надається автору винятково для випадків, у рамках яких мета одержання винагороди вже не буде досягнута за допомогою наявності лише одного права на видання.

Мета права на розповсюдження — пряма участь у використанні свого твору; досягається шляхом гарантування автору одержання одноразової винагороди при першому уведенні в цивільний (господарський) обіг, тому що саме до цього моменту автору необхідно оцінити свій передбачуваний прибуток від використання і вивести на підставі цього відповідну ціну²¹.

І право автора на поширення вичерпується з досягненням цієї мети.

Теорія забезпечення вільного руху товарів

Згідно з цією теорією, установлення принципу вичерпання права на розповсюдження виправдовується інтересом користувачів і суспільства щодо вільного і безперешкодного руху товарів²².

Забезпечення й охорона обігу товарів необхідні, тому що рухомі речі

багато разів поширюються повторно²³.

Якби автор після першого уведення в обіг міг ще вирішувати й долю речі, у якій утілено твір, то осмислене використання втіленого в матеріальну оболонку твору найчастіше було б неможливим²⁴, оскільки особа, наділена правом поширювати, могла б повністю поставити по дальшу реалізацію примірників твору в залежність від власних інтересів, що відповідають цілям охорони авторського права, наприклад, контроль за здійсненням системи збуту і цінової політики.

Принцип вичерпання встановлює межу між авторським правом і суспільними інтересами в рамках свободи обігу товарів, якою розв'язується проблема взаємозв'язку між примірником твору і виключним правом автора на розповсюдження.

Поряд з ідеєю вільного руху товарів з метою обґрунтuvання вичерпання права на розповсюдження може бути наведено погляд, який також говорить про наявність суспільного інтересу, спрямованого на встановлення чітких і ясних правовідносин у правовому обігу²⁵.

Якби мало місце необмежене право автора на розповсюдження, то користувач примірника твору повинен був би кожну свою дію щодо розповсюдження погоджувати з автором,

²⁰ Blachian, Die Lehre von der Erschöpfung des Verbreitungsrechts im Urheberrecht, 1964, стор. 56.

²¹ Blachian, Die Lehre von der Erschöpfung des Verbreitungsrechts im Urheberrecht, 1964, стор. 65.

²² Reimer, Der Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht und gewerblichen Rechtsschutz unter Berücksichtigung der Rechtssprechung des EuGH, GRUR, 1972, стор. 221, 222 (221-234); Joss, Die Erschöpfungslehre im Urheberrecht. Eine Untersuchung zu Rechtsinhalt und Aufspaltbarkeit des Urheberrechts, 1999, стор. 53.

²³ Hubmann, Der Erschöpfungsgrundsatz und das Recht der öffentlichen Wiedergabe, юбилейний сборник, 1982 р., стор. 181.

²⁴ Von Ungern-Sternberg, Erschöpfung des Verbreitungsrechts und Vermietung von Videokassetten, GRUR, 1984 р., стор. 262.

²⁵ Див. детальніше на цю тему: Schricker, Urheberrecht, Kommentar, 1999, §17, абз. 36, стор. 357.



щоб виключити ризик порушення авторських прав.

Такий стан речей, щонайменше, сильно обтяжував би вільний рух товарів. До того ж, необхідно враховувати, що сумлінні дії користувача-продажця в рамках авторського права не будуть захищені так, як в праві речовому (при захисті права власності).

Таким чином, відповідно до теорії забезпечення вільного руху товарів, вичерпання права на поширення може бути обґрунтоване перевагою інтересів на стороні користувачів і суспільства в цілому щодо вільного і безперешкодного товарообігу, а також можливості встановлення чітких і ясних правовідносин.

Підводячи невеликий підсумок, можна сказати, що найбільш серйозні аргументи, які наводяться для обґрунтування принципу вичерпання, закріплених в п. 7 ст. 15 Закону України про авторське право, має остання теорія — **теорія вільного руху товарів**.

Адже кожен власник має інтерес поширювати належну йому річ далі, без будь-яких обмежень, а оформлення правовідносин повинне ґрунтуватися на необмеженому праві власності, що цілком логічно.

Однак жодна з розглянутих вище теорій сама по собі не може скрізь розставити крапки над "і", щоб все-бічно віправдати існування принципу вичерпання.

Так, наприклад, теорія вільного руху товарів не в змозі пояснити, чому вичерпання права на розповсюдження відбувається з моменту відчуження.

Право суспільства на вільний товарообіг могло б віправдати подальші дії щодо поширення шляхом оренди чи прокату одним простим

переходом права власності, що повинно було б обумовлювати свободу від виключних прав автора з розповсюдження. Однак, як бачимо, — це не так.

Проти теорії винагороди виступає те, що вона не повною мірою враховує інтерес автора на дроблення права на розповсюдження.

Наприклад, Закон України про авторське право виправдовує комерційне право автора на видачу ліцензії, обмеженої конкретною територією. Шляхом укладання ліцензійного договору, що діє на певній території, автор не використовує свою "згоду" на уведення в обіг свого твору на іншій території. Відповідно, тут право на розповсюдження повинне вичерпуватися тільки стосовно визначеного ліцензією економічного простору.

Однак якщо дивитися в корінь обґрунтування теорії винагороди, вважатиметься правильним і непотрібним дроблення права на розповсюдження, яким автор наділений тільки лише для першого уведення в обіг, незалежно від того, чи буде примірник твору далі поширюватися необмежено, чи тільки в тому економічному просторі, у якому був поширений уперше.

Тому антагонізм інтересів між автором, який хоче використовувати свій твір комерційно необмежено і загальним правом на безперешкодний товарообіг дозволяє усунути тільки комбінація теорії винагороди і теорії охорони вільного товарообігу з урахуванням теорії права власності.

Адже саме залучення аспекту права власності на річ, стосовно примірника твору, пом'якшує суб'єктивність залоги авторсько-правової спрямованості теорії винагороди і



пояснює, що охорона вільного руху товарів тут є в першу чергу охороною права власності.

Значення права власності для визначення вичерпання права полягає у тому принципі, який закладено у природу вичерпання: якщо продавець продає чи іншим способом відчужує примірник твору третьої особі, то в нього, продавця, цього конкретного примірника вже не залишається.

Таким чином, сутністю принципу вичерпання права є об'єднання трьох теорій — теорії охорони вільного обігу товарів, теорії винагороди і теорії права власності.

Щодо оформлення принципу вичерпання авторського права, то воно, подібно свободі приватного копіювання, як обмеження авторського права з метою встановлення балансу інтересів між правовласниками і користувачами, тільки виправдане за допомогою інших підстав²⁶.

Крім того, на відміну від приватного копіювання, принцип вичерпання авторського права являє собою по суті — нівелювання авторського права без виплати будь-якої за це компенсації за це і є тим обмеженням, за допомогою застосування якого здійснюється "найгрубіше" втручання в права автора.

2. Вичерпання авторського права в цифровому середовищі

Усе те, що було розглянуто нами в першій частині цієї статті, перевісно застосовне до аналогового середовища, елементарне з тих при-

чин, що принцип вичерпання був уведений тоді, коли цифрового середовища ще не існувало.

У зв'язку з цим, необхідно розібратися, чи застосовуваний принцип вичерпання авторського права в тій формі, у якій він закріплений у п. 7 ст. 15 Закону України про авторське право, до середовища цифрового тією ж мірою, у якій він застосований до середовища аналогового.

Аналогічне застосування принципу вичерпання в онлайновому середовищі презумує, що Закон у цьому відношенні виявляє ряд недоліків.

Основним аргументом щодо того, що закріплений у нинішньому вигляді принцип вичерпання права не застосовуваний до цифрового середовища, є те, що при передачі файлів через інтернет немає матеріального вираження (матеріальної форми) твору.

Необхідність обмеження права автора на розповсюдження матеріальних об'єктів, у яких виражений твір, через застосування принципу вичерпання виходить з того, що автор повинен увести свій твір в обіг також на якому-небудь матеріальному носії.

Тому, у випадку, якщо твори у цифровій формі вводяться в цивільний обіг на матеріальних носіях (CD, CD-ROM, DVD тощо), то, безумовно, подальша пропозиція щодо реалізації таких носіїв підпадає під дію права на розповсюдження і вичерпання цього права²⁷.

Що ж до дій з розповсюдження цифрових творів в онлайновому се-

²⁶ Див. також на цю тему: Глотов С. О. Щодо питання про можливість приватного копіювання в цифровому середовищі // Офіційний бюлєтень Міністерства юстиції України — 2005. — №4 (42) — С. 101-114.

Евков А. Н. Характеристика правової природи исчерпания прав на объекты интеллектуальной собственности // Проблеми законності. — 2004. — Вип. 70. — С. 133-141.

²⁷ Schricker, Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, 1997. — С. 128.



редовищі (середовищі інтернет), то тут стоїть великий знак питання.

Тому необхідно з'ясувати, чи застосоване право на поширення у разі придбання примірника твору в режимі онлайн (online).

Про пряме застосування права на поширення, що існує для матеріальних примірників, тут не може бути й мови первісно²⁸, оскільки тут немає матеріального носія.

Крім того, шляхом розповсюдження твір, який передається в режимі онлайн, мимовільно тиражується (розмножується), породжуючи собі подібну копію, яка нічим не поступається за якістю своєму "батьку", що з погляду авторського права абсолютно неприпустимо²⁹.

Подібне застосування права на поширення виходило б також і за межі міжнародних і європейських норм.

Так, зміст ст. 6 і ст. 7 Договору BOIB про авторське право (WCT) передбачає право на поширення лише стосовно таких примірників, які вводяться в цивільний обіг як матеріальні об'єкти.

Паралельне формулювання міститься й у статтях 2e, 8, 9, 12, 13 Договору BOIB про виконання і фонограми (WPPT).

Таким чином, у Договорах BOIB зберігається традиційний поділ між

матеріальним і нематеріальним використанням³⁰.

Цей поділ лежить також і в основі Директиви 2001/29/ЄС "Про гармонізацію деяких аспектів авторського права і суміжних прав в інформаційному суспільстві" від 22 травня 2001 р., яка обмежує право на об'єктивні розповсюдження реалізованого твору, що охороняється в ст. 4 цієї Директиви³¹.

Більше того, Директива 2001/29/ЄС негативно трактує згаданий тут спеціально випадок аналогічного застосування права на розповсюдження, вказуючи в п. 29 Преамбули, що питання вичерпання прав не стоїть ні для послуг у цілому, ні для онлайнових послуг зокрема.

Це є дійсним і для матеріальних примірників, виготовлених тим, хто користується подібною послугою за згодою правовласника.

Отже, аналогічне застосування права на поширення до придбаних в онлайновому режимі примірників не узгоджується з деталізованими нормами Директиви 2001/29/ЄС, яка не залишає місця для підміни понять.

Тому думка Шміда (Schmid) про те, що якщо, наприклад, музичний твір був придбаний у режимі онлайн, а потім його записали на CD, DVD чи інший носій, то такий му-

²⁸ Koch, Grundlagen des Urheberrechtsschutzes im Internet und in Online-Diensten, GRUR, 1997. — С. 426, виступає за "розширювальне тлумачення" положення про вичерпання права. Див. також: Hoeren, Entwurf einer EU-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft — Überlegungen zum Zwischenstand der Diskussion, MMR, 2000. — С. 517, виступає за "застосування права на поширення до функціонального еквівалента онлайнового перепродажу матеріальних примірників".

Також, Linnenborn, Urheberrecht goes Europe, Kommunikation&Recht, 1999. — С. 204, виступає за "динамічне тлумачення" принципу матеріальності і критикує обмежене тільки матеріальними примірниками у ст. 4 Директиви 2001/29/ЄС право на поширення.

²⁹ На цю тему див. дещо детальніше: Berger, Urheberrechtliche Erschopfungslehre und digitale Informationstechnologie, GRUR, 2002. — С. 201.

³⁰ Lewinski, Die diplomatische Konferenz der WIPO 1996 zum Urheberrecht und verwandten Schutzrechten, GRUR Int, 1997. — С. 674.

³¹ Порівняй з п. 28 Преамбули цієї ж Директиви.



зичний твір може бути проданий далі, з урахуванням дії принципу вичерпання права на розповсюдження, так неначе покупець придбав даний музичний твір, уже записаний на матеріальному носії, у магазині³², не знаходить свого підтвердження.

Відповідно до пануючої зараз точки зору, електронне поширення охоплюється правом на *відкритий доступ за вимогою — неписаним правом вільного відтворення*³³.

Це наводить на подальші роздуми.

Так, наприклад, Федеральним судом Німеччини у свій час було сформульовано низку загальних приписів щодо вичерпання прав у разі онлайнового придбання³⁴.

Відповідно до них, "обмеження через застосування принципу вичерпання дійсне для всіх прав використання, зокрема і нематеріальних. Якщо правовласник своїми діями реалізував надане йому законом виключне право використання, то певні подальші дії щодо використання більше не охоплюються правом на охорону результатів розумової праці."³⁵

При перенесенні на розглядуваний випадок онлайнового придбання

це означало б, що якщо передавані в онлайновому режимі примірники придбані за згодою правовласника, то особа, яка правомірно придбала такий примірник твору, може передавати в офлайновому чи онлайновому режимі цей примірник, за умови, що в неї самої примірник твору після продажу вже не залишається³⁶.

Щодо необхідних для цього дій з використання, права правовласника на поширення і тиражування були б вичерпні.

І тут було б неправильно допустити вичерпання самого права на загальний доступ за вимогою, оскільки на підставі публічності цього права при введенні примірників у цивільний обіг, правовласник не зміг би оцінити можливий виторг від використання.

Його відповідна частка у виторзі від використання не забезпечувалася б у значенні теорії винагороди.

Тому, охоплюваний правом на *відкритий доступ за вимогою*, процес використання через завантаження для дії принципу вичерпання утворить лише точку перетину³⁷, де явно виражене в п. 3 ст. 3 Директиви 2001/29/ЄС виключення дії ви-

³² Schmid/Wirth, Urheberrechtsgesetz, Handkommentar, §17, абз. 6.

³³ Schricker, Urheberrecht, Kommentar, 1999., §15, абз. 24, 27.

³⁴ BGH (Федеральний суд Німеччини), "Kabelfernsehen in Abschaltungsgebieten", GRUR, 1981. - Стор. 413;

BGH (Федеральний суд Німеччини), "Kabelfernsehen II", GRUR, 1988. - Стор. 206.

Див. також: Schricker, Urheberrecht, Kommentar, 1999, §15, абз. 32, 34, стор. 316 і далі. "Оскільки міжнародний правовий розвиток до цих пір не підтримує ідеї вичерпання прав на відкрите відтворення, ці питання за необхідністю належить знову переосмислити".

Таким чином, панівна думка критично ставиться до загальної доктрини вичерпання прав.

³⁵ BGH (Федеральний суд Німеччини), "Kabelfernsehen in Abschaltungsgebieten", GRUR, 1981. - Стор. 416;

BGH (Федеральний суд Німеччини), "Kabelfernsehen II", GRUR, 1988. - Стор. 210.

³⁶ Див. тезу першої частини цієї статті: якщо продавець продав чи іншим способом відчужує примірник твору третій особі, то в нього, продавця, цього конкретного примірника вже не залишається.

³⁷ Це право використання автор реалізує в онлайновому режимі, яке настає замість права на поширення, що інакше реалізується в офлайновому режимі.



черпання стосовно права на відкритий доступ за вимогою, подібному застосуванню не протидіяло б.

Але таке тлумачення, подібно до аналогічного застосування права на поширення до придбаних в онлайновому режимі примірників, суперечило б генеральній концепції Директиви 2001/29/ЄС кваліфікувати передані в онлайновому режимі процеси придбання винятково як послуги, стосовно яких питання про вичерпання прав первісно не ставилося³⁸.

І в цій ситуації прив'язка принципу вичерпання до права на відкритий доступ за вимогою не є життєздатною, оскільки дія вичерпання торкалася б права на поширення ітиражування.

З урахуванням вище викладеного, узята Директивою 2001/29/ЄС основу концепція не бере до уваги теорію винагороди.

З іншого боку, для онлайнового придбання могли б знайти застосування вже створені судовою практикою принципи, спрямовані за своєю суттю на захист свободи товарообігу.

Тут цікавим є рішення Федерального суду Німеччини щодо флакону для парфумів (Parfumflakon), було виведено, що авторське право, так само як і інші суб'єктивні права на захист результатів розумової праці, повинні відступати перед інтересами суспільства в здатності знаходитися в обігу товарів, уведених у нього за згодою правовласників³⁹.

³⁸ Див. п. 29 Преамбули Директиви 2001/29/ЄС.

³⁹ BGH (Федеральний суд Німеччини), "Parfumflakon", GRUR, 2001. — С. 53.

Чит. також: Kopre, Die urheberrechtliche Erschopfung, 2004. — С. 134-135.

⁴⁰ Шрікер (Schricker) і Дітц (Dietz) вважають, що методологічно мова у цьому рішенні йде про принцип вичерпання прав, якому Федеральний суд Німеччини надає статус загального принципу. Див.: Schricker/ Dietz, Bemerkungen zur Erschopfung im Urheberrecht, ювілейний збірник, стор. 455.

⁴¹ BGH (Федеральний суд Німеччини), "Parfumflakon", GRUR, 2001. — С.53.

⁴² BGH (Федеральний суд Німеччини), "Parfumflakon", GRUR, 2001. — Стор.54.

Цей принцип видається дуже схожим до принципу вичерпання прав⁴⁰, однак, у своєму обґрунтуванні він спирається лише на здатність товарів знаходитися в цивільному обігу.

Він не обмежений правом на поширення, але знаходить застосування і щодо інших прав на використання авторських прав, якщо відповідні дії з використання служать меті забезпечення здатності товарів знаходитися в цивільному обігу чи, відповідно, перепродажу⁴¹.

Але, як би загальний принцип переваги інтересів цивільного обігу був здатний виконувати функцію загального обмеження авторського права, то для випадку онлайнового придбання він би суперечив вже описаній настанові Директиви 2001/29/ЄС чітко кваліфікувати онлайновий збут як послугу.

Якщо звернутися до розглянутого судового рішення, то Федеральний суд Німеччини навпаки обґрунтovує принцип переваги інтересів цивільного обігу з забезпеченням здатності товару знаходитися в такому обігу, — мета, якій також служать положення Договору ЄС про вільний рух товарів⁴².

Таким чином, обрана в Директиві 2001/29/ЄС дихотомія послуг і товарів перешкоджає застосуванню принципу переваги інтересів цивільного обігу також.

Виходячи з усього вище сказаного, можна резюмувати, що на сьо-



годні принцип вичерпання авторського права до цифрового середовища не може бути застосований взагалі.

Передумовою для прийняття Директивою 2001/29/ЄС та іншими міжнародно-правовими актами такої концепції і, відповідно, зробленого нами висновку є те, що при придбанні твору в режимі онлайн (online) і наступному його відчуженні у такого покупця-продавця завжди залишиться копія такого твору в цифровій формі.

Однак тут хочеться поставити питання: наскільки узгоджується таке рішення з тим горевісним балансом інтересів конфліктів між авторами, правовласниками і користувачами?

Як уже відзначалося, принцип вичерпання прав так само, як інші обмеження авторських прав, покликаний утримувати співвідношення взаємних інтересів вже названих груп у визначених межах.

І якщо, наприклад, узяти приватне копіювання в цифровому середовищі, де спостерігається хоч якийсь намір у бік утримання такого балансу⁴³, то, щодо вичерпання прав, воно в цифровому середовищі, як бачимо, відсутнє взагалі.

На наш погляд, це зовсім неприпустимо і робить установлений до цього баланс аж ніяк "незбалансованим", хоча і зрозумілі причини такої категоричної заяви, адже на практиці виникло б відразу стільки проблем, кількість і різноманітність яких було б важко навіть уявити.

Взагалі, на думку автора цієї статті, практично всі проблеми, що є в авторському праві у застосуванні

до цифрового середовища, носять, насамперед, технічний характер.

І розв'язання цих проблем первісно повинно бути подане на рівні технічному, і тільки потім викладене і закріплene на рівні юридичному⁴⁴ — такого порядку тут бути не може.

Так, стосовно вичерпання прав з метою встановлення цього принципу і для цифрового середовища також, як приклад, можна запропонувати таке:

Якщо виходити з того, що вичерпання права на поширення прив'язується до матеріального об'єкта, у якому втілено твір, то певним технічним рішенням можна зобов'язати покупця твору через онлайн перенести такий твір на матеріальний носій, після чого копія даного твору, що все ще знаходиться в онлайновому середовищі, буде знищена.

Як підсумок, хотілося б сказати, що дискусія щодо вичерпання авторського права — права на поширення, — у цифровому середовищі тільки починається. І питання, яке ставлять проблеми, що виникли, перед здатністю принципу вичерпання бути застосовним до цифрового середовища, чекає своєї відповіді. ♦

⁴³ Див. тут: Глотов С. О. Щодо питання про можливість приватного копіювання в цифровому середовищі // Офіційний бюллетень Міністерства юстиції України — 2005. — №4 (42) — С. 101-114.

⁴⁴ Безумовно, тут необхідно враховувати "війну" інтересів і відповідне лобі.



ЧИ Є СУДОВИЙ ЕКСПЕРТ НАУКОВЦЕМ?

Валерій Кращенко,
провідний науковий співробітник НДІ інтелектуальної власності, кандидат технічних наук

Соціально-економічні процеси розвитку суспільства привели до виникнення в Україні нових видів судових експертіз. Кожен з них проходить складний шлях становлення та розвитку. Логічним завершенням становлення кожного виду експертіз можна вважати утворення науково-методичної та інформаційно-технічної бази досліджень, а також формування необхідної кількості кваліфікованих судових експертів.

Неодмінним атрибутом процесу становлення експертізи, як виду, є достатньо тривалий період накопичення бодай мінімального практичного досвіду, який дозволить перейти до створення методичних зasad проведення експертних досліджень. У цей період експерти змушені застосовувати метод проб та помилок, що призводить до неповних та, іноді, до помилкових висновків.

На жаль, судова експертіза з питань інтелектуальної власності ще не має сталої методичної бази і експерти знаходяться у стадії пошуку правильних рішень.

Останнім часом, з урахуванням викладеного, серед науковців розгорнулася дискусія з питання, чи є

праця експерта з питань інтелектуальної власності (далі — експерта) науковою діяльністю. Масла у во-гонь підливає ще й теза відомого фахівця сфери судової експертизи О.Россинської, що експертне дослідження "зовнішньо часто схоже на наукове дослідження" [1].

Для з'ясування цього питання звернемося до Закону України "Про судову експертизу" [2].

Однозначної, прямої відповіді на поставлене питання закон не дає. В той самий час він оперує поняттями, які підсвідомо вказують на те, що сфера діяльності експерта все-таки наукова. При цьому зазначимо, що це все-таки специфічний вид діяльності, певною мірою регламентований процесуальним законодавством і науковців, за займаною ними посадою, в країні не настачиш.

Олександр Дорошенко,
*заступник директора НДІ інтелектуальної власності,
 керівник центру експертних досліджень*





НАУКОВИЙ ПОШУК

За законом, експертну діяльність в Україні здійснюють, зокрема, науково-дослідні установи Міністерства юстиції України і статус експертів цих установ — науковий співробітник.

За згаданим законом:

- ст.8. передбачає організацію науково-методичного забезпечення судово-експертної діяльності;
- ст.17. свідчить, що до складу експертно-кваліфікаційних комісій входять найбільш досвідчені фахівці та науковці...;
- ст. 24. зазначає, що державні спеціалізовані установи, що виконують судові експертизи, користуються правом встановлювати міжнародні наукові зв'язки... проводити спільні наукові конференції, симпозіуми, семінари, обмінюватися стажистами, науковою інформацією...

В той же час, в Інструкції "Про призначення та проведення судових експертіз та експертних досліджень" [3] йдеться про "Науково-методичні

рекомендації; методики дослідження; дослідницьку частину висновку; процес дослідження та його результати; узагальнення та оцінка результатів досліджень; формулювання висновків, які можуть викладатися у синтезуючому розділі дослідницької частини висновку експерта".

Наведені словосполучення, значною мірою, нагадують діяльність науковця відповідно до визначень, що дає ст.1. Закону України "Про науку і науково-технічну діяльність" [4], Таблиця 1.

Після того, як ми розібралися з визначеннями у сфері наукової термінології, доцільно порівняти деякі норми законів [5] та [2], Таблиця 2., в якій визначення норм згаданих законів розташовані у відповідності до їх термінів, а не постатейно.

Наведені у Таблиці 2. норми законів редакційно викладені, безумовно, по різному, проте свідчать про те, що немає принципової різниці між поняттями експертиз, їх завданнями, принципами проведен-

Таблиця 1

Декі терміни та визначення щодо наукової діяльності за Законом [4]

Терміни	Визначення
<i>Наукова діяльність</i>	<i>інтелектуальна творча діяльність, спрямована на одержання і використання знань. Основними її формами є фундаментальні та прикладні наукові дослідження</i>
<i>Прикладні наукові дослідження</i>	<i>наукова і науково-технічна діяльність, спрямована на одержання і використання знань для практичних цілей</i>
<i>Науковий практик</i>	<i>очений, який за основним місцем роботи та відповідно до трудового диктору (контракту) працює в залежності від наукової, науково-технічної, науково-організаційної або науково-педагогічної діяльності та має кількісну кваліфікацію підтверджено відповідно до науковому ступеня або оченого звання, підтверджено результатами атестації</i>
<i>Наукова робота</i>	<i>дослідження з метою одержання результату</i>
<i>Науковий результат</i>	<i>нове знання, одержане в процесі фундаментальних або прикладних наукових досліджень та зафіксоване на писільх наукових інформаціях у формі звіту, наукової праці, наукової доповіді, наукового повідомлення при науково-дисциплінну роботу, монографічним дослідженням, наукового отримання</i>



Таблиця 2

Порівняння деяких норм законів [5] та [2] щодо експертної діяльності

Термін	Витяги із Закону України “Про наукову і науково-технічну експертизу” [5]	Витяги із Закону України “Про судову експертизу” [2]
Поняття експертизи	<i>Наукова і науково-технічна експертиза – це діяльність, метою якої є дослідження, перевірка, аналіз та оцінка науково-технічного рівня об'єктів експертизи і підготовка обґрунтованих висновків для прийняття рішень щодо таких об'єктів</i>	<i>Судова експертиза – це дослідження експертів на основі спеціальних знань матеріальних об'єктів, які є і процесів, які містять інформацію про обставини справи, що передбуває у процесі діяння...</i>
Задачи	<i>Об'єктивне, комплексне дослідження об'єктів експертизи; перевірка відповідності об'єктів експертизи вимогам і нормам законодавства; підготовка науково обґрунтованих експертних висновків</i>	<i>Забезпечення правосуддя України не залежною, кваліфікованою і об'єктивною експертизою, пристягнутою на максимальне використання досвідень науки і техніки</i>
Об'єкти	<i>Компетентності і об'єктивності, врахування світового рівня, норм і правил технічної та екологічної безпеки, вимог стандартів, міжнародних угод;</i> <i>... зокрема дисертаціям дослідження науково-технічна документація на рационалізаторські пропозиції, викахує: права на об'єкти інтелектуальної власності, включаючи їх партісну оцінку;</i>	<i>Судово-експертна діяльність здійснюється на принципах законності, незалежності, об'єктивності і повноти дослідження.</i>
Суб'єкти	<i>Суб'єктами наукової і науково-технічної експертизи є замовники, організатори експертизи, органи виконавчої влади, підприємства та установи, а також експерти.</i>	<i>Судово експертну діяльність здійснюють державні спеціалізованиі установи, а також судові експерти, які не є працівниками відомчих установ.</i>
Вимоги до експертів	<i>Експертами є фізичні особи, які мають високу кваліфікацію, спеціальні знання і несуть персональну відповідальність за достовірність і повноту аналізу, обґрунтованість рекомендацій ...</i>	<i>Судовими експертами можуть бути особи, які мають відповідну вищу освіту, освітню кваліфікаційний рівень, не нижче спеціалісти, пройшли відповідну підготовку та отримали кваліфікацію судового експерта з певної спеціальністі.</i>
Акредитація, атестація	<i>Фізичні особи, які на постійній або професійній основі здійснюють діяльність, пов'язану з наданням експертних послуг, повинні пройти державну акредитацію і отримати статус підтвердженої кваліфікацією його отримувача з питаннями організації та проведення наукової і науково-технічної експертизи</i>	<i>При атестації судового експерта приводиться оцінка професійного рівня фахівців, які залучаються до проведення судових експертів та беруть участь у розробках теоретичної та методичної бази судової експертизи. Залежно від спеціалізації та присвоєностіся кваліфікація судового експерта з правом проведення певного виду експертизи.</i>
Порядок акредитації, атестації	<i>Порядок державної акредитації, форма свідоцтва і перелік документів державного зразка осіб, які мають право на здійснення експертної діяльності та експертних послуг без отримання свідоцтва, визначається центральними органами виконавчої влади, уповноваженим Кабінетом Міністрів України</i>	<i>Порядок проведення атестації та присвоєння чи підзаявлення кваліфікаційних класів судового експерта визначається міністерствами та іншими центральними органами виконавчої влади, до сфери управління яких належать державні спеціалізовані установи, що здійснюють судово-експертну діяльність</i>



НАУКОВИЙ ПОШУК

ня експертиз. Крім того, вимоги до експертів, акредитація (атестація) та порядок їх проведення, майже подібні. Зрозуміло, що самі об'єкти дослідження різні.

Тепер звернемося до низки визначень основних філософських понять, що характеризують творчість стосовно сфери наукової діяльності [6], Таблиця 3.

Зміст визначень Таблиці 3. дає можливість оперувати наведеними термінами надалі.

Провадити експертне дослідження, в широкому розумінні, це ні що інше, як отримувати нові знання.

Розглянемо процес отримання нових знань з точки зору філософії за [7, с. 307] та зобразимо цей процес схематично, Рисунок 1.

За схемою, є певний рівень знань. Проте за цим рівнем знань вирішити конкретну проблему не є можливим.

Виникає потреба в нових знаннях. Діяльність науковця, в процесі мислення, тобто наукової діяльності, при якій використовується практичний досвід та теоретичний досвід, сприяє, в результаті творчого синтезу, виникненню нових знань, як продукту. Ці нові знання, разом з відомим рівнем знань дають новий рівень знань, при якому досліджувану проблему вирішити стає можливим.

В результаті експертної діяльності, при відсутності методичних розробок, також утворюються нові знання, що дає підстави для висновку, що діяльність експерта за своєю природою є діяльністю науковця.

На стадії експертного дослідження експерт виступає суб'єктом пізнання істини, користуючись усіма наявними можливостями органів чуття і логічного мислення. Пізнання експертом об'єкта дослідження

Таблиця 3
Терміни та визначення деяких філософських понять

Термін	Визначення
<i>Наука</i>	система знань про закономірності розвитку природи і суспільства та способи впливу на позитивні зміни
<i>Досліджувати</i>	Піддавати що небудь ретельному науковому розгляду з метою пізнання, вяснення чогось
<i>Пізнання</i>	відображення в свідомості людини явищ реальної дійсності, їхньої сутності
<i>Пізнавати</i>	оскіди розумом людина об'єктивної дійсності, одержувати істинне уявлення про кого-, що-небудь
<i>Мислити</i>	міркувати, лістакувати людина об'єктивної дійсності, робити висновки
<i>Творець</i>	той, що с автором чогось
<i>Аналіз</i>	метод наукового дослідження предметів, яких тощо, шляхом розгляду, розчленування їх ... на складові частини
<i>Синтез</i>	метод наукового дослідження предметів, яких дійсності в цілісності, єдності та взаємозалежності їх частин
<i>Експертиза</i>	розділ, дослідження який-небудь справи, якогось питання з метою зробити правильний висновок, дати правильну оцінку підповідності явищу
<i>Експертні оцінки</i>	кількісні та (або) порівняльні оцінки процесів чи явищ які не піддаються безпосередньому вимірюванню, а базуються на судженніх спеціалістів

відбувається за загальними законами світосприйняття, так як людська свідомість і мислення ґрунтуються на загальних закономірностях процесів, що у них відбуваються.

Слід зазначити, що процесуальна форма експертизи і обов'язковість доказування певних обставин (стосується процедури дій і форми документування), установлених при експертизі, не відмінюють і не змінюють законів мислення у діяльності експерта.

Процес пізнання, як правило, починється з відображення предметів та явищ дійсності у свідомості експерта за допомогою органів чуття. Проте таке відображення не дає повної уяви про досліджуваний об'єкт. Воно обмежене його зовнішніми формами та явищами. Тому важливу роль у подальшому досліженні відіграє мислення експерта.

Мислення — це вища форма активного відображення об'єктивної реальності, яка виражається у цілеспрямованому, опосередкованому і узагальненому пізнанні експертом суттєвих зв'язків і відносин предметів та явищ, у творчому створенні нових ідей, у прогнозуванні подій та діянь [8].

Розглянемо складові творчості в залежності від її видів, Таблиця 4.

Як видно з Таблиці 4, виділяють велику і малу творчість. Останні відрізняються формою творчої діяльності, та її результатом. Суб'екти творчості, відповідно, різні. Вони відрізняються, в свою чергу, рівнями творчості, характерними особливостями в творчості та типом самої творчості.

Зрозуміло, що віднести судового експерта з питань інтелектуальної власності з його науковою діяльністю до творчості 2-го рівня не ма-



Рис. 1. Схематичний процес наукової діяльності

ло б сенсу, бо це не суто наукова, художня тощо діяльність. На думку авторів це творчість 1-го рівня, частково технічна, частково науково-технічна. В свою чергу, результатом таких форм творчої діяльності є розроблення методів, способів, форм, засобів перебудови наявного. Подібні результати наукової діяльності, безумовно, притаманні не геніальному творцю, хоча вони можуть бути додатковими похідними його творчої діяльності, а досліднику з певним першопочатковим уродженням обдаруванням.

Характерними особливостями творчості дослідника має бути оригінальність, точна робота, самокритика, добросовісність, знання, певні навички. Головною ознакою типу творчості 1-го рівня є осмисленість, цілеспрямованість творчої діяльності зі своїми відгалуженнями: практико-емпірічна творчість та науково-теоретична творчість. Об'єктами судової експертизи є матеріальні (предмети, їх сукупність) або матеріалізовані джерела інформації (документи).

У сфері науки, експертизи, творчий синтез проявляється через аналіз, що забезпечує виділення та визначення проблем, головних, сутнісних сторін, їхніх тенденцій. Завершується наукове дослідження, експертиза, синтезом, що знаходить вираження у встановленні всезагального взаємозв'язку сутностей [7, С. 308]. При



НАУКОВИЙ ПОШУК

цьому зазначимо, що методологічною основою будь-якого наукового чи судово-експертного дослідження є діалектико-матеріалістичний метод, який дає загальний напрям дослідження. Щодо загальноекспертних методів, що використовуються в усіх експертних дослідженнях з питань інтелектуальної власності, то вони поділяються на дві групи:

- емпірічні: спостереження, вимірювання, експеримент, моделювання, порівняння, опис, фотографування;
- логічні: аналіз, синтез, індукція, дедукція, аналогія, абстрагування, конкретизація [9, с.127].

Пізнавальна діяльність експерта протікає надзвичайно складно і проявляється у вирішенні цілої системи простих та складних задач, що випливають із експертних ситуацій та основної мети судової експертизи — встановлення об'єктивної істини у справі, що розглядається.

Прості задачі вирішуються за типовими правилами і відомими експертами

перту методами експертизи. Визначальну роль при цьому відіграє оволодіння експертом знаннями правових наук, спеціальних знань та його професійний досвід. В той же час, дії експерта у складних ситуаціях переважно пов'язані з його розумовою діяльністю: здатністю до творчого мислення, уявою, судженням та сукупністю прийомів експертного дослідження за допомогою, зокрема, навідних питань.

Експерт, розпочинаючи дослідження чи приймаючи рішення у процесі експертизи, як правило, не має початково достатньої кількості інформації і змушеній працювати без неї або провадити обґрунтування своїх процесуальних рішень, експертних дій та тактичних діянь користуючись її малою наявністю.

Складність полягає також у тому, що експертне пізнання, на відміну від пізнання в інших сферах, стикається з неупорядкованою інформацією, протидією суб'єктивних факторів тощо.

Таблиця 4

Складові творчості та її видів

Творча діяльність	Види творчості	
	Мала творчість, творчість 1-го рівня	Велика творчість, творчість 2-го рівня
Форми творчої діяльності	Предметно-практична, технічна, науково-технічна	Наукова, художня, сенсаційна, філософська, релігійна тощо
Результат творчої діяльності	Приближення методів, форм, засобів перебудови позапорогового	Створення значимих цінностей
Суб'єкти творчості	Дослідник	Геніальній творці.
Рівні творчості суб'єкта	Першочергове урядження, обдарування	Ніднищений рівень активності, поззасвідомість
Характерні особливості творців	Оригінальність, точна робота, самокритика, добросовісність, іннінг, паничні	Творчість на позапороговому рівні, інтуїтивість, позасвідомість
Типи творчості суб'єкта	Раціональна творчість, розсудково-раціональне мислення	Напружене обдумування ідей, ситуації



Праця експерта вимагає надзвичайної підготовки зі здобуття професійних знань, певної суми інформації про знання в інших галузях наукових і практичних знань, великого досвіду професійної діяльності та особистих якостей (спостереження, творча уява тощо). Висока ерудиція, професіоналізм, великий життєвий і професіональний досвід та особисті якості дозволяють йому, у ряді таких випадків, використовувати, на певному етапі дослідження, і власну інтуїцію [8].

Множину ідеальних категорій, які вивчає експерт, слід відносити не до об'єктів експертизи, а до об'єктів експертного пізнання на тій підставі, що у пізнавальному сенсі у цій якості можуть виступати не тільки матеріальні предмети, а й різні процеси, події, явища, дії. Іншими словами, об'єкти експертного дослідження це — єдність матеріальної та ідеальної складових, в яких перша — джерело інформації, що фіксує-

ться у вигляді відображення, друга — уявна модель, створена експертом у своїй свідомості на основі результатів дослідження матеріальної субстанції (складової) [9, с.120].

Судово-експертне дослідження за своєю пізнавальною сутністю є різновидом процесу пізнання об'єктивної дійсності, що здійснюється шляхом застосування методів різних галузей науки. Проте наукові методи та засоби використовуються в діяльності судових експертів не для відкриття нових законів, закономірностей, а для рішення практичних задач з установлення істини по справі, що знаходиться у провадженні.

Таким чином, у практичній судово-експертній діяльності застосовуються ті самі методи, що і в науковому дослідженні, а це означає, що судовий експерт, зокрема, з питань інтелектуальної власності, як і будь-який інший експерт, є науковцем, а сфера його діяльності — наукова. ◆

Література:

1. Россинская Е.Р. Судебная экспертиза в гражданском, арбитражном, административном и уголовном процессе. — М.: Норма, 2005. — 656 с.
2. Закон України "Про судову експертизу" Відомості Верховної Ради (ВВР), 1994, № 28, ст.232. Із змінами, в ред. від 09.09.2004.
3. Інструкція про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень. Затверджена Наказом Міністерства юстиції України 08.10.98 № 53/5 (в редакції 2005 р.).
4. Закон України "Про наукову і науково-технічну діяльність". Відомості Верховної Ради (ВВР), 1992, № 12, ст.165. Із змінами, в ред. від 16.12.2004.
5. Закон України "Про наукову і науково-технічну експертизу". Відомості Верховної Ради (ВВР), 1995, № 9, ст.56. Із змінами, в ред. від 21.09.1999.
6. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і головн. ред. В.Т.Бусел. — К.; Ірпінь: ВТФ "Перун", 2004. — 1440 с.
7. Філософія: Навчальний посібник/ І.Ф.Надольний, В.П.Андрющенко, І.В.Бойченко, В.П.Розумний та ін.; За ред. І.Ф.Надольного. — К.: Вікар, 1997. — 584 с.
8. Б.Романюк. Інтуїція слідчого та її роль у пізнавальній діяльності на досудовому слідстві. Право України, рукопис.
9. Щербаковский М.Г. Судебные экспертизы: назначение, производство, использование: Учебно-практическое пособие. — Харьков: Эспада, 2005. — 544с.



ФУНКЦІОНАЛЬНІ ОСОБЛИВОСТІ ІННОВАЦІЇ ЯК ОБ'ЄКТА ІННОВАЦІЙНОГО ПРАВА

Юлія Атаманова,

старший науковий співробітник лабораторії передачі прав на об'єкти інтелектуальної власності НДІ інтелектуальної власності, асистент кафедри господарського права Національної юридичної академії ім. Ярослава Мудрого, кандидат юридичних наук

Останнім часом в широких колах громадськості досить активно обговорюється питання інноваційного шляху соціально-економічного розвитку України. Причому, воно стало предметом роздумів та досліджень на різних рівнях: економічному, юридичному, політичному й, навіть, соціальному.

Інновації як об'єкт правового регулювання можна віднести до об'єктів останнього покоління, які увійшли до правової сфери лише у минулому столітті. На відміну від традиційних речових об'єктів цивільного права, фізична форма існування яких, необхідність визнання володільців та приватне використання викликали потребу у встановленні їх правового статусу та режиму обігу, а також навіть від таких об'єктів *sui generis*, як об'єкти права інтелектуальної власності, включення яких до сфери правового регулювання відбувалося поступово у зв'язку із активним розвитком творчих, розумових, інтелектуальних здібностей людини, науково-технічною революцією, а пізніше й масштабною індустріалізацією, що мало наслідок виникнення та розповсюдження особливих нематеріальних благ — об'єктів авторського та суміжних прав, об'єктів промислової власності та засобів індивідуаліза-

ції, інших нетрадиційних об'єктів інтелектуальної власності, введення інновацій до правового кола детерміновано, перш за все, потребою держави у максимально ефективному використанні наявних, часто обмежених ресурсів, інтелектуального потенціалу нації для подолання спадів в національній економіці, перевоснащення виробництва та здійснення якісного ривка у соціально-економічному і науково-технологічному розвитку країни. Можна сказати, що виникнення такого об'єкту правового регулювання, як інновації, відбулося не з "низів", тобто породжене не потребою у правовому оформленні вже існуючих відносин або відносин, які об'єктивно складаються, які породжені загальноцивілізаційними тенденціями та вимогами розвитку, а з "верхів" — введене державною владою з власної ініціативи для стимулювання прогресивного руху та зростання країни за допомогою використання досягнень науково-технічного прогресу, причому з урахуванням інтересів суб'єктів господарювання щодо державної підтримки їх ініціатив із запровадження та реалізації нових ризико-вих проектів.

Така детермінованість правового регулювання інновацій як самостійного об'єкта зумовлює покладання



на нього її особливого функціонально-правового навантаження, яке має реалізовуватись через законодавчо встановлені правові норми. Причому саме досягнення за допомогою правового інструментарію здійснення інноваціями покладених на них функцій має слугувати показником, критерієм ефективності законотворчої діяльності в інноваційній сфері.

Але законодавець, встановлюючи правові норми щодо здійснення інноваційної діяльності та стимулювання інноваційної активності, не спромігся з самого початку провести функціонально-правовий аналіз інновацій — діє, як правило, виходячи з нагальних потреб без попереднього системного прогнозування наслідків своєї діяльності. Більше того, навіть, юридичною науковою думкою не проведено дослідження та не надано матеріал з визначенням змісту функціонально-правового навантаження інновацій.

Така прогалина в системі правового регулювання інноваційної діяльності, з одного боку, призводить до неповного розуміння змісту та значення інновацій, що зумовлює частковість законотворчої діяльності з цих питань, а з іншого, — не дає можливості проаналізувати ефективність останньої та визначити напрямки та заходи її підвищення. Саме зазначені причини розкривають актуальність проблеми встановлення функціонально-правового навантаження інновацій, затягування з вирішенням якої щороку призводить до розмивання та відсутності чітких критеріїв виконання інноваційноорієтованої стратегії соціально-економічного розвитку.

Крім того, питання визначення функцій інновацій є вирішальним

ще для такої проблеми, як встановлення законодавчих вимог до інновацій та критеріїв включення об'єктів інтелектуальної власності до їх складу. Слід зазначити, що, не зважаючи на досить пильну увагу до питань інноваційної діяльності (зокрема, безпосередньо до них зверталися Н. Барбашова, Д. Висоцький, М. Гаман, В. Гусєв, П.П. Крайнєв, Н.М. Мироненко, С.Ф. Ревуцький, І.І. Рудченко, О.Д. Святоцький, В.І. Цигилик та інші), і відсутнє правове дослідження щодо співвідношення інновацій з об'єктами інтелектуальної власності, аналіз останніх на здатність входити як структурний елемент до складу інновацій.

Відповідь на ці питання може бути отримана за умови визначення функцій інновацій, встановлення для їх реалізації законодавчих вимог до характеристик інновацій, а також проведення аналізу об'єктів інтелектуальної власності на відповідність останнім. За такого підходу стає можливим, на наш погляд, виявити всі найбільш значущі особливості інновацій, без чого не може бути досягнутим завдання створення ефективного механізму правового регулювання національної інноваційної системи.

Враховуючи зазначені вище прогалини в законодавчому регулюванні та науковому матеріалі, за мету даної наукової публікації ставиться вирішення наступних питань: функціональні особливості інновацій, вимоги до їх характеристик для законодавчого забезпечення виконання функціонального навантаження, а також визначення об'єктів інтелектуальної власності, що здатні входити до складу інновацій.

Інновації як доведені до рівня впровадження та реалізовані безпо-



середньо в виробничому процесі результати фундаментальних та/або прикладних досліджень, які містять об'єкти інтелектуальної власності, повинні характеризуватися, насамперед, певною новизною, порівняно із існуючими та використовуваними продуктами, методами, процесами, яка може бути абсолютною у світі чи локальною у межах країни. Завдяки такій своїй властивості впровадження інновацій означає фактичний інтелектуальний крок держави та внесок до світового науково-технічного прогресу. Більш того, кожна інновація, базуючись на досягненнях світової науки та загальнолюдських знаннях, становить черговий матеріал — нові знання, нові навички та нову інформацію для наступних досліджень та розробок, що надає підстави віднести їх до категорії суспільних благ. Тому не буде помилкою називання першою функцією інновацій реалізацію наукового потенціалу та забезпечення інтелектуального розвитку держави, тобто інтелектуально-інформаційну функцію.

Будь-які розробки та нові рішення мають суспільне значення лише в тому випадку, якщо вони впроваджуються та приносять практичні результати у вигляді нової чи удосконаленої продукції (в тому числі, яка далі залишається до виробничого процесу як засоби виробництва) або нових чи удосконалених технологій, оскільки не просто відбувається якісне підвищення рівня матеріального забезпечення населення, а залучається підґрунтя нової технічної та технологічної бази для різних галузей народного господарства країни. З позиції державних інтересів лише за умови практичного використання інновацій можна

вести мову про науково-технічний розвиток країни та можливість її переходу до вищих технологічних укладів. Як відзначає Д. М. Стченко, науково-технічний прогрес справляє різний вплив на економічний розвиток: в одній частині сфер, галузей господарства, навіть окремих виробництв ним зумовлюється перехід до нових, більш прогресивних методів видобутку і переробки вихідних продуктів (типів технологій); зміну структури і параметрів зв'язків з іншими галузями господарства (виробництвами); випуск принципово нових видів продукції; в другій частині він зумовлює еволюційні зміни: поліпшення параметрів діючих технологій, техніки, що застосовується для випуску продукції [1; с. 40]. Зазначена роль інновацій дозволяє констатувати наявність у них такого функціонального навантаження, як стимулювання техніко-технологічного розвитку держави (техніко-технологічна функція).

Інновації як практичні форми втілення досягнень науково-технічного прогресу не можуть не відзначатися на економічних показниках, причому як на індивідуальному, так і на локальному (регіональному) й загальнодержавному рівнях. На думку М. Портера, для постійного підвищення рівня продуктивності праці необхідний постійний процес створення інновацій та їх впровадження у виробництво. Високий інноваційний потенціал є передумовою досягнення країною добробуту населення [2; с. 70]. Впровадження нововведень на виробництві потребує значних капіталовкладень, які за наявності сприятливих загальноекономічних умов, державної підтримки та необхідного рівня правового забезпечення призводять до



позитивного економічного ефекту: підвищення рівня продуктивності праці, мінімізації витрат за рахунок удосконалення технологічних процесів, удосконалення якості та розширення асортименту продукції, завоювання нових ринкових позицій, отримання додаткового прибутку. В такому аспекті інноваційний проект виступає як інвестиційний, але з більш високою вартістю, тривалістю, складністю, ступенем невизначеності параметрів та результатів, а також ризиковості. Для інвесторів фінансування таких проектів буде економічно виправданим лише за умови отримання ними економічних "дивідендів" в різних формах, забезпечення що повинно потрапити до безпосередньої уваги законодавця для залучення приватного капіталу до інноваційних процесів. Економічний підйом господарюючих суб'єктів як наслідок здійснення інвестування в інновації не може не вплинути на соціально-економічну ситуацію в країні в цілому, бо це означає підвищення рівня зайнятості та забезпеченості громадян, насичення внутрішнього ринку новою технологічною продукцією та підвищення її конкурентоспроможності на геоекономічному просторі, а також збільшення надходжень до прибуткової частини державного (регіонального) бюджету. Таким чином, з економічної точки зору інвестування у розробку та впровадження інновацій повинно виконувати функцію підвищення продуктивності праці, виробництва, причому як на мікро-, так і макрорівні, стимулювати економічне зростання як суб'єктів господарювання, так і держави в цілому. Іншими словами, інновації здатні виконувати інвестиційну функцію в широкому розумінні, право-

ва реалізація якої повинна стати предметом постійних турбот законодавця.

Будучи залученими до господарського обороту інновації набувають особливого значення як ефективного фактору конкурентної боротьби на ринку. Впровадження нововведень — це загальнозвінаний шлях для отримання переваг у конкурентній боротьбі. Якісне удосконалення виробничого процесу або товару, що випускається, надає їх виробникам шанс підвищити попит на свій товар, а як наслідок — й рівень конкурентоздатності продукції завдяки зниженню енерго- та матеріаломісткості, засвоєння нової сировини, технологій, покращенню споживчих властивостей. Хоча, як справедливо зазначає А.В. Савчук, для ситуації із розробки та впровадження у виробництво продуктної інновації присутня невизначеність у реакції потенційних ринків збути на продукт із новими споживчими властивостями [3; с. 69]. Немаловажливу роль у підвищенні конкурентоздатності продукції, виробленої із застосуванням інновацій, належить об'єктам інтелектуальної власності, що входять до складу інновацій як базовий елемент. Закріплення виключних прав інтелектуальної власності на результати творчої, розумової діяльності, по суті, означає визнання державою монопольних прав на них за їхніми правоволодільцями через юридичну заборону їх несанкціонованого використання іншими особами. Такі виключні права на центральний елемент інновацій — певний об'єкт інтелектуальної власності — створює передумову для монопольного володіння інноваційними технологіями або випуску нової продукції, що призводить до набуття за-



конної та охоронюваної державою конкурентної переваги на відповідному ринку товарів (послуг) суб'єктом господарювання, який є власником інновації, з можливістю застосування державного примусу до порушників їх прав. Крім того, як підкреслюють А.Н. Єлисеєв та І.Є. Шульга, поряд із монопольним стимулом створювати, з метою дістати монопольний прибуток, існує конкурентний стимул створювати з метою недопущення втрат, які невідмінно сталися б за відсутності інноваційної діяльності [4; с. 108]. І.В. Пилипенко визнає за інноваціями значення другого критерію конкурентоздатності (після продуктивності праці або дешевої робочої сили, які є, на його думку, першими критеріями), у зв'язку з їх здатністю до безпосереднього підвищення продуктивності праці та якості товарів та послуг, що виробляються, а крім того, — значного підвищення рівня життя населення, на відміну від перших [2; с. 384]. Такі особливості інновацій надають підставу для виокремлення їх конкурентної функції.

Таким чином, підсумовуючи значення інновацій для розвитку країни та враховуючи цілі, які ставляться державою при впровадженні заходів із стимулювання та підтримання проведення інноваційної діяльності, можна відзначити такі основні функції інновацій, як інтелектуально-інформаційна, техніко-технологічна, інвестиційна та конкурентна. Безумовно, можна виокремити й інші напрямки функціонального навантаження інновацій, але вважаємо, що саме зазначені вище мають відігравати визначальну роль при встановленні особливостей правового регулювання таких об'єктів. Крім того, на-

звані функції зумовлюють склад інновацій та критерії входження до них об'єктів інтелектуальної власності.

Будь-який об'єкт може виконувати покладені на нього функції лише за умови наявності в нього певних властивостей, які забезпечують досягнення результатів у розрахованому напрямку. Тому наявність певних характеристик у низки об'єктів стає підставою для їх об'єднання у едину групу та поширення на них загального правового статусу. Іншими словами, наявність в об'єктів загальних властивостей, які необхідні для виконання певних функцій, розрахованих законодавцем, є підставою включення об'єктів до одного класу об'єктів правового регулювання.

Покладання на інновації інтелектуально-інформаційної, техніко-технологічної, інвестиційної та конкурентної функцій зумовлює пред'явлення об'єктам, потенційно здатним набути статусу інновацій, певних вимог для досягнення поставлених цілей, відповідність яким свідчить про наявність в них необхідних для інновацій властивостей. Такими вимогами до інновацій, а також відповідними їх характеристиками (властивостями) повинні бути:

- а) наявність новизни, як мінімум локальної (в межах території України);
- б) суттєве підвищення якісних характеристик товару та/або виробничих процесів (технічних характеристик/технологічних операцій), що забезпечить реалізацію інтелектуального потенціалу нації та надасть можливість подальшого просування до інформаційного суспільства;



- в) промислова придатність, яка надає можливість використання нововведень в реальному секторі економіки країни та здійснення її структурної та техніко-технологічної перебудови як підґрунтя переходу довищих технологічних укладів;
- г) економічна доцільність впровадження інновацій, тобто обґрунтований розрахунок на позитивні економічні результати від їх реалізації, які повинні виправдати інвестиції, вкладені у виконання інноваційного проекту;
- д) формальна визначеність та документальна оформленість результатів досліджень чи розробок та інноваційних об'єктів, що необхідно для впевненості в наявності завершених результатів досліджень чи розробок, ясного уявлення про сутність, умови реалізації та наслідки впровадження інновацій;
- е) наявність у складі інновацій об'єктів інтелектуальної власності, виключні права на які підтверджуються правовстановлюючими (правоохоронними) документами, для гарантування монопольних прав на них правоволодільців та їхнього захисту.

Інновації, будучи породженням розумової, творчої діяльності людини, основним своїм елементом повинні мати об'єкти інтелектуальної власності. Але не кожен з них здатен забезпечити виконання інноваціями покладених на них функцій, тобто не всі з них здатні забезпечити відповідність інтелектуальних продуктів встановленим до інновацій вимогам, що означає фактичну неможливість розроблення на їх підставі інноваційних об'єктів та

впровадження як інновацій. Тому властивості інновацій (що закріплюються як законодавчі вимоги до них), по суті, виступають критеріями, які визначають включення об'єктів інтелектуальної власності до складу інновацій.

Аналіз кожного з об'єктів інтелектуальної власності, визначених чинним законодавством, зокрема ст. 420 ЦКУ [5], на відповідність критеріям (властивостям) інновацій ясно виявляє ті з них, які можуть становити основні елементи інновацій. Повністю відповідають характеристикам інновацій такі об'єкти інтелектуальної власності, як:

- винаходи;
- корисні моделі;
- компонування (топографії) інтегральних мікросхем;
- сорти рослин;
- породи тварин.

Потенційно можуть входити до інновацій комп'ютерні програми та бази даних, а також ноу-хау — їх рівень може відповісти критерію новизни (локальної або абсолютної) із формальною фіксацією сутності (тобто із документальним чи іншим способом оформленням), а промислове впровадження виступати головним призначенням їх розробки, причому економічно виправданим та доцільним. Але монопольні права на зазначені об'єкти не можна вважати достатньою мірою захищеними у зв'язку із відсутністю їх обов'язкової державної реєстрації та правоохоронного документа, який підтримується державою з можливістю застосування примусу щодо порушників монопольних прав, що з цього випливають.

В цьому аспекті питання віднесення комп'ютерних програм та баз даних до складу інновацій як основ-



них елементів фактично настовхується на неодноразово обговорюване питання про сутність даних об'єктів як об'єктів авторського права чи об'єктів промислової власності. За теперішнім законодавчим підходом вони визнаються об'єктами першої групи прав інтелектуальної власності (авторського права), у яких правою охороною користується не сутність, а форма. Авторське право на комп'ютерні програми виникає внаслідок факту їх створення, без підтримання будь-яких формальностей, а факт авторства переважно визначається за наявності відповідного згадування в опублікованій роботі [6; с. 204].

Але вже непоодинокими є пропозиції про перегляд такої позиції та встановлення поряд із охороною за допомогою авторського права патентної системи охорони для комп'ютерних програм та баз даних як об'єктів, що є результатами інтелектуальної, а точніше технічної, діяльності та її не просто за формулою, а, насамперед, по суті. Маючи технічну сутність, комп'ютерна програма направлена, як правило, на вирішення якоїсь технічної задачі і задовільняє функціональні потреби, виступає засобом виробництва, на відміну від інших об'єктів авторського права, які задовільняють естетичні потреби і мають викликати відповідні емоційні почуття (зокрема, по своїй економічній суті літературний твір є засобом споживання) [6; с. 203].

В інформаційному суспільстві головним інструментом в роботі людей "розумової праці" є комп'ютери, а тому їх надійна та безперебійна робота дозволить максимально підвищити продуктивність праці користувачів цієї техніки [7; с. 323]. За

умов активної комп'ютеризації та інформатизації суспільства розвиток комп'ютерних технологій та програмного забезпечення, безумовно, повинен бути одним з основних напрямків інноваційної діяльності. Але потреба чіткого документального оформлення інновацій для забезпечення їх реалізації, здійснення управління та контролю за інноваційними процесами, необхідність забезпечення надійного захисту сутності нових рішень в цілях збереження конкурентних переваг та надання інвестиційної привабливості проектам із їхнього впровадження зумовлює постановку питання про введення для комп'ютерних програм та баз даних окремої реєстраційно-формальної системи та поширення правої охорони в цілому на їх зміст та форму із наданням їйому дещо новогозвучання. Такі зміни в законодавчому підході спрямовані на забезпечення суб'єктів господарювання, діяльність яких пов'язана із створенням комп'ютерних технологій та програмного забезпечення, гарантій повноцінного захисту їх прав на розробки в цілому, а також впевненості в економічній доцільності такої діяльності.

Можливість введення реєстраційно-формальної системи охорони прав на комп'ютерні програми, бази даних, програмне забезпечення зумовлена декількома причинами. З одного боку, програми становлять записи послідовності команд на будь-якому носії даних, включаючи й машинозчитуваний носій даних (дискета, оптичний диск). Іншими словами — програми, що розроблені на основі певного алгоритму, є текстами і в цій якості є об'єктами авторського права [8; с. 248]. Але з



іншої сторони, суть програми, як зазначає В. Дмитришин, як послідовності математичних та логічних операцій (команд), які висловлюються машиноорієнтовною мовою, тобто в кінцевому варіанті послідовністю нулів та одиниць, не має відношення до літературного твору і не має на меті впливати на емоції людини, а призначена для виконання комп'ютером певної задачі за певну кількість кроків. Не підлягає охороні авторським правом і мова програмування, як вільно розповсюджуваний інструмент для перетворення алгоритму в програму [6; с. 203, 204]. Більше того, комп'ютерні програми фактично є результатами технічної творчості, яка зумовлює наявність у них певних властивостей технічних систем. Таке зазначення їхньої сутності надає підставу припустити можливість застосування механізму патентного захисту щодо охорони виключних прав на них.

Пропозиція щодо введення реєстраційно-формальної системи охорони прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми, бази даних та програмне забезпечення не є новою в світі. Зокрема, за законодавством США передбачена можливість захищати комп'ютерні програми поряд з авторським правом, ще й за допомогою патентів. У країнах ЄС активно обговорюється проект нової директиви Парламенту та Ради ЄС щодо патентоздатності винаходів, реалізованих на базі комп'ютеру. Під таким винахodom розуміється будь-який винахід, виконання якого містить у собі використання комп'ютеру, комп'ютерної мережі чи іншого запрограмованого пристрою, одна чи декілька складових якого реалізується в цілому або частково за допомогою комп'ютерної (-

их) програми (-ам). При проведенні експертизи таких винаходів застосовуються загальні критерії патентоздатності винаходів: новизна, винахідницький рівень та промислова придатність (промислове застосування), — але із доданням ще одного критерію — технічного вкладу. Винаходи, що мають свою передумовою комп'ютерну реалізацію, можуть заявлитися як технічний устрій (продукт) або спосіб (процес). На винаходи, реалізовані на базі комп'ютеру, розповсюджується загальний режим правої охорони прав на винаходи, але сам текст комп'ютерної програми може бути захищений засобами авторського права. Таким чином, відповідно до проекту директиви ЄС патентом охороняється новий принцип (метод, процес, продукт) рішення існуючої технічної проблеми, іманентною частиною якого є застосування спеціально створеної комп'ютерної програми, у той час як авторським правом охороняється форма вираження цього застосування [6; с. 206]

Безумовно, неможливо розраховувати на перехід найближчим часом в Україні до такої реєстраційно-формальної системи охорони прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми, бази даних, програмне забезпечення, коли проводиться окрема реєстраційна процедура отримання прав на об'єкти патентного права, а для об'єктів авторського права допускається можливість їх добровільного (необов'язкового) включення до реєстру об'єктів авторського права, включення до якого створює презумпцію законного володіння та використання відповідного об'єкта особою, що записана як його власник, до встановлення у судовому порядку іншо-



го. Тому, з причин особливої актуальності комп'ютерних програм, баз даних, програмного забезпечення як предмету інноваційної діяльності, вважаємо доцільним передбачити перехідний варіант для забезпечення їх відповідності критеріям (характеристикам) інновацій та можливості включення як основного елементу до їхнього складу. На нашу думку, не позбавлена сенсу ідея про **введення окремого реєстру комп'ютерних програм, баз даних, програмного забезпечення, включення до якого здійснювалося б після проходження цими об'єктами кваліфікаційно-формальної експертизи на їх відповідність таким критеріям, як новизна, винахідницький рівень, наявність технічного вкладу, промислова придатність, а також встановлення новизни форми заявленого об'єкта.** Іншими словами, пропонується надання реєстраційно-формальної системи охорони прав інтелектуальної власності на комп'ютерні програми, бази даних, програмне забезпечення за підсумками проведення єдиної патентно-авторської експертизи. Позитивні результати експертизи стануть підставою внесення дослідженого об'єкта до державного реєстру комп'ютерних програм, баз даних і програмного забезпечення та видачі державного документа (*наприклад, свідоцтва*), за яким охорона надається як змісту, так і формі відповідних об'єктів. Такій реєстрації комп'ютерних програм, баз даних та програмного забезпечення доцільно надати статус добровільної. Але її слід визнати обов'язковою у разі їх розроблення та впровадження в рамках здійснення інноваційної діяльності та при використанні в складі інновацій.

Іншим об'єктом інтелектуальної власності, що фактично може становити основний елемент інновацій, є ноу-хау. Дійсно, якщо нагадати практику великих корпорацій, то нерідко присутній факт випуску нової продукції за результатами досліджень без проведення попереднього патентування винаходу, а лише за умов дотримання суворої дисципліни із збереження комерційної таємниці, що пояснюється економією на часі та коштах, які необхідні для отримання патенту, та можливості швидкого морального старіння розробки. Але такий підхід не можна вважати доцільним з точки зору правового регулювання інноваційної діяльності — коли йдеться про такий важливий для державних інтересів об'єкт, як інновація, інформація про його сутність та результативність повинна бути доступною та достовірною, не повинна бути закритою в рамках режиму комерційною таємниці. Але інша річ, коли конкретна інформація про стан проведення досліджень, їх зміст та перспективи впровадження охороняється від розголошення третім особам для збереження конкурентних переваг. Іншими словами, комерційна таємниця (ноу-хау) використовується суб'єктами інноваційної діяльності в горизонтальних господарських відносинах з іншими суб'єктами, але не повинна бути закритою для державних органів у разі впровадження предмету ноу-хау як інновації для можливості здійснення контролю за такою діяльністю суб'єкта, якій фактично надається особливий господарський режим. Таким чином, комерційна таємниця (ноу-хау) практично постійно супроводжує інноваційну діяльність, а тому, безумовно, вклю-



чається до складу інновацій, але не є їх основним елементом, а лише допоміжним, супроводжуючим, який забезпечує доцільність проведення досліджень та розробок, а також їх наступне ефективне впровадження з точки зору досягнення позитивних економічних результатів.

Як видно із визначених раніше об'єктів інтелектуальної власності, які можуть виступати основним (базовим, визначальним) елементом інновацій, до їх числа не входять об'єкти авторського та суміжних прав (про комп'ютерні програми та бази даних мова йшла окремо) та засоби індивідуалізації (торговельні марки, комерційні найменування, географічні позначення). Їх відсутність у складі інновацій пояснюється іншим призначенням. Зокрема, об'єкти авторського та суміжних прав є результатами творчості людей та не пов'язані із реальним сектором економіки країни, а спрямовані на задоволення естетичних потреб людей, тому вони не відповідають такому критерію інновацій, як промислова придатність, та не здатні забезпечити підвищення (суттєве) якісних характеристик товару та/або виробничих процесів (технічних характеристик/технологічних операцій), що є основним "інноваційним" навантаженням. Крім того, на ці об'єкти відсутні правовстановлюючі (правоохоронні) документи — права на них виникають із моменту простої формалізації (об'єктування) результату творчої діяльності, — що створює підвищений ризик для володільців, а також інвесторів у порушенні виключних прав на них.

Що ж стосується засобів індивідуалізації, то їх головне призначення — виокремлення суб'єктів або

товару. Вони не містять в собі нові інтелектуальні рішення, а просто визначають продукцію або її виробника (в широкому розумінні). Тобто, вони не відповідають такому істотному критерію інновацій, як новизна, що зумовлює неможливість їх віднесення до числа основних елементів інновацій. Ale як і у випадку з комерційною таємницею (ноу-хау) засоби індивідуалізації використовуються для позначення інноваційної продукції, а також для визначення самого інноваційного суб'єкта. Таке становище свідчить про можливість використання засобів індивідуалізації як другорядних, допоміжних елементів інновацій.

Неоднозначну відповідь містить питання про включення до числа основних елементів інновацій промислових зразків. На перший погляд, зазначений об'єкт інтелектуальної власності відповідає всім критеріям інновацій, що зумовлює можливість його включення до складу останніх як основного елемента: новизні, промисловій придатності, економічній доцільності його використання, формалізації та наявності правоохоронного документа на нього. Ale така позиція не може бути визнана однозначною, причиною чого є сама сутність та об'єкти промислових зразків. Основним призначенням промислового зразка є визначення зовнішнього вигляду товару, а його об'єктом можуть бути форма, малюнок, забарвлення або їх поєднання. Іншими словами, щодо цих об'єктів інтелектуальної власності не йдеться про новий продукт, або новий процес, або нове вирішення про застосування відомого продукту чи процесу — мова просто про новий зовнішній вигляд вже застосованих продуктів. Тобто вони самі по собі



не здатні забезпечити підвищення (суттєве) якісних характеристик товару та/або виробничих процесів (технічних характеристик/технологічних операцій), що не дає можливості говорити про виконання ними техніко-технологічної та інтелектуально-інформаційної функцій інновацій. На цій підставі, *вважаємо можливим використання промислових зразків у складі інновацій лише як другорядного, супроводжуючого елемента, але не як основного, базового.*

Таким чином, об'єкти інтелектуальної власності в результаті проведення робіт із розробки проекту їх реалізації, доведення до стану, при-

датного до практичного використання та впровадження входять до складу інновацій та становлять їх елементи, причому частина з них складає групу основних (базових, визначальних) елементів, а саме: винаходи; корисні моделі; компонування (топографії) інтегральних мікросхем; сорти рослин; породи тварин, — а інші можуть використовуватися лише як допоміжні, супроводжувальні елементи, тобто мають характер другорядних елементів інновацій. ◆

Література:

1. Стученко Д.М. *Інноваційні форми регіонального розвитку: Навч. посіб.* - К.: Вища шк., 2002. — 254 с.
2. Пилипенко И.В. Конкурентоспособность стран и регионов в мировом хозяйстве: теория, опыт малых стран Западной и Северной Европы. — Смоленськ: Ойкумена, 2005. — 496 с.
3. Савчук А.В. Особенности экономической оценки и выбора инновационных проектов // Актуальні проблеми економіки. — 2003. — №1(19). — С. 69 — 74.
4. Елисеев А.Н., Шульга И.Е. Институциональный анализ интеллектуальной собственности: Учеб. пособие. — М.: ИНФРА-М, 2005. — 192 с.
5. Цивільний кодекс України. Затверджений Законом України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 461.
6. Дмитришин В. Проблеми удосконалення законодавства України про охорону прав на комп'ютерні програми // Материалы выступлений 8-й международной научно-практической конференции "Актуальные проблемы охраны интеллектуальной собственности". — 6—11 сентября 2004. — С. 203 — 209.
7. Бережанска В. Посилення захисту авторських прав розробників програмного забезпечення — вимога часу на шляху України до інноваційної економіки // Материалы выступлений 9-й международной научно-практической конференции "Актуальные проблемы охраны интеллектуальной собственности". — 5—9 сентября 2005. — С. 323 — 327.
8. Яценко М.И. Современные взгляды на правовую охрану изобретений, связанных с компьютерным программным обеспечением // Материалы выступлений 9-й международной научно-практической конференции "Актуальные проблемы охраны интеллектуальной собственности". — 5 — 9 сентября 2005. — С. 245 — 252.



ЮРИДИЧНІ АСПЕКТИ ТАК ЗВАНОЇ “ВІЙНИ ЦІН” У ПОЛЬСЬКОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ — ОГЛЯД НОРМАТИВНИХ АКТІВ

Ігор Несторук,

викладач юридичного факультету Європейського університету Віадріна м. Франкфурт на Одери, ад'ютант кафедри європейського права факультету права та адміністрації Університету ім. Адама Міцкевича м. Познань

1. Ціна як знаряддя боротьби конкурентів

“Глобалізація, гіперконкуренція та Інтернет змінюють ринок та підприємства. Ці три сили створюють тиск, який призводить до зниження цін”¹. При цьому **конкуренція цін** становить лише одну з багатьох стратегій змагання за здобуття найкращого місця на ринку². Однак крім реклами, впровадження досконаліших марок та нових продуктів, іхньої кращої сегментації або розширеного обсягу обслуговування клієнтів, підприємці все частіше використовують ціну як знаряддя. У боротьбі за здобуття клієнта вони готові зменшити ціну на свої продукти, ідучи за рештою конкурентів. Часто такі змагання зменшення цін мають ефект спіралі та перероджуються у “війни цін”, які

висвітлюються світовими засобами масової інформації³. Це явище щоразу частіше спостерігаємо також і на польському ринку⁴.

Ціна, як інструмент в руках конкурента, становить дуже складний феномен як з економічної, так і юридичної точки зору. Вона дає змогу порівняти витрати та результати певного економічного заходу, мотивує підприємців до використання економічних розрахунків, будучи при цьому інструментом правильного використання ресурсів; при цьому даючи можливість гнучкого пристосування виробничих можливостей до потреб на конкретні товари та послуги. З огляду на вищевказане важливо, щоб ціни змінювалися в результаті дії механізму конкуренції⁵.

Наведені нижче думки зосереджені на юридичному підході до яви-

¹ Kotler Philip. — Marketing od A do Z. — Warszawa, 2004.— S. 26.

² Faulkner D., Bowman C. Strategie konkurencji. — Warszawa, 1996. — S. 11; Najlepszy E. Strategie przedsiębiorstw w warunkach konkurencji międzynarodowej. — Poznań, 1998. — S. 81; Noga A. Dominacja a efektywna konkurencja. — Warszawa, 1993. — S. 71.

³ Hays C. L. Toys "R" Us Says It May Leave the Toy Business // "New York Times online" від 12.08.2004 р.; Belson K. Amid a Price War, Revenues Fall at AT&T and MCI // "New York Times online" від 6.08.2004 р.

⁴ Czwojdrak A. Spadaja ceny kosmetykow // Портал "Gazeta.pl" від 29.08.2004 р.; Naszkowska K. Producenci zywnosci kontra supermarkety // Портал "Gazeta.pl" від 11.06.2004 р.; Omachel R. Media. Wojna o dzienniki. Agora odpowiada na wejscie "Faktu" // "Puls Biznesu" від 21.10.2003 р.; Wrabec P. Taniecka // "Polityka". — № 9 (2441) від 28.02.2004 р., Той же. Przecena w powietrzu // "Polityka".— № 17 (2449) від 24.04.2004 р.— S. 42.

⁵ Gronowski St.Ustawa antymonopolowa. Komentarz (wyd. 2).— Warszawa, 1999. — S. 101-102. Pišeniny Президента UOKiK від 18.04.2001 р. (див. Dz. Urz. UOKiK Nr. 1, poz. 4).



ща нечесного формування цін у вигляді утримування цін на особливо низькому рівні у польському та німецькому законодавстві. На практиці тактики щодо цін такого типу мають різні назви: "продаж нижче вартості" (*Preisunterbietung, Verkauft unter Einstandspreis*), "дефіцитний продаж" (*Verkauf zum Verlustpreis*), "демпінгова ціна", або "агресивна політика цін" (*Verdangungspreise, predatory pricing, prix d'eviction*). З польської перспективи є цікавим та корисним досвідом у підході до обговорюваних явищ, який міститься в правових базах країн Західної Європи та США. Не слід однак забувати, що польська економіка щойно від 1 травня цього року стала частиною великого господарського організму Європейського Союзу. Польський механізм вільного ринку є відносно молодим, а відродження капіталізму у цій частині Європи веде за собою багато явищ, що значно відрізняються від тих, з якими зустрічаємося у "старій Європі".

2. Свобода формування цін у польському законодавстві

Принципи та порядок формування цін на товари та послуги у польському законодавстві визначає закон від 5.07.2001 року про ціни⁶. Цей короткий закон (містить лише 20 статей) дає нам декілька цінних

вказівок, що стосуються політики цін підприємців. Серед них головне місце займає сформульована у статті 2 частині 1 закону про ціни думка, що ціни на продукти та послуги узгоджують сторони, які підписують договір⁷. Положення це підкреслює головний принцип, що діє в обороті вільного ринку, відповідно до якого сторони договору вільно узгоджують ціни згідно із власною оцінкою. Свобода укладання договору несе за собою прийняття на основі теперішньої господарської системи принципу вільного узгодження цін.

Свобода укладання договору однак не носить абсолютноного характеру та підпорядковується згідно зі статтею 353 Цивільного кодексу⁸ обмеженням, що випливають з властивостей (природи) правових відносин, законів⁹ та принципів суспільних взаємовідносин (усталених традицій). Згадане у цьому місці положення Цивільного кодексу визначає межі вільного встановлення умов договору, до яких зараховуємо також і ціну як грошове зобов'язання.

Закон про ціни замінив дуже старе положення, що не відповідає сьогоднішнім економічним умовам. Підтверджуючи вільне узгодження політики цін, законодавець схиляється до розв'язки, де держава відмовляється від втручання у цінову поведінку підприємців, лишаючи

⁶ Dz. U. Nr 97, poz. 1050. Цей закон замінив закон від 26.2.1982 р. про ціни (див. Dz. U. z 1988 р. Nr 27, poz. 195 з пізнішими змінами).

⁷ Винятки з цього правила описує сам закон (art. 4, 5 i 8 iuc), а також відповідні виконавчі акти, видані на його підставі.

⁸ Wyrok SN z 28.4.2004 r. (V CK 379/03) // "Monitor Prawniczy". — № 11. — 2004. — S. 486; рішення Президента UOKiK z 24.10.2003 р. (Dz. Urz. UOKiK z 2004 р. Nr 1, poz. 278). Див. Zulawska C. *Zasady prawa gospodarczego prywatnego*. — Warszawa, 1999. — S. 61.

⁹ Одним з таких законів є, без сумніву, закон 2000 р. про охорону конкуренції і споживаčів (нижче чи пункт 4). Olszewski J. *Prawo gospodarcze. Kompendium*. — Warszawa, 2001 (wyd. 2). — S. 296. Пор. вирок Антимонопольного суду від 12.04.1995 р. (sygn. akt XVII Amr 70/94) // "Wokanda". — № 6. — 1996. — S. 51, а також вирок Антимонопольного суду від 6.09.1993 р. (sygn. akt XVII AMr 26/93) // "Wokanda". — № 1. — 1994. — S. 55.



управління нею ринковим факторам попиту і пропозиції. Однак слід пам'ятати, що у польському законодавстві лишається цілий ряд окремих положень про регулювання цін, які стосуються вибраних галузей господарської діяльності¹⁰.

Межі дій підприємця у сфері політики цін в обох випадках правового порядку визначається, між іншим, правом конкуренції і нормами, які використовуються в боротьбі з нечесними ринковими діями, а також антимонопольним законом. Тому простір подальших міркувань можемо обмежити до конкретних законодавчих норм, що стали основою у сфері зводу законів про конкуренцію. У польському законодавстві це: "Закон від 16.04.1993 р. про боротьбу з нечесною конкуренцією" (далі у пол. джерелах — "Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji" — "uznk")¹¹ та "Закон від 15.12.2000 р. про охорону конкуренції та споживачів" (далі у пол. джерелах — "Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentow" — "uokik")¹².

3. "Війна цін" і делікти нечесної конкуренції

Закон від 16.04.1993 року про боротьбу з нечесною конкуренцією, поряд із антимонопольним законом (див. пункт 4 нижче), є найважливішою правою нормою, яка охоро-

няє від спотворення принципи ринкової конкуренції внаслідок дій, виконуваних підприємцями. Вістря цієї норми спрямоване передусім проти нечесних дій, тобто дій, що суперечать законодавству або установленим традиціям (стаття 3 частина 1 закону про боротьбу з нечесною конкуренцією), націлених — як здається, передусім¹³ — на індивідуальні інтереси господарських суб'єктів, а також на інтереси споживачів.

Згідно із закладеним в законодавстві принципом вільного визначення цін не можна визнати поведінку підприємця, який занижує ціни своїх продуктів і послуг, або навіть пропонує їх безплатно, діяльністю *per se* нелегальною. Таку оцінку цих дій можемо захищати на основі польського законодавства, а зокрема обговорюваного у цьому місці закону. Як прояв конкурентної боротьби в економіці вільного ринку заниження цін може приймати найрізноманітніші форми (відкриті та таємні). Однак лише деякі з них заслуговують на осуд. У зв'язку з цим у польській юридичній літературі слушно підkreślється, що санкціонування такого типу дій повинно бути прийняте як виняткове рішення¹⁴.

Саме через особливі обставини таких дій доходить до того, що законодавець помістив їх у список типі-

¹⁰ Такими врегулюваннями є, напр., закон від 10.04.1997 г. Енергетичне право (повний текст див. Dz. U. z 2003 р. Nr 153, poz. 1504 з пізнішими змінами), закон від 21.07.2000 р. Телекомуникаційне право. (Dz. U. Nr 73, poz. 852 з пізнішими змінами), закон від 21.06.2001 р. про регулювання ринку цукру (Dz. U. Nr 76, poz. 810 з пізнішими змінами), закон від 3.07.2002 р. Авіаційне право (Dz. U. Nr 130, poz. 1112 з пізнішими змінами) чи закон від 22.05.2003 р. про страхову діяльність (Dz. U. Nr 124, poz. 1151).

¹¹ Повний текст закону див: Dz. U. z 2003 г. Nr 153, poz. 1503.

¹² Повний текст закону див: Dz. U. z 2003 г. Nr 86, poz. 804 із пізнішими змінами.

¹³ Podrecki P. Stosunek ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji do ustawy o przeciwdzialaniu praktykom monopolistycznym // "Przeglad Prawa Handlowego". — № 12. — 1994. — S. 23.

¹⁴ Marszałek-Kawa J. Cywilnoprawna ochrona przed czynami nieuczciwej konkurencji. — Torun, 2000. — S. 79; Skoczyński T. // Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, J. Szwaia (red.). — Warszawa, 2002. — Art. 15, uw. 27.



ДОСВІД КРАЇН СВІТУ

зованих в законі деліктів нечесної конкуренції, у (відкритій) групі положень, що забезпечують безперешкодний доступ до ринку (стаття 15 "Закону про боротьбу з нечесною конкуренцією"). Тут іде мова про урегульований у статті 15 частина 1 пункт 1 "Закону про боротьбу з нечесною конкуренцією" випадок продажу товарів або послуг нижче вартості їх виробництва або поставки чи їх перепродаж нижче рівня вартості закупу, з метою витіснення інших підприємців (так званий **продаж зі стратою¹⁵** або **дефіцитний продаж**). Вміщення такої дії у формі окремого положення "Закону про боротьбу з нечесною конкуренцією" означає зарахування його до групи найтяжчих деліктів, націлених на принципи чесної конкуренції¹⁶.

Для того, щоб визнати дефіцитний продаж за дію нечесної конкуренції, не потрібна детальна оцінка конкретного ринку, на якому відбувається агресивне зниження цін. Хоча закон використовує термін "ускладнення доступу до ринку", однак під цим поняттям розуміється поведінка, спрямована проти вільного доступу до ринку, тобто проти застосування та ведення господарської діяльності¹⁷. Крім того йдеться про обмеження цієї свободи "іншим підприємцям". Делікти урегульовані в статті 15 "Закону про боротьбу з не-

чесною конкуренцією" також можуть бути спрямовані проти як актуальних, так і потенційних конкурентів, зацікавлених у виході на даний ринок. Зрештою вони можуть бути загрозою для суб'єктів, які функціонують на цілком іншому рівні виробництва чи обороту.

Елементом, що характеризує ці дії, який визначає їх приналежність до кола дій нечесної конкуренції, є розгляд суб'єктивної сторони, яка описує (керуючий, головний) намір винуватця делікту у формі "елімінування інших підприємців"¹⁸, що вказує на навмисний характер його поведінки. З огляду на різноманітність мотивів та інтенцій, якими керуються підприємці, здійснюючи свою політику цін, виявлення цієї ознаки на практиці є дуже складним. У постанові — виданій ще на основі закону від 1926 року¹⁹ — особливою обставиною, що узаконювала видання заборони на продаж нижче встановленої ціни, умовно була "нав'язливість"²⁰. Оцінка вищевказаної думки *in abstracto* не можлива, тому її формулюванням займатимуться суди, які дотримуються статті 15 "Закону про боротьбу з нечесною конкуренцією". Допоміжним при інтерпретації цієї норми може бути використання генеральної класули (стаття 3 "Закону про боротьбу з нечесною конкуренцією"), зок-

¹⁵ Щодо поняття "демпінгові ціни" див. : Skoczny T. Вказ. праця. — Art. 15, uw. 24.

¹⁶ Dys T. Nieuwcziwa konkurencja: opłaty za przyjęcie towaru do sprzedazy // "Monitor Prawniczy". — № 14. — 2003. — S. 648; Szwaja J. // Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, J. Szwaja (red.). — Warszawa, 1994. — Art. 3, uw. 21.

¹⁷ Marszałek-Kawa J. Вказ. праця. — S. 79; Skoczny T. Вказ. праця. — Art. 15, uw. 1.

¹⁸ Masewicz W. Zwalczanie nieuczciwej konkurencji. Komentarz do ustawy. — Warszawa, 1995. — S. 69; Nowinska E., du Vall M. Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. — Warszawa, 2001. — S. 127; Skoczny T. Вказ. праця. — Art. 15, uw. 29.

¹⁹ Закон про боротьбу із нечесною конкуренцією (Ustawa z 2.8.1926 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji // Dz. U. RP Nr 96, poz. 559; повний текст Dz. U. z 1930 r. Nr 56, poz. 384).

²⁰ Wyrok SN z 6.5.1938 r., цит. за Skoczny T. Вказ. праця. — Art. 15, uw. 29.



рема, покликання на критерії суперечності із усталеними традиціями.

Вже кілька років тому з'являлися прогнози щодо створення подальших нових інструментів у боротьбі з нечесною конкуренцією у формі продажу товарів за значно заниженими цінами²¹. Наслідком цих прогнозів є останні доповнення до "Закону про боротьбу з нечесною конкуренцією", які були внесені через вагомі зміни у сферу дотеперішньої оцінки дій стосовно ускладнення доступу до ринку, зокрема шляхом використання інструменту ціни. У статті 15 частини 3 "Закону про боротьбу з нечесною конкуренцією" встановлено заборону продажу товарів або послуг на торговельних об'єктах загальною торговою площею понад 400 м² за цінами, які не враховують торгової маржі (так званий **продаж без маржі**)²².

Ця дія є прикладом ускладнення доступу до ринку, при чому це ускладнення стосується "малих підприємців". Згідно із "Законом про свободу господарської діяльності" від 2.07.2004²³ так званим "малим підприємцем" є суб'єкт, якого річний оборот нетто продажу товарів, виробів та послуг і фінансових операцій малого підприємця не перевищує 10 мільйонів Євро, а сума активів його балансу, представленого на кінець щонайменше одного з двох останніх років, не перевищить 10 мільйонів Євро.

На відміну від представленого вище делікту продажу зі збитками впроваджена постанова не містить ознаки, яка окреслює мотиви здійснення підприємцем продажу²⁴ товару у вигляді наміру "елімінування інших підприємців"²⁵. Хоча б з цієї причини обсяг такого типу дій сформульований досить широко, значно ширше, ніж у випадку здійснення дефіцитного продажу. Обсяг нормування є тут більш поширюваний внаслідок специфічного окреслення відношень: ціна товару — власні витрати. Якщо у випадку статті 15 частини 1 "Закону про боротьбу з нечесною конкуренцією", нечесним є продаж за ціною нижчою від вартості закупівлі або продукції, то законодавець входить в ситуацію, в якій підприємець здійснює "продаж за витратами", тобто продає товар без зиску.

Навіть беручи до уваги винятки від заборони продажу без маржі, вміщених у статті 15 частини 5 "Закону про боротьбу з нечесною конкуренцією" (сезонний розпродаж, ліквідаційний розпродаж та у зв'язку з закінченням терміну придатності продукту до використання або наближення завершення мінімального терміну реалізації), **новий делікт значно підвищує рівень дії обмеження закону**, у зв'язку з чим погоджує обґрутовані побоювання з точки зору допустимих втручань в гарантовану конституцією свободу

²¹ pkt VI.1.8. "Програми розвитку внутрішньої торгівлі до 2003 р." ("Programu rozwoju handlu wewnętrznego do 2003 r.") — документ, підготовлений в Міністерстві Економіки, прийнятий Радою Міністрів 6.06.2000 р.

²² Щодо розуміння поняття "націнка" див. дефініцію в art. 3 ust. pkt 6 іос.

²³ Dz. U. Nr 173, 1807.

²⁴ Відповідно тут мова йде виключно про випадки перепродажу товарів, оскільки магазини, що мають велику площину, як правило, рідко займаються збутом товарів власного виробництва. Така термінологія крім того відповідає правильному сформулюванню в art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk.

²⁵ Навмисність як риса поведінки, описана в art. 15 ust. 3 uznk, може випливати з використання слова "перешкода" — таку інтерпретацію пропонують: Nowinska E., du Vall M. Вказ. праця. — S. 122.



господарювання (стаття 22 Конституції РП та стаття 6 закону від 02.07.2004 р. про свободу господарської діяльності)²⁶.

Факт, що адресатами цієї норми можуть бути лише деякі, визначені законом — на жаль не дуже точно²⁷ — суб'екти (підприємці, що мають "торговельні об'екти загальною площею більше 400 м²"), здається, додатково ускладнює оцінку цього положення, особливо з точки зору збірної заборони дискримінації підприємців (стаття 28 TWE²⁸).

Унаслідок вищесказаного небезпечно зростає кількість сумнівів, що стосуються правильності та точності формулювань нових положень²⁹, а також тих, які виникають на фоні іх інтерпретації. У випадку обставин, що вказують на агресивну політику цін, застосування заборони продажу зі статті 15 частина 3 "Закону про боротьбу з нечесною конкуренцією, може бути дуже складним. Так, сконструйована норма може привести до наслідків, протилежних тим, які мав на увазі законодавець³⁰. Вистачить тільки того, що підприємець, який займається перепродажем, діючи з наміром справитися з конкурентними цінами зі сторони ринкових противників, домовиться з постачальниками про

нижчі ціни. Ці останні будуть нести тягар "війни цін", а звинувачення у використанні нечесних цін виявитьсяся безпідставним. Тому обговорювана норма не може дієво охороняти інтереси конкурентів (особливо дрібних покупців), як і інших підприємців, опосередковано наражених на негативні результати змагань цін.

I на сам кінець, слід згадати про ще одну норму, яка, на жаль, не достатньо впроваджувана на практиці — інколи може бути корисним знаряддям в складних дійсних ситуаціях, які можемо часто зустріти під час розгляду явища конкуренції з використанням зниження цін. Це генеральна клаузула з статті 1 частина 1 "Закону про боротьбу з нечесною конкуренцією". Її використання слід розглядати у всіх тих випадках, в яких не можна віднестися до жодного з деліктів нечесної конкуренції, детально описаних у Розділі 2 "Закону про боротьбу з нечесною конкуренцією"³¹. Легітимність такого використання слід пропустити через призму їх відповідності усталеним традиціям³², які зобов'язують в господарській діяльності. Використання клаузули також буде можливе у випадку виявлення порушення закону, яке загрожує інтересам іншого підприємця або клієнтів. Кон-

²⁶ Див. також Druk Sejmu RP nr IV/1415 z 5.3.2003 r.

²⁷ Szwaja J. Ostatnie nowelizacje ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Cz. I. // "Monitor Prawniczy". — № 24. — 2002. — S. 1117 і список літератури.

²⁸ Договір від 25.03.1957 р., в результаті якого було засноване Європейське Товариство від 1.05.1999 р., тобто від моменту вступу в дію Амстердамського договору згідно з його ст. 12 зобов'язує нова номенклатура положень у договорі. Ці зміни враховані у згаданому вище опрацюванні.

²⁹ Podrecki P., Okon Z. Utrudnianie dostepu do rynku. Uwagi na tle zmian art. 15 ZNKK // Dodatek do "Monitora Prawniczego". — № 21. — 2003. — S. 19.

³⁰ Druk Sejmu RP nr IV/375 z 10.4.2002 r.

³¹ Gadek B. Generalna klauzula odpowiedzialnosci za czyn nieuczciwej konkurencji (art. 3 u.z.n.k.). — Krakow, 2003. — S. 206; Nowinska E., du Vall M. Bkaz. praca. — S. 35; Powalowski A., Koroluk S., Mering L. Prawo ochrony konkurencji. — Warszawa, 2004. — S. 54; Szwaja J. Bkaz. praca. (przyp. 20), Art. 3, uw. 22.

³² Stefanicki R. Dobre obyczaje w prawie polskim // "Przeglad Prawa Handlowego". — № 5. — 2002. — S. 26; Szwaja J. Bkaz. praca (przyp. 20). — Art. 3, uw. 13.



флікт з законодавством, як одна з передумов статті 3 частина 1 "Закону про боротьбу з нечесною конкуренцією", на практиці буде можливий до ствердження у випадках дій³³ підприємців, що беруть участь у "війні цін", які перешкоджають функціонуванню механізму конкуренції³⁴. Такі дії є предметом регулювання "Закону про охорону конкуренції та споживачів" від 15.12.2000 року (див. пункт 4 нижче).

4. Антимонопольне право стосовно "агресивної" цінової практики

У ринковій дійсності сміливу тактику зниження цін можуть собі дозволити підприємства з відносно сильною ринковою позицією, які володіють потенціалом³⁵, що дозволяє проводити господарську діяльність із збитками або з мінімальним прибутком. Але іхня діяльність підпорядкована обмеженням з ділянки антимонопольного законодавства.

Теперішнє антимонопольне законодавство, маючи на меті охорону конкуренції, яка розглядається як необмежений і рівний для всіх зацікавлених підприємців доступ до

ринку³⁶, дозволяє в повному обсязі протидіяти практиці нечесного визначення ціни. В рамках загальної заборони зловживання домінуючою позицією (стаття 8 частина 1 "Закону про охорону конкуренції та споживачів") закон детально перераховує типи монопольних практик, а серед них безпосередньо або посередньо нав'язування нечесних цін, в тому числі значно завищених або занижених (стаття 8 частина 2 пункт 1 "Закону про охорону конкуренції та споживачів")³⁷.

З факту вміщення вищеведеної положення в "Законі про охорону конкуренції та споживачів" випливають важливі наслідки, які заохочують нас до його аналізу. Заборона нав'язування значно занижених цін належить до групи практик, які обмежують конкуренцію (стаття 5 - 11а "Закону про охорону конкуренції та споживачів") в їх особливій формі, а саме зловживання домінуючою позицією³⁸ (стаття 8). В антимонопольній судовій практиці на основі нового закону переважають рішення, що стосуються цінових практик у вигляді нав'язування

³³ Протиріччя із правом може стосуватися також діянь в багатьох інших законів. Особливо варто пам'ятати про закон про ціни 1999 р. і наведені як приклад у дод. 1 вище інші юридичні акти, що регулюють господарську діяльність в окремих галузях.

³⁴ Skoczny T. Вказ. праця. Art. 15, uw. 16.

³⁵ Nowinska E., du Vall M. - Вказ. праця. - S.127.

³⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 30.8.2002 r. (Dz. Urz. UOKiK Nr 5, poz. 201).

³⁷ Закон, що діяв раніше, від 24.2.1990 г. про протидію монополістичній практиці (повний текст в Dz. U. z 1997 r., Nr 49, poz. 318 з пізнішими змінами) передбачав у ст. 5, абз. 1 пункт 5 заборону щодо "продажу нижче вартості з метою елімінації (перемоги над конкурентами????) конкурентів", а отже положення відрізняється від вказаного вище, але у свою чергу близьче дозвучання ст. 15, абз. 1, пункту 1 uznk (Olszewski J. Prawo konkurencji. — Przemysl, 1998. — S. 62, 158). У довоєнному польському картельному праві (як в законі про картелі від 1933 р. і законі про картельні угоди від 1939 р.) такі постанови відсутні. Питання стосовно впливу картелізації на рівень цін, в тому числі і продажу нижче собівартості, було предметом активної дискусії: Podolska-Meducka A. Projekty ustawy kartelowej w Polsce miedzywojennej // "Czasopismo Prawno-Historyczne". — № 2. — 2002. S. 240, 247.

³⁸ Що не виключає появи такої практики у рамках заборонених угод, оскільки вона часто допомагає уникнути "війни на зниження цін": Decyzja Prezesa UOKiK z 29.5.2002 r. (Dz. Urz. UOKiK Nr. 2/3, poz. 125); Decyzja Prezesa UOKiK z 31.10.2002 r. (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r., Nr 1, poz. 231).



ДОСВІД КРАЇН СВІТУ

значно завищених цін³⁹. Однак, з огляду на систематику закону та структуру самої статті 8 "Закону про охорону конкуренції та споживачів"⁴⁰, здається обґрутованим продумане — таке, що враховує вагомі відміни між окремими типами антиконкурентних практик — звернення саме до цього досвіду з метою оцінки обґрутування щодо використання заборони у нав'язуванні цін значно занижених, зі статті 8 частини 2 пункт 1 "Закону про охорону конкуренції та споживачів" у випадку "війни цін"

Щоб підтвердити застосування підприємцем практик з вищеказаної статті, закон вимагає виконання таких **передумов**:

1. утримання підприємцем домінуючої позиції на ринку;
2. нав'язування цін цим підприємцем;
3. нав'язані ціни мають характер значно занижених цін.

Оцінку **першої передумови** можна зробити, покладаючись на все ширшу судову практику на основі статті 8 "Закону про охорону конкуренції та споживачів"⁴¹. Має підстати також звернення до тлумачення поняття належного (релевантного)

ринку в збірному судочинстві⁴². Неважаючи на брак законодавчого визначення суті ринкового домінування⁴³, польський законодавець дає деякі вказівки у цій ділянці, окрімлюючи поняття "домінуючої позиції". Згідно зі статтею 4 пункт 9 "Закону про охорону конкуренції та споживачів" утримання такої позиції дає можливість підприємцю запобігти дієвій конкуренції на даному ринку шляхом створення йому можливостей діяти у широкому обсязі незалежно від конкурентів, контрагентів та споживачів. Додатковою допомогою є передбачене в законі — досить ліберальне⁴⁴ — припущення домінуючої позиції, у випадку, коли частка підприємця на ринку перевищує 40%.

Взагалі, вже в цьому місці можемо підкреслити, що обсяг законодавчо заборонених практик трактується подібно, як в "Законі про боротьбу з нечесною конкуренцією" (пункт 3 вище), як виняток із принципу свободи встановлення цін. Тому підприємці мають право шукати таку конфігурацію своєї ринкової поведінки (в тому числі використання цін, нижчих, ніж у конкурентів⁴⁵), які підвищують їх економічну ефек-

³⁹ Wyrok Sądu Antymonopolowego z 12.04.1995 r. (sygn. akt XVII Amr 70/94) // "Wokanda". — №6. — 1996. — S. 51; Wyrok Sądu Antymonopolowego z 17.12.1997 r. (sygn. akt XVII Ama 43/97) // "Wokanda". — № 9. — 1998. — S. 58; decyzja Prezesa UOKiK z 20.8.2001 r. (Dz. Urz. UOKiK Nr 3, poz. 79); decyzja Prezesa UOKiK z 12.12.2001 r. (Dz. Urz. UOKiK z 2002 r. Nr 1, poz. 19); decyzja Prezesa UOKiK z 23.01.2003 r. (Dz. Urz. UOKiK Nr 2, poz. 251).

⁴⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2001 r. (Dz. Urz. UOKiK z 2002 r. Nr 1, poz. 27); decyzja Prezesa UOKiK z 3.7.2002 r. (Dz. Urz. UOKiK Nr. 2/3, poz. 152).

⁴¹ Див., напр.: wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 22.1.2003 r. (sygn. akt XVII Ama 12/2002, Dz. Urz. UOKiK Nr 2, poz. 262); decyzja Prezesa UOKiK z 30.08.2002 r. (Dz. Urz. UOKiK Nr 5, poz. 201); decyzja Prezesa UOKiK z 23.01.2003 r. (Dz. Urz. UOKiK Nr 2, poz. 251).

⁴² Gronowski St. Polskie prawo antymonopolowe. Zarys wykładu. — Warszawa, 1998. — S. 21, 127.

⁴³ Postanowienie Sądu Antymonopolowego z 3.10.1994 r. (sygn. akt XVII AMr 5/93) // "Wokanda". — № 9. — 1995. — S. 60.

⁴⁴ Gronowski St. Wkaz. praca (przyp. 66). - S.128; Strzyczkowski K. Nowe prawo konkurencji. Uwagi o projekcie ustawy o ochronie konkurentów i konsumentów // "Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego". — № 9.— 2000.— S. 3.

⁴⁵ Wyrok Sądu Antymonopolowego z 19.11.1997 r. (sygn. akt XVII Ama 44/97).



тивність. Це покращення, однак, не може бути досягнуте за допомогою торгівельної стратегії, яка обмежує конкурентів⁴⁶. А саме такою визнається практика надмірного зниження цін домінуючими суб'єктами. Це підтверджується наступними передумовами зі статті 8 частини 2 пункт 1 "Закону про охорону конкуренції та споживачів".

Друга передумова: "нав'язування цін" як окреслення, яке описує поведінку підприємця, сигналізує, що тут ідееться про негативну оцінку виключно тих дій домінуючого суб'єкту, які полягають на використанні (зловживанні) його позиції, що спричиняє небезпеку послаблення конкуренції. Контрагенти такого суб'єкту (що називається домінантом), знаходяться у вимушений ситуації⁴⁷, спричиненою ринковою силою, якою володіє нечесний партнер. Її джерела можуть бути різномірні, наприклад: сила фінансів (кредитні можливості), доступність сировини, розбудована структура постачання, зв'язки з розподільчою сіткою і т. ін.

В умовах безперешкодної конкуренції підприємці змушені підвищувати якість пропонованих товарів та послуг, шукати шляхи зниження коштів так, щоб мати можливість підтримувати ціни на конкурентному рівні відносно аналізу попиту та пропозиції. Цінові рішення лишаються рішеннями індивідуальними, хоча вони не можуть бути прийняті у кожному окремому випадку без оцінки власних можливостей та

ринкової ситуації, тобто без розважального економічного розрахунку⁴⁸. Зниження цін, як результат такої політики, знаходиться в інтересі споживачів і так довго не викликає сумнівів, як довго за ним не ховається мотивація, що суперечить принципам конкуренції, заснованої на чесних діях (*competition of performance, Leistungswettbewerb*).

Ситуація "нав'язування" цін типова для так званих адхезійних договорів⁴⁹, при укладанні яких одна зі сторін практично не має можливості ведення переговорів про умови (типовий приклад: договори за участю споживачів). Можливе або укладення договору на умовах іншої сторони, або його не укладення. Використання конструкції адхезійного договору на значно монополізованих ринках дає змогу домінуючому підприємству досить просто накинути свої ціни і тому це може становити приклад зловживання його позицією на ринку, також і у випадках встановлення ціни на дуже низькому рівні.

Третя передумова: "значно занижена ціна" характеризує обговорювану практику і дозволяє зарахувати її до групи типових поведінок "війни цін". Проаналізуємо її складові елементи. Поняття "цини" має в обговорюваному законі значення значно ширше, ніж це випливає з цитованого в пункті 2 вищевказаного закону про ціни, та охоплює також оплати у вигляді цін, торгових марж, комісійних та цінових надбавок (стаття 4 пункт 7 "Закону про

⁴⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 16.10.2001 r. (Dz. Urz. UOKiK z 20001, Nr. 3, poz. 115)

⁴⁷ Wyrok Sądu Antymonopolowego z 12.4.1995 r. (sygn. akt XVII Amr 70/94). — "Wokanda". — № 6. 1996. — S. 51.

⁴⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z 18.4.2001 r. (Dz. Urz. UOKiK, Nr. 1, poz. 4).

⁴⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z 31.10.2002 r. (Dz. Urz. UOKiK, Nr 5, poz. 186).



ДОСВІД КРАЇН СВІТУ

охорону конкуренції та споживачів")⁵⁰. Найбільш типовою передумовою для явища "агресивної"⁵¹ (знищувальної) політики цін є "значно занижена ціна"⁵². Поряд з "ціною значно завищеною" належить вона до законодавчої категорії "нечесних цін"⁵³. Критерії "нечесності"⁵⁴ не можна просто визначити на підставі "Закону про охорону конкуренції та споживачів". Крім того не треба забувати, що цей термін має важливе значення для "Закону про боротьбу з нечесною конкуренцією" від 1993 року. З огляду на споріднений предмет охорони обох регулюючих норм⁵⁵ неминучий їх взаємний вплив.

Визначення принципів у встановленні, чи дана ціна має характер "значно заниженої", вимагатиме здійснення складних обчислень. Відсутність сформованого на ґрунті "Закону про боротьбу з нечесною конкуренцією" (стаття 15 частина 1 пункт 1) та попереднього "Антимонопольного закону"⁵⁶ (стаття 5 частина 1 пункт 5) виразного наміру "елімінування конкурентів" тільки на перший погляд спрошує застосування обговорюваного положення.

Теперішній закон однак не перераховує жодних точніших критеріїв, які відрізняють нечесну ціну (значно завищеноу⁵⁷ чи значно занижену) від інших цін, які використовуються в обороті. Тому необхідна старана інтерпретація цієї ознаки антимонопольним судом, що у випадку значно завищених цін має місце наприклад, шляхом підкреслення, що "ціни значно завищені, а тим самим нечесні, це ціни, що суперечать добрим купецьким звичаям, які розуміються як норми поведінки, що рекомендують не зловживати по відношенню до слабшого учасника обороту власною контрактною перевагою. Усталена традиція наказує встановлювати ціну на прозорих критеріях її обчислення"⁵⁸. Аспект "нечесності" слід оцінювати на площині антимонопольного законодавства⁵⁹; однак варто мати на увазі також етично-юридичні елементи (стаття 3 "Закону про боротьбу з нечесною конкуренцією").

Характерна оцінювальна ознака значно "заниженої ціни" може виступати як у випадку делікут дефіцитного продажу (стаття 15 пункт

⁵⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z 23.1.2003 r. (Dz. Urz. UOKiK Nr 2, poz. 251).

⁵¹ Decyzja Prezesa UOKiK z 16.10.2001 r. (Dz. Urz. UOKiK z 20001, Nr. 3, poz. 115).

⁵² Decyzja Prezesa UOKiK z 31.10.2002 r. (Dz. Urz. UOKiK z 2003, Nr 1, poz. 231).

⁵³ Powalowski A., Koroluk S., Mering L. — Вказ. праця. — S. 49. Wyrok SN z 27.8.2003 r. (Sygn. akt I CKN 185/03, Dz. Urz. UOKiK z 2004 r., Nr 1, poz. 284); decyzja Prezesa UOKiK z 12.12.2001 r. Dz. Urz. UOKiK z 2002 r., Nr 1, poz. 19); decyzja Prezesa UOKiK z 24.10.2003 r. (Dz. Urz. UOKiK z 2004 r. Nr 1, poz. 278).

⁵⁴ Gerber D. J. Law and Competition in Twentieth Century Europe. — Nowy Jork, 1998. — S. 419.

⁵⁵ Однак правильно підкреслюється більше зорієнтування uokik на охорону загальносуспільного інтересу: Podrecki P. — Вказ. праця. // "Przeglad Prawa Handlowego". — № 12. — 1994ю — S. 23; Strzyczkowski K. Вказ. праця. — S. 2; wyrok Sadu Antymonopolowego z 19.11.2001 r. (sygn. akt XVII Ama 2/01) // "Monitor Prawniczy". — № 7. — 2004. — S.329 (opracowanie Szarek R.); decyzja Prezesa UOKiK z 8.7.2001 r. (Dz. Urz. UOKiK Nr 2, poz. 48). Див. також Skoczny T. Вказ. праця. — Art. 15, uw. 16.

⁵⁶ Wyrok Sadu Antymonopolowego z 7.11.2001 r. (Dz. Urz. UOKiK z 2002 r. Nr 1, poz. 44) oraz wyrok SN z 21.02.2002 r. (Dz. Urz. UOKiK Nr 2, poz. 113).

⁵⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z 20.8.2001 r. (Dz. Urz. UOKiK Nr 3, poz. 79); decyzja Prezesa UOKiK z 12.12.2001 r. Dz. Urz. UOKiK z 2002 r., Nr 1, poz. 19).

⁵⁸ Wyrok Sadu Ochrony Konkurencji i Konsumentow z 22.1.2003 r. (sygn. akt XVII Ama 12/2002, Dz. Urz. UOKiK Nr 2, poz. 262).

⁵⁹ Lawicki T. Вказ. праця.— S. 37.



1 "Закону про боротьбу з нечесною конкуренцією"), так і продажу без утримання торговельної маржі (стаття 15 пункт 3 "Закону про боротьбу з нечесною конкуренцією"). Це та-кож може стосуватися ситуацій продажу товарів чи послуг, які, крім доходів, що покривають власні витрати того, хто знижує ціни, дає йому хоча б мінімальний прибуток. Утримування сильним підприємством такого стану протягом довшого періоду — хоча в короткій перспективі означає отримання збитків, може послабити конкурентів, або знеохотити до виходу на ринок інших суб'єктів, і в результаті домінант після деякого часу утвердить свою позицію на ринку і поверне собі збитки, отримуючи задоволюючу його "монопольну ренту". Такі пе-ріодичні або довготривалі практики можуть бути визнаними такими, що відповідають критеріям нечесності.

У цьому випадку слід також використати конструкцію зі статті 8 частина 2 пункт 5 "Закону про охорону конкуренції та споживачів". У випадку цін, які важко зарахувати до категорії "значно занижених", треба взяти до уваги зловживання домінуючим суб'єктом його позиції, яка може спричинятися до протидії формуванню умов, необхідних для створення або розвитку конкуренції. Особливо на "нових" ринках, які використовуються небагатьма підприємцями, утримання низької ціни може бути вагомою перешкодою для входу інших суб'єктів.

5. Підсумок

Оцінка обговорюваних дій на основі Законодавства про боротьбу з нечесною конкуренцією виглядає принаймні так само складною, якщо навіть не складнішою, ніж у випад-

ку, коли вона розробляється на основі критеріїв, встановлених в анти-монопольному законодавстві. Якщо в "Законі про охорону конкуренції та споживачів" предмет охорони та її цілі залишаються відносно незмінними, то на базі "Закону про боротьбу з нечесною конкуренцією" оцінка чесності певних дій та того, чи відповідають вони усталеним традиціям, з плином часу можуть змінюватися. Крім того стаття 15 частина 1 пункт 1 "Закону про боротьбу з нечесною конкуренцією" може бути використана у випадках, у яких, з причини відсутності домінуючої ринкової позиції виконавця дій, використання інструментів анти-монопольного закону неможливе. Однак в обох правових порядках обмежуючим елементом використання відповідних засобів є вимога щодо ствердження появі суб'єктивної ознаки у формі наміру елімінування конкурентів.

Легко вказати на позитивні сторони "змагань у зниженні цін". Воно примушує підприємців більш уважно проводити політику витрат, а після досягнення рівня цін, якого вже не можна зменшити, може дати імпульс до пошуку інших інструментів конкуренції: покращення умов гарантійного обслуговування або післягарантійного обслуговування, краще пристосування своєї пропозиції до потреб даного ринку. Вони дають можливість утримати постійних або навіть знайти нових клієнтів. У тому, що споживач в такій ситуації є у подвійному вигравші, не треба нікого переконувати.

Отже зниження цін, як ознака "здорової конкуренції", практика, яка сприймається позитивно адресатом (споживачем). Принципово її підтримують також інститути, до



обов'язків яких належить охорона конкуренції та турбота про інтереси учасників ринку. Серед конкурентів та підприємців, яких посередньо торкаються її наслідки, однак, вона натрапляє на далекосяжне несхвалення, особливо, коли набирає агресивних форм, спрямованих на елімінування конкурентів з ринку.

Дилему, яка з'являється на цьому фоні — інтереси споживача проти інтересів підприємців — слід розв'язати на користь цілого ринку та збереження рівноваги в конкуренції. Менше — внаслідок вичерпуючої боротьби цін — число конкуруючих на такому ринку суб'єктів означає меншу різноманітність та централізацію господарчих механізмів в руках підприємців, які можуть бути схильні наверстяти понесені витрати найпростішим методом: шляхом підвищення цін.

Потреба в існуванні відповідних законодавчих інструментів попередження нечесних проявів "війни цін" не підлягає сумнівам. Складнощі однак полягають в тому, щоб їх форма була віддзеркаленням правила "золотої середини". Вони повинні максимально взяти до уваги свободу господарських дій кожного підприємця і одночасно берегти ринок та його акторів від зловживань. Специфіка сфери, яку становить ринок, без сумніву, вимагає еластичних інструментів; при цьому ця еластичність повинна проявлятися передусім в практиці використання закону. Сподіваємося, що законодавчі конструкції, які діють тепер на основі представлених вище законів, попри деякі застереження, виконують цю умову. ♦

⁶⁰ Gloy W. Вказ. праця. — S. 210; Nordemann W. Вказ. праця. — Nb. 913; Porter M. E. Strategia konkurencji. Metody analizy sektorow i konkurencji.— Warszawa, 1996.— S. 244.

ЦІКАВО ЗНАТИ

У ВЕЛИКОБРИТАНІЇ СТВОРИЛИ ЛІТАЮЧУ ТАРІЛКУ

Винахідник Джон Хаттон спроектував апарат, який нагадує літаючу тарілку. Використовуючи ефект турбулентності повітряних потоків, пристрій може зависати в повітрі і переміщуватися.

Винахідник впевнений, що використовувати такий апарат можливо для пошуку мінних полів а також секретних об'єктів на землі.

За матеріалами сайту <http://www.cnews.ru>



**Державне підприємство
видавництво Верховної Ради України
Парламентське видавництво
пропонує видання:**

***ПРАВО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ
науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України***

**Кол.авт: М.В. Паладій, Н.М. Мироненко, О.В. Жаров,
Т.М. Шевелєва та ін.; За заг.ред. М.В. Паладія,
Н.М. Мироненко, В.О. Жарова**

Науково-практичний коментар до норм Цивільного кодексу України, пов'язаних із набуттям, здійсненням та захистом прав інтелектуальної власності в Україні, є результатом творчої співпраці провідних фахівців Державного департаменту інтелектуальної власності Міністерства освіти і науки України та Академії правових наук України.

При підготовці коментаря враховано досвід законотворчої, наукової та практичної роботи авторів, що сприяло здійсненню порівняльного аналізу положень кодексу та відповідних норм національного законодавства в сфері інтелектуальної власності, а також міжнародних норм та норм законодавства деяких країн світу. Офіційний текст кодексу та інших нормативно-правових актів наводиться за станом на 1 червня 2005 р.

Коментар розрахований на широке коло читачів, зокрема науковців, викладачів, юристів, студентів, а також винахідників, новаторів, творців, зацікавлених у забезпеченні правої охорони результатів своєї творчої діяльності.

Вартість одного примірника 36 грн. 68 коп. (без пересилки поштою)

**Замовлення надсиляти за адресою:
Парламентське видавництво
Несторівський пров. 4
м. Київ, 04053
Відділ реалізації т/ф 272-12-61
E-mail: parliament@uni.net.ua**



Наукова рада журналу:

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

Редакційна колегія журналу:

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

Прахов Б.Г. — головний редактор

Петренко С.А. — заступник головного редактора

Засновник —

**Науково-дослідний інститут
інтелектуальної власності**

Свідоцтво про державну реєстрацію:

Серія КВ № 10573 від 07.11.2005 року.

До уваги авторів та читачів

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

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

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

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

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

Журнал приймає замовлення на розміщення реклами

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

Тел.: 285-85-49, 527-04-82

www.ndiiv.org.ua

Тел/факс: 527-04-11

e-mail: iccapital@i.com.ua

Комп'ютерна верстка — І. Петренко

Коректор — О. Швець

Рекомендовано до друку

Ученюю радою НДІ інтелектуальної власності АПрН України, протокол № 1 від 17.01.2006 р.

Здано до набору 01.02.06. Підписано до друку 14.02.06 Формат 70x108/16.

Папір офсетний. Офсетний друк. Наклад 300 примірників. Зам. 998