

Міністерство юстиції України
Науково-дослідний центр судової експертизи
з питань інтелектуальної власності



ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ З ПИТАНЬ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ («КРАЙНЄВСЬКІ ЧИТАННЯ»)

Матеріали ІІ Міжнародної науково-практичної конференції
(20 грудня 2018 р., м. Київ)



МІНІСТЕРСТВО ЮСТИЦІЇ УКРАЇНИ
Науково-дослідний центр судової експертизи
з питань інтелектуальної власності

**ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ
СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ З ПИТАНЬ
ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ
(«Крайнівські читання»)**

*Матеріали II Міжнародної науково-практичної конференції
(20 грудня 2018 р., м. Київ)*

Київ
Видавництво Ліра-К
2018

Рекомендовано до друку:

Вченою радою Науково-дослідного центру з питань інтелектуальної власності Міністерства юстиції України (протокол від 14.12. 2018 р. № 9).

Рецензенти:

Скрипнюк О.В. – доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України, академік НАПрН України, заступник директора Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України;

Сімакова-Єфремян Е.Б. – доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, заступник директора з наукової роботи Харківського науково-дослідного інституту судових експертиз ім. Засл. проф. М.С. Бокаріуса.

П78 Проблеми теорії та практики судової експертизи з питань інтелектуальної власності («Крайнівські читання»): Матер. II Міжнар. науково-практ. конф. (20 грудня 2018 р., м. Київ) ; за заг. ред. проф. В.Л. Федоренка / Науково-дослідний центр судової експертизи з питань інтелектуальної власності Мін'юсту. – К. : Вид-во «Ліра», 2018. – 232 с.

Матеріали II Міжнародної науково-практичної конференції («Крайнівські читання») присвячені актуальним проблемам теорії та практики судової експертизи з питань інтелектуальної власності. Висвітлюються питання теорії, історії та методології судової експертизи у сфері інтелектуальної власності, проблеми захисту права інтелектуальної власності в Україні та за кордоном, а також особливості окремих видів судової експертизи в сфері інтелектуальної власності й консолідовані з ними судово-економічні та комп'ютерно-технічні експертизи і експертні дослідження, а також окремі проблеми кримінології.

Аналізується вплив наукової спадщини відомого українського вченого, фундатора НДЦСЕ з питань інтелектуальної власності П.П. Крайніва (1952-2014 рр.) на розвиток судової експертизи з питань інтелектуальної власності в Україні. Уперше висвітлюються актуальні питання судової експертизи з інтелектуальної власності в Республіці Польща та Республіці Вірменія.

Запропоновані матеріали науково-практичної конференції розраховані на судових експертів, оцінщиків, адвокатів, досвідчених і починаючих науковців, магістрів, які спеціалізуються в сфері права інтелектуальної власності, а також на всіх, хто поділяє цінності права на об'єкти інтелектуальної власності.

Організатори конференції не завжди поділяють погляди, висловлені в наведених матеріалах, але з повагою ставляться до цінностей наукового плюралізму та свободи академічних досліджень

ЗМІСТ

ВІТАЛЬНЕ СЛОВО ЗАСТУПНИКА МІНІСТРА ЮСТИЦІЇ УКРАЇНИ З ПИТАНЬ ВИКОНАВЧОЇ СЛУЖБИ СВІТЛАНИ ГЛУЩЕНКО УЧАСНИКАМ II «КРАЙНЄВСЬКИХ ЧИТАНЬ»	6
---	----------

1. ТЕОРІЯ, ІСТОРІЯ ТА МЕТОДОЛОГІЯ СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ У СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Ткаченко Н. М. Стан науково-методичного забезпечення судової експертизи з питань інтелектуальної власності	8
Федоренко В.Л., Адлер О.Г. Право інтелектуальної власності в системі прав і свобод людини (до 70-річчя Загальної декларації прав і свобод людини)	12
Арутюнян А.А., Восканян П.С. До питання оцінки інтелектуальної власності як об'єкту експертних досліджень в Республіці Вірменія	21
Романенко Є.О., Чаплай І.В. Деякі проблемні питання визначення змісту системи захисту прав інтелектуальної власності	28
Тимошик Л. П., Голець І. В. Поняття «інтелектуальний капітал» його структура, сутність	30

2. СУДОВА РЕФОРМА ТА СТАНОВЛЕННЯ СУДОЧИНСТВА В СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В УКРАЇНІ

Кравцова З.С. Вищий суд з питань інтелектуальної власності у механізмі Української держави	38
Борох С. І. Передумови створення Вищого суду з питань інтелектуальної власності та його роль у системі правосуддя України	41
Самелюк О.С., Мотузка К.А. Щодо європейської практики у вирішенні питань захисту прав інтелектуальної власності від недобросовісної конкуренції	45

3. З ІСТОРІЇ НАУКОВО-ДОСЛІДНОГО ЦЕНТРУ СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ З ПИТАНЬ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Крайнєв П.П. З перших вуст: «Марочна» судова експертиза	51
--	-----------

4. СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА У СФЕРІ АВТОРСЬКОГО ПРАВА ТА СУМІЖНИХ ПРАВ

Androshchuk G. Ochrona wizerunku Fryderyka Chopina	56
Калініченко М.М., Струк І.О. Специфіка дослідження фактів використання персонажів шляхом відтворення	62
Голікова О. В. Організація комплексу судових експертиз при виявленні фактів порушення авторського права у мережі інтернет	65

Заніна Т. А., Копитько А. П. Картографічні твори як об'єкти авторського права	71
Бегуш Н.В. Застосування спеціальних знань експерта при встановленні факту відтворення літературних та художніх творів	77
Калініченко М.М., Струк І.О. Фотографічні твори як об'єкт дослідження судових експертиз з інтелектуальної власності.....	85
Зубач О.І. Академічний плагіат: категорія та істотні ознаки	89

5. СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА У СФЕРІ ТЕХНІЧНОЇ ТВОРЧОСТІ, КОМЕРЦІЙНИХ (ФІРМОВИХ) НАЙМЕНУВАНЬ І ТОРГОВЕЛЬНИХ МАРОК

Андрощук Г.О. Битва крокодилів (Lacoste vs Kajman): захист добре відомих товарних знаків	92
Ковальова Н.М. Етикетка як об'єкт недобросовісної конкуренції	103
Чабанець Т. М., Фоя О.А. Ознаки промислового зразка: актуальні проблеми судової експертизи	108
Остапенко Д. О. Актуальні питання, що ставляться перед судовим експертом у процесі розгляду спорів, пов'язаних із захистом прав на торговельну марку	112

6. СУДОВО-ЕКОНОМІЧНА ЕКСПЕРТИЗА І ОЦІНОЧНА ДІЯЛЬНІСТЬ У СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Бутнік-Сіверський О.Б. Складності, з якими стикається економічна експертиза порушень прав інтелектуальної власності.....	116
Максимов С.Й., Рак В.М. Гудвіл як нематеріальний актив: питання оцінки.....	125
Тимошик Л. П., Голець І. В. Знецінення інтелектуальної власності: практика розрахунку і визнання в звітності згідно з вимогами Міжнародних стандартів бухгалтерського обліку	128
Голова І. Г. Деякі аспекти розрахунку суми збитків за порушення суміжних прав.....	141
Сабадаш І.В. Особливості проведення судових експертиз, пов'язаних з визначенням розміру втраченої (упущеної) вигоди, завданої компанії-правовласнику авторського права (та/або ліцензіату), внаслідок демонстрування та розповсюдження в мережі інтернет аудіовізуальних творів.....	145
Віхляєв О. К. Матеріальна шкода завдана автору (правовласнику) внаслідок порушення прав на об'єкти інтелектуальної власності.....	150
Германюк І. В. Економічна експертиза у сфері інтелектуальної власності щодо виплати роялті в аспекті податкових спорів	153
Рубцова-Каменська Г. А. Державні гарантії здійснення інвестиційної діяльності в Україні	156

7. КОМП'ЮТЕРНО-ТЕХНІЧНІ ЕКСПЕРТИЗИ І ЕКСПЕРТНІ ДОСЛІДЖЕННЯ У СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Булат Є.А., Доровських А.В. Окремі аспекти правової охорони комп'ютерних програм в умовах євроінтеграційного розвитку України.....	161
Кривоножко Г.Є., Собін О.К. Алгоритм визначення трудовитрат супроводження програмного забезпечення як складової автоматизованих систем на основі моделі СОСОМО II.....	164
Заїкіна Т. В. Основні напрямки удосконалення контролю вводу інформації при формуванні баз даних інформаційних систем програмно-апаратних комплексів.....	177

8. ШЛЯХИ РОЗВИТКУ ТА ВДОСКОНАЛЕННЯ НАУКИ І ОСВІТИ У СФЕРІ ЗАХИСТУ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Біленчук П. Д. Судове експертознавство у сфері інтелектуальної власності: доктринальні засади наукового забезпечення.....	182
Кісізь Н.В. Шляхи вдосконалення підготовки судових експертів у сфері інтелектуальної власності	187

9. ПРОБЛЕМИ КРИМІНОЛОГІЇ В УКРАЇНІ ТА ЗА КОРДОНОМ

Tomasz Moll, Leszek Wiecezorek. Administracyjne kary pieniężne.....	195
Мамікоян К. О., Асатрян Е.Р. Корупційна ситуація і шляхи запобігання корупції в Республіці Вірменія	211
Tomasz Moll, Marcin Chodkowski. Skutki prawne związane z naruszeniem dyspozycji art. 25c ustawy o samorządzie powiatowym.....	218
Tomalia T.S. Priority directions for the reforming of government service in Ukraine	228

ВІТАЛЬНЕ СЛОВО ЗАСТУПНИКА МІНІСТРА ЮСТИЦІЇ УКРАЇНИ З ПИТАНЬ ВИКОНАВЧОЇ СЛУЖБИ СВІТЛАНИ ГЛУЩЕНКО УЧАСНИКАМ II «КРАЙНІВСЬКИХ ЧИТАНЬ»

Шановні друзі!

Рада привітати представників судово-експертної та наукової спільноти, громадськість з початком роботи II Міжнародної науково-практичної конференції «Проблеми теорії та практики судової експертизи з питань інтелектуальної власності («Крайнівські читання»))»!

Ми знаємо, що успіх подальшого розвитку України як суверенної і незалежної, демократичної, соціальної, правової держави залежить від багатьох чинників. Одним із них є ефективний захист державою та громадянським суспільством права на об'єкти інтелектуальної власності. Забезпечення реалізації та гарантування цього права, починаючи із 2014 року, стало важливим напрямком реалізації Угоди про асоціацію України із Європейським Союзом. Так, Глава 9 цієї Угоди унормовує питання досягнення належного та ефективного рівня охорони і захисту прав інтелектуальної власності.

За останні десятиріччя в Україні сформувалася комплексна система забезпечення права на об'єкти інтелектуальної власності. Її складниками є Верховна Рада України, яка формує засади державної політики у цій сфері; Кабінет Міністрів України, який реалізує через Міністерство економічного розвитку і торгівлі та Міністерство юстиції, а також інші центральні органи державної влади і державні установи і організації, державну політику в сфері інтелектуальної власності; судова влада, представлена Конституційним Судом України і судами загальної юрисдикції. Останні невдовзі мають посилитись діяльністю Вищого суду з питань інтелектуальної власності. Значущими суб'єктами цієї системи є також профільні громадські організації та бізнес.

Важливим компонентом захисту конституційного права на об'єкти інтелектуальної власності є судова експертиза в сфері інтелектуальної власності, репрезентована на сьогодні Науково-дослідним центром судової експертизи з питань інтелектуальної власності Мін'юсту, а також судовими експертами, атестованими за спеціальностями у сфері інтелектуальної власності.

Відзначимо, що створення в 2004 році НДЦСЕ з питань інтелектуальної власності стало важливим кроком для забезпечення

потреб судів, органів досудового слідства, фізичних і юридичних осіб високофаховими експертними дослідженнями за всіма напрямками захисту права на об'єкти інтелектуальної власності. Очевидно, що утвердження цієї спеціалізованої державної установи значною мірою пов'язане з діяльністю відомого вченого і громадського діяча в сфері інтелектуальної власності Петра Павловича Крайнівського (1952-2014 рр.). Його наукова спадщина зберігає актуальність і нині, залишається джерелом для натхнення та нових експертних досліджень не лише його учнів і послідовників, а й наукових опонентів.

Минулорічна ініціатива керівництва НДЦСЕ з питань інтелектуальної власності щодо заснування щорічних «Крайнівських читань» є гарним прикладом поваги до історії становлення цієї інституції, аналізу проблем сьогодення та окреслення пріоритетних шляхів розвитку не лише НДЦСЕ з питань інтелектуальної власності, а й судово-експертної діяльності з інтелектуальної власності в цілому. Про це свідчить і коло питань, винесених на II Міжнародну науково-практичну конференцію «Проблеми теорії та практики судової експертизи з питань інтелектуальної власності («Крайнівські читання»)), і широке коло учасників цього заходу, включаючи колег із за кордону.

Переконана, що фаховий дискурс судових експертів, досвідчених і молодих науковців, представників органів державної влади, адвокатів, патентних повірених, представників громадськості сприятиме пошуку нових конструктивних рішень для розвитку судової експертизи з питань інтелектуальної власності, а також для удосконалення системи гарантування та захисту конституційного права на інтелектуальну власність в Україні.

1. ТЕОРІЯ, ІСТОРІЯ ТА МЕТОДОЛОГІЯ СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ У СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Ткаченко Н. М.,
начальник Управління експертного
забезпечення правосуддя Департаменту
з питань судової роботи та банкрутства
Міністерства юстиції України;
доцент кафедри спеціально-правових
дисциплін навчально-наукового інституту
Таврійського національного університету
ім. В.І. Вернадського,
кандидат юридичних наук

СТАН НАУКОВО-МЕТОДИЧНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ З ПИТАНЬ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Експертиза у сфері інтелектуальної власності як окремий вид судових експертиз, що проводиться судовими експертами науково-дослідних установ судових експертиз Міністерства юстиції України (далі – НДУСЕ) та експертами, які не є працівниками зазначених установ була започаткована наказом Міністерства юстиції України від 17.01.2002 № 4/5 у зв'язку з внесенням змін до наказу Міністерства юстиції України від 15.07.1997 № 285/7-А «Про експертно-кваліфікаційні комісії та атестацію судових експертів».

Пізніше, розпорядженням Кабінету Міністрів України від 31.12.2004 № 984-р у сфері управління Міністерства юстиції України було створено державну спеціалізовану установу – Науково-дослідний центр судової експертизи з питань інтелектуальної власності (далі – Центр), яка на сьогодні є флагманом експертного забезпечення правосуддя в галузі експертизи об'єктів інтелектуальної власності.

Першим директором Центру став П.П. Крайнев, наукові погляди та наукова спадщина якого і до сьогодні відіграють важливу роль у розвитку вказаного виду судової експертизи.

За роки існування даного напрямку стало аксіомою те, що судова експертиза з питань інтелектуальної власності має велике значення для розв'язання найважливіших проблем боротьби зі злочинністю та

відіграє важливу роль як джерело доказів. Для висновку експерта як засобу доказування характерно те, що він з'являється у результаті проведення, на основі спеціальних знань та науково обґрунтованих методик дослідження та надається з дотриманням процесуальних норм та походить від особи, яка має відповідну кваліфікацію.

Експертиза об'єктів інтелектуальної власності, суттєво відрізняється від інших видів судових експертиз, оскільки інститут права інтелектуальної власності охоплює усі види людської діяльності: науку, мистецтво, економіку, техніку тощо. У процесі проведення дослідження експерт використовує спеціальні нормативні акти для кваліфікованого застосування яких необхідні певний досвід та спеціальна підготовка.

Експертне дослідження повинно здійснюватися в певному порядку операцій, тобто в певній послідовності дій, які виконуються на основі відповідних спеціальних знань з метою надання відповідей на поставлені перед експертом питання, що встановлений науковою методикою.

Отже, проведення судових експертиз неможливо без існування науково обґрунтованих методик, якими встановлюються способи і методи проведення досліджень.

Відповідно до частини першої статті 8 Закону України «Про судову експертизу» організація науково-методичного забезпечення судово-експертної діяльності державних спеціалізованих установ покладаються на міністерства та інші центральні органи виконавчої влади, до сфери управління яких належать державні спеціалізовані установи, що здійснюють судово-експертну діяльність.

Належна організація науково-методичного забезпечення НДУСЕ сприяє удосконаленню експертного забезпечення правосуддя в частині досягнення об'єктивних і науково-обґрунтованих результатів судових експертиз та експертних досліджень і створення єдиного науково-методичного підходу до експертної практики та професійної підготовки судових експертів.

З цією метою Міністерством юстиції визначено форми науково-методичного забезпечення, умови запровадження нових видів судових експертиз та експертних спеціальностей.

Науково-методичне забезпечення судово-експертної діяльності НДУСЕ представлене в таких формах:

1) науково-методичні матеріали, у яких відображено теоретичні та методичні основи судової експертизи (теоретичні роботи та методики, методичні посібники, методичні листи, методичні рекомендації з питань судової експертизи);

2) програми підготовки судових експертів з відповідних експертних спеціальностей.

Науково-методичні матеріали створюються шляхом виконання науково-дослідних робіт відповідно до тематичного плану науково-дослідних робіт НДУСЕ, затвердженого Міністерством юстиції України та/або планів науково-дослідних робіт, затверджених НДУСЕ.

Планування, проведення, приймання науково-дослідних робіт, а також апробація та впровадження результатів науково-дослідних робіт в експертну практику, визначаються Порядком виконання науково-дослідних робіт у науково-дослідних установах судових експертиз Міністерства юстиції України, затвердженим наказом Міністерства юстиції України від 04.02.2010 № 223/5 (зі змінами та доповненнями).

Розроблення нових та удосконалення існуючих програм підготовки судових експертів здійснюється на підставі впроваджених в експертну практику науково-методичних матеріалів відповідного виду судових експертиз та експертних спеціальностей.

З метою науково-методичного забезпечення судової експертизи з питань інтелектуальної власності було створено секцію Науково-консультативної та методичної ради з проблем судової експертизи при Міністерстві юстиції України з питань інтелектуальної власності, до складу якої увійшли провідні фахівці науково-дослідних установ судових експертиз Мінюсту та інших установ у цій галузі знань, під керівництвом яких здійснюється розробка та впровадження методик.

Законодавцем встановлено норму, згідно якої методики проведення судових експертиз (крім медичних і судово-психіатричних) підлягають атестації й державній реєстрації в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України (частина третя статті 8 Закону України «Про судову експертизу»).

На реалізацію цієї норми Закону Кабінетом Міністрів України постановою від 02.07.2008 № 595 затверджено Порядок атестації та державної реєстрації методик проведення судових експертиз, яким передбачено ведення Реєстру атестованих методик. Організаційні та методологічні принципи ведення реєстру вказаним Порядком покладено на Міністерство юстиції.

На виконання постанови Кабінету Міністрів України наказом Міністерства юстиції України від 02.10.2008 № 1666/5 затверджено Порядок ведення Реєстру методик проведення судових експертиз. Використання вказаного Реєстру судами, правоохоронними органами надає суттєву допомогу в оцінці висновків судових експертів, у процесі якої слідчий або суддя, що не володіє спеціальними знаннями, зможе точно визначити, чи було використано експертом науково-обґрунтовану методику.

На теперішній час до Реєстру методик проведення судових експертиз внесено дев'ять методик проведення судових експертиз, пов'язаних з дослідженням об'єктів інтелектуальної власності. Вісім з

вказаних методик розроблені НДУСЕ Міністерства юстиції і зокрема шість фахівцями Центру.

Слід зазначити, що створення наукових методик у цій галузі потребує певного часу, оскільки їх розробка можлива лише за наявності певних напрацювань, аналізу практичних питань, які виникають у судах під час розгляду справ тощо. При цьому зазначений вид експертизи налічує значну кількість об'єктів права інтелектуальної власності охоронюваних законом, під час дослідження яких мають застосовуватись окремі (відповідні) підходи (методи, засоби).

Тому, активна наукова робота щодо методичного забезпечення судової експертизи з питань інтелектуальної власності триває і на сьогодні. Зокрема в роботі НДУСЕ на різних стадіях розроблення знаходиться чотири наукові роботи стосовно створення методик проведення судових експертиз різних об'єктів інтелектуальної власності.

Також слід звернути увагу, що методики проведення судових експертиз у тому числі і об'єктів інтелектуальної власності, які створюються НДУСЕ, розробляються відповідно до методичних рекомендацій «Розробка експертних методик: зміст, структура, оформлення (з урахуванням міжнародних стандартів системи управління якістю, адаптованих в Україні)».

Адже будь-яка країна одним з першочергових своїх завдань ставить постійне удосконалення рівня якості продукції та послуг національного виробника. Тому такий підхід сприяє атестації НДУСЕ за ДСТУ ISO/IEC 17025:2006 «Загальні вимоги до компетентності випробувальних та калібрувальних лабораторій» та забезпечення розвитку відносно нового стратегічного напрямку – впровадження систем управління якістю, що будуються на вимогах сучасних міжнародних стандартів, у тому числі гармонізованих в Україні.

Низка результатів наукових розробок в сфері експертизи об'єктів інтелектуальної власності внесено до Переліку науково-технічної та довідкової літератури, що використовується при проведенні судових експертиз, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 08.05.2018 № 1467/5, в якому налічується двадцять дев'ять джерел (монографій, методичних рекомендацій та посібників).

Список використаних джерел:

1. Закон України «Про судову експертизу».
2. Постанова Кабінету Міністрів України від 02.07.2008 № 595 «Про затвердження Порядку атестації та державної реєстрації методик проведення судових експертиз».
3. Розпорядження Кабінету Міністрів України від 31.12.2004 № 984-р «Про утворення Науково-дослідного центру судової експертизи з питань інтелектуальної власності».

4. Наказ Міністерства юстиції України від 15.07.1997 № 285/7-А «Про експертно-кваліфікаційні комісії та атестацію судових експертів».

5. Наказ Міністерства юстиції України від 02.10.2008 № 1666/5 «Про затвердження Порядку ведення Реєстру методик проведення судових експертиз».

6. Наказ Міністерства юстиції України від 04.02.2010 № 223/5 «Про затвердження Порядку виконання науково-дослідних робіт у науково-дослідних установах судових експертиз Міністерства юстиції України».

7. Методичні рекомендації «Розробка експертних методик: зміст, структура, оформлення (з урахуванням міжнародних стандартів системи управління якістю, адаптованих в Україні): метод. рек. / О.Г. Рувін (голова авт. кол.) А.О. Полтавський (заст. голови. авт. кол.) та інші...- Київ: КНДІСЕ, 2014. – 76 с.

8. Матеріали роботи секції Науково-консультативної та методичної ради з проблем судової експертизи при Міністерстві юстиції України з питань інтелектуальної власності за 2017-2018 роки.

Федоренко В.Л.,
директор НДЦСЕ з питань інтелектуальної
власності Міністерства юстиції України,
доктор юридичних наук, професор,
Заслужений юрист України

Адлер О.Г.,
завідувач сектору технічної творчості
лабораторії промислової власності,
кандидат технічних наук, ст. наук. співр.

ПРАВО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ: ПОНЯТТЯ, ЗМІСТ, ЗАХИСТ (ДО 70-РІЧЧЯ ЗАГАЛЬНОЇ ДЕКЛАРАЦІЇ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ)

Цьогоріч людство вшановує 70-річчя Загальної декларації прав людини – основоположного міжнародного правозахисного договору, який іще називають «Конституцією прав людини». Адже, цей визначальний документ утвердив широкий спектр основоположних прав і свобод людини, які зберігають свою актуальність донині та відтворенні в конституціях і деклараціях прав людини переважної більшості країн світу.

Як відомо, засновники ООН, приймаючи Статут цієї поважної міжнародної організації на Конференції в Сан-Франциско в 1945 році, визначили принцип поваги до прав людини основною метою та завданням діяльності ООН. На виконання своїх статутних завдань уже в

1946 році ООН заснувала Комісію з прав людини – основний орган у межах системи ООН, що визначає політику цієї організації у сфері прав людини. Втім повоєнний світ очікував не лише на поновлення ідеалів гуманізму та людяності, втілених у правах людини, а й на їх визнання та гарантування на міжнародному рівні. Відповідна клопітлива робота була з успіхом здійснена членами Комісії.

Після ретельного вивчення підготованого Комісією проекту Загальної декларації прав людини і 1 400 етапів голосування, практично по кожному його пункту і слову Генеральна Асамблея урочисто ухвалила Загальну декларацію прав людини. Ця визначна подія відбулася 10 грудня 1948 року в Парижі. Відтоді відзначення річниць з дня прийняття Декларації стало справедливо вважатися святом торжества прав і свобод людини та консолідації всіх правозахисників світу [17, с. 217].

Важливою заслугою Загальної декларації прав людини 1948 року стало закріплення особистісних, політичних, економічних, соціальних, культурних, інформаційних і інших видів прав і свобод людини. При цьому, суттєве місце в системі конституційних прав і свобод людини і громадянина посідають економічні права та свободи, які визначають можливості людини створювати матеріальні й особисті нематеріальні блага, володіти ними та здійснювати господарську діяльність. В основі економічних прав і свобод людини лежить насамперед право приватної власності, котре поряд з природними правами на свободу, рівність і братерство, стало наративом хвилі буржуазно-демократичних революцій і війн за незалежність кінц. XVIII-XX ст. у Європі та Америці.

Різновидом права власності є право інтелектуальної власності, або ж, право на об'єкти інтелектуальної власності. Нематеріальні блага здавна охоронялися правовою привілеєю, хоча римському праву цей вид власності був не знайомий. Лише в XVIII ст. право на об'єкти інтелектуальної власності стало визнаватися як права на самостійний об'єкт власності.

Уперше ж право інтелектуальної власності було унормовано в англійському «Статуті Королеви Анни» в 1710 році, який забороняв друкувати і передруковувати книги без погодження авторів і встановлював 14-річний термін охорони авторських прав. У 1774 році це положення було втілене рішенням у справі «Дональдсон проти Бекетта». Так, дрібний видавець дешевих перевидань Дональдсон вступив у конфлікт з великими лондонськими видавцями, один із яких заявив про безстроковість авторських прав. Але, суд у цій справі підтвердив 14-річний термін охорони авторських прав. В інших випадках, на думку британських правників Л. Бенглі та Б. Шермана,

друкарська справа в Англії регулювалася правилами ділового обороту [1, с. 64].

Надалі, в Конституції штату Масачусетс 1789 року було унормовано, що «немає власності, яка належить людині більше, ніж та котра є результатом його розумової праці». Подібні положення містились і в конституціях колишніх європейських країн – Данії, Норвегії, Прусії, Саксонії й ін. [9, с. 5]. Заслугує на увагу й думка відомого мислителя XIX ст. А. де Токвіля, який писав у своїй відомій праці «Демократія в Америці»: «Демократія не лише сприяє поширенню смаку до літератури серед виробничих верств: вона вносить виробничий дух у надра самої літератури» [15, с. 381]. Тобто, авторське право набуває не лише культурного, а й економічного значення.

Сама ж категорія «інтелектуальна власність» уперше була використана лише в 1850 році лібертаріанцем Л. Спунером [2, с. 351-353]. Закріплення ж правового режиму захисту інтелектуальної власності на міжнародному рівні відбулося на декілька десятиліть пізніше. Так, у 1883 році інтелектуальна власність була закріплена в одному з перших міжнародних договорів у цій сфері – у Паризькій конвенції з охорони промислової власності, а в 1886 році – в Бернській конвенції про охорону літературних та художніх творів, яка діє до сьогодні [3]. Хоча, перший національний акт – Закон «Про авторське право», – був прийнятий в Великій Британії в 1911 році.

У колишньому СРСР, до складу якого біля 70 років входила у XX ст. і Україна, право на об'єкти інтелектуальної власності не отримало свого належного визнання та захисту. Так, у перші роки радянської влади відомий правознавець П. Стучка писав в «Енциклопедії держави і права» наступне: «Авторське право є одним із самих характерних інститутів буржуазного права. Авторське право є, по суті, правом приватної власності на свою думку» [4, с. 46]. Звичайно ж, заборона радянською владою приватної власності як чужої для марксизму-ленінізму ідеології унеможливлювала визнання права на об'єкти інтелектуальної власності.

Право людини на об'єкти інтелектуальної власності в його сучасному розумінні отримало своє обґрунтування та загальносвітове визнання лише у другій половині XX ст. Так, ч. 2 статті 27 Загальної декларації прав людини 1948 р. визначила, що «кожна людина має право на захист її моральних і матеріальних інтересів, які є результатом наукових, літературних чи художніх творів, автором яких вона є» [5]. Тобто, Декларація утвердила та гарантувала право людини на володіння та користування результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності як важливий складник «загального ідеалу» прав людини.

Повага до права власності, як одного з фундаментальних прав людини, та науково-технічний прогрес сприяли визнанню та

закріпленню в «Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права» 1966 р., права людини користуватися результатами наукового прогресу та застосовувати ці результати на практиці, а також користуватися захистом моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з будь-якими науковими, літературними чи художніми працями, авторам яких вона є (ст. 15 Пакту) [8].

У наступному 1967 р. було прийнято Конвенцію про заснування Всесвітньої організації інтелектуальної власності (*WIPO*). Метою діяльності цього спеціалізованого агенства ООН Конвенція проголосила «сприяння охороні інтелектуальної власності в усьому світі шляхом співробітництва держав у взаємодії з будь-якою іншою міжнародною організацією». На сьогодні *WIPO* об'єднує 188 держав-членів і адмініструє 26 міжнародних угод.

Діяльність *WIPO* і окремих держав світу (Велика Британія, США, Франція, Швейцарія і ін.) сприяла запровадженню конвенційних механізмів захисту права інтелектуальної власності. У першу чергу, авторського права. Так, у 1971 і 1979 роках договірними сторонами, які були «натхненні однаковим бажанням охороняти настільки ефективно й однаково, наскільки це можливо, права авторів, їх літературні і художні твори» [3], було оновлено Бернську конвенцію про охорону літературних і художніх творів. У 1996 році було прийнято Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності (*WIPO*) про авторське право.

Що ж до утвердження та захисту права інтелектуальної власності в Україні, то в повоєнний період у колишньому СРСР визнавалося право громадян на результати наукових досліджень, винахідницької та раціоналізаторської, літературної та мистецької діяльності. Зокрема, Конституція УРСР 1978 року ст. 45 гарантувала громадянам свободу наукової, технічної і художньої творчості, а також встановлювала, що: «Права авторів, винахідників і раціоналізаторів охороняються державою» [6]. Але, Основний Закон УРСР 1978 р., навіть після внесення до нього змін у 1991-1994 роках, уникав унормування та гарантування права на об'єкти інтелектуальної власності.

Міжнародні стандарти у сфері утвердження та захисту права на об'єкти інтелектуальної власності, втілені в Загальній декларації прав і свобод людини, а також у понад 50-ти інших міжнародних договорах, починаючи із уже згадуваних Паризької конвенції з охорони промислової власності 1883 р. і Бернської конвенції про охорону літературних та художніх творів 1886 р. й закінчуючи Угодою про асоціацію України з ЄС [16], втілені на сьогодні в Конституції та законах України, міжнародних договорах України, інших актах чинного законодавства.

Важливо, що право інтелектуальної власності в Основному Законі отримало своє комплексне закріплення та унормовується не лише в

системи економічних, а й у системі культурних прав і свобод людини. Так, частина перша ст. 41 Конституції України закріпила наступне право: «Кожен має право володіти, користуватися й розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності» [7]. У свою чергу, частини перша і друга ст. 54 Основного Закону визначають, що громадянам гарантується «... свобода літературної, художньої, наукової і технічної творчості, захист інтелектуальної власності, їхніх авторських прав, моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з різними видами інтелектуальної діяльності. Кожний громадянин має право на результати своєї інтелектуальної, творчої діяльності; ніхто не може використовувати або поширювати їх без його згоди, за винятками, встановленими законом» [7].

Очевидно, що така складна конституційна конструкція пояснюється з огляду на, по-перше, складність конституційно-правової природи права на об'єкти інтелектуальної власності; по-друге, прагненням законодавця комплексно унормувати реалізацію, гарантування та захист цього важливого, а в ХХІ ст., по суті, основоположного права людини. Хоча, аналіз цитованих положень ст. 41 і ст. 54 Конституції України дозволяє виявити і певні колізії в визначенні кола носіїв права на об'єкти інтелектуальної власності. У першому випадку – це «кожен», тобто всі особи, а в другому – «громадяни», «кожен громадянин».

Положення Конституції України про право інтелектуальної власності та її захист отримали свій розвиток і логічне продовження, в першу чергу, в законах України. Адже п. 1 частини першої ст. 92 Основного Закону унормовує, що права та свободи людини та їх гарантії визначаються виключно законами України [7]. Питомо частина нині чинних законів у сфері прав на об'єкти інтелектуальної власності були прийняті Парламентом в 1994 році, ще до прийняття Основного Закону. Постійно модернізуючись ці закони України зберігають свою актуальність і дієвість.

Зокрема, право інтелектуальної власності, його об'єкти і суб'єкти, виникнення права інтелектуальної власності, майнові права та особисті немайнові права на об'єкти інтелектуальної власності, форми використання цих об'єктів, а також випадки правомірного використання, без згоди автора (творця) регулюються Цивільним кодексом України (ст. 433-448 і ін.) [18], Законами України «Про авторське право і суміжні права» [10], «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» [11], «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» [12], «Про охорону прав на промислові зразки» [13], іншими актами чинного законодавства.

У 2017-2018 роках Міністерство економічного розвитку і торгівлі України проводить роботу щодо удосконалення законодавства про

захист прав громадян на інтелектуальну власність. То ж, не виключено, що Україна у 2019-2020 роках отримає нові закони в сфері утвердження та захисту права на об'єкти інтелектуальної власності.

Виходячи із нормативного змісту вище названих актів законодавства, право інтелектуальної власності належить особам, які є творцями об'єкта права інтелектуальної власності (автор, виконавець, винахідник тощо) та іншим особам, яким належать особисті немайнові та/або майнові права інтелектуальної власності відповідно до положень законодавства.

Після укладення «Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами членами, з іншої сторони» від 16 вересня 2014 р., яка у вересні 2017 року, після її ратифікації Нідерландами, була введена в дію. Глава 9 «Інтелектуальна власність» цієї Угоди ставить ціль: «а) спрощення створення і комерційного використання інноваційних продуктів та продуктів творчої діяльності на території Сторін; і b) досягнення належного та ефективного рівня охорони і захисту прав інтелектуальної власності» [16]. Очевидно, що реалізація положень і вимог Угоди про асоціацію України з ЄС у сфері інтелектуальної власності сприятиме посиленню захисту відповідного конституційного права громадян.

Для цілей цієї Угоди права інтелектуальної власності включають авторське право, зокрема право на комп'ютерні програми і бази даних, а також суміжні права, права, пов'язані з патентами, зокрема патенти на винаходи у галузі біотехнологій, торговельні марки, фірмові найменування, якщо вони охороняються у формі виключного права інтелектуальної власності відповідним національним законодавством, промислові зразки, компонування (топографії) інтегральних мікросхем, географічні зазначення, зокрема зазначення походження, зазначення джерела походження, сорти рослин, охорону конфіденційної інформації та захист від недобросовісної конкуренції. Аналіз Глави 9 «Інтелектуальна власність» Угоди про асоціацію між Україною та ЄС дозволяє висловити думку, що її положення визначають міжнародні стандарти щодо об'єктів права інтелектуальної власності, які є предметом судово-експертної діяльності з питань інтелектуальної власності.

Запровадження міжнародних стандартів прав на об'єкти інтелектуальної власності, подібно уже усталеним стандартам виборчого права чи прав на участь в управлінні державними справами і участі в місцевому самоврядуванні, сприятимуть удосконаленню не лише нормативно-правових, а й інституційних гарантій реалізації відповідного конституційного права. Зокрема, предметом стандартизації може бути і судово-експертна діяльність з питань

інтелектуальної власності, котра є важливим компонентом захисту права на об'єкти інтелектуальної власності [19, s. 510-520].

На сьогодні НДУСЕ Міністерства юстиції України розпочала роботу по стандартизації судово-експертної діяльності в Україні. Відповідно до Наказу Національного органу стандартизації Державного підприємства «Український науково-дослідний і навчальний центр проблем стандартизації, сертифікації та якості» від 7 травня 2018 року № 125, за ініціатииви Київського науково-дослідного інституту судових експертиз, в Україні створено Технічний комітет «Судова експертиза» з реєстраційним номером 192 (*далі – ТК-192*).

Метою створення ТК-192 є розроблення національних стандартів, у тому числі, гармонізованих з міжнародними стандартами у сфері судових експертиз, які сприятимуть організаційному та методичному забезпеченню у сфері судових експертиз. Оскільки судово-експертна діяльність з питань інтелектуальної власності має специфічний, відмінний від інших видів експертизи характер, під час роботи ТК-192 була створена спеціальна Робоча група «Експертиза об'єктів інтелектуальної власності», до участі в роботі якої залучено провідних експертів і науковців у сфері судово-експертної діяльності з питань інтелектуальної власності.

За результатами діяльності ТК-192 та формування відповідних стандартів судово-експертної діяльності, очікується розроблення механізмів їх повсюдного запровадження в судово-експертну діяльність, включаючи судові експертизи і експертні дослідження з питань інтелектуальної власності, що забезпечить їх стандартизацію.

Виходячи зі змісту ст. 5 Закону України «Про стандартизацію» [14], а також із особливостей організації та проведення судових експертиз і експертних досліджень з питань інтелектуальної власності, пріоритетними об'єктами стандартизації можна визначити вимоги до:

- предмету та системи судової експертизи з питань інтелектуальної власності;
- порядку обліку та зберігання об'єктів судової експертизи з питань інтелектуальної власності;
- методів і методології проведення судової експертизи з питань інтелектуальної власності;
- освіти судових експертів з питань інтелектуальної власності;
- термінології судової експертизи з питань інтелектуальної власності тощо.

Підсумовуючи дослідження права інтелектуальної власності від Загальної декларації прав людини 1948 року до сьогодні, відзначимо, що право інтелектуальної власності (не лише як право людини, а й як галузь права та законодавства) та його стандарти, система об'єктів

інтелектуальної власності; методи, форми і механізми реалізації права на ці об'єкти, система міжнародних і національних нормативно-правових і інституційних гарантій цих прав зазнала в ХХІ ст. докорінних змін. Разом із тим, дух гуманізму, верховенства права та поваги до власності, закладений у Загальній декларації прав людини 1948 року залишається ціннісною та доктринальною основою права інтелектуальної власності нині та, на наш погляд, на майбутнє.

Список використаних джерел:

1. Бентли Л. Право интеллектуальной собственности: авторское право / Л. Бентли, Б. Шерман ; пер. с англ. В.Л. Вольфсона. – СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. – 535 с.
2. Бетелл Т. Собственность и процветание : уроки истории / Томм Бетелл ; пер. с англ. Б. Пинскера. – М. ; Челябинск : Социум, 2018. – С. 351-353.
3. Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів : Конвенція, Міжнародний документ від 24 липня 1971 року // Зібрання чинних міжнародних договорів України. – 2006. – № 5 /Книга 2 /. – Ст. 1247.
4. Энциклопедия государства и права в трех томах / Под ред. П. Стучки ; Секция общей теории государства и права Коммунистической академии. – Том I. – М. : Изд-во Коммунистической академии, 1925-1926. - 1239 с.
5. Загальна декларація прав людини : прийнята та проголошена резолюцією Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 року № 217 А (III) // Офіційний вісник України. – 2008. – № 93. – Ст. 3103.
6. Конституція (Основний Закон) Української Радянської Соціалістичної Республіки, прийнята на позачерговій сьомій сесії Верховної Ради Української РСР 9-го скликання 20 квітня 1978 р. // Конституції і конституційні акти України. Історія і сучасність ; 3-є вид. (До 15-річчя Конституції України і 20-ї річниці незалежної України) / упоряди. І. О. Кресіна, О. В. Батанов. ; відп. ред. Ю. С. Шемшученко. – К. : Вид-во «Юридична думка», 2011. – С. 121-154.
7. Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
8. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права від 16 грудня 1966 року : ратифікований Указом Президії Верховної Ради УРСР від 19 грудня 1973 року № 2148-VIII // Международные акты о правах человека. Сборник документов. – М. : НОРМА-ИНФРА-М, 1998. – С. 44-52.
9. Охорона інтелектуальної власності в Україні / С.О. Довгий, В.О. Жаров, В.О. Зайчук та ін. – К. : Форум, 2002. – С. 5.

10. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23 грудня 1993 року // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 13. – Ст. 64.
11. Про охорону прав на винаходи і корисні моделі : від 15 грудня 1993 року // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 7. – Ст. 32.
12. Про охорону прав на знаки для товарів і послуг : Закон України від 15 грудня 1993 року // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 7. – Ст. 36.
13. Про охорону прав на промислові зразки від 15 грудня 1993 року // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 7. – Ст. 34.
14. Про стандартизацію : Закон України від 5 червня 2014 року // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 31. – Ст. 1058.
15. Токвіль А. де. Про демократію в Америці. У двох томах / А. де Токвіль ; пер. з франц. Г. Філіпчука та М. Москаленка ; передм. А. Жардена. – К. : Вид. дім «Всесвіт», 1999. – 590 с.
16. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами членами, з іншої сторони від 16 вересня 2014 р. // Офіційний вісник України. – 2014. – № 75 /Т. 1/. – Ст. 2125.
17. Федоренко В.Л. Конституційне право України : підручник ; До 20-ї річниці Конституції України та 25-ї річниці незалежності України / В.Л. Федоренко. – К. : Вид-во «Ліра», 2016. – 616 с.
18. Цивільний кодекс України : від 16 січня 2003 року // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.
19. Fedorenko W. Udział ekspertów sądowych w ochronie praw własności intelektualnej na Ukrainie i za granicą / W. Fedorenko // Nowe wyzwania i rozwiązania w europejskim systemie ochrony praw człowieka. Red. naukowa J. Jaskiernia, K. Sprzyszak. – Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek, 2018. – S. 510-520.

Арутюнян А. А.,
експерт відділу товарознавчих експертиз
Національного бюро експертиз
Республіки Вірменія

Восканян П. С.,
заступник директора
Національного бюро експертиз
Республіки Вірменія,
канд.хім.наук, ст.н.співробітник

ЩОДО ПИТАННЯ ОЦІНКИ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ЯК ОБ'ЄКТУ ЕКСПЕРТНИХ ДОСЛІДЖЕНЬ В РЕСПУБЛІЦІ ВІРМЕНІЯ¹

У зв'язку з тим, що в Республіці Вірменія суспільство поступово починає усвідомлювати, що нематеріальні активи не менш важливі від матеріальних, все важче стає захистити продукт інтелектуальної праці від неправомірного запозичення [1]. На жаль через недосвідченість багато компаній і фізичних осіб у Вірменії не зовсім чітко уявляють механізми управління своїм «портфелем інтелектуальної власності». І як наслідок, в Національному бюро експертиз Республіки Вірменія почастишали випадки проведення судово-експертних досліджень, що призначаються органами юстиції та кримінального переслідування щодо об'єктів інтелектуальної власності.

Важливо підкреслити, що експертиза об'єктів інтелектуальної власності являє собою спеціалізоване дослідження, в ході якого визначаються характеристики досліджуваних об'єктів. У зв'язку з цим, зазначу, що в роботі «Класифікація судових експертиз в Республіці Вірменія», в ході розпочатої вперше спроби об'єднати проведені різними судово-експертними організаціями Республіки Вірменія схожі експертизи, а також класифікувати їх за видами і підвидами, відсутній такий вид експертизи, як експертиза нематеріальних активів [2]. Крім того, в переліку видів і підвидів відповідних експертиз, здійснюваних в системі Міністерства юстиції Республіки Вірменії, затвердженому наказом Мін'юсту Республіки Вірменії від 28 березня 2000 року № 151 також відсутній вид експертизи щодо нематеріальних активів.

Однак, функціонуючий в складі Національного бюро експертиз Республіки Вірменії відділ судово-товарознавчих експертиз у свій

¹ Переклад на українську мову проф. В.Л. Федоренка.

роботі останнім часом зіштовхується з необхідністю дослідження як основоположних характеристик активів, що впливають на споживчу і іншу вартість, так і внутрішніх чинників, які формують дані характеристики, де нематеріальні активи відіграють не останню роль. Важливо відзначити, що все частіше виникає необхідність в проведенні не тільки судово-товарознавчих експертних досліджень промислових (непродовольчих) товарів, транспортних засобів, продовольчих товарів з визначенням їх вартості або ціни, а й експертні дослідження з оцінки нематеріальних активів.

Зокрема, спектр об'єктів, які надходять на експертизу в товарознавчий відділ Національного бюро експертиз Республіки Вірменії, стосується нижченаведених сфер інтелектуальної власності та інтелектуальної праці:

- формування контрактів про передачу прав на об'єкт інтелектуальної власності іншим особам;
- франчайзингові угоди, авторські контракти, фірмові марки, контракти про розробку програмних забезпечень;
- контракти про передачу ноу-хау та конфіденційної інформації;
- розробка угод про конфіденційність;
- юридичний аудит об'єктів інтелектуальної власності;
- передача об'єктів інтелектуальної власності в рамках реорганізації компаній;
- використання прав на об'єкти інтелектуальної власності у випадках імпортування та експортування товарів;
- формування і дослідження дистриб'юторських і агентських контрактів щодо забезпечення послуг, пов'язаних із захистом об'єктів інтелектуальної праці;
- консультування в рамках законодавства, яке регулює сферу реклами.

Як стає зрозумілим із вище викладеного переліку, експертиза об'єктів інтелектуальної власності настільки ж різноманітна, як і перелік об'єктів, досліджуваних при її проведенні. Тому, проведення подібного виду судово-експертного дослідження вимагає від експерта досконального знання предмету та значного професійного досвіду.

З урахуванням актуальності експертних досліджень з оцінки нематеріальних активів, за результатами виконаних за останній період досліджень у відділі товарознавчих експертиз Національного бюро експертиз Республіки Вірменія, спеціальні судові товарознавчі експертизи, пов'язані з дослідженням об'єктів інтелектуальної власності, можна класифікувати наступним чином:

- **Експертиза аудіозаписів.** Це експертне дослідження зумовлюється недотриманням недоторканності авторського права. Аудіозаписи, надані на експертизу, можуть містити мелодії, пісні,

записи лекцій і публічних виступів, а також інші об'єкти звукової природи;

- **Експертиза авторських творів.** Це експертне дослідження зумовлюється наявністю спору щодо авторства конкретного твору. Під час дослідження визначаються характеристики наданого на дослідження твору, визначається його авторство. При необхідності визначається автор твору. Досліджуються літературні твори, зображення, дизайнерські зразки і багато іншого;

- **Патентознавча експертиза.** Це експертне дослідження зумовлене недотриманням патентного права. Експертиза здійснюється щодо винаходів, корисних моделей і промислових зразків;

- **Експертиза засобів індивідуалізації торгових марок, товарних знаків і фірмових найменувань.** Цей вид експертного дослідження встановлює легітимність реєстрації засобу індивідуалізації, або ж випадки порушення права на даний засіб індивідуалізації.

Поняття об'єкта інтелектуальної власності і їх повний перелік зафіксований в десятому розділі Цивільного кодексу РВ, а також в:

- законі Республіки Вірменія від 22 травня 2010 № ЗР-60 «Про географічні зазначення» (введений в дію з 1 липня 2010 року),

- законі Республіки Вірменія від 4 липня 2006 року № ЗР-142 «Про авторське право і суміжні права» (зі змінами та доповненнями від 30 вересня 2013 року),

- законі Республіки Вірменія від 15 грудня 1999 року № ЗР-20 «Про фірмові найменування»,

- законі Республіки Вірменія від 20 березня 2000 року № ЗР-117 «Про товарні знаки»,

- законі Республіки Вірменія від 03 лютого 1998 року № ЗР-198 «Про правовий захист топології інтегральних мікросхем» і т.д.

У даній публікації зупинимося на застосуванні статей закону Республіки Вірменія від 4 липня 2006 року № ЗР-142 «Про авторське право і суміжні права» (зі змінами та доповненнями від 30 вересня 2013 року), оскільки вони нині становлять значний відсоток експертиз, які надходять на експертизу судових справ по цій темі і регулюють відносини, пов'язані з:

- правами авторів на твори в галузі літератури, науки, мистецтва (авторське право);

- правами виконавців на їх виконання, виробників фонограм на їх виготовлені фонограми, виробників фільмів на їх записані фільми, організацій мовлення на їх передачі, видавців на їх оформлення видань, виготовлювачів бази даних на їх виготовлену базу даних (суміжні права);

- управлінням майновими правами на колективній основі.

У контексті зазначених вище норм законодавства у відділі товарознавчих експертиз Національного бюро експертиз Республіки Вірменії розглядається все різноманіття об'єктів, які можуть вважатися результатом інтелектуальної або творчої праці, а також засобами індивідуалізації [3,4].

У попередній статті на цю тему «Експертиза об'єктів інтелектуальної власності» нами були частково порушені проблеми експертних досліджень, що стосуються оцінювання тексту твору, як об'єкта інтелектуальної власності (вартість прав використання тексту пісні шляхом його відтворення за певний період часу) [5]. У цій публікації, в розвитку раніше викладеного, вважаємо за необхідне провести опис основних підходів, які були використані при виконанні згаданого судово-експертного дослідження.

Так, автор тексту пісні стверджував, що порушено виключне право на використання тексту, написаного на музику даного твору, так як він не давав дозволу третім особам на публічне виконання твору. Автором тексту пісні було підготовлено позовну заяву щодо відшкодування збитків, заподіяних іншою стороною. Відзначимо, що в даному випадку автор тексту пісні повинен був в обов'язковому порядку вказати обсяг порушення його майнових прав, а саме скільки разів і протягом якого періоду часу мало місце порушення його авторських прав шляхом відтворення (виконання пісні артистом-виконавцем) тексту пісні. У зв'язку з цим важливо внести деякі пояснення до використовуваної термінології, так як очевидно необхідно було оцінити не текст пісні як товар, а право на використання тексту пісні як результат інтелектуальної діяльності, з урахуванням того, що артист-виконавець, кожен раз виконуючи пісню, «відтворював» текст пісні.

Тому, в даному конкретному судовому розгляді, на нашу думку, мова могла йти тільки про порушення прав автора за пунктом «відтворення твору» не композитором, а артистом-виконавцем пісні. Необхідно було також взяти до уваги суміжне право артиста-виконавця на виконання пісні. У разі визнання судом факту порушення авторського права, тобто незаконного відтворення тексту пісні шляхом її публічного виконання в музичному супроводі, природно, виникне необхідність визначення розміру відшкодування збитків. Розглядаючи досвід, Російської Федерації накопичений у цій сфері, відзначимо, що відповідно до чинного в країні законодавства (Закон «Про авторське право і суміжні права») діють наступні норми: правовласник вправі вимагати від порушника відшкодування збитків (реальні збитки та упущена вигода) або замість збитків – весь дохід порушника, або замість збитків і прибутків порушника, суд може призначити компенсацію в розмірі від 1 до 50000 мінімального розміру оплати праці (МРОП) [6,7].

Підсумовуючи, ще раз зазначимо, що в цій конкретній судовій справі автор тексту пісні повинен був в обов'язковому порядку вказати обсяг порушення його майнових прав, а саме: скільки разів і протягом якого періоду часу мало місце порушення його авторських прав шляхом відтворення (виконання пісні артистом- виконавцем) тексту пісні.

Досліджуючи європейський досвід в області оцінки інтелектуальної власності, зокрема оцінки тексту пісні, в ході проведених експертних досліджень було з'ясовано, що на сьогодні не існує уніфікованої методології та валідованих методів оцінки текстів пісні. Тому, було розроблено положення за розрахунком збитків правовласника, доходу порушника (у конкретному випадку в розмірі від 10% до 25% від отриманого доходу), компенсації в розмірі 5000 МРОП (з урахуванням МРОП, прийнятого у Республіці Вірменія) і в подальшому врахована максимальна вартість зі згаданих трьох варіантів для правовласника і мінімального представлення в суді інтересів порушника.

Під час виконаних судово-експертних досліджень перераховані вище розрахунки були виконані з урахуванням обсягу порушених прав, зокрема, кількості відтворень, термінів порушення авторського права з моменту створення тексту пісні до останнього відтворення порушником – артистом-виконавцем. Що ж стосується розрахунків, які відносяться до можливого подальшого використання тексту пісні шляхом його відтворення при виконанні пісні, то через непереконливість і розмитість доказів, вони не були проведені.

Таким чином, для коректного виконання розрахунків, судом або правоохоронними органами повинні бути чітко сформульовані питання, що пред'являються експертові, а саме – не «Яка ціна товару – тексту пісні?», а «Яка вартість прав використання тексту пісні шляхом його відтворення за певний період часу?» або «Який розмір відшкодування збитків за порушення виключного права автора тексту пісні в зв'язку з незаконним використанням його твору?» і т.п.

Очевидно, що величина розміру збитків автора в грошовому вираженні буде набагато нижче, ніж ринкова вартість виключного права на цей твір (ринкова вартість товару – тексту пісні, в нашому випадку). Тому, при оцінці вартості необхідно виходити із строку дії авторського (майнового) права в період усього життя автора + 70 років після його смерті.

Слід також мати на увазі, що об'єкти авторського права не є масовим товаром. У зв'язку з цим, вони не мають універсальної для всіх випадків ринкової вартості. І як наслідок, в залежності від мети оцінки, дати оцінки, інтересів потенційного покупця, передбачуваного способу використання і т.д., вартість на один і той же об'єкт авторського права може відрізнятися.

Для розвитку вже проведених робіт, тривають пошукові дослідження міжнародного досвіду в області оцінки інтелектуальної

власності, з метою вивчення та локалізації вже відомих методів, а також виявлення локальних особливостей при використанні цих методів в практиці.

Вважаємо важливим більш детально зупинитися на товарних знаках і знаках для послуг, як на об'єктах інтелектуальної власності, коротко згадавши про вже виконані в Національному бюро експертиз Республіки Вірменії дослідження.

Як відомо, на сьогодні товарний знак (знак для товарів) є потужним інструментом конкурентної боротьби. Тому, останнім часом товарні знаки стали надзвичайно актуальною темою в суперечках господарюючих суб'єктів.

Як відомо, знак для товарів дозволяє розрізняти конкретний товар від аналогів і закріплювати за ним певні асоціації. Завдяки грамотній «розкрутці» (брендингу) товар стає відомим на ринку і набуває відповідну групу споживачів. Це позитивно впливає на зростання продажів, а також дозволяє відомою мірою завищити ціни в порівнянні з іншими аналогічними товарами. Тобто, можна сказати, що споживач платить за гарантію якості продукту і певний образ, якому він довіряє.

Визначення товарного знаку унормовано в Законі Республіки Вірменія «Про товарні знаки», де «... товарний знак – це позначення, здатне відрізнити товари одних юридичних або фізичних осіб від однорідних товарів інших юридичних або фізичних осіб». Таким чином, основна функція товарного знаку – індивідуалізація продукції різних виробників. Крім того, товарний знак захищає продукцію від підробок, а також стимулює підприємство зберігати певний рівень якості.

Як відомо, існують три фундаментальних підходи до оцінки всіх видів майна: 1) дохідний, 2) витратний та 3) порівняльний.

При оцінці нематеріальних активів, як показує експертна практика, основним є дохідний підхід, так як на вартість об'єктів інтелектуальної власності впливає в першу чергу їх здатність генерувати доходи.

Витратний і порівняльний підходи при оцінці нематеріальних активів, як нам здається, є скоріше допоміжними. Складність застосування порівняльного підходу пояснюється вже вищезгаданою обмеженістю ринку, при якій отримати інформацію про вартість об'єктів-аналогів вкрай проблематично.

Нині авторами цієї публікації проводяться дослідження щодо вивчення та локалізації підходів при оцінці нематеріальних активів, зокрема, вивчається ринок вірменських виноградних вин, і в даному контексті, які товарні знаки є і чим відрізняються від того чи іншого бренду, які патенти і винаходи були використані під час виробництва виноградних вин, що дозволить оцінити вплив на ціну нематеріальних активів компанії, тобто все, що можна розглядати в рамках інтелектуальної власності. Згадані дослідження проводяться з метою

з'ясування низки питань. Утім, головним на даному етапі досліджень є необхідність з'ясування, яким чином і як можуть впливати наукові розробки – патенти, винаходи, (у конкретному випадку розглядається впровадження нового методу, що забезпечує стабільність винограджних вин) на якість, собівартість, ефективність, а в подальшому і на витребуваність цього товару (тобто, на скільки можливо просування товару на ринку, і чи стане він більш затребуваним за рахунок високої якості і низької ціни). Результати таких досліджень дозволять визначитися, чи стане вищезгадана розробка ноу-хау для працюючих в відповідному сегменті компаній, і яким чином все це може вплинути на ринкову вартість товарного знака, а в подальшому і на бренд, в разі його значною витребуваності.

Таким чином, наявність чітких критеріїв щодо оцінки інтелектуальної власності дозволить як юридичним, так і фізичним особам забезпечити всі матеріальні вигоди в ході комерціалізації нематеріальних активів, і як результат – мати адекватні оцінки результату творчої та інтелектуальної діяльності.

І, на завершення, варто підкреслити, що першим кроком при роботі з нематеріальними активами має бути оформлення законних прав володіння та оцінка патенту, що дозволяє заздалегідь знати, на що можна розраховувати в тій чи іншій ситуації, щоб грамотно спланувати подальшу діяльність. Крім перетворення нематеріального майна в ліквідний актив підприємства, розуміння вартості об'єктів інтелектуальної власності вбачається переконливим аргументом у конкурентній боротьбі, коли потрібно подбати про захист свого місця на ринку і закликати порушників до відповідальності.

Список використаних джерел:

1. Хечян В., Краткий обзор интеллектуального права Армении, <http://accl.pro/publikacii/752/>
2. Алексанян М.С, Классификация судебных экспертиз в республике Армения, Известия ИГЭА, изд. «Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего образования Байкальский государственный университет №1(81), 2012, 143-150.
3. Закон Республики Армения от 4 июля 2006 года № ЗР-142 «Об авторском праве и смежных правах».
4. Гражданский кодекс Республики Армения от 28 июля 1998 года №ЗР-239.
5. Арутюнян А.А., Экспертиза объектов интеллектуальной собственности, Сборник материалов международной научно-практической конференции «Актуальные вопросы судебной экспертизы и криминалистики», изд. «Право», 2017г., с. 188-190.
6. Федеральный стандарт оценки «Оценка нематериальных активов и интеллектуальной собственности (ФСО N 11),

7. Леонтьев, Б.Б.; Мамаджанов, Х.А. Принципы и подходы к оценке интеллектуальной собственности и нематериальных активов. Учебн. пособие: -М.: Издательство: "РИНФО", 2003.- 172 с.

Романенко Є.О.,
професор кафедри публічного адміністрування
Міжрегіональної Академії управління персоналом,
доктор наук з державного управління, професор,
Заслужений юрист України

Чаплай І.В.,
завідувач кафедри професійної освіти
та управління навчальним закладом
Міжрегіональної Академії управління персоналом,
кандидат наук з державного управління, доцент

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ЗМІСТУ СИСТЕМИ ЗАХИСТУ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Система захисту прав інтелектуальної власності багато у чому визначає розвиток економіки, інформаційного суспільства та інших галузей країни. Успішна інтеграція України у світову економіку залежить від привабливості країни для зовнішньоекономічних суб'єктів, в цілому, та розвинутості міжнародного права інтелектуальної власності, зокрема. У цілому, система судової експертизи з питань інтелектуальної власності є складною та багатокомпонентною. У процесі її реалізації беруть участь науково-дослідні центри інтелектуальної власності, патентні повірені, служби контролю авторського права тощо. Тобто, можна говорити про те, що право інтелектуальної власності включає в себе правові, економічні, соціальні відносини, пов'язані зі створенням наукових, літературних та художніх творів, які складають інститут права промислової власності [1, с. 13].

При цьому, характеризуючи джерела в області регулювання відносин інтелектуальної власності та їх змісту, слід звернути увагу на проблеми правового регулювання, які з'являються в цій області. Вони стосуються, перш за все, необхідності визначення співвідношення цивільного законодавства та законодавства про право інтелектуальної власності, оскільки це має не тільки теоретичне, але і велике практичне значення [2, с. 112].

Слід зауважити, що система захисту прав інтелектуальної власності є важливою для подальшого удосконалення якості діяльності

правоохоронних органів, суддів і адвокатів та вимагає підвищення рівня обізнаності громадськості про її інструменти. З цієї точки зору найбільш важливим напрямом є підвищення рівня навчально-інформаційної діяльності в галузі захисту прав інтелектуальної власності. Належні витрати для реформування судово-експертної діяльності у сфері інтелектуальної власності слід враховувати міністерствам та відомствам, насамперед, у бюджетах, з яких фінансується освітня та наукова діяльності. Наприклад, планування державних видатків на підготовку та перепідготовку суддів та юристів у цьому напрямку є дуже важливим. Витрати на ці цілі на певному рівні повинні вирости у приватних компаніях, дослідницьких установах.

З цього випливає, що посилення захисту прав інтелектуальної власності вимагає розробки відповідної державної політики. Однією з цілей такої державної політики має бути створення системи управління, яка координує регулювання іншими сферами, тісно пов'язаними з захистом прав інтелектуальної власності. Концептуальний рівень формування державної політики вже існує. Це підтверджується: наявністю розвиненої системи законодавства із захисту прав інтелектуальної власності; поетапною оптимізацією функціонування судової системи; поступовим зміцненням відповідних інституційних структур; збільшенням державних ресурсів, призначених для захисту охорони права інтелектуальної власності; розширенням досліджень щодо випуску піратських та підроблених товарів на ринку. Всі ці питання мають важливе значення для державної політики у сфері захисту прав інтелектуальної власності та для активізації творчої інтелектуальної діяльності людини в Україні, що сьогодні вимагає, серед іншого, економічних чинників, переосмислення ставлення до винахідницької діяльності, формування у суспільній свідомості її престижності та затребуваності [3, с. 165].

Важливо взяти до уваги і те, що європейська освіта сьогодні передбачає впровадження технологічних освітніх програм для розвитку певних компетентностей у молодого покоління щодо його самостійної творчої/винахідницької діяльності та запобігання, протидії будь-яким проявам порушення академічної доброчесності. Молоді люди повинні бути готові (починаючи з учнів та студентів) не брати участь у діяльності, яка пов'язана з нечесністю (не підроблювати та не використовувати підроблених документів, що стосуються навчання; не списувати та не використовувати шпаргалки чи інші підказки під час форм контролю), не плагіювати. Тобто, окрім зазначених вище, ще один важливий напрям оптимізації системи захисту прав інтелектуальної власності передбачає певну активізацію міжнародної політики з метою підвищення міжнародного іміджу нашої держави та її впливу на інтеграційні процеси у сфері інтелектуальної власності.

Список використаних джерел:

1. Актуальні проблеми права інтелектуальної власності: Навчальний посібник / В. К. Матвійчук, С. А. Пилипенко, Т. П. Устименко та ін.; За ред. І. С. Тімуш, Ю. В. Нікітіна, В. П. Мироненко. – К.: Національна академія управління, 2014. – 352 с.

2. Харитонova О. І. Деякі проблеми визначення співвідношення цивільного законодавства і законодавства про інтелектуальну власність [Текст] / О. І. Харитонova, Г. О. Ульянова // Часопис цивілістики, 2013. т.Вип. 14.-С.109-115.

3. Шляхи модернізації та оптимізації правового регулювання інтелектуальної власності в Україні / Ю. Л. Бошицький // Часопис Київського університету права. – 2014. – № 4. – С. 164-170.

Тимощик Л. П.,
вчений секретар НДЦСЕ з питання
інтелектуальної власності,
кандидат економічних наук,
судовий експерт, оцінювач.

Голець І. В.,
судовий експерт лабораторії
економічних досліджень
НДЦСЕ з питання інтелектуальної
власності, судовий експерт, оцінювач.

ПОНЯТТЯ «ІНТЕЛЕКТУАЛЬНИЙ КАПІТАЛ» ЙОГО СТРУКТУРА, СУТНІСТЬ

Поняття «інтелектуальний капітал» є відносно новим, тому у світовій та вітчизняній економічній літературі немає узгодженості у визначенні цієї категорії. Так, Е. Чемберлін досліджував вплив ресурсів категорії інтелектуального капіталу, що знаходяться у власності компанії, на конкурентоспроможність і прибуток підприємства [1, с. 220–232]. За словами С. Казевіч [2], елементи всіх концепцій інтелектуального капіталу можуть бути знайдені в публікації Дж. Ріка (1834 рік) під назвою «Соціологічна теорія капіталу»[3, с.65].

На сьогоднішній день поняття «інтелектуальний капітал» не використовується в явному вигляді ні в одній міжнародній конвенції, законодавчому або нормативному – правовому акті. Але воно дозволяє поглянути на предмет вивчення з різних, іноді несподіваних, сторін і побачити його як цілісний образ, а не як формальну правову конструкцію, обтяжену величезною кількістю історично сформованих

невідповідностей. Разом з тим існують досить добре розроблені методи вимірювання інтелектуального капіталу та його компонентів.

Поняття «інтелектуальний капітал» найчастіше використовується менеджерами з управління персоналом і активами, маркетологами при створенні сприятливого образу фірми з метою залучення інвестицій, а також професійними оцінювачами при оцінці бізнесу, заснованого на знаннях, з метою його купівлі / продажу. Це поняття є ширшим, ніж більш звичні поняття інтелектуальна власність і нематеріальні активи.

Відповідно до [10] в основі інтелектуального капіталу лежить інтелектуальний матеріал, який використовується для виробництва більш цінного майна. В роботі [5, с.30] інтелектуальний капітал визначається як «термін для позначення нематеріальних активів, без яких компанія не може тепер існувати». Узагальнення точок зору західних фахівців на сутність інтелектуального капіталу, виконане в [11], призводить до його підрозділу на дві складові частини: «людський капітал (human capital), втілений у працівниках компанії у вигляді досвіду, знань, навичок, здібностей до нововведень, а також в загальній культурі, філософії фірми, її внутрішні цінності, прикладених до виконання поточних завдань, і структурний капітал (structural capital), який включає технічне і програмне забезпечення, організаційну структуру, патенти, торгові марки і все те, що дозволяє працівникам компанії реалізувати свій виробничий потенціал Структурний капітал включає в себе також відносини, що склалися між компанією і її великими клієнтами» [11, с.50].

Іншими авторами виділяються три складові інтелектуального капіталу – людський, структурний і клієнтський (ринковий) капітал. Наприклад, відповідно до [8]:

людський капітал – сукупність колективних знань співробітників підприємства, їх творчих здібностей, умінь розв'язувати задачі, лідерські якості, підприємницькі та управлінські навички (в т.ч. контракти з видатними особистостями);

структурний капітал – інструмент для захисту різних корпоративних активів, куди входять інтелектуальна власність, технології, методи, процеси, комунікаційні системи та інформаційні ресурси;

клієнтський капітал (він же «брендовий» капітал) – фірмове найменування, відносини з клієнтами, списки клієнтів, широко відомі товарні знаки і т.п.

При цьому інтелектуальний капітал розглядається як визначальний, можливості використання фінансового і матеріалізованого капіталу, домінуючий засіб виробництва.

В [4, с. 424] дано таке визначення інтелектуального капіталу:

«... Інтелектуальний капітал – це накопичення в процесі інтелектуальної діяльності сукупності знань, досвіду, навичок,

творчості, здібностей, взаємовідносин, які мають економічну цінність і використовуються в процесі виробництва і обміну з метою отримання доходу ... Сукупний інтелектуальний капітал (інтелектуальний капітал суспільства) – сукупність знань, досвіду, зв'язків, інформації, які накопичені і використовуються на рівні суспільства в цілому; інтелектуальний капітал фірми – сукупність активів окремої фірми, яка заснована на інтелектуальних здібностях співробітників, які реалізуються в процесі інноваційної діяльності; інтелектуальний капітал індивіду – сукупність знань, досвіду, професійних навичок та інтелектуальних здібностей особистості».

У практичну площину проблематика інтелектуального капіталу була переведена фірмою «Скандія», в 1993-1994 рр., яка опублікувала звіти про фактори, що визначають справжню вартість компаній. У цих звітах, а також опублікованій книзі на їх основі, яка відразу стала бестселером, автори не тільки викладають нові методи соціально-економічних вимірів, але і порівнюють інтелектуальний капітал з корінням компанії, прихованими умовами розвитку, що таяться за зовнішнім фасадом.

Вартість інтелектуального капіталу ними визначалася як різниця між ринковою капіталізацією і вартістю чистих активів. Практично ту ж різницю часто ототожнюють з вартістю ділової репутації (гудвілом). Дослідники і практики виділяють різні складові інтелектуального капіталу, розробляють методи їх вимірювання, пропонують формули для отримання інтегрального показника – вартості інтелектуального капіталу. Нарешті, вони шукають образні порівняння, які допомагають зрозуміти значення інтелектуального капіталу для життя компаній, що є вкрай важливо.

Як вказується в [7, с. 201] «звіти про інтелектуальний капітал дозволяють пояснити приголомшливий (в десятки і навіть сотні разів) розрив між балансовою вартістю і ринковою капіталізацією фірм». Крім того, досить глибокий смисл міститься в розмежуванні компонентів інтелектуального капіталу, тобто у виокремленні людського капіталу, ринкового капіталу і т.д. Згідно з концепцією інтелектуального капіталу, якщо фірма втрачає один з цих компонентів, то знецінюється весь її інтелектуальний капітал і, отже, сама фірма.

Про структуру активів компаній і ролі інтелектуального капіталу свідчать дані табл.1.1.

Необхідно відмітити, що Національний стандарт № 4 «Оцінка майнових прав інтелектуальної власності» [9] не допускає використання даних про структуру інтелектуального капіталу для оцінки окремих його складових: «... Методи залишку і додаткового прибутку застосовуються за умови, що оцінювачем не виявлено підстав для того, щоб припускати наявність у складі цілісного майнового комплексу суб'єкта права інтелектуальної власності інших нематеріальних активів,

крім оцінюваного майнового права інтелектуальної власності», а метод розподілу прибутку орієнтований на структуру прибутку, а не на структуру активів.

Таблиця 1.1

Галузева структура активів фірм, % [6, с.298]

Галузь	Матеріальні активи	Марки	Інші нематеріальні активи
Фінансові послуги	20	30	50
Предмети розкоші	25	70	5
Інформаційні технології	30	20	50
Продукти і напої	40	55	5
Фармацевтика	40	10	50
Автомобілебудування	50	30	20
Комунальне господарство	70	0	30
Важка промисловість	70	5	25
Роздрібна торгівля	70	15	15

Сучасна концепція інтелектуального капіталу характеризується наступним:

1. Інтелектуальний капітал на рівні підприємств проявляється у формі нематеріальних активів. При цьому трактування останньої категорії не відповідає прийнятому бухгалтерського розуміння нематеріальних активів, так само, як і котрий склався в оціночній діяльності. Нематеріальні активи в концепції інтелектуального капіталу розглядаються в широкому сенсі слова, включаючи в себе ті активи, які не належать компанії (людський капітал) і не враховуються в балансі.

2. На відміну від нематеріальних активів у вузькому (бухгалтерському та оціночному) сенсі слова, здатних приносити економічну вигоду, інтелектуальний капітал виступає як цінність, що підвищує ринкову вартість підприємства. Таким чином, все різноманіття економічних вигод зводиться до єдиного критерію – збільшення ринкової вартості.

3. У традиційній концепції нематеріальні активи розглядаються як одні із складових частин активів підприємства; в концепції інтелектуального капіталу вони – вирішальний засіб виробництва, що визначає способи використання фінансового і людського капіталу і забезпечує успіх бізнесу.

4. Нематеріальні активи в широкому сенсі слова включають в себе три компоненти – людський, структурний і клієнтський капітал. Склад останніх наведено в табл. 1.2.

5. Людський капітал являє собою здатність людей до участі в виробничому і комерційному процесі, включаючи їх природні здібності

і таланти, професійні знання, кваліфікацію і навички. До його складу входять: кваліфікована і зібрана разом робоча сила; рівень управління; персональна репутація власника та/або головного менеджера; контакти з видатними фахівцями в сфері бізнесу компанії; ноу-хау, невіддільні від конкретної фізичної особи (знання і вміння); психометричні здібності; лояльність персоналу; контракти найму; сприятливі трудові договори.

Щоб успішно керувати людським капіталом, менеджмент повинен відслідковувати приблизно наступний набір параметрів: освіту, кваліфікацію, пов'язані з роботою знання та вміння, професійні навички, психометричні характеристики. Людський капітал не відображається у складі активів фірми, так як він фірмі не належить. Існує юридична техніка, що дозволяє «прив'язати» до фірми найбільш цінних фахівців за допомогою винагород і зобов'язань і відобразити контракти з ними в складі нематеріальних активів. Однак такий підхід не може бути застосований до всіх співробітників. Ще простіше «прив'язати» персонал до фірми – це включення працівників в число акціонерів або співвласників фірми. Але ця форма також не є універсальною. До того ж виникає проблема з правами власності звільнених працівників і т.п.

Істотні проблеми виникають з урахуванням інвестицій в людський капітал і вимірюванням отриманих результатів. Витрати на навчання персоналу і підвищення його кваліфікації за правилами фінансового обліку слід відносити до витрат, а не до інвестицій, хоча з точки зору управлінського обліку їх краще відносити саме до інвестицій. Щоб оцінити результати таких інвестицій, багато фірм розробляють досить складні системи обліку, що складаються в основному з якісних показників. Перехід від якісних показників до кількісних, що виражається в грошах, досить проблематичний. У кращому випадку можна очікувати наявності залежностей, що виконуються для великих фірм з тисячами співробітників.

6. Структурний капітал виступає у вигляді сучасних знань, досвіду і цінностей компанії, службовців, захисту різних корпоративних активів і бізнес-процесів. Структурний капітал – найбільш різнорідна частина інтелектуального капіталу. Сюди відносяться права інтелектуальної власності, інформаційні ресурси, інструкції і методики роботи, система організації фірми і т.д. При всій своїй різнорідності саме структурний капітал в найбільшій мірі відповідає тому, що називається нематеріальними активами. До структурного капіталу належать систематизовані знання, в тому числі ноу-хау, віддільні від фізичних осіб (працівників) і від фірми. Таким чином, ноу-хау виявляються частиною як людського, так і структурного капіталу. Це дуже важливо для розуміння феномену знецінення інтелектуального капіталу, особливо при нелояльній поведінці співробітників або при їх звільненні.

Таблиця 1.2

Склад нематеріальних активів відповідно до концепції інтелектуального капіталу

Людський капітал	Структурний капітал	Клієнтський капітал
- кваліфікація та зібрана разом робоча сила; - рівень управління; - персональна репутація власника та / або головного менеджера; - контакти з видатними фахівцями в сфері бізнесу компанії; - ноу-хау, невіддільні від конкретної фізичної особи (знання і вміння); - психометричні здібності; - лояльність персоналу; - контракти найму; - сприятливі торгові договори.	- права на об'єкти інтелектуальної власності (за винятком коштів ідентифікації юридичних осіб та товарів); - інформаційні ресурси; - інструкції і методики роботи; - система організації фірми; - корпоративна культура; - ціннісні установки фірми; - дозволи; - технічні бібліотеки та сховища газет.	- товарні знаки і знаки обслуговування; - фірмові найменування; - найменування місця виробництва товару; - ділова репутація; - клієнтські відносини (наявність постійної клієнттури, своїх людей в організаціях-партнерах і клієнтах); - ділові зв'язки; - договори комерційної концесії; - сприятливі контракти на поставки; - сприятливі договори оренди; - сприятливі договори на страхування; - угоди про відмову від конкуренції.

До структурного капіталу прийнято відносити: права на об'єкти інтелектуальної власності (за винятком коштів ідентифікації юридичних осіб та товарів); інформаційні ресурси; інструкції і методики роботи; систему організації фірми; корпоративну культуру; ціннісні установки фірми; дозволи; технічні бібліотеки та сховища газет.

7. Клієнтський (ринковий) капітал можна визначити як систему надійних взаємовигідних відносин підприємства зі своїми клієнтами і партнерами по бізнесу. У його складі виділяються: бренди (товарні знаки і знаки обслуговування); фірмові найменування місць виробництва товару; ділова репутація фірми; клієнтські відносини; ділові зв'язки; договори комерційної концесії; сприятливі контракти на поставки; сприятливі договори оренди; сприятливі договори страхування; угоди про відмову від конкуренції.

До ринкового капіталу прийнято також відносити наявність своїх людей (insiders) в організаціях-партнерах/клієнтів; наявність постійних покупців; повторні контракти з клієнтами і т.д. Тільки частина з перерахованого можна назвати активами в точному сенсі слова.

Наприклад, не можна вважати активами людей, які працюють в інших організаціях і забезпечують інтереси даної організації. Хоча з точки зору забезпечення успіху бізнесу це дуже важливі активи. Поняття «клієнтський капітал» ввів в 1993 р. Herbert St. Onge, коли працював з Canadian International Bank of Commerce. Необхідно відмітити, що виділення цієї складової з загальної маси інтелектуального капіталу – видатне досягнення.

Вимірювання ринкового капіталу в будь-яких кількісних показниках, в тому числі його вартісна оцінка окремо від інших складових інтелектуального капіталу, не має сенсу, хоча можливий кількісний вимір окремих частин ринкового капіталу. Багато фірм показують кількість постійних споживачів своєї продукції, наприклад, кількість зареєстрованих користувачів програмного продукту, передплатників журналу тощо. У грошовому вираженні вже давно прийнято оцінювати товарні знаки і знаки обслуговування, а останнім часом – бренди. Зокрема, фірма Interbrand регулярно публікує результати розрахунків вартості провідних брендів. Однак на даний момент серед фахівців немає єдиної думки про те, яке співвідношення між поняттями «товарний знак» (trademark) «бренд» (brand), репутація (reputation). Більш того, багато з них вважають термін «бренд» жаргонним. Відповідно, немає єдиної думки про те, що саме оцінює фірма Interbrand. З деякими застереженнями можна припускати, що під оцінкою бренду за методикою Interbrand розуміється оцінка ринкового капіталу в цілому. Щоб обговорювати результати розрахунків Interbrand предметно, необхідно більше відкритості в ключовому питанні, в тій формулі, за якою вартість бренду вираховується з вартості інтелектуального капіталу в цілому.

8. У концепції інтелектуального капіталу значна частина нематеріальних активів не ідентифікується, тобто виділення їх з усієї сукупності активів практично неможливо.

Підсумовуючи вищезазначене, можна відмітити, що знання (навички) як такі або навіть працююча технологія не забезпечують високих доходів підприємствам. Для отримання вітчизняними підприємствами доходів в обсягах, відповідних західним нормам, крім технологій необхідно те, що на мові сучасного бізнесу називається ринковим (клієнтським або «брендовим») капіталом. При цьому ринковий капітал разом з людським капіталом і технологіями (як частиною структурного капіталу) в сукупності і складають інтелектуальний капітал. Для досягнення комерційного успіху вітчизняними підприємствам необхідно мати збалансований по всім основним компонентам складу інтелектуальний капітал, або вступати для створення бізнесу в альянси, які забезпечують такий баланс.

Висновки. У багатьох компаніях інтелектуальний капітал – це найбільш цінний ресурс. Дуже важливо, на думку багатьох фахівців,

вкладати кошти у високоефективні стратегії розвитку персоналу компанії. Тому, можливо слід розуміти інтелектуальний капітал як навички, що є власністю організації, яка досліджує і капіталізує ідеї (технологічні, організаційні, продуктивні і т.д.), з метою збільшення вартості компанії в цілому. Саме для підвищення ефективності діяльності вітчизняних підприємств необхідно активізувати постійний управлінський вплив, який буде базуватись на факторах формування інтелектуального капіталу.

Список використаних джерел:

1. Clulow V. The Case of a Financial Service Firm. / J.Gerstman, & C.Barry, Jurnal of European Industrial Training. – 2003. – 203с.
2. Kasiewicz S. Kapitał intelektualny –spojrzezenie z perspektywy interesariuszy. // S. Kasiewicz, W.Rogowski, & M.Kiciński// Krakow, Oficyna Ekonomiczna. 2006. –118 с.
3. Mikula B. Zarządzanie przedsiębiorstwem w XXI wieku.// S. Kasiewicz, W. Rogowski, & M. Kiciński / Krakow, Oficyna Ekonomiczna. 2006. –94 с.
4. Базилевич В.Д., Ільїн В.В. Інтелектуальна власність: креатини метафізичного пошуку. - К.: Знання, 2008.- 687 с.
5. Брукинг Э. Интеллектуальный капитал. Пер. с англ. – СПб.: Питер, 2001. – 288 с.
6. Дойль П. Маркетинг, ориентированный на стоимость. Пер. с англ. – СПб.: Питер, 2001. – 480 с.
7. Козырев А.Н., Макаров В.Л. Оценка стоимости нематериальных активов и интеллектуальной собственности. – М.: РИЦ ГШ ВС РФ, 2003. – 368 с.
8. Костин Л. Оценка ИС и НМА: основные задачи. Термины, классификация объектов, принципов, подходов. Доклад на конференции «Управление нематериальными активами компании: качеством, персоналом, регистрацией». 20-21 ноября 2003 г. Алматы. Казахстан // <http://www/renesans/kz/>.
9. Національний стандарт № 4 «Оцінка майнових прав інтелектуальної власності». Затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 03 жовтня 2007 р. № 1185// <http://www/rada.gov.ua>.
10. Новая постиндустриальная волна на Западе: Антропология/ Под ред. В.Л. Иноземцева. – М.: Академия. – 1999.- С.340-349.
11. Чухно А. Интеллектуальный капитал: сущность, формы и закономерности развития // экономика Украины. – 2002. – № 11. – С.48-55.

2. СУДОВА РЕФОРМА ТА СТАНОВЛЕННЯ СУДОЧИНСТВА В СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В УКРАЇНІ

Кравцова З.С.,
асистент кафедри конституційного
права Юридичного факультету
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка,
кандидат юридичних наук

ВИЩИЙ СУД З ПИТАНЬ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ У МЕХАНІЗМІ ФУНКЦІОНУВАННЯ УКРАЇНСЬКОЇ ДЕРЖАВИ

Українська держава, будучи правовою державою, в якій визнається і гарантується принцип верховенства права, забезпечує встановлення та реалізацію конституційних засад організації та функціонування органів державної влади їх посадових осіб. Однією з наріжних засад, підвален ефективної діяльності Української держави в особі її органів є принцип поділу влади.

Так, ст. 6 основного Закону встановила: «Державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України» [1]. Очевидно, що Основний Закон розмежовує не єдину та цілісну за своєю сутністю державну владу, а автономізує функції державної влади на законодавчу, виконавчу та судову та дискретно визначає суб'єктів, уповноважених реалізовувати відповідні функції.

Принцип поділу влад, похідний від доктрини «стримувань і балансів влади», свого часу обґрунтованої в різних інтерпретаціях Дж. Локом, Ж.-Ж. Руссо, Ш.-л. Монтеск'є, А. де Токвілем і іншими мислителями епохи Реформації та Відродження та їх послідовниками в наступні століття, втілено в конституціях різних держав світу. Однак, це не забезпечило сучасні держави світу навіть у ХХІ ст. від тоталітарних режимів, конституційних олігархій і інших, далеких від усталених у Західній цивілізації принципів і цінностей демократії, верховенства права і поваги до прав і свобод людини. У свою чергу, твердження політиків, учених і експертів про особливі моделі демократії та принципи організації та функціонування державної влади у державах Латинської Америки, Африки, Азії не підтверджуються на практиці. Свідченням цьому є численні міграційні процеси саме з цих частин світу до США та

держав-учасниць ЄС, які власне і є батьківщиною та державно-правовим полігоном для ідей і ідеалів поділу державної влади та єдності її мети, завдань і функцій.

Західна модель організації та функціонування державної влади на принципах її поділу на гілки не в останню чергу ґрунтується на неупередженому та справедливому правосудді, на міцній судовій владі. На наш погляд, у США, Великій Британії, Австралії й інших державах світу судова гілка є не лише рівною, а першою серед рівних у системі стримувань і балансів між гілками влади. Не менш авторитетними є й суди у державах-членах ЄС. Натомість, у пострадянських республіках, за винятком, держав Балтії, судова влада іще очікує на свій тріумф у механізмі держави.

Разом із тим, судова реформа, започаткована в Україні в червні 2016 року з внесенням змін до Конституції України в частині правосуддя [2] та прийняттям нового Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [3] змінила існуючу 25 років систему судової влади і принципи відбору на посади суддів судів загальної юрисдикції. Це дає сподівання на посилення авторитету і ефективності судів загальної юрисдикції та судової влади в цілому (з огляду на модернізацію правового статусу Конституційного Суду України у 2016-2018 рр.)

Судова реформа змінила, у першу чергу, організацію та функціонування судової влади в Україні. Зі змісту розділу XIII чинної Конституції України? систему судів загальної юрисдикції в Україні становлять такі види судів: місцеві суди; апеляційні суди; Верховний Суд.

При цьому, ст. 31 нового Закону України «Про судоустрій і статус суддів» передбачає можливість створення двох вищих спеціалізованих судів – Вищого суду з питань інтелектуальної власності та Вищого антикорупційного суду. Пункти 15 і 16 Закону передбачають утворення цих судів упродовж 12 місяців з дня вступу в дію судової реформи із 30 вересня 2016 року [3].

На сьогодні в Україні сформовано новий Верховний Суд, започатковано створення Вищого антикорупційного суду та завершується формування Вищого суду з питань інтелектуальної власності. При цьому, Вищий суд з питань інтелектуальної власності, який експерти іще називають «ІР-суд» повинен розглядати справи у сфері захисту прав інтелектуальної власності і економічної конкуренції. ІР-суд об'єднає в собі першу інстанцію та апеляцію щодо справ стосовно об'єктів прав інтелектуальної власності. Вищою інстанцією залишиться окрема палата Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду.

Запровадження роботи Вищого суду з питань інтелектуальної власності в Україні, на наш погляд, є не модерним атрибутом численних

реформ державної влади і публічного управління, а реальною вимогою сьогодення. Адже, добревідомо, що Україна не перший рік знаходиться серед держав світу, де найбільше порушують права на об'єкти інтелектуальної власності.

На сьогодні момент триває конкурс і оцінювання професійних якостей кандидатів до спеціалізованого суду. 234 кандидати (допущено комісією – 219) вирішили прийняти участь у конкурсі. Спочатку було оголошено про посади для 21 судді. Але одразу виникли побоювання, що це занадто мало і нещодавно це число було збільшено до 30, з яких 9 – кількість штатних одиниць суддів Апеляційної палати цього суду. Серед такої великої кількості кандидатів – майже всі є діючими суддями та 19 кандидатів є патентними повіреними чи адвокатами. Очевидно, що висока конкуренція на вакантні місця суддів Вищого суду з питань інтелектуальної власності дає надію, що до цього суду будуть відібрані найбільш висококваліфіковані фахівці, спроможні швидко опанувати особливості судочинства у сфері захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності.

Що ж до призначення Вищого суду з питань інтелектуальної власності в механізмі держави, то на нашу думку, то утвердження цієї інституції має завершити існуючу систему захисту державою права інтелектуальної власності. Нині вона представлена на законодавчому рівні Верховною Радою України, на виконавчому – Кабінетом Міністрів України і Міністерством економічного розвитку та торгівлі України, іншими центральними органами виконавчої влади. Невдовзі, в 2019 році на судовому рівні ця система буде представлена ІР-суд, який має забезпечити дієвий і оперативний захист права на об'єкти інтелектуальної власності.

Список використаних джерел:

1. Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) : Закон України від 02 червня 2016 р. // Голос України. – 2016. – № 118 (від 29.06.2016).
3. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 02 червня 2016 року // Відомості Верховної Ради України. – 2016. – № 31. – Ст. 545.

Борох С. І.,
аспірант кафедри публічного управління
та публічної служби Національної академії
державного управління
при Президентіві України

ПЕРЕДУМОВИ СТВОРЕННЯ ВИЩОГО СУДУ З ПИТАНЬ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ТА ЙОГО РОЛЬ У СИСТЕМІ ПРАВОСУДДЯ УКРАЇНИ

Указом Президента України від 20 травня 2015 року № 276/2015 затверджено Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки (далі – Стратегія), якою було визначено основоположні засади реформування системи правосуддя. Даний документ став фундаментом для впровадження судової реформи в Україні. Одним із закріплених Стратегією напрямків реформування системи судоустрою та судочинства є підвищення ефективності правосуддя. Перші кроки в цьому напрямку були зроблені шляхом впровадження системних змін до законодавства України, зокрема прийняттям Закону України № 1401-VIII від 02 червня 2016 року «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)», та Закону України № 1402-VIII від 02 червня 2016 року «Про судоустрій і статус суддів», що стало наслідком перебудови у структурі системи судів загальної юрисдикції в Україні.

Так, у контексті зазначеної реформи відбулась оптимізація системи судоустрою, зокрема запроваджена нова структура судів загальної юрисдикції. Даний процес розпочався з ліквідації Верховного Суду України і Вищих спеціалізованих судів та закладенням можливості створенням трьох ланкової системи судоустрою. Найвищим судом у системі судоустрою визначено Верховний Суд у складі якого передбачено функціонування Великої Палати Верховного Суду та касаційних судів, зокрема: Касаційного адміністративного суду, Касаційного цивільного суду, Касаційного кримінального суду та Касаційного господарського суду [1].

Натомість, система Вищих спеціалізованих судів побудована за кардинально іншим принципом. Відповідно до вищезазначених законів підлягають створенню Вищий суд з питань інтелектуальної власності та Вищий антикорупційний суд, які не будуть судами касаційної інстанції, а розглядатимуть окремі категорії справ, як суди першої та апеляційної інстанції[3].

Вищий суд з питань інтелектуальної власності має розглядати справи у сфері захисту прав інтелектуальної власності і економічної конкуренції. Створення такого суду здебільшого позитивно

сприймається суспільством, оскільки судові спори щодо захисту прав інтелектуальної власності є складною категорією справ та розглядається судами різних юрисдикцій протягом тривалого часу. У зв'язку з цим формування єдиної судової практики розгляду даної категорії справ є недосяжним завданням для сучасної судової системи України. Натомість, захист прав інтелектуальної власності в Україні надзвичайно важливий для утвердження і забезпечення дотримання прав людини та інтересів юридичних осіб. Надійна система захисту прав інтелектуальної власності має вирішальне значення для розвитку інноваційних секторів економіки та інвестиційної привабливості України. Тому створення Вищого суду з питань інтелектуальної власності є однозначно позитивним кроком до побудови ефективної системи захисту від порушень у сфері інтелектуальної власності в Україні.

Питання створення в Україні окремої системи патентної юстиції для вітчизняного науково простору не є новелою та розглядалося у працях: Святоцького О.Д. – «Охорона інтелектуальної власності: Нормативно-правові акти», Цибulyова П.М. – «Управління інтелектуальною власністю», Паладія М.В. – «Система державного управління сферою інтелектуальної власності відбір методів», Дроб'язка В.С. – «Право інтелектуальної власності» тощо.

Окрім того, практика розгляду спорів з інтелектуальної власності не є чужою для інших країн світу. Так, вже близько двадцяти країн світу успішно застосовують практику розгляду справ з питань інтелектуальної власності спеціалізованими судами, серед яких: Швейцарія, Велика Британія, Німеччина, Австрія, Португалія, Білорусь, Туреччина, США, Бразилія, Індія, Китай тощо.

Так, Указом Президента України від 29 вересня 2017 року в Україні був утворений Вищий суд з питань інтелектуальної власності.

На основі погодженої Вищою радою правосуддя кількості суддів Вищого суду з питань інтелектуальної власності (30 штатних одиниць, з яких 9 – посади суддів апеляційної палати цього суду) Вища кваліфікаційна комісія суддів України рішенням від 30 вересня 2017 року оголосила конкурс на зайняття 21 вакантної посади у Вищому суді з питань інтелектуальної власності. А також, в подальшому рішенням Вищої кваліфікаційної комісії суддів України від 05 жовтня 2018 року оголошено конкурс до апеляційної палати Вищого суду з питань інтелектуальної власності на 9 вакантних посад цього суду.

Для участі в конкурсі оголошеному 30 вересня 2017 року звернулось – 234 кандидати з яких допущено – 219 осіб, серед яких судді (206), патентні повірені (6), адвокати (5) та особи із сукупним стажем (2). Однак на стадії іспиту взяли участь лише – 148 осіб. Натомість, 03 жовтня 2018 року успішно склали іспит – 63 кандидати,

які продовжать участь у конкурсі на зайняття вакантних посад у Вищому суді з питань інтелектуальної власності. Стосовно даних кандидатів 30 листопада 2018 року Вищою кваліфікаційною комісією суддів України призначено психологічне тестування з метою перевірки їх особистих морально-психологічних якостей та загальних здібностей.[4]

Водночас для участі в конкурсі до апеляційної палати Вишого суду з питань інтелектуальної власності звернулось – 97 кандидатів, серед яких 80 суддів, 2 патентних повірених, 5 адвокатів та 7 осіб з сукупним стажем (стосовно 3 осіб на сайті Вищої кваліфікаційної комісії суддів України категорія не визначена). Наразі конкурс триває.[4]

Слід нагадати, що відповідно до частини першої статті 33 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» суддею Вишого суду з питань інтелектуальної власності може бути особа, яка відповідає вимогам до кандидатів на посаду судді, за результатами кваліфікаційного оцінювання підтвердила здатність здійснювати правосуддя у Вищому суді з питань інтелектуальної власності, а також відповідає одній із таких вимог:

- 1) має стаж роботи на посаді судді не менше трьох років;
- 2) має досвід професійної діяльності представника у справах інтелектуальної власності (патентного повіреного) щонайменше п'ять років;
- 3) має досвід професійної діяльності адвоката щодо здійснення представництва в суді у справах щодо захисту прав інтелектуальної власності щонайменше п'ять років;
- 4) має сукупний стаж (досвід) роботи (професійної діяльності) відповідно до вимог, визначених пунктами 1-3 цієї частини, щонайменше п'ять років.[2]

Варто зазначити, що встановлені законом вимоги стали предметом критики серед правників, оскільки вони позбавили можливості взяти участь у конкурсі науковців, які мають досвід роботи у даній галузі, однак не є суддями, патентними повіреними чи адвокатами, а також юристів, які здійснювали представництво інтересів в суді у даній категорії справ, однак не мали статус адвоката. Хоча така можливість для науковців була забезпечена в межах конкурсу до касаційних судів у складі Верховного Суду.

Крім того, суспільній критиці піддавались кваліфікаційні вимоги до майбутніх суддів Вишого суду з питань інтелектуальної власності, оскільки посилаючись на міжнародний досвід зазначалось про доцільність обов'язку наявності у кандидатів технічної освіти (до прикладу: судді патентних судів Великобританії та Швейцарії повинні мати юридичну і технічну освіту), або включенню до складу суду, так званих «технічних суддів» за зразком Федерального патентного суду Німеччини.

Також, ставилась під сумнів ефективність інстаційної структури суду, оскільки ним будуть вирішуватись спори лише як судом першої інстанції та переглядатись в апеляційному порядку його структурним утворенням – апеляційною палатою. Натомість касаційною інстанцією, тобто судом, що буде ставити крапку у вирішенні спору (оскільки його рішення за результатами касаційного перегляду справи не підлягають оскарженню) є Верховний Суд.

Варто зазначити, що окрім названих недоліків є значна кількість переваг створення Вищого суду з питань інтелектуальної власності, що дозволяє назвати таке створення серйозним кроком до належного захисту прав інтелектуальної власності та підвищення інвестиційної привабливості України.

Так, завдяки широкій юрисдикції Вищого суду з питань інтелектуальної власності та спеціалізації суддів повинна підвищуватись якість судочинства та скорочуватись строки розгляду справ. Як вже зазначалось в Україні аналогічні категорії справ у сфері захисту інтелектуальної власності розглядаються судами за правилами різних юрисдикцій. Це призводить до юрисдикційних спорів, які значно затягують час розгляду справи по суті, а інколи взагалі унеможливлюють захист від так званих «патентних тролів». В різних країнах спеціалізовані суди з питань інтелектуальної власності розглядають справи на підставі різних процесуальних норм, Наприклад, Федеральний патентний суд Німеччини керується адміністративним і цивільним, Шведський патентний суд – адміністративним процесом, а суд інтелектуальної власності Великобританії – цивільним. Водночас створення Вищого суду з питань інтелектуальної власності, а також законодавчі зміни до процесуальних кодексів можуть вирішити проблему юрисдикційних спорів й в Україні. Так, виходячи з категорії справ, що підлягають розгляду цьому суду провадження буде здійснюватись у формі господарського судочинства. А касаційне провадження буде здійснюватись палатою з розгляду справ щодо захисту прав з питань інтелектуальної власності Касаційного господарського суду в складі Верховного Суду, яка утворюється відповідно до статті 37 Закону України «Про судоустрій і статус суддів».

Якість судочинства у сфері захисту прав інтелектуальної власності також може забезпечуватись вузькою спеціалізацією майбутніх суддів Вищого суду з питань інтелектуальної власності, що дозволить зосередити формування судової практики та забезпечення сталості сформованої практики в єдиній інституції, в постійній комунікації з колегами, оскільки справи будуть розглядатись колегією у складі трьох суддів. Натомість, завданням Верховного Суду буде забезпечення єдності сформованої практики з розгляду справ у сфері інтелектуальної власності.

Також позитивним фактором стане розвантаження місцевих окружних судів від даної категорії справ, що є досить важливим та актуальним в даний період реформування судової системи України, коли на кожного суддю місцевого суду покладено подвійне навантаження, у зв'язку з відсутністю належного кадрового наповнення, відповідно до встановлених штатних розписів.

Список використаних джерел:

1. Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. Закон України Про судоустрій і статус суддів від 02.06.2016 № 1402-VIII [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Верховної ради України – Режим доступу до ресурсу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1402-19>;
3. Стратегія реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки від 20.05.2015 р. № 276/2015 [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Верховної ради України. – 2015. – Режим доступу до ресурсу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/276/2015>.
4. Офіційний веб-сайт Вищої кваліфікаційної комісії суддів України: <https://www.vkksu.gov.ua/>.

Самелюк О. С.,
судовий експерт НДЦСЕ
з питань інтелектуальної власності,
судовий експерт

Мотузка К. А.,
судовий експерт НДЦСЕ
з питань інтелектуальної власності,
судовий експерт

ЩОДО ЄВРОПЕЙСЬКОЇ ПРАКТИКИ У ВИРІШЕННІ ПИТАНЬ ЗАХИСТУ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ВІД НЕДОБРОСОВІСНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ

Проблема запобігання недобросовісній конкуренції є досить суттєвою та актуальною на сучасному етапі розвитку економіки в Україні. Виділяють форми недобросовісної конкуренції, такі як: неправомірне використання чужих позначень, рекламних матеріалів, упаковки, неправомірне використання товару іншого виробника,

порівняльна реклама, копіювання зовнішнього вигляду виробу, дискредитація суб'єкта господарювання, неправомірне використання товару іншого виробника; схвалення постачальника до дискримінації покупця (замовника), схвалення до бойкоту суб'єкта господарювання; підкуп працівника покупця (замовника), підкуп працівника постачальника, неправомірне збирання комерційної таємниці, досягнення неправомірних переваг у конкуренції, схвалення до розголошення комерційної таємниці, розголошення комерційної таємниці, неправомірне використання комерційної таємниці [1].

Найбільш поширеною формою недобросовісної конкуренції на сучасному етапі розвитку є введення в оману. Введення в оману прийнято розглядати як інформацію, спрямовану на формування хибного враження від продукції чи послуг конкурента.

На сьогодні існує досить велика кількість прогалин в законодавстві України, які заважають нормальному функціонуванню всієї системи і перешкоджають захисту від недобросовісної конкуренції. Негативним є і суперечності в нормах різних законодавчих актів, що призводять до неправильності розв'язання проблем, починаючи з підвідомчості справ, закінчуючи неможливістю доведення факту порушення.

Окрім того, є проблеми саме з доведенням недобросовісної конкуренції: є кваліфікація форм, однак вона неповна і не охоплює всі можливі прояви, відсутній опис необхідної доказової бази, переліку документів які мають доводити або ж навпаки спростовувати факт порушення, основні нормативно-правові акти не містять повної інформації і потребують додаткового пошуку її в інших джерелах.

Водночас, національне законодавство не має конкретизації певних процесів, зокрема: виявлення доказів, їх оформлення, опис і навіть чіткого їх переліку, відсутність критеріїв оцінки інформації, неможливість оцінити вплив на споживача та інші.

Специфіка захисту від недобросовісної конкуренції до кінця не досліджена і потребує подальшого вивчення і вдосконалення на законодавчому рівні. Необхідна більш конкретна класифікація дій, які вважаються порушенням правил добросовісної конкуренції, а також розширення і трактування засобів припинення таких дій.

Якщо звернутись до французької правової доктрини, можна побачити що поняття недобросовісної конкуренції складається з недобросовісної конкуренції, недозволеної конкуренції, забороненої та паразитичної конкуренції.

За законодавством України, зокрема відповідно до ст. 1 Закону України «Про недобросовісну конкуренцію», «недобросовісною конкуренцією є будь-які дії у конкуренції, що суперечать торговим та іншим чесним звичаям у господарській діяльності [1]».

В українському визначенні недобросовісної конкуренції законодавцем зроблена жорстка прив'язка до поняття «конкуренція». Така жорстка прив'язка до поняття «конкуренція» підштовхує нас до розгляду поняття «недобросовісна конкуренція» через легальне поняття «конкуренція», яке міститься у статті 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

Щодо міжнародного досвіду, то «визначення недобросовісної конкуренції притаманне, як правило, законодавствам тих країн, що вперше прийняли такі закони, чи відновили після певної перерви правове регулювання припинення недобросовісної конкуренції.

У законах низки держав сформульована загальна заборона правопорушення в даній галузі, так званий генеральний делікт, без спеціального визначення поняття недобросовісної конкуренції.

Існує чотири основні групи правового регулювання недобросовісної конкуренції.

Перша група – це країни, в яких регулювання питань недобросовісної конкуренції здійснюється на основі загальних норм цивільного права про делікти. До таких країн належать Нідерланди, Італія, Франція. Французькі суди на основі загальних положень французького законодавства про відшкодування збитку в разі здійснення протиправних дій зуміли створити всеосяжну й ефективну систему захисту від недобросовісної конкуренції.

Другу групу складають країни, які мають спеціальне законодавство про недобросовісну конкуренцію. До них відносяться Іспанія, Австрія, Швейцарія, Греція, Данія, Німеччина, Швеція.

В країнах **третьої групи** захист від недобросовісної конкуренції здійснюється на основі як загальних норм про делікти, так і спеціальних норм. Наприклад, Бельгія, Велика Британія, Ірландія.

У деяких країнах **четвертого напрямку** розвитку законодавства про захист від недобросовісної конкуренції, наприклад у США, Японії, Канаді норми про боротьбу з неправомірним використанням ділової репутації і з недобросовісною конкуренцією взагалі складають частину антимонопольного законодавства, оскільки сама нечесна конкуренція розглядається як один з елементів монопольної практики. У межах законодавства про боротьбу з монопольною практикою виділяються конкретні склади правопорушень, що характеризуються як недобросовісна конкуренція.

Стаття 10-bis(3) містить неповний перелік трьох типів проявів недобросовісної конкуренції, а саме дії, які можуть призвести до змішування, дії, які дискредитують конкурентів, дії, які можуть ввести в оману громадськість. Паризька конвенція забороняє всі дії, які викликають змішування.

Стаття 10-bis(3)1 охоплює дуже широке поле випадків у комерційній діяльності і стосується знаків, етикеток, гасел, упаковки, форми і кольору товарів, чи інших ознак розпізнавання, які вживаються

підприємцями. Таким чином, не тільки ознаки, що використовуються для впізнання товарів, послуг чи окремих підприємців, але також сам зовнішній вигляд товарів і репрезентація послуг вважаються суттєвими, коли йдеться про заборону введення в оману.

Згідно зі ст. 10-bis(3)1 Паризької конвенції «намір» викликати змішування не дає підстави для визначення тієї чи іншої дії актом недобросовісної конкуренції. Однак недобросовісність імітатора може вплинути на вибір санкцій, які будуть застосовані.

Факторами, які часто розглядаються для визначення виникнення змішування, є міра розрізнявальної здатності захищеного знака, масштаби діяльності та репутація його власника, рівень інформованості споживачів, і, звичайно, схожість знаків і відповідних товарів чи послуг.

Аналіз міжнародної судової практики свідчить про те, що кожна країна має власний підхід для визначення спеціалізації суду при розгляді справ, пов'язаних з порушенням прав інтелектуальної власності.

Зокрема, існують такі варіанти спеціалізації судових органів в зазначеній сфері:

- наявність спеціалізованих судів, які розглядають спори виключно у сфері інтелектуальної власності (Великобританія, Туреччина, Таїланд);
- у складі судів загальної юрисдикції діють спеціалізовані відділення з розгляду справ про інтелектуальну власність або судді зі спеціальною підготовкою (Австралія, Австрія, Китай);
- функціонують апеляційні суди, що мають виключну юрисдикцію, але розглядають й інші спори (Франція, Індія, США та ін.); наявність спеціальних відділів у нижчих і вищих судах, що розглядають господарські спори (Іспанія, Швейцарія);
- наявність спеціальних трибуналів, що слухають ці справи (Корея, Нова Зеландія, Сінгапур); питання про створення спеціалізованих судів перебуває на стадії розгляду (Індія, В'єтнам). Власним шляхом пішла РФ, де з 01.02.2013 р. діє Суд з інтелектуальних прав, який розглядає в межах своєї компетенції справи зі спорів, пов'язаних із захистом інтелектуальних прав як суд першої та касаційної інстанцій.

Для ефективного захисту від недобросовісної конкуренції законодавством різних країн передбачені різноманітні санкції, які можна застосовувати до правопорушників. «Як правило, такі санкції набувають форм цивільного або кримінального покарання. Санкції можуть застосовувати урядові структури у формі адміністративних стягнень (так, як це робиться в Австралії, Болгарії, Угорщині, Індії, Мексиці, Перу, Румунії і у США). Деякі законодавства пропонують крім цього правила, процедури, визнаючи, хто має право подавати позов і протягом якого часу може звернутися до суду.

Найважливішими санкціями у практиці припинення недобросовісної конкуренції є **судові заборони**, які дуже часто мають форму попередньої

заборони. Суть таких заборон полягає в тому, що вони покладають на відповідача обов'язок не чинити певних дій, які є недобросовісною конкуренцією. Для отримання судової заборони не потрібно доводити факт нанесених збитків або наявність наміру певних дій.

Важливим елементом захисту від недобросовісної конкуренції у кожній країні є **відшкодування збитків**. В даному випадку необхідно довести факт наміру або зловмисності. Наприклад, французькі суди виявляють щедрість у визнанні факту понесених збитків, включно з потенційними збитками, і, оскільки важко довести факт існування збитків, часто накладають чисто символічну компенсацію у розмірі один франк, але одночасно проголошується вимога припинити незаконні дії. Часом має місце визнання презумпції халатності, якщо дія є проявом недобросовісної конкуренції, що відображено у ст. 2600(3) Цивільного кодексу Італії . В даному випадку порушник має довести добросовісність своїх намірів.

Існує ще одна санкція під назвою **розпорядження про ректифікацію** або про публікацію рішення суду. В деяких країнах Азії окремою формою ректифікації може бути лист із вибаченнями у щоденній пресі. Часто застосовують ще один вид ректифікації (наприклад, у Сполучених Штатах Америки) – відкориговану рекламу. Розпорядження про ректифікацію зазвичай видається у випадках введення в оману або дискредитації, але може бути також доречним при інших методах недобросовісної реклами. Дана санкція може бути додатком до судової заборони і відшкодування дійсних збитків.

Більшість заходів захисту від недобросовісної конкуренції можна застосувати лише під час суду, але мало країн які б забезпечували докази *ex parte*, тобто можливість не інформувати відповідача про початок розгляду справи судом. Наприклад, ст. 24 нового іспанського Закону про недобросовісну конкуренцію від 1991 р., який забезпечує розгляд справи судом *ex parte* для застосування всіх заходів, щоб визначити факти, знання яких необхідне для початку розгляду справи судом; серед таких заходів можуть бути (згідно відповідних правил іспанського Закону про патенти) огляд приміщень та знарядь, які використовувалися для здійснення правопорушення.

Отже, механізм розгляду справ про недобросовісну конкуренцію в інших країнах є більш досконалим і деталізованим в порівнянні із законодавством України, містить безліч компонентів, які допомагають швидко виявити прояви недобросовісної конкуренції, вчасно їх зупинити, або ж взагалі запобігти їй виникненню. Зокрема, існує інститут судової заборони, відшкодування шкоди, розпоряджень про ректифікацію та інші. Саме це забезпечує належний рівень захисту суб'єктів господарювання та безпеку їх діяльності.

Підводячи підсумок, слід зазначити, що недобросовісна конкуренція здійснює негативний вплив на економіку України, призупиняє її розвиток, завдає шкоди суб'єктам господарювання, псує їх репутацію. Також здійснює вагомий вплив на споживача, спочатку викликає недовіру до певного товару, потім до його виробника, що в результаті є першим кроком до припинення його діяльності, банкрутства. Вже не раз доведено те, що новим виробникам дуже важко ввійти на ринок України, оскільки вони не справляються з конкуренцією, не мають потрібного досвіду і потерпають від недобросовісної конкуренції з боку досвідчених виробників, що в свою чергу призводить до монополізації ринку. Рішенням даної проблеми є усунення прогалин в законодавстві, посилення контролю та запровадження дієвого механізму регулювання з боку уповноважених державних органів.

Необхідно дотримуватися принципу, що конкуренція має здійснювати позитивний вплив на економіку, забезпечувати її розвиток та становлення. Ідеальним становищем на ринку є коли споживач має змогу оцінити позитивні і негативні якості товарів, представлених на ньому на основі повної, достовірної інформації.

Список використаних джерел:

1. Про захист від недобросовісної конкуренції : Закон України від 07.06.1996 р. № 236/96 (у редакції від 13.01.2009 р.) // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 36– Ст. 164.

3. З ІСТОРІЇ НАУКОВО-ДОСЛІДНОГО ЦЕНТРУ СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ З ПИТАНЬ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

*В пам'ять про фундатора і першого директора Науково-дослідного центру судової експертизи з питань інтелектуальної власності Мін'юсту України, відомого українського ученого у сфері захисту права інтелектуальної власності, професора, доктора наук у галузі права, кандидата економічних наук, винахідника **Петра Павловича Крайнісва**.*

З ПЕРШИХ ВУСТ: «МАРОЧНА» СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА

Минуло більше року з тих пір, як в Україні утворено спеціалізовану установу – Науково-дослідний центр судової експертизи з питань інтелектуальної власності Мін'юсту України. «ЮП» вирішила розпитати про діяльність Центру його директора – доктора наук в галузі права, кандидата економічних наук, професора Петра КРАЙНІСВА.¹

– Петро Павлович, скажіть, чи встав Центр, як то кажуть, на ноги?

– Початком життя Центру можна вважати дві дати. Перша – це дата підписання розпорядження Кабінету Міністрів України – останній день 2004 року; друга – фактичний початок роботи після відповідної державної реєстрації – 26 квітня 2005 року.

Такий проміжок обумовлений тим, що розпорядженням КМУ було передбачено узгодження статуту Центру з НАН України та Міністерством освіти і науки. Якщо перший зробив це оперативно, то другий, в особі Департаменту інтелектуальної власності, вичерпав весь ліміт часу, хоча на це було відведено три місяці, і в кінці кінців в останній день погодив проект статуту Центру без зауважень... Тільки після цього ми змогли почати процедуру його державної реєстрації, пошук приміщення, оснащення його необхідними меблями, технічними засобами і т.п.

– Які основні завдання покладено на Центр?

¹ Газета «Юридическая практика». 2006. – № 14 (432) от 04.04.06. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://pravo.ua/article.php?id=10005868>

– Основні завдання полягають у задоволенні потреб органів дізнання, досудового слідства, судових органів, інших державних органів та надання послуг юридичним та фізичним особам щодо забезпечення їх незалежною, кваліфікованою і об'єктивною експертизою з питань інтелектуальної власності, орієнтованої на максимальне використання досягнень науки і техніки.

Центром також здійснюється наукова діяльність, спрямована на підвищення ефективності наукових досліджень в галузі судової експертизи.

Центр, як це записано в його статуті, повинен стати координуючою науковою установою з питань судової експертизи інтелектуальної власності в системі Мін'юсту України.

– Розкажіть про структуру Центру. Який кадровий і науковий потенціал він на сьогодні має?

– У Центрі діють три наукові лабораторії, в яких працюють 4 доктори наук та 3 кандидати. Це фахівці в технічних, економічних і юридичних областях знань. На сьогоднішній день 20 осіб безпосередню беруть участь в науковій та експертній діяльності Центру.

– Минуло занадто мало часу, щоб говорити про вагомі здобутки. Але з основних завдань, покладених на Центр, зрозуміло, що він повинен стати методичним центром в системі судової експертизи з питань інтелектуальної власності. Хотілося б дізнатися докладніше про плани.

– На даний момент в Україні немає ніяких методичних рекомендацій для судових експертів в сфері інтелектуальної власності. Незважаючи на те, що пройшло мало часу, ми вже маємо певні напрацювання. Відповідно до тематичного плану наукових робіт Мін'юсту України Центр виконує чотири науково-дослідні роботи.

Ми також працюємо над внутрішніми пошуковими науковими темами. Це стосується досліджень економічних аспектів у сфері інтелектуальної власності, комп'ютерних програм, ноу-хау та ін.

Окремо хотів би звернути увагу на експертні дослідження, що стосуються знаків для товарів і послуг (торгових марок). Вони є одним з найбільш актуальних і затребуваних напрямів судової експертизи. Кількість проведених експертних досліджень цього об'єкта права інтелектуальної власності стає дедалі більше, в той же час відсутня єдина методика проведення судових експертиз знаків для товарів і послуг, що призводить до використання судовими експертами різних підходів при дослідженні вищезгаданих об'єктів.

Ми вважаємо, що методика проведення судової експертизи з цього виду об'єкта права інтелектуальної власності повинна розроблятися поетапно, як закінчені наукові розробки за окремими ознаками, властивим торговим маркам, ніж чекати загальної ґрунтовної методики, термін розробки якої оцінюється фахівцями в 5-6 років.

Це дозволить отримати судовим експертам у значно короткі терміни довгоочікувану допомогу в проведенні судових експертиз торгових марок.

– Специфіка досліджень об'єктів права інтелектуальної власності потребує ґрунтовної теоретичної підготовки експерта, відповідного досвіду і практичних навичок. Як організована експертна робота в Центрі?

– Сьогодні в Центрі працює 12 атестованих судових експертів з різних видів експертних спеціальностей, пов'язаних з охороною прав на об'єкти інтелектуальної власності. Практика показала, що при вирішенні питань у сфері інтелектуальної власності потрібні знання і з інших видів судових експертиз. Тому в Центрі працюють фахівці, що мають, крім зазначеної експертної спеціальності, статус судового експерта по іншим видам судових експертиз, таким, як економічна і товарознавча. Крім того, два співробітника проходять стажування в іншій експертній установі за експертною спеціальністю – комп'ютерно-технічні дослідження.

Нами виконані вже близько сорока експертних досліджень на замовлення судів, прокуратури, податкової міліції та інших організацій. Експертні дослідження переважно відносяться до категорії особливо складних. Серед них повторні, комісійні та комплексні експертизи.

В практику проведення судових експертиз ми ввели новачку, яка, на нашу думку, допоможе з'єднати практичну роботу експерта з теорією. А конкретно: кожен судовий експерт після завершення експертного дослідження готує реферат.

Систематизація та аналіз таких рефератів дозволить:

1) виявити недоліки в нормативно-правових актах і запропонувати шляхи їх усунення. А сфери інтелектуальної власності стосуються більше десятка законів і сотні підзаконних актів;

2) виявити, на що необхідно звернути особливу увагу при розробці тієї чи іншої методики проведення судових експертиз;

3) систематизувати питання, що виникають у суддів, слідчих. Як і саме методичні рекомендації потрібні судам і правоохоронним органам в першу чергу, які профілактичні заходи необхідні для запобігання злочинам у цій сфері і т.п.

І, врешті-решт, це дуже цінний фактичний матеріал для підготовки дисертаційних робіт юридичних, економічних, технічних, філологічних та інших наук, так як сфера інтелектуальної власності стосується багатьох галузей знань.

– Які ще наукові установи, крім вашого Центру, виконують судові експертизи в сфері інтелектуальної власності?

– Відповідно до Закону України «Про судову експертизу» експертні дослідження можуть виконувати НДІ судової експертизи, які

знаходяться в сфері управління Мін'юсту України. Таких інститутів на Україні 7: в Дніпропетровську, Донецьку, Києві, Львові, Одесі, Харкові та Сімферополі, а також експертні служби СБУ і МВС України.

– Ви, напевно, забули назвати Науково-дослідний інститут інтелектуальної власності Академії правових наук України?

– Як я можу забути про наукову установу, яку сам створював і 4 роки був одним з його керівників. Я не назвав його навмисне. Тут справа в іншому. Відповідно до пункту 14 статті 92 Конституції України засади судової експертизи визначаються виключно законами України. Базовим законом, що регулює судово-експертну діяльність, є Закон України «Про судову експертизу». Науково-дослідний інститут інтелектуальної власності Академії правових наук України не є експертною установою в розумінні статті 7 зазначеного Закону.

А згідно з роз'ясненням Мін'юсту України, експерти, які не працюють в експертних установах, повинні пройти атестацію в Центральній експертно-кваліфікаційній комісії Мін'юсту. І тільки тоді вони отримують статус приватних експертів, які можуть працювати в державних або інших установах.

У минулому році колегія суддів Київського апеляційного господарського суду по одній зі справ не визнала висновок судової експертизи НДІ інтелектуальної власності АПрН України саме на тій підставі, що він не уповноважений здійснювати судово-експертну діяльність.

– Петро Павлович, як судовий експерт ви молодий, проте маєте великий професійний досвід в сфері інтелектуальної власності та є автором багатьох наукових праць. І все ж, яким ви бачите розвиток судової експертизи в сфері інтелектуальної власності в Україні?

– Що стосується «молодого судового експерта», то це не зовсім вірно. Ще за радянських часів, починаючи з 1984 року, суди і правоохоронні органи залучали мене як експерта або спеціаліста. Переглядаючи свій домашній архів, я нарахував близько ста експертних досліджень, зроблених мною в минулі роки. Звичайно, з урахуванням зміни законодавства, введення на початку 90-х років минулого століття нових об'єктів права інтелектуальної власності в Україні, судові дослідження виглядають зовсім інакше. Але принципи експертного дослідження залишилися незмінними.

З введенням в 2002 році нової експертної спеціальності – «експертиза, пов'язана з охороною прав на об'єкти інтелектуальної власності» – я одним з перших пройшов атестацію в Центральній експертній кваліфікаційній комісії Мін'юсту України і отримав статус судового експерта з цього напрямку.

Раніше, працюючи заступником директора Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності АПрН України, і сьогодні, будучи

директором Центру, я знаходжу час і самостійно проводжу експертні дослідження.

Тому у мене є сформовані погляди щодо удосконалення судових експертиз в сфері інтелектуальної власності. Я вже висловлювався про те, що з урахуванням напрацьованої практики є необхідність диференціювати деякі види судових спеціальностей, пов'язаних з охороною прав на об'єкти інтелектуальної власності.

Наприклад, з експертно-судової спеціальності, що стосується досліджень в сфері авторського права, виділити дослідження комп'ютерних програм. Є й інші пропозиції. Після закінчення наукової розробки, яку проводить Центр, ми представимо конкретні пропозиції щодо шляхів удосконалення судової експертизи в сфері інтелектуальної власності.

– Яким ви бачите взаємодію з судами, правоохоронними органами? Призначаючи судові експертизи, вони очікують обґрунтованих, кваліфікованих висновків, щоб їх можна було покласти в основу своїх рішень.

– Це дійсно так. Наприклад, в одному зі своїх виступів заступник голови Господарського суду м. Києва назвав судових експертів «суддями в білих халатах».

Що стосується взаємодії, то тут є кілька шляхів.

Перший. Безпосереднє спілкування з суддями та слідчими шляхом проведення спільних наукових конференцій, науково-практичних семінарів, шкіл і т.п.

Другий. Розробка методичних рекомендацій для суддів і слідчих. Такі методичні рекомендації повинні містити якомога більше орієнтовних питань, щоб, в залежності від розв'язуваних справ, судді та слідчі могли конкретно і чітко поставити перед експертом завдання.

Третій. Організація ділових ігор, сценарій яких треба ретельно розробити. Вони повинні бути максимально наближеними до реалій з вступними ситуаціями. Свого часу я займався розробкою ділових ігор і переконаний в їх позитивному результаті. Це буде взаємним, двостороннім підвищенням кваліфікації.

Можливі й інші шляхи взаємодії і спілкування.

(Розмовляла Ірина ГОНЧАР, «Юридична практика»)

4. СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА У СФЕРІ АВТОРСЬКОГО ПРАВА ТА СУМІЖНИХ ПРАВ

Giennadij Androshchuk,
kierownik laboratorium prawnego wsparcia
rozwoju nauki i technologii
Instytutu naukowo-badawczego własności intelektualnej
Narodowej akademii nauk prawnych Ukrainy,
doktor nauk ekonomicznych, profesor

OCHRONA WIZERUNKU FRYDERYKA CHOPINA

Twórczość Chopina, jak i on sam jako osoba, mają w Polsce szczególną ochronę prawa. W 2001 roku Sejm uchwalił Ustawę «O ochronie dziedzictwa Fryderyka Chopina» uznając, że jego utwory i przedmioty z nim związane stanowią dobro ogólnonarodowe a pieczę nad nimi sprawuje minister kultury. Nazwisko Fryderyka Chopina i jego wizerunek chronione są zupełnie tak, jakby Fryderyk był ciągle żywą osobą a więc przepisami o ochronie dóbr osobistych, szczególnie art. 23 i 24 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z prawem dobra osobiste konkretnej osoby gasną z chwilą jej śmierci.

Problem w tym, że Fryderyk Chopin zmarł 17 października 1849. Patrząc na ochronę jego dzieł z perspektywy przepisów o prawie autorskim i prawach pokrewnych – jego utwory są już w domenie publicznej. Chopin jest wyjątkiem. Tak więc posługiwanie się jego nazwiskiem i wizerunkiem musi być godne, uzasadnione, nie naruszać jego dobrego imienia i ustalonej kulturowej i społecznej pozycji. Nie można wykorzystywać ich instrumentalnie dla osiągnięcia celów użytkownika. Komercyjne i pozaartystyczne wykorzystanie nazwiska i wizerunku Chopina musi być oparte o zgodę ministra.

Wielu producentów i dystrybutorów różnych towarów i usług (np. alkoholi, słodczy, hotele) do dnia wejścia w życie ustawy wykorzystywało Chopina jako element marketingu w treści znaków handlowych, w tym zarejestrowanych w Urzędzie Patentowym znaków towarowych. Dano im 6 miesięcy na zaprzestanie ich dalszego używania w obrocie lub uzyskanie zgody ministra, pod rygorem odpowiedzialności prawnej. Minister otrzymał prawo dochodzenia ochrony tych dóbr przed sądami (tzw. legitymację czynną) w przypadku korzystania z nich w sposób przynoszący ujmę a kwoty zasądzone z tytułu odszkodowania lub zadośćuczynienia za ich naruszenie są przekazywane na rzecz utworzonego tą samą ustawą

Narodowego Instytutu Fryderyka Chopina (NIFC). Wykonywaniem powyższych obowiązków minister podzielił się z Instytutem. Ustawa uznała także Dworek w Żelazowej Woli, miejsce urodzenia Chopina, wraz z otaczającym go zabytkowym parkiem, za dobro kultury narodowej, podlegające szczególnej ochronie. Wymieniony Instytut, jako państwowa instytucja kultury otrzymał zadania ochrony dziedzictwa Chopina, zarządzania nieruchomościami i rzeczami związanymi z Chopinem, współdziałania z wszelkimi podmiotami w działaniach ochronnych nad dziedzictwem wielkiego kompozytora i pianisty. W obszarze administracji kraju tymi podmiotami będą Generalny Konserwator Zabytków i konserwatorzy wojewódzcy, a to dlatego, że materialne pozostałości po Chopinie znajdują swoją ochronę także w ustawie o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, która obejmuje nią przedmioty upamiętniające działalność wybitnych osobistości a także rękopisy nut, listów i innych dokumentów związanych z Chopinem (art.6 ustawy). Te pozostałości poddane są szczególnej opiece organów administracji państwowej, także pod względem możliwości ich przemieszczania i wywozu z kraju.

Ustawodawca określił także w ustawie zakres ochrony dziedzictwa Chopina. Zaliczył do niego kultywowanie wiedzy i pamięci o nim, prowadzenie badań i współdziałanie w rozwijaniu wiedzy o twórczości i osobie kompozytora, popularyzowanie jego twórczości poprzez wydawanie nagrań, nut i innych publikacji, organizowanie i współfinansowanie koncertów, konkursów i innych prezentacji utworów i wiedzy o Chopinie, popieranie i rozwijanie wykonawstwa jego utworów. Za ważne dla ochrony pamięci kompozytora ustawa uznaje pozyskiwanie, gromadzenie, zabezpieczenie a następnie udostępnianie przedmiotów oraz miejsc związanych z jego życiem i twórczością. Przykładem wdrażania tak rozumianej ochrony mogą być Duszniki Zdrój, w których Chopin się leczył, kultywujące w różnych formach pamięć o nim, przede wszystkim jednak poprzez światowej sławy festiwal i nadanie jego nazwiska jednemu z ujęć wód zdrojowych.

Na świecie kwestia wykorzystania wizerunku znanych postaci na produktach uregulowana jest w różny sposób. Nad umieszczaniem na towarach nazwiska i postaci papieża Franciszka czuwa watykański Sekretariat Stanu, który stale monitoruje rynek, aby zapobiec nadużyciom. Z kolei postać Mozarta może być wykorzystywana niemal bez ograniczeń – podczas Roku Mozartowskiego, przedsiębiorcy zaproponowali konsumentom m.in. piłki golfowe, kielbaski w kształcie skrzypiec, skarpetki a nawet damską bieliznę – wszystko pod nazwą Mozart.

Fryderyk Chopin jest jedynym Polakiem, którego twórczość i wizerunek chroniony jest z mocy ustawy, uchwalonej przez Sejm. Ustawodawca zastrzegł, że ochrona przedmiotowych dobr osobistych następuje w przypadkach korzystania z nich w sposób przynoszący ujmę. Utworzony

został Narodowy Instytut Fryderyka Chopina (NIFC), który jest instytucją ściśle powiązaną ze strukturami państwowymi (nadzór nad nim sprawuje minister właściwy do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego). NIFC, na mocy porozumienia zawartego z ministrem, wykonuje obowiązki wymienione w ustawie, czyli dba między innymi o to, żeby dobra ogólnonarodowe – nazwisko i wizerunek Chopina – były odpowiednio chronione.

Mało tego, imię i nazwisko kompozytora szefostwo instytutu zarejestrowało w Urzędzie Patentowym jako znak towarowy. Podobnie jak marka Mozart, która według niemieckiego «Focusa» osiągnęła wartość 5,4 miliarda USD wartość marki Chopin również osiągnęła wysoką pozycję i od kilku lat walczy w rankingach. I co roku zwiększa się liczba krajów, w których NIFC dokonuje rejestracji imienia i nazwiska «Fryderyk Chopin» jako znaku towarowego. Teraz ten proces rejestracji trwa w Stanach Zjednoczonych, Japonii i Korei Południowej. NIFC ma zatem takie prawa do ochrony wizerunku Fryderyka Chopina, jakby był rodziną kompozytora. Dysponuje licencją na używanie znaku towarowego «Fryderyk Chopin», a wszystkie zyski z jej tytułu przeznacza na promocję artysty w Polsce i na świecie.

Dodatkowo NIFC ma zarejestrowany słowny znak towarowy «Chopin» prawie we wszystkich klasach. Prawie, bo z wyjątkiem klasy 33, w której wcześniej prawo ochronne uzyskał... producent wódki. To Instytut udziela zatem licencji przedsiębiorcom, którzy chcą wykorzystywać znak słowny «Chopin» do oznaczania swoich towarów lub usług. W praktyce NIFC udziela przeważnie odpłatnych licencji niewyłącznych na określony okres. Z jednej strony w ten sposób decyduje o tym, na jakich produktach lub w jakich usługach pojawi się odniesienie do wybitnego kompozytora, z drugiej zaś zabezpiecza to słynne nazwisko przed monopolizacją. W ten sposób np. dwie firmy produkujące czekoladki mogą mieć w swojej ofercie bombonierki, w których nazwie znajduje się nazwisko «Chopin». Czas określony licencji powoduje, że trudniej ją wypowiedzieć, przedsiębiorcy mogą zatem z większą pewnością planować swoje działania. Kryteria, którymi kieruje się NIFC przy podejmowaniu decyzji o udzieleniu licencji, są wyszczególnione w regulaminie ochrony nazwiska i wizerunku Fryderyka Chopina, który stanowi załącznik do zarządzenia nr 5/2014 dyrektora Instytutu.

Generalna zasada mówi, że oznaczenie «Chopin» może być wykorzystywane jedynie przy przedsięwzięciach «o najwyższym poziomie jakości», w szczególności «w szeroko pojętej sferze kultury». W sytuacjach prostych decyzję w ciągu kilku dni podejmuje dyrektor NIFC. Gdy pojawiają się wątpliwości, sprawą zajmuje się specjalna Kapituła Ochrony Nazwiska i Wizerunku Fryderyka Chopina, która zbiera się kilka razy w roku.

Oczekiwanie na decyzję w sprawie udzielenia licencji może potrwać nawet pół roku.

Z rejestracji znaku słownego «Chopin» przez Instytut wynika wiele pozytywów. Z drugiej jednak strony środowisko biznesowe krytykuje pozycję NIFC, która niewątpliwie ogranicza swobodne posługiwanie się nazwiskiem Chopina i daje potencjalne pole do arbitralnych decyzji. Niejasna jest pozycja Instytutu, który jest podmiotem publicznym i wykonuje w zakresie ochrony dziedzictwa Fryderyka Chopina zadania zlecone mu przez ministra właściwego do spraw kultury, ale w obrocie występuje jako podmiot uprawniony, który może swobodnie podejmować decyzje o udzieleniu zgody na korzystanie z nazwiska i wizerunku Chopina. I nie ma od decyzji Instytutu żadnej drogi odwoławczej, ponieważ nie działa on w tej sferze w ramach postępowania administracyjnego, ale jako normalny uczestnik obrotu cywilnoprawnego.

O ile kwestia korzystania z nazwiska «Chopin» jako znaku towarowego do oznaczenia produktów i usług jest jasna od strony prawnej, o tyle wątpliwości może budzić kwestia udzielania odpłatnych zgód na korzystanie z wizerunku Chopina. Na podstawie lakonicznego przepisu ustawy Instytut został w tym zakresie upoważniony do dochodzenia ochrony wizerunku Chopina jako dobra osobistego.

Jako przykład odmiennego modelu zarządzania nazwiskiem wybitnego kompozytora podaje się Wolfganga Amadeusza Mozarta. Rodacy słynnego geniusza muzycznego nie ograniczają korzystania z jego nazwiska, znajduje się ono zatem nie tylko na czekoladkach i likierach, ale także np. na wędlinach.

Instytut zarejestrował w trybie unijnym oznaczenie słowne CHOPIN jako znak towarowy, uzyskując tym samym prawo wyłączne, obejmujące swym zakresem terytorium 28 państw Unii Europejskiej. Znak ten chroniony jest we wszystkich klasach towarowych i usługowych, z wyjątkiem klasy 33 (napoje alkoholowe) – jego wykaz towarów obejmuje szeroki wachlarz bardzo różnorodnych towarów i usług. Znak towarowy, to narzędzie służące przedsiębiorcom, gwarantujące monopol jego wykorzystywania zarobkowego i zawodowego w obrocie, w odniesieniu do towarów i usług objętych ochroną. Firma Miraculum, producent kultowych perfum Pani Walewska, a także wody kolońskiej Wars i Lider, zawarło z Narodowym Instytutem Fryderyka Chopina (NIFC) umowę licencyjną. Dotyczy ona wyłączności na używanie przez spółkę unijnego znaku towarowego «Chopin» i międzynarodowego znaku towarowego «Chopin» dla produktów kosmetycznych. Umowa została zawarta na czas oznaczony do dnia 31 lipca 2024 roku, z możliwością przedłużenia na kolejne siedmioletnie okresy. Wyłączność obejmuje rynki krajów Unii Europejskiej, Stanów Zjednoczonych, Chin, Japonii i Korei Południowej. Podpisana umowa umożliwi spółce realizację projektu stworzenia produktów klasy premium,

sygnowanych marką «Chopin» i stanowi kolejny etap realizacji celów inwestycyjnych.

Zgodnie z art. 132 ust. 2 pkt 2 ustawy z 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej nie udziela się prawa ochronnego na znak towarowy identyczny lub podobny do znaku towarowego, na który udzielono prawa ochronnego lub zgłoszonego do rejestracji, jeżeli jego używanie może spowodować ryzyko wprowadzenia odbiorców w błąd, polegający w szczególności na skojarzeniu między znakami. Zgodnie zaś z art. 156 p.w.p. prawo ochronne na znak towarowy nie daje uprawnionemu prawa zakazywania używania przez inne osoby w obrocie ich nazwisk lub adresu. Rejestracja znaku towarowego w postaci imienia i nazwiska zgłaszającego nie powinna powodować odmowy po stronie Urzędu Patentowanego RP takiego zgłoszenia

Wnioski końcowe. Przeprowadzona analiza przepisów, jak również judykatury pozwala na wskazanie, że brakuje odrębnych regulacji na gruncie ustawy – Prawo własności przemysłowej odnoszących się do możliwości wykorzystania nazwiska powszechnego osoby zmarłej w znaku towarowym. Odmienne, w przypadku nazwisk historycznych, wprowadzono pewne ograniczenia, zgodnie z którymi rejestracja nazwisk jest traktowana przez Urząd Patentowy RP jako oznaczenie uprzywilejowane w procesie badania zdolności rejestracyjnej znaku. Jednakże, również w tym zakresie brak bardziej restrykcyjnych przepisów. Powszechne bowiem jest wykorzystywanie nazwisk postaci historycznych w znakach towarowych.

Przykładowo, wykorzystywanie nazwiska Chopina w znakach towarowych, pomimo, że uchwalono ustawę z 3 lutego 2001 r. o ochronie dziedzictwa Fryderyka Chopina, nie jest w żaden sposób ograniczone. Baza Urzędu Patentowego RP zawierała 104 znaki towarowe zawierające słowo «Chopin». Są to m.in. produkty spożywcze, alkoholowe. Nazwisko to zostało umieszczone również w znaku Lotniska Chopina, jak też Instytutu Chopina powstałego na podstawie ustawy o ochronie dziedzictwa Chopina. W przypadku rejestracji w Urzędzie ds. Harmonizacji Rynku Wewnętrznego (OHIM), zgodnie z danymi umieszczonymi na stronie internetowej tego urzędu w 22 znakach towarowych wykorzystano nazwisko Chopina, jak również w 4 wzorach przemysłowych. Znaki towarowe, podobnie jak w przypadku zgłoszeń, obejmują towary spożywcze – w tym w przeważającej mierze słodkie, alkohol, jak również przyrządy i urządzenia naukowe, pianina. Zaskakujące jest również, że część zgłoszonych, a nawet zarejestrowanych znaków towarowych została zgłoszona przez podmioty zagraniczne. Rodzi to pytanie, czy zgłaszający te znaki towarowe otrzymali pozwolenie na wykorzystywanie nazwiska Chopina w swoich znakach towarowych. Mimo tego, iż tytuł ustawy stanowi «o ochronie dziedzictwa Fryderyka Chopina», ochrona ta nie jest objęta jego imię, nawet w sytuacji, gdy korzysta się w kontekstach niepozostawiających wątpliwości, iż chodzi o

osobie Chopina. np. w nazwie nagrody muzycznej Akademii Fonograficznej «Fryderyk». Nietrudno przecież wyobrazić sobie komercyjną eksploatację samego imienia Fryderyka Chopina (nie jakiegokolwiek innego Fryderyka), dla ochrony którego nie znajdujemy podstawy w chopinowskiej ustawie, zaś próba analogicznego stosowania wówczas art. 1 ust. 1 zd. 2 może budzić poważne wątpliwości, a nawet zastrzeżenia normatywne.

Wobec tego, zasadnym wydaje się sięgnięcie do przepisów kodeksu cywilnego. Jednakże one również nie dają odpowiedzi w odniesieniu do możliwości wykorzystywania nazwiska osoby zmarłej w znaku towarowym. W rozważaniach nad możliwością wykorzystywania nazwiska, warto wskazać również przepisy ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Bezprawne naruszenie prawa do nazwiska często następuje podczas prowadzenia działalności gospodarczej i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Przepisy te nabierają szczególnego znaczenia wobec wzajemnego przenikania się trzech ustaw – kodeksu cywilnego, ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz prawa własności przemysłowej.

Literatura:

1. Joanna Buchalska Ochrona nazwiska osoby zmarłej użytego w znakach towarowych

http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/77824/08_J_Buchalska_Ochrona_nazwiska_osoby_zmarlej_uzytego_w_znakach_towarowych.pdf

2. »Ochrona wizerunku Fryderyka Chopina« – konferencja z okazji obchodów Światowego Dnia Własności Intelektualnej (IP DAY)

<http://www.uprp.pl/o-wydarzeniu/Menu01,764,29,index,pl/>

3. Aleksandra Sewerynik. Korzystanie z marki «Chopin»

<http://www.zw.com.pl/artukul/4,670239.html>

4. Barbara Mróz-Gorgoń Nazwisko jako forma marki na przykładzie marek: Chopin i Mozart file:///C:/Users/Home/Google%20Диск/ШОПЕН/328-339%20(1).pdf

Калініченко М.М.,
провідний науковий співробітник
Львівського НДІСЕ,
кандидат філологічних наук,
судовий експерт

Струк І.О.,
завідувач лабораторії дослідження
об'єктів інформаційних технологій
та інтелектуальної власності
Львівського НДІСЕ,
судовий експерт

СПЕЦИФІКА ДОСЛІДЖЕННЯ ФАКТІВ ВИКОРИСТАННЯ ПЕРСОНАЖІВ ШЛЯХОМ ВІДТВОРЕННЯ

Розглянуті деякі особливості аналітичного вивчення фактів використання персонажів творів образотворчого мистецтва та аудіовізуальних творів як об'єктів інтелектуальної власності шляхом відтворення; зроблена спроба окреслити певні науково-методичні й практичні засоби, що можуть бути застосовані сучасними українським експертами під час проведення подібних досліджень.

Відповідно до фундаментальних засад Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів (Стаття 12) [1], автори користуються виключним правом дозволяти переробки, аранжування та інші зміни своїх творів (це право безпосередньо стосується й персонажів творів як їхніх частин). Право автора на переробку включає в себе не лише можливість самостійно переробляти свій твір, але й надавати дозвіл на переробку іншим особам. Створювані в результаті художньої переробки твори є новими об'єктами авторського права, але їх використання може здійснюватися лише зі згоди авторів оригінальних творів.

Однією з першорядних проблем, що виникають в процесі експертної оцінки фактів використання частин (таких як персонажі) творів образотворчого мистецтва та аудіовізуальних творів шляхом переробки, є визначення самого факту переробки та її обсягу. В багатьох випадках художники і дизайнери, які створили похідні твори, стверджують, що їм взагалі не потрібен жоден авторський дозвіл. Головним аргументом на користь подібних висновків є помилкові уявлення про можливість вільного використання у похідному творі незначного відсотку загальної площі оригінального малюнка (переробка шляхом запозичення або копіювання окремих складових графічного твору). Втім, попри очевидну хибність цих тверджень, не варто

забувати, що представники образотворчого мистецтва не існують в духовному вакуумі. Між усіма митцями відбувається невинний обмін думками та ідеями, які, зрештою, увиразнюються за допомогою обмеженого арсеналу візуальних художніх засобів і матеріалів. Як наслідок, рано чи пізно виникають суперечки стосовно неправомірної переробки оригінальних творів. При проведенні дослідження, варто розрізнити використання ідеї, яка не охороняється авторським правом від переробки твору, що відповідно до профільного Закону № 3792-ХІІ вважається використанням твору. Причому питання правомірності (законності) використання саме твору, наприклад шляхом його переробки, є **правовим питанням** та не підлягає дослідженню.

У межах проведення експертизи, вивчення фактів використання персонажів (як самостійних, відокремлених від творів-першоджерел об'єктів авторського права) з творів образотворчого мистецтва та аудіовізуальних творів шляхом відтворення та / або переробки передбачає проведення комплексного аналітичного дослідження. Відповідно до п. 29 Постанови Пленуму ВСУ № 12 від 17.10.2012 року «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» вищий суд зазначив, що у прийнятті судового рішення зі спору, пов'язаного з порушенням авторського права та/або суміжних прав, не є достатнім загальне посилання суду на використання твору та/або об'єкта суміжних прав позивачем: мають бути з'ясовані конкретні форма і спосіб використання кожного такого об'єкта [2]. Отже, при проведенні експертизи щодо факту використання певного твору, експерт, який дійшов висновку, що твір використано, **повинен зазначити можливий спосіб такого використання.**

Форма та спосіб використання конкретного твору відіграє важливу роль для правильного вирішення, наприклад судового спору, адже суд у своєму рішенні повинен зазначити спосіб використання твору, якщо встановить що таке використання має місце. Однак, встановлення способу використання твору може потребувати наявності спеціальних знань. Отож, визначення способу використання твору може бути віднесене до компетенції експерта, якщо дане питання не є очевидним, як наприклад при очевидності відтворення твору.

Ключовим положенням досліджень матеріалів справ щодо фактів відтворення персонажів, є те, що персонаж захищається в тих межах, у яких він використовується як так званий «**ідентифікатор джерела**» [3] (відповідно до північноамериканської юридичної термінології – «source identifier») для чітко визначених творів (або ж товарів і послуг у випадку розгляду персонажів як частини зареєстрованих товарних знаків). Ефективний захист авторських прав на персонаж безпосередньо залежить від підтвердженої судовими експертами **наявності семантичного зв'язку** (психологічного асоціативного зв'язку, який

ідентифікує твір та його персонажів у свідомості пересічних споживачів) досліджуваного персонажа із конкретними творами або комерційними об'єктами (книгами, кінофільмами, анімаційними стрічками, комп'ютерними іграми, коміксами тощо), в яких представлений досліджуваний персонаж.

Перш ніж фахівці в процесі аналітичного дослідження підтверджують наявність або відсутність подібного зв'язку, науково-методичні настанови передбачають визначення того, чи має персонаж так зване **«вторинне значення»** (secondary meaning), тобто береться до уваги не лише семантичний субстрат персонажа (репрезентований його детальним описом та / або зображенням із відповідними пояснювальними коментарями), але його асоціативний зв'язок із джерелом походження, що визначається на рівні **найбільш імовірних психологічних асоціацій** пересічних споживачів із творами, з яких походять персонажі, або у яких вони представлені.

Ця особливість експертних досліджень зумовлена тим, що пересічний споживач (як потенційний покупець, споживач товарів і послуг) має бути обізнаний із тим, що джерелом походження персонажу є певний твір або твори (або ж певні комерційні об'єкти). Найкращим прикладом такого «вторинного значення» персонажів є образ популярного героя мультфільмів Міккі Мауса. Загальновідомо, що цей фантастичний образ має цілком конкретне джерело – анімаційні фільми компанії Disney. Отже, «вторинне значення» персонажів призводить до формування у свідомості пересічних споживачів міцних психологічних асоціацій саме із тими джерелами, в яких виник та був найширше репрезентований досліджуваний персонаж. На теренах нашої держави за подібний приклад можуть слугувати персонажі відомої серії мультфільмів «Маша і Ведмідь», «Фіксики» та ін., персонажі яких в останні роки здобули чималу популярність серед більшості українських глядачів. Як наслідок, об'єктивне підтвердження експертами існування «вторинного значення» є вагомим аргументом на користь авторів та правовласників у судовій суперечці щодо прав інтелектуальної власності на персонаж, що був використаний іншими особами через відтворення (або ж відтворення шляхом переробки).

Разом з тим, існує величезна кількість персонажів, які **недостатньо добре відомі пересічним споживачам, а отже не мають чітко вираженого «вторинного значення»**. Це особливо актуально для персонажів тих творів, які представлені у мережі Інтернет, але все одно залишаються порівняно маловідомими широкому загалу. У випадку дослідження цієї категорії персонажів, науково-методичні настанови вимагають від експертів рекомендувати авторам або правовласникам надати для дослідження **додаткові матеріали**, що можуть підтвердити, що досліджуваний персонаж міг здобути достатньо

високий рівень популярності серед пересічних споживачів (для прикладу, докази використання авторами або правовласниками різноманітних маркетингових стратегій та реклами їхніх творів, опитування споживачів, або ж будь-яке інше поширення твору). З цією ж метою експерти можуть скористатися статистичними дослідженнями громадської думки, які, за можливості, додатково надаються замовниками дослідження.

Список використаних джерел:

1. Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів, прийнята Всесвітньою організацією інтелектуальної власності 24 липня 1971 року // Зібрання чинних міжнародних договорів України. – 2006. – № 5. – ст. 1247.
2. Електронний ресурс; режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0012600-12/print>
3. Schreyer, Amanda (2015) «An Overview of Legal Protection for Fictional Characters: Balancing Public and Private Interests,» : Vol. 6: Iss. 1, Article 3. P.66. Електронний ресурс; режим доступу: <http://open.mitchellhamline.edu/cybaris/vol6/iss1/3>.

Голікова О. В.,

старший судовий експерт лабораторії
авторського права та суміжних прав
НДЦСЕ з питань інтелектуальної
власності, судовий експерт

ОРГАНІЗАЦІЯ КОМПЛЕКСУ СУДОВИХ ЕКСПЕРТИЗ ПРИ ВИЯВЛЕННІ ФАКТІВ ПОРУШЕННЯ АВТОРСЬКОГО ПРАВА У МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ

На сьогоднішній день гостро стоїть проблема так званого «Інтернет-піратства», тобто відтворення і розповсюдження контрафактних примірників творів, зокрема аудіо, аудіовізуальних, графічних (зображень) тощо у мережі Інтернет.

При виявленні таких фактів у правоохоронних органів або правовласників виникає потреба у призначенні комплексу судових експертиз для вирішення питання щодо порушення авторських прав, а також для визначення можливих збитків, нанесених правовласнику. Важливо зазначити, що в таких випадках повинен призначатись саме комплекс експертиз, а не комплексна експертиза, адже незважаючи на те, що вирішувані питання є взаємозалежними, вони не є інтегративними, та можуть вирішуватись послідовно, а в деяких

випадках і паралельно, не залежно від питань, що вирішуються експертом в іншій галузі спеціальних знань.

Таким комплекс експертиз може призначатись як одним процесуальним документом із зазначенням усіх питань, необхідних для вирішення, так і декількома окремими процесуальними документами. В першому випадку керівник експертної установи самостійно здійснює розподіл на декілька наглядових проваджень, визначається із виконавцями, визначає послідовність та черговість виконання експертизи.

Комплекс експертиз при виявленні фактів порушення авторського права у мережі Інтернет зазвичай складається з трьох основних напрямків або етапів:

- виявлення та фіксація контенту (примірників творів);
- визначення у виявленому контенті ознак об'єкту авторського права;
- розрахунок нанесених збитків правовласнику.

При цьому кожен із зазначених етапів проводиться експертами, атестованими за різними експертними спеціальностями. Так, перший етап проводиться в рамках експертних спеціальностей 10.17 «Дослідження телекомунікаційних систем (обладнання) та засобів» та 10.9 «Дослідження комп'ютерної техніки та програмних продуктів», другий – у рамках експертної спеціальності 13.1.1 «Дослідження, пов'язані з літературними, художніми творами, та інші» та, у деяких випадках, 13.2 «Дослідження, пов'язані з виконаннями, фонограмами, відеограмами, програмами (передачами) організацій мовлення», а третій етап, пов'язаний із визначенням розміру збитків, у рамках експертної спеціальності 13.9 «Економічні дослідження у сфері інтелектуальної власності».

Розглянемо окремо кожен з етапів. Першим етапом проведення судових експертиз такого роду є проведення дослідження за експертними спеціальностями 10.17 «Дослідження телекомунікаційних систем (обладнання) та засобів» та 10.9 «Дослідження комп'ютерної техніки та програмних продуктів» з метою виявлення та фіксування контенту (примірників твору).

Головним критерієм під час дослідження веб-ресурсу вважається повнота та об'єктивність. Важливим критерієм є також оперативність, адже матеріали на ресурсі з часом можуть бути спотворені/знищені, або втрачають свою актуальність.

З огляду на наявний досвід щодо вирішення зазначеного питання можливо визначити наступні етапи дослідження:

- перевірка атрибутів доменного імені на час проведення дослідження;
- перевірка можливості з'єднання з веб-ресурсом (з'ясування можливості подальшого дослідження вмісту, «пінг»);

- виявлення та фіксація даних про реєстранта доменного імені, компанії, що надають послуги з хостингу тощо (зокрема за допомогою сервісу Whois);

- визначення IP-адреси ресурсу;

- пошук за заданими параметрами та фіксація повного вмісту веб-ресурсу;

- дослідження вихідного коду/тексту ресурсу (перевірка на втручання, модифікацію, редирект);

- дослідження можливості/наявності редиректу (переадресації);

- фіксація вмісту ресурсу, а саме даних у текстовому, графічному та інших мультимедійних форматах на матеріальному носії (із зазначенням метаданих з обов'язковим визначенням контрольної суми).

Обов'язковим етапом є вивантаження виявленого контенту. При цьому виявлений контент необхідно вивантажити у вигляді єдиного електронного файлу, без його змін та/або перетворень, із збереженням оригінальних метаданих (ім'я/назва файлу, його тривалість, формат, контрольна сума тощо). У випадках, коли вивантаження оригінального файлу не можливе (наприклад, якщо контент транслюється як потокове відео), дозволяється здійснити його запис за допомогою спеціалізованого програмного забезпечення, про що зазначається у Висновку експерта.

Додатковим етапом є збереження веб-сторінки за допомогою спеціалізованого ресурсу Архіву Інтернету (режим доступу: <https://web.archive.org/>).

Отриманий контент необхідно описати за такими параметрами: ім'я/назва електронного файлу та його формат, загальна тривалість, дата створення (за можливістю) та дата його завантаження з ресурсу, контрольна сума тощо, та записати без змін та перетворень на матеріальний носій. Зазначені в описі відомості/метадані вказують на те, що отриманий контент не піддавався будь-яким модифікаціям, змінам або спотворенню, що можна підтвердити повторно перевіривши контент, зафіксований на матеріальному носії.

Наступним етапом є проведення дослідження за експертною спеціальністю 13.1.1 «Дослідження, пов'язані з літературними, художніми творами, та інші» (у деяких випадках – 13.2 «Дослідження, пов'язані з виконаннями, фонограмами, відеограмами, програмами (передачами) організацій мовлення») з метою визначення у виявленому контенті ознак об'єкту авторського права (у деяких випадках – ознак об'єкту суміжних прав).

Так, на цьому етапі визначається чим саме є отриманий контент. Це може бути аудіо, зображення або ж зображення (відео) із звуковим супроводом – аудіовізуальні твори. Розглянемо випадок, коли отримані з ресурсів відомості є аудіовізуальними творами.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» поняття «аудіовізуальний твір» вживається в наступному значенні: «аудіовізуальний твір – твір, що фіксується на певному матеріальному носії (кіноплівці, магнітній плівці чи магнітному диску, компакт-диску тощо) у вигляді серії послідовних кадрів (зображень) чи аналогових або дискретних сигналів, які відображають (закодовують) рухомі зображення (як із звуковим супроводом, так і без нього), і сприйняття якого є можливим виключно за допомогою того чи іншого виду екрана (кіноекрана, телевізійного екрана тощо), на якому рухомі зображення візуально відображаються за допомогою певних технічних засобів. Видами аудіовізуального твору є кінофільми, телефільми, відеофільми, діафільми, слайдофільми тощо, які можуть бути ігровими, анімаційними (мультиплікаційними), неігровими чи іншими» [3].

В ст. 3 Закону України «Про кінематографію» міститься визначення поняття «фільм», а саме: «фільм – аудіовізуальний твір кінематографії, що складається з епізодів, поєднаних між собою творчим задумом і зображувальними засобами, та який є результатом спільної діяльності його авторів, виконавців і виробників. За способами фіксації зображення та розповсюдження фільми поділяються на кіно-, відеофільми тощо» [4].

З метою визначення у аудіовізуальних творах ознак об'єкту авторського права проводиться їх дослідження з метою визначення таких ознак:

- наявність знаку копірайта;
- наявність відомостей про особу/осіб, які своєю творчою працею створили твір;
- наявність відомостей про дату створення та/або дату першого сповіщення (показу).

Так, у вихідних даних (титрах) досліджуваних творів повинен міститись знак охорони авторського права, що складається з трьох елементів:

- латинської букви «С» у колі – ©;
- імені (найменування) володільця виключних авторських прав;
- року першого опублікування твору.

Між тим, слід відмітити, що основною метою зазначення на творі даного знаку є інформування третіх осіб про те, що цей твір охороняється, а також сповіщення процесу доведення провини порушника, якщо подібне порушення сталося [1]. Відповідно до норм авторського права правовою охороною можуть користуватися як твори, на які проставлено знак охорони, так і твори без такого знака.

Відповідно до ст. 437 Цивільного кодексу України «Авторське право виникає з моменту створення твору. Особа, яка має авторське право, для сповіщення про свої права може використовувати спеціальний знак, встановлений законом» [5].

Відповідно до частини 1 статті 11 Закону «Про авторське право і суміжні права» «Первинним суб'єктом, якому належить авторське право, є автор твору. За відсутності доказів іншого автором твору вважається особа, зазначена як автор на оригіналі або примірнику твору (презумпція авторства)» [3].

Таким чином, об'єкти, що досліджуються у початкових та/або прикінцевих титрах повинні містити зазначення (в графічному, звуковому вигляді тощо) назви фільму та учасників його створення (режисер, продюсер, композитор, актори тощо).

Певний твір визнається об'єктом авторського права, якщо він відповідає визначеним законодавством умовам, а саме: твір виражений в об'єктивній формі та є результатом творчої праці його автора.

У Великому тлумачному словнику сучасної української мови [2, С. 1434] термін «твір» має таке визначення: «1. Те, що зроблено, створене ким-небудь і реально існує в тій чи іншій формі; виріб, витвір. Продукт творчої діяльності людини. Наслідок літературної, наукової, музичної творчості людини».

Тобто, під час аналітичного дослідження об'єктів, має бути встановлено, що ці зображення візуально відображаються за допомогою технічних засобів, складаються з епізодів, що поєднані між собою творчим задумом і зображувальними засобами, а отже об'єкти створені у результаті спільної діяльності їх авторів, виконавців і виробників, яка спрямована на втілення творів кінематографії технічними засобами. У разі підтвердження цього визнається, що об'єкти створені у результаті творчої праці їх авторів і відповідно до виявлених ознак є аудіовізуальними творами.

Окрім того, зважаючи на те, що об'єкти отримано із мережі Інтернет, де вони були зафіксовані у матеріальній формі (у формі електронних файлів), що обумовлює можливість їх відтворення та розповсюдження, визнається, що такі твори мають об'єктивну форму вираження.

Зважаючи на зазначене вище, а саме на наявність у творів об'єктивної форми вираження та підтвердження факту їх створення у результаті творчої праці їх авторів, робиться висновок про наявність у досліджуваних творах ознак об'єкта авторського права.

Окрім того, варто зазначити, що у деяких випадках виникає необхідність проведення порівняльного дослідження. Зокрема, порівняльне дослідження проводиться у випадках, коли наданий на дослідження об'єкт не вістить у собі ідентифікуючих відомостей. Наприклад, коли на дослідження надано лише фрагмент аудіовізуального твору, або музичний твір. У таких випадках органом або особою, що призначила експертизу обов'язково надається еталонний зразок для порівняння та, за необхідністю, залучається

фахівець у вузькій галузі знань, що спеціалізується на музичних та/або аудіовізуальних творах.

Останнім етапом є дослідження за експертною спеціальністю 13.9 «Економічні дослідження у сфері інтелектуальної власності» з метою визначення розміру збитків, нанесених правовласнику у результаті неправомірного використання контенту. Дослідження за даним етапом проводиться судовим експертом, атестованим за відповідною спеціальністю з використанням договірної та бухгалтерської документації, яка повинна надаватись органом або особою, що призначила судову експертизу.

Підсумовуючи сказане вище можна зробити наступні висновки:

- у випадку виявлення порушень авторського права у мережі Інтернет існує необхідність призначення саме комплексу експертиз, а не комплексної експертизи;

- такі експертизи можуть призначатись як одним процесуальним документом, так і декількома окремими;

- у випадку призначення експертизи одним процесуальним документом керівник експертної установи повинен самостійно здійснювати розподіл на декілька наглядових проваджень, визначати послідовність та черговість виконання експертизи;

- орган або особа, що призначили експертизу, з метою якісного її виконання, повинна швидко та в повному об'ємі задовольняти клопотання експерта, зокрема в частині, що стосується надання договірної та бухгалтерської документації, еталонних зразків для порівняння тощо.

Список використаних джерел

1. Бондаренко С.В. Авторське право та суміжні права. – К.: Ін-т інтел. власн. і права, 2008. – 288 с.

2. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод., допов. та CD) / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2007. – 1736 с.;

3. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23 грудня 1993 року // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 13. – Ст. 64.

4. Про кінематографію: Закон України від 13 грудня 1998 р. № 9/98-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 22. – Ст. 114

5. Цивільний кодекс України : від 16 січня 2003 року // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.

Заніна Т. А.,
старший науковий співробітник
Харківського НДІСЕ,
судовий експерт

Копитько А. П.,
науковий співробітник
Харківського НДІСЕ,
судовий експерт

КАРТОГРАФІЧНІ ТВОРИ ЯК ОБ'ЄКТИ АВТОРСЬКОГО ПРАВА

Відповідно до п. 12 ст. 8 Закону України «Про авторське право і суміжні права» [1] «карти, плани, креслення, ескізи, пластичні твори, що стосуються географії, геології, топографії, техніки, архітектури та інших сфер діяльності» є об'єктами авторського права. Крім того, ст. 8 Закону до об'єктів авторського права відносить і похідні твори, у тому числі переробки творів науки, літератури і мистецтва, а також збірки (бази даних) і інші складові твори, які за добором або розташуванню матеріалів представляють результат творчої праці.

Відповідно до ст. 2 Наказу Головного управління геодезії, картографії та кадастру при Кабінеті Міністрів України «Про затвердження Положення про авторське право в картографії» [2]:

«2.1. Основним об'єктом захисту авторським правом у картографії є картографічні твори, які відповідно до законодавства України про авторське право входять до переліку творів, що охороняються. До картографічних творів належать твори в будь-якій матеріальній формі, основою яких є картографічне зображення.

2.2. Авторське право поширюється на картографічні твори незалежно від їх призначення, тематики, змісту, достоїнства, обсягу, а також способу їх відтворення в графічній, цифровій чи будь-якій іншій формі.

2.3. Об'єктом авторського права є як весь картографічний твір, так і його частина, що розглядається як окрема складова незалежно від форми цієї складової (художній дизайн, переклад, фотографія тощо).

2.4. Підлягають захисту авторським правом як первинні, оригінальні картографічні твори, так і ті, що були одержані в результаті творчої переробки твору, яка призвела до суттєвих змін його змісту чи форми.

2.5. Картографічними творами, що охороняються, є:

– всі види атласів, карт, планів, картосхем незалежно від їх форми та виду носія інформації;

– аерокосмофотокарти, аерокосмофотоплани, аерокосмофотосхеми, їх похідна продукція;

– цифрові карти і плани (цифрові моделі місцевості), інша картографічна інформація на машинних носіях, їх програмне забезпечення;

– картографічний зміст глобусів, рельєфні карти і плани, похідні пластичні твори;

– рекламна картографічна продукція;

– схеми, ескізи, ілюстрації, що стосуються географії, топографії, картографії, архітектури тощо.»

Таким чином, географічні карти і плани (як первинні, так і похідні), у тому числі представлені в цифровій формі (бази даних), а також географічні атласи, які є складовими творами, – все це об'єкти авторського права.

Відповідно до ДСТУ 2757-94 «Картографія. Терміни та визначення»:

«Карта – побудоване в картографічній проекції, зменшене, узагальнене зображення поверхні Землі, поверхні іншого небесного тіла або позаземного простору, що показує розташовані на них об'єкти (предмети і явища) в певній системі умовних знаків;

первинна карта – карта, отримана в результаті зйомки або складена за матеріалами, які не є картами;

похідна карта – карта, складена за раніше створеної карти» [3].

Відповідно до ст. 11 Закону України «Про авторське право і суміжні права» [1] авторське право на твір виникає в силу факту його створення. Для виникнення і здійснення авторського права не потрібно реєстрації твору, іншого спеціального його оформлення або дотримання будь-яких формальностей. Тому для визначення авторства на картографічний твір важливо встановити конкретний момент завершення його створення з урахуванням застосовуваної технології.

«Складанням карт (в прямому сенсі цього терміна) називають сукупність графічних робіт з виготовлення оригіналу карти, тобто її первинного примірника, який включає повністю зміст карти і виконаний у встановлених картографічних знаках з обумовленою точністю і генералізацією ... Первинні оригінали карти, точні і повні за змістом, виконують в прийнятих умовних позначеннях, витримуючи їх малюнок і розміри, але без ретельної графічної обробки. За ним роблять, як точні копії, вторинні, видавничі оригінали, що відрізняються високою графічною якістю і задовольняють спеціальним вимогам поліграфічного відтворення» [4].

Оскільки тематичні карти часто розробляються не картографами, а фахівцями-геологами, ґрунтознавцями і т.д., то в результаті ними створюються, як правило, авторські оригінали, авторські макети та авторські ескізи.

«Авторськими оригіналами називають точні рукописні карти, виконані в масштабі видання з доброю графічною якістю і з необхідними точністю, повнотою і детальністю.

Авторські макети – це цілком достовірні карти, але виконані не в суворій відповідності з технічними вимогами, часто їх готують в більшому масштабі (на фотографічно збільшеній основі) з використанням укрупнених позначень, потовщених ліній і т.д., що допускає знижену якість графічного виконання.

Авторські ескізи – начерки, що відображають загальний задум карти щодо її змісту та оформлення і потребують при подальшій роботі з ними звернення до першоджерел, удосконалення легенди і в кінцевому рахунку виготовлення повноцінного оригіналу» [3].

З усього викладеного вище випливає, що фактом створення закінченого твору – карти – можна вважати створення складеного оригіналу, авторського оригіналу і певною мірою авторського макету. В останньому випадку можливе співавторство з фахівцем, який виконує остаточне оформлення карти, – все залежить від ступеня опрацювання авторського макету. Відповідно авторами є творці зазначених творів. Наступні доопрацювання створених творів для досягнення поліграфічної якості носять технічний характер, і їх виконавці не можуть претендувати на авторство.

При створенні тематичних карт для розробки спеціального змісту завжди використовується певна географічна основа, на яку наноситься результат авторських розробок. Згідно ДСТУ 2757-94 «Картографія. Терміни та визначення»: «географічна основа карти – загальногеографічна частина змісту галузевих, тематичних та спеціальних карт, що служить для нанесення їх спеціального змісту та опрієнтування при користуванні картою».

Найчастіше географічна основа береться із загальногеографічних карт, які, у свою чергу, також є об'єктами авторського права. Тому автор нового картографічного твору повинен отримати дозвіл на використання географічної основи у правовласника. Тільки в цьому випадку стане можливим правомірне використання нового твору.

Відповідно до ст. 9 Закону України «Про авторське право і суміжні права» частину твору, яка може використовуватися самостійно, є об'єктом авторського права. При цьому вона повинна, як і сам твір, бути результатом творчої діяльності. Будь-який фрагмент цілісної карти (тиражного відбитка або суміщеного діапозитива), який може використовуватися самостійно, також є об'єктом авторського права.

Основними творчими процесами при створенні карти є:

- розроблення змісту карти;
- розроблення легенди карти;
- розроблення умовних знаків;

- виконання генералізації (відбір, узагальнення і т.д.);
- розміщення найменувань географічних об'єктів.

До тих пір поки ці процеси присутні у створенні карти, остаточний результат не зможе бути повторений при паралельній творчості, що є основним критерієм авторського права.

Створення карти – це складний технологічний процес, в якому використовуються результати геодезичних зйомок, дані аеро- і космозйомки, безліч додаткових і допоміжних матеріалів. Тому створенням карт, як правило, займаються великі колективи на спеціалізованих підприємствах.

Залежно від технології створення розрізняють первинні карти і похідні. Визначення похідної карти вказує лише на те, що вона складена з використанням раніше створеної карти. По суті, похідну карту можна розглядати як переробку раніше створеної. Залежно від ступеня переробки визначаються ступінь творчої самостійності нового твору і обсяг авторських прав її розробника.

Сучасна картографія широко використовує результати розвитку інформатики, кібернетики, обчислювальних пристроїв і вдосконалюється разом з ними. Саме на стику традиційної картографії, інформаційних технологій, комп'ютерної графіки виникла автоматизована картографія. Як наукова та практична дисципліна, вона охоплює весь комплекс робіт щодо створення і використання картографічних творів на основі електронних обчислювальних машин і технічних пристроїв.

Технологія автоматизованого створення карт передбачає наступні основні етапи:

- редакційно-технічну підготовку;
- підготовку комп'ютерних умовних знаків і створення зразка оформлення;
- сканування вихідних матеріалів;
- формування растрових основ для складання;
- оформлювальні роботи (автоматизовані та інтерактивні);
- коректуру і редакційний перегляд;
- кольоророзподілення й виведення фотоформ.

У даній технологічній схемі основна творча робота виконується на етапі редакційно-технічної підготовки і включає:

- підготовку редакційних вказівок;
- розроблення графіків тонового оформлення, які являють собою електронну бібліотеку кольорів;
- розроблення загальної технології робіт;
- виготовлення макетів відбору змісту карти, компоновки, тематичного змісту та інших необхідних для конкретного картографічного твору документів;

– завдання на підготовку комп'ютерних умовних знаків і шрифтів і на створення зразка оформлення.

Питання авторства на інших етапах автоматизованого створення карт залежать від ступеня творчого вкладу в той чи інший процес. Наприклад, при підготовці комп'ютерних умовних знаків можуть використовуватися готові бібліотеки умовних знаків або розроблятися нові оригінальні умовні знаки. В останньому випадку розробник є співавтором всього змісту карти.

Етап оформлювальних робіт включає створення шаблону карти і складання відповідно до нього повного змісту карти. На цьому етапі, що виконується, як правило, в середовищі програми векторного графічного редактора, крім суто автоматичних функцій здійснюються інтерактивне складання змісту карти та її оформлення. Складання карти в цьому випадку включає і традиційні процеси, наприклад генералізацію, оформлення підписів географічних назв та ін. Ця робота, поряд з редакційно-технічною підготовкою, – суть процесу складання картографічного твору, а виконує її редактор і / або відповідальний виконавець є співавторами створюваної географічної карти.

Якщо сучасне суспільство не можна уявити без інформаційних технологій, то сучасну картографію – без цифрових карт.

У словнику «Цифровая картография и геоинформатика» дано таке визначення цифрової карти: «1. Карта, зміст якої представлено в цифровій формі. 2. Представлення об'єктів карти в цифровій формі, яка дозволяє комп'ютеру зберігати, маніпулювати і виводити значення їх атрибутів. Цифрова карта являє собою базу даних або файл, які стають картою, коли створюється тверда копія або зображення на екрані» [6].

Цифрові карти можуть бути створені за допомогою автоматизованих технологій шляхом безпосередніх вимірювань на місцевості, вимірювань за стереофотограметричними моделями (створення первинних карт), цифрування змісту вже створених карт (створення похідних карт).

Цифрування картографічних творів можливо трьома основними способами. До них належать:

- 1) растрове сканування (відтворення);
- 2) перетворення у векторний формат цифрової карти з детальним описом об'єктів цифрової карти, що гарантує її відтворення при необхідності на екрані монітора в тотожному вигляді;
- 3) перетворення у векторний формат цифрової карти з детальним описом об'єктів цифрової карти і відтворення її у вигляді, що не відповідає вихідній карті.

У першому випадку має місце відтворення вихідної карти (запис твору в пам'ять комп'ютера). У двох інших випадках цифрове представлення карти залежить від застосовуваного інформаційного забезпечення:

- формату подання;

- класифікатора картографічної інформації;
- правил цифрового опису об'єктів місцевості.

Тому говорити про просте відтворенні карти в пам'яті ЕОМ, на наш погляд, не можна. Очевидно, що в цих випадках карта піддається переробці. Питання в тому, чи є це перероблення творчим. У результаті перероблення фактично створюється база даних, яка разом із тим містить всі необхідні елементи для візуалізації картографічного зображення. У той самий час при створенні карти використовуються вихідні дані, розроблені іншими суб'єктами, зокрема:

- авторами вихідної карти;
- розробниками інформаційного забезпечення;
- розробниками програмного забезпечення.

У результаті переробник набуває право на створену цифрову карту, однак її використання неможливо без дозволу власника прав на вихідну карту. Іншими словами, створюється повністю залежний твір.

Відповідно до ст. 8 Закону України «Про авторське право і суміжні права» [1] не є об'єктами авторського права «офіційні документи (закони, судові рішення, інші тексти законодавчого, адміністративного і судового характеру), а також їх офіційні переклади».

На нашу думку, карта може бути офіційним документом, на який не поширюються положення Закону України «Про авторське право і суміжні права», у тому випадку, коли вона є графічним додатком до тексту офіційного документа, а її зміст тягне за собою певні правові наслідки. Відповідно до ДСТУ 2757-94 «державна карта – карта, що видається державною установою в якості офіційного документа».

Найпоширенішими порушеннями авторського права в картографії є:

- незаконне, без дозволу автора, використання картографічної основи;
- переведення первинного картографічного твору в цифрову форму без дозволу автора та введення її у комерційний обіг;
- використання картографічної основи як елементу реклами;
- використання карт без дозволу автора в мобільних телефонах.

Найбільше порушення авторського права в картографії в сучасному світі – використання та контрафактне розміщення картографічної продукції в Інтернеті.

За порушення авторських прав в картографії особа несе відповідальність у мірі, визначеній в Законі України «Про авторське право і суміжні права».

Список використаних джерел:

1. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23 грудня 1993 р. № 3792-ХІІ // Відом. Верхов. Ради України. – 1994. – № 13. Ст. 64.
2. Про затвердження Положення про авторське право в картографії: Наказ Головного управління геодезії, картографії та кадастру при Кабінеті

Міністрів України (Укргеодезкартографія), Державного агентства України з авторських і суміжних прав при Кабінеті Міністрів України (ДААСП України) від 26 серпня 1997 р. № 85/41 Зареєстровано в Міністерстві юстиції України 24 вересня 1997 р. за № 422/2226 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0422-97>.

3. ДСТУ 2757-94 Картографія. Терміни та визначення [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://document.ua/kartografija.-termini-ta-viznachennja-std838.html>

Бегуш Н. В.,
експерт відділу досліджень об'єктів
інтелектуальної власності
Центру судової експертизи та експертних досліджень
ДП «Інформаційні судові системи»
Державної судової адміністрації України,
Судовий експерт

Застосування спеціальних знань експерта при встановленні факту відтворення літературних та художніх творів

Творча інтелектуальна діяльність людини є однією з рушійних сил економічного розвитку суспільства в цілому, тому необхідність охорони та захисту прав інтелектуальної власності постійно зростає. Щорічний огляд глобального стану справ щодо захисту прав інтелектуальної власності, який готується Офісом торгового представника США, акцентує увагу до великої кількості порушень у сфері інтелектуальної власності. За результатами такого аналізу складається «Спеціальний звіт 301» щодо порушень інтелектуальних прав у світі. У звіті, оприлюдненому у 2018 р., зазначено, що Україна досягла певного прогресу протягом 2016-2017 рр. у сфері захисту прав інтелектуальної власності, оскільки активно почали розроблятися законопроекти, що стосувалися удосконалення правової охорони об'єктів інтелектуальної власності та було розпочато роботу над створенням спеціалізованих судів для розгляду спорів у сфері інтелектуальної власності, які повинні сприяти наближенню нашої держави до європейських стандартів забезпечення прав суспільства. Проте, у «Спеціальному звіті 301» зазначено, що негативним явищем для України залишаються масові порушення інтелектуальних прав, зокрема у сфері авторського права, завдяки яким наша держава залишається у списку «Пріоритетних спостережень» на 2018 рік.

Виходячи з вищезазначеного, актуальність питання щодо обрання найбільш ефективного і дієвого захисту прав інтелектуальної власності

постійно зростає. Внесені зміни до процесуального законодавства України докорінно змінили судову систему та ввели нові концептуальні підходи, завдяки яким розширено не тільки способи і засоби судового захисту, а й дотримано принципу відкритості та прозорості судового процесу. Зміни зокрема стосувалися порядку подання доказів учасниками справи, також розширено їх права у частині можливості проведення експертизи на замовлення. Такий порядок подання висновку в цілому скорочує строки проведення судових експертиз та сприяє швидкому розгляду справ у суді.

Спори, пов'язані із захистом авторських прав, відносяться до категорії складних питань, для ефективного вирішення яких необхідно застосовувати спеціальні знання у судочинстві. Судова експертиза є основною процесуальною формою використання спеціальних знань у судочинстві, за допомогою якої слідчий та суд отримують нову інформацію, яка має доказове та орієнтуюче значення для справи і не може бути отримана іншими процесуальними засобами. У зв'язку зі створенням спеціалізованих судів для розгляду спорів у сфері інтелектуальної власності посилюється увага до якості та об'єктивності експертних висновків. Також очікується, що зросте кількість запитів на проведення експертних досліджень за зверненням учасників справи у сфері інтелектуальної власності, зокрема й авторського права.

Для встановлення певних фактичних даних та обставин справи про властивості, ознаки, закономірності створення й використання об'єктів права інтелектуальної власності, зокрема й об'єктів авторського права, їх вартість, завдані збитки проводиться судова експертиза, тобто застосовуються спеціальні знання у визначеному законом порядку. Об'єкти авторського права створюються в результаті інтелектуальної, творчої діяльності людини, в результаті якої виникає щось оригінальне, своєрідне, що відрізняється своєю унікальністю. Тому завдання, пов'язані зі встановленням в об'єкті дослідження ознак об'єкта авторського права; визначення в об'єкті дослідження або його частині ознак оригінальності й творчого характеру; встановлення факту відтворення об'єкта авторського права або його частини, що має самостійне значення; потребують застосування спеціальних знань експерта, оскільки при вирішенні таких питань необхідно встановлювати специфічні особливості, притаманні певному об'єкту авторського права та за необхідності порівнювати їх. Перелічені вище завдання вирішуються експертом, зокрема у рамках експертної спеціальності 13.1.1 «Дослідження, пов'язані з літературними та художніми творами та інші». Наша експертна практика показує, що перед судовим експертом у сфері інтелектуальної власності, об'єктом дослідження якого виступають літературні чи художні твори, найчастіше ставиться завдання щодо встановлення факту використання певного твору через його відтворення (повного або часткового).

Виходячи з вищенаведеного, виникає потреба у виокремленні специфічних елементів, які беруться до уваги експертом при встановленні факту відтворення об'єкта авторського права або його частини, що має самостійне значення, а саме у різних видах літературних та художніх творів. Вирішення даного завдання проводиться з урахуванням наданих на дослідження матеріалів та враховуючи норми чинного законодавства у сфері авторського права.

Статтею 441 Цивільного кодексу України [1] визначено, що використанням твору є, зокрема, його відтворення будь-яким способом та у будь-якій формі. У Законі України «Про авторське право і суміжні права» [2] визначено, що «використання твору допускається без згоди автора (чи іншої особи, яка має авторське право), але з обов'язковим зазначенням імені автора і джерела запозичення». Законодавством України визначено конкретні випадки використання твору без згоди автора.

Розглянемо більш детально зміст поняття «відтворення» з точки зору законодавства у сфері інтелектуальної власності. У спеціальному Законі [2], що регулює відносини, пов'язані із охороною особистих немайнових прав і майнових прав авторів та їх правонаступників, пов'язані в тому числі із створенням та використанням літературних чи художніх творів, термін «відтворення» вживається у наступному значенні: «відтворення – виготовлення одного або більше примірників твору, відеограми, фонограми в будь-якій матеріальній формі, а також їх запис для тимчасового чи постійного зберігання в електронній (у тому числі цифровій), оптичній або іншій формі, яку може зчитувати комп'ютер».

Відтворенням визнається саме виготовлення копій твору в будь-якій матеріальній формі незалежно від того, де і коли вони будуть випущені в обіг і чи відбудеться це взагалі. Крім того, для відтворення не потрібне виготовлення такої кількості примірників твору, яке б задовольняло розумні потреби публіки. Достатнім буде вважатися виготовлення кількох або навіть однієї копії твору [4, с. 153].

Відповідно до частини 3 статті 8 Закону України «Про авторське право і суміжні права» [2]: «Правова охорона поширюється тільки на форму вираження твору і не поширюється на будь-які ідеї, теорії, принципи, методи, процедури, процеси, системи, способи, концепції, відкриття, навіть якщо вони виражені, описані, пояснені, проілюстровані у творі».

Оскільки авторське право охороняє форму твору, а не його зміст, експерту для встановлення факту запозичення об'єкта авторського права необхідно виокремлювати творчі елементи, властиві для певного виду твору. Виходячи з цього, нижче детально розглянемо аспекти, які необхідно враховувати експерту при вирішенні питань, пов'язаних зі

встановленням факту повного або часткового відтворення літературних та художніх творів.

Так, А.П. Сергєєв у книзі «Авторское право России» зазначає, що у зв'язку з тим, що авторське право охороняє форму твору, для встановлення випадків порушення авторських прав шляхом запозичення вирішальне значення мають буквальні (для літературних творів – словесні) збіги, для встановлення яких складаються таблиці збігів (текст на такій-то сторінці в одному творі відповідає тексту на такій-то сторінці в іншому творі) [4, с. 48]. Мова твору не піддається запозиченню, її можна лише цитувати із зазначенням джерела, в іншому випадку буде наявний плагіат [5, с. 46]. Оскільки формою вираження літературних творів є мова, то саме копіювання оригінального стилю автора порушує авторські права.

Відтворення художніх творів має деякі особливості в порівнянні з відтворенням літературних творів. При відтворенні літературних творів, окрім духовної діяльності автора, необхідна тільки механічна діяльність друкаря. Тому об'єктом авторського права може служити тільки сам твір. При відтворенні художніх творів, навпаки, в багатьох випадках, виступає проміжна художня робота, яка звично походить від іншого художника, що супроводжується іншими художніми намірами і потребує інших здібностей, ніж при створенні оригінального твору, який відтворюється. Суттєвими елементами художнього твору є художня концепція і вираження її засобами мистецтва. З точки зору авторського права, якщо концепція твору об'єктивно виражена, тоді не матиме значення ступінь художнього закінчення твору. До творчої діяльності художника (в більшій мірі, ніж в інших областях мистецтва) відноситься його манера, стиль, особливе притаманне художнику суб'єктивне розуміння, яке виражається в своєрідному трактуванні предметів і сторін життя чи особливого характеру техніки – стосовно малюнка, колориту, освітлення [6, с. 209-210].

Отже, для встановлення факту повного або часткового відтворення об'єкта авторського права проводиться порівняльний аналіз елементів для кожного виду досліджуваних творів, а саме:

- при дослідженні літературного письмового твору аналізуються мовні елементи, способи їх відбору, вживання, взаємного поєднання та співвідношення. При цьому аналізуються елементи змісту та форми цих творів, зокрема, особливості вираження їх внутрішньої та зовнішньої форми;

- при дослідженні твору скульптури досліджується форма, проводиться порівняльний аналіз елементів пропорцій форми цих об'єктів, їх взаємного поєднання та співвідношення;

- при дослідженні твору художнього дизайну проводиться порівняльний аналіз елементів художньої форми твору та зображення, в

якому такий твір відтворюється, досліджуються форма фігури, форма орнаменту, якщо він наявний, беруться до уваги особливості графічного відображення напису, розташування його, якщо такий напис присутній в творі;

- при дослідженні твору образотворчого мистецтва, проводиться порівняльний аналіз елементів художньої форми та зображення, досліджується композиції картини, світлотіні, вираження через фарби, об'ємні форми, розміщення певних елементів, ліній тощо.

Таким чином, можна зробити висновок, що експерту для встановлення факту повного або часткового відтворення літературного чи художнього твору необхідно, перш за все, враховувати специфічну природу об'єкта авторського права та проводити порівняльний аналіз елементів досліджуваних творів з виокремленням суттєвих творчих елементів форми досліджуваних творів.

Наведемо приклади із судової практики, де розглядалися спори щодо захисту авторських прав, стягнення компенсації за порушення авторських та майнових прав на твір тощо, та застосовувалися спеціальні знання експертів у сфері інтелектуальної власності для їх вирішення. Охарактеризуємо саме ті випадки, де на вирішення експертизи ставилось завдання щодо встановлення факту повного або часткового відтворення об'єкта авторського права.

Розглянемо судовий спір, що стосувався встановлення факту відтворення літературного письмового твору наукового характеру.

Солом'янським районним судом м. Києва розглядався спір про захист авторських прав та стягнення компенсації. Позивач просив визнати та поновити його авторське право шляхом зобов'язання відповідача зазначити належним чином ім'я позивача як співавтора підручника «Технічне обслуговування та ремонт повітряних суден та авіадвигунів» 2014 року та стягнути з відповідача компенсацію.

Згідно з ч. 3 ст. 102 ЦПК України [3]: «висновок експерта може бути підготовлений на замовлення учасника справи або на підставі ухвали суду про призначення експертизи».

Позивачем було надано висновок експертів, яким встановлено, що має місце повне відтворення розділів 6, 7, 8 (стор.106-241) твору «Технічне обслуговування планера і функціональних систем повітряних суден та авіадвигунів» 2004 року створення у підрозділах 2.5, 2.6, 2.7 (стор. 118-236) твору «Технічне обслуговування та ремонт повітряних суден і авіадвигунів» 2014 року створення із внесенням лише змін технічного характеру [7].

У свою чергу, суд, оцінивши висновок експертів, у сукупності з дослідженими матеріалами справи, не знайшов жодних обставин, які б дозволяли стверджувати про необґрунтованість, неправильність висновку чи суперечливість його іншим матеріалам справи, визнав його належним та

допустимим доказом у справі. Також судом встановлено, що позивач у 2004 р. брав участь у написанні книги під назвою «Технічне обслуговування планера і функціональних систем повітряних суден та авіадвигунів» у якості науково-педагогічного співробітника відповідача.

Таким чином, суд у частині позову про захист авторських прав задовольнив та постановив рішення зобов'язати відповідача зазначити ім'я позивача як співавтора підручника «Технічне обслуговування та ремонт повітряних суден та авіадвигунів» 2014 року. Отже, як показує судова практика, відтворенням може бути як твір в цілому, так і його частина. Завдання щодо встановлення факту використання певного твору через відтворення об'єкта авторського права або його частини, що має самостійне значення, вирішується експертом, коли має місце спір про порушення прав автора.

Наведемо приклад судового спору, де на вирішення експертизи було поставлено завдання щодо встановлення факту відтворення твору скульптури.

У Господарському суді Рівненської області розглядався судовий спір про стягнення коштів за порушення авторських майнових прав на твір шляхом використання відповідачем на упакуванні виробленої продукції (сир плавлений) зображення твору-скульптури, виключні майнові права на який належать позивачу.

У даній справі було призначено експертизу, на вирішення якої зокрема поставлено й питання щодо відтворення твору скульптури, а саме: «1) Чи має місце відтворення твору «назва 1» на етикетці плавленого сиру «назва 2»? Якщо так, то у який спосіб та у якій формі відбулось це відтворення? [8]».

За результатами судової експертизи було встановлено, що на етикетці свого продукту відповідач використав твір, а саме: «має місце відтворення твору «назва 1», при цьому це відтворення твору відбулося способом копіювання скульптурної композиції «назва 1» у формі зображення в двох вимірах тривимірного твору» [8].

Господарським судом Рівненської області позов було задоволено частково, зокрема у частині компенсації за порушення авторських та майнових прав на твір, витрат на проведення судової експертизи та витрат на інформаційно-технічне забезпечення судового процесу.

Таким чином, при дослідженні твору скульптури необхідно виділяти властиві риси та компоненти (ідейно-емоційний зміст, образну систему, художню форму, об'єктивну форму) в кожному конкретному випадку.

Наведемо приклади судових спорів щодо встановлення факту відтворення творів образотворчого мистецтва.

Судовий спір, що розглядався Господарським судом Одеської області про захист авторських прав на твори «DACO», «CALLABASH»,

«LASSITER», «TRANSOM» (твори образотворчого мистецтва – дизайнні малюнків). Суть спору полягала в тому, що позивач вимагав заборонити відповідачам використання на території України шляхом продажу, пропонування до продажу, постачання, репродукування, публічної демонстрації, дистрибуції, імпорту меблевих тканин з використанням вищезазначених творів, а також вилучити у відповідачів всіх контрафактних меблевих тканин з використанням творів «DACO», «CALLABASH», «LASSITER», «TRANSOM», та передати їх позивачу.

У ході вирішення спору суд виніс ухвалу, якою було призначено судову експертизу охорони прав на об'єкти інтелектуальної власності (експертиза об'єктів інтелектуальної власності), на вирішення якої було поставлено запитання: «Чи мало місце відтворення у тканинах, які вилучені у приватного підприємства «XXX» та підприємця «YYY» за актами опису й арешту майна від 20.01.2009 року та від 21.01.2009 року, творів «DACO», «CALLABASH», «LASSITER», «TRANSOM»?» [9].

У рішенні суду зазначено, що з висновку судової експертизи вбачається, що у тканинах, які вилучені у відповідачів за актами опису й арешту майна від 20.01.2009 року, та від 21.01.2009 року мало місце відтворення творів «DACO», «CALLABASH», «LASSITER», «TRANSOM» [10].

З урахуванням вищезазначеного та оцінивши докази у справі, Господарським судом Одеської області було ухвалено рішення про задоволення позову щодо заборони відповідачам використовувати на території України шляхом продажу, пропонування до продажу, постачання, репродукування, публічної демонстрації, дистрибуції, імпорту меблевих тканин, на яких відтворені вищезазначені твори та вилучити у відповідачів всі контрафактні меблеві тканини, на яких відтворено твори.

Наступним прикладом щодо встановлення факту відтворення твору образотворчого мистецтва може слугувати рішення Новозаводського районного суду м. Чернігова.

Вищезазначеним судом розглядався спір про захист порушеного авторського права на твір образотворчого мистецтва – картину «Город спит» шляхом стягнення з відповідача суми компенсації, а також стягнення понесених судових витрат.

У Рішенні суду зазначено, що всі перераховані докази суду, у відповідності зі статтями 77, 78 ЦПК України, вважає належними та допустимими, оскільки вони містять інформацію щодо предмета доказування та одержані у встановленому законом порядку. Зокрема, до суду було й надано висновок експерта, де вирішувалось завдання щодо відтворення твору образотворчого мистецтва – картини «Город спит». У рішенні вказано наступне, що, згідно з висновком експерта, на обкладинці наданого примірника продукції – «Блокнот для ескізів»

(зовнішня та внутрішня сторони) мало місце відтворення твору образотворчого мистецтва – картини «Город спит», а саме – елементів, якими відтворено художній образ фантазійної істоти та композиційного зображення переднього плану (центральної частини композиції: будинків, листків-дерев, а також, зображення чоловічка), тобто – частин даного твору, що можуть використовуватись самостійно [11].

Виходячи з вищевикладеного, можна підсумувати, що експерт проводив аналіз елементів художньої форми досліджуваних творів, дослідження композиції картини, вираження через форми, розміщення певних елементів, взаємного поєднання та співвідношення, зокрема особливості вираження їх внутрішньої та зовнішньої форми. Оскільки, як уже зазначалося, відтворенням може бути як твір в цілому, так і його частина. При цьому законодавством передбачено охорону не лише творів в цілому, але й окремих їх частин, що відповідають умовам охороноздатності.

Наведені приклади із судової практики, в яких на підставі ухвали суду або за замовленням учасника справи залучався експерт, свідчать про те, що висновок експерта визнавався належним та допустимим доказом у судових спорах та сприяв прийняттю рішення про задоволення позовних вимог.

Таким чином, висновок експерта, незалежно від порядку його отримання, має однаковий процесуальний статус доказу, поданого до суду, та сприяє швидкому об'єктивному з'ясуванню обставин, які мають значення для розгляду справ у суді. Застосування спеціальних знань у спірних питаннях, пов'язаних із об'єктами авторського права, є надзвичайно важливим, оскільки сприяє формуванню об'єктивного вирішення судового спору та є одним із джерел доказів, що отримується у визначеному законом порядку.

Список використаних джерел

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV (Книга IV) // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.
2. Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23 грудня 1993 р. № 3792-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 13. – ст. 64 із змінами.
3. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 № 1618-IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2004. – №40-41, 42. – с.492
4. Сергеев А.П. Авторское право России. – Спб: Издательство С.-Петербургского ун-та, 1994. – 312 с.
5. Ионас В.Я. Произведения творчества в гражданском праве. – М: Юридическая литература. –1972. –168 с.
6. Канторович Я. Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения. Систематический комментарий к закону от 20 марта 1911 г. 2-е значительно дополненное издание. – Петроград: 1916. – 785 с.

7. Рішення Солом'янського районного суду м. Києва від 07.09.2018 р. по справі № 760/12098/15-ц [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76869761>.

8. Рішення Господарського суду Рівненської області від 16.01.2008 р. по справі № 11/197 [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/1365250>.

9. Ухвала Господарського суду Одеської області від 26.03.2009 р. по справі № 31/10-09-328 [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/5796018>.

10. Рішення Господарського суду Одеської області від 15.10.2009 р. по справі № 31/10-09-328 [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/1365250>.

11. Рішення Новозаводського районного суду м. Чернігова від 30.05.2018 р. по справі № 751/7634/17 [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74466885>.

Калініченко М.М.,
провідний науковий співробітник
Львівського НДІСЕ,
кандидат філологічних наук,
судовий експерт

Струк І.О.,
завідувач лабораторії дослідження
об'єктів інформаційних технологій
та інтелектуальної власності
Львівського НДІСЕ,
судовий експерт

ФОТОГРАФІЧНІ ТВОРИ ЯК ОБ'ЄКТ ДОСЛІДЖЕННЯ СУДОВИХ ЕКСПЕРТИЗ З ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Розглянута специфіка аналітичного вивчення структури фотографічних творів як об'єктів дослідження судових експертиз з інтелектуальної власності; зроблена спроба характеристики та систематизації сутнісних аспектів фотографічних творів, які вирізняють їх з-поміж інших різновидів творів мистецтва.

Наша держава багата творчими людьми – фотохудожниками, котрі нерідко діляться своїми світлинами у мережі Інтернет. Разом з тим, ці витвори досить часто стають об'єктами дизайнерських рішень комерційних виробів (посуд, різноманітна поліграфічна продукція, іграшки, одяг, реклама тощо), які виробляють та успішно продають інші особи, які не отримали від авторів належного дозволу або ліцензії на

подібне використання. Отже, фотографія є популярним об'єктом, який можна легко використати у різних галузях. В останні роки українським авторам все частіше доводиться захищати в судах законні права на власні твори, які були використані іншими особами без належного дозволу або ліцензії. Хоча категорія справ, що стосуються творів фотографічного мистецтва як об'єктів інтелектуальної власності ще не набула значного розповсюдження в нашій країні, з огляду на значний економічний потенціал фотографічних творів, неважко передбачити, що подібні судові позови в Україні невдовзі увійдуть до числа провідних напрямків вітчизняної юридичної практики. Як наслідок, професіонали української судової експертизи все частіше залучатимуться до їхнього розгляду.

Фотографічне зображення як твір мистецтва та об'єкт інтелектуальної власності – це продукт складної взаємодії трьох взаємопов'язаних компонентів. Цими складовими є тема, форма та зміст. Кожен твір, незалежно від форми вираження, включає в себе ці три основних структурних елементи. Якими б відмінними не були назви творів, їхні жанри, або ж способи матеріального вираження, базові елементи теми, форми й змісту поєднуються для створення завершеного зображення, світлина, або ж іншого твору мистецтва.

Втім, фотографії мають також власну специфіку, що немалою мірою вирізняє їх з-поміж інших категорій культуральної продукції. За відсутності адекватного розуміння цих особливостей, зумовлених не лише суто технологічними та методологічними відмінностями створення фотографічних творів (як то відсутність безпосередньої взаємодії між матеріалом й автором-творцем, використання особливих технічних засобів та художніх рішень), а також їхніми неповторними естетичними якостями, аналітичне вивчення світлин як об'єктів дослідження судових експертиз з інтелектуальної власності суттєво ускладнюється, а інколи й взагалі унеможлиблюється.

Отже, спробуємо деталізувати провідні структуральні компоненти фотографічних творів. Тему фотографічного твору можна визначити як змістове наповнення зображення; іншими словами – тема безпосередньо повідомляє глядачам-реципієнтам, про що це зображення. Втім, тема залишається не лише внутрішньою сутністю й значеннями фотографічного зображення, але й може бути не репрезентована безпосередньо у його візуальній структурі. Для прикладу, в літературі тема найчастіше представлена як так звана «основна думка» твору. Інтерес до певної теми нерідко стає першорядною причиною, що спонукає фотографів до створення оригінального фотографічного зображення.

Як хороші романи чи поеми дозволяють письменникам передати читачам певний змістовий «меседж», якісні фотографії дають

можливість фотомитцям поділитися із глядачами власною точкою зору, або ж передати певне змістове повідомлення. Таким чином, темою фотографічного твору є його словесне повідомлення, адресоване певній аудиторії, й це повідомлення нерідко залишається прихованим за видимою дійсністю та вимагає активної інтерпретації реципієнтами, котрі залучаються до творення змісту шляхом своєрідного «розшифрування» зовнішніх атрибутів фотографічного твору, котрі реалізують його тему. Тема фотографії може варіюватися від поверхневої та загальнозрозумілої до абстрактної – добре прихованої у візуальній структурі твору. Втім, абстрактні теми, такі як «надія», або ж «перевага» (або щось інше, що не є матеріальним, або ж предметним) можуть бути розкриті тільки за допомогою ретельного семантичного аналізу із застосуванням двох інших, пов'язаних між собою базових компонентів фотографічних творів: їхньої форма та змісту.

В той час як «тема» – це те, про що зображення, його «зміст» – це буквально те, що ми бачимо на площині зображення. Зміст зображення може бути визначений як візуальна репрезентація географічних локацій та певних об'єктів зображення (речі, люди тощо), які візуально присутні та / або ідентифікуються на знімках.

Стосовно змісту фотографічних творів необхідно звернути увагу на наступні особливості:

- по-перше, доступний для візуального сприйняття зміст фотографій (подібно до текстових засобів змісто-творення у літературних творах) спроможні бути агентом передачі змістового субстрату, який працює на багатьох рівнях: конотативний або позначений, суб'єктивний або об'єктивний, психологічний, інтелектуальний, духовний, культурний, політичний та ін. Саме тому використання на площині фотографічних творів такого візуального контенту, який легко розпізнається та має специфічне значення на одному рівні, більш привабливий для успішної комунікації із широкою аудиторією глядачів;

- по-друге, кожна окрема візуальна частина змісту фотографічного твору (як окреме слово у реченні) має потенціал роз'яснити глядачам невідомий сенс як окремого фрагменту твору, так й інших, дотичних до нього частин.

Крім того, зміст фотографії також може бути абстрактним, або ж нерепрезентативним; в цьому випадку залишковий компонент зображення – його форма сама по собі – може бути буквально темою твору.

Третій компонент фотографічного знімка – його форма – передає всі ті можливості візуальної репрезентації, через які тема та зміст об'єднуються та увиразнюються у завершеному творі. Форма може бути визначена як елементи дизайну, які художник комбінує для

композиційної побудови роботи, або ж як формальна організація елементів, яка визначає зовнішній вигляд зображення.

Форма, що також називається в фотографії «композицією», включає традиційні елементи дизайну (лінія, орнаментация, текстура, колір та ін.), до яких можна додати якість освітлення та специфіку komponування в кадрі.

Складна та багаторівнева взаємодія між темою, формою та змістом утворюються значення фотографічного зображення. Лише ті фотографи, які при конструюванні зображень свідомо маніпулюють атрибутами форми в процесі розташування ретельно вибраних елементів змісту, можуть точно передавати глядачам належні «змістові повідомлення» щодо тему фотографічного знімка. Оскільки форма – це засіб, за допомогою якого вибрана художником тема та зміст поєднуються разом, експертам, які здійснюють аналітичне дослідження фотографічних творів, важливо опанувати технічні елементи й термінологічні засоби, що набули розповсюдження у професійному середовищі та мистецькій практиці сучасних майстрів фотографії.

Подальше вивчення структуральних та сутнісних особливостей фотографічних творів сприятиме утвердженню нових дослідницьких методик і загальній оптимізації проведення судових експертиз у сфері захисту авторського права. З огляду на те, що українським спеціалістам наразі бракує офіційної методики, яка могла би визначити загальноприйняті принципи та стандарти дослідження фотографічних творів як об'єктів інтелектуальної власності, ідентифікація та належне розуміння провідних структуральних компонентів фотографічних творів можуть істотно сприяти створенню та апробації найефективніших практик сучасної судової експертизи світового рівня.

Список використаних джерел

1. Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів, прийнята Всесвітньою організацією інтелектуальної власності 24 липня 1971 року // Зібрання чинних міжнародних договорів України. – 2006. – № 5. – ст. 1247.
2. Електронний ресурс; режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0012600-12/print>
3. Schreyer, Amanda (2015) «An Overview of Legal Protection for Fictional Characters: Balancing Public and Private Interests,» : Vol. 6: Iss. 1, Article 3. P.66. Електронний ресурс; режим доступу: <http://open.mitchellhamline.edu/cybaris/vol6/iss1/3>.

Зубач О. І.,
судовий експерт лабораторії права
промислової власності НДЦСЕ
з питань інтелектуальної власності,
судовий експерт

АКАДЕМІЧНИЙ ПЛАГІАТ: КАТЕГОРІЯ ТА ІСТОТНІ ОЗНАКИ

Відомо багато негативних випадків виявлення плагіату. Зокрема, навіть поважний професор Невадського університету в Лас-Вегасі М. Маруччі вдавався до плагіату впродовж 20 років. Він використовував матеріали інших авторів (художні, публіцистичні та критичні роботи) для написання власних праць, і лише нещодавно дане порушення було виявлено та припинено. Подібні випадки – це привід активно вести боротьбу з академічним плагіатом. Зокрема, шляхом внесення змін до законодавства щодо відповідальності за порушення прав авторів, встановлення більш жорстоких правил надання наукового ступеню, ретельної перевірки наукових творів учасників навчального процесу на використання чужих праць в написанні власних робіт і т.д.

Великий тлумачний словник сучасної української мови визначає поняття плагіат як привласнення авторства на чужий твір науки, літератури, мистецтва або на чуже відкриття, винахід чи раціоналізаторську пропозицію, а також використання у своїх працях чужого твору без посилання на автора» [1].

Дане негативне явище ставить під сумнів репутацію не лише окремих осіб, а й навчальні заклади загалом. На жаль, остаточно викоринити плагіат з освітньої сфери наразі неможливо, оскільки він не врегульований. Але Україна робить спроби щодо запобігання неправомірному використанню наукових творів за зразком кращих практик держав-учасниць ЄС, зокрема Польщі, Німеччини, Швеції та Австрії, в яких найменший рівень плагіату [7].

Відповідно до ч. 4 ст. 42 Закону України «Про освіту», академічний плагіат – це «оприлюднення (частково або повністю) наукових (творчих) результатів, отриманих іншими особами, як результатів власного дослідження (творчості), та/або відтворення опублікованих текстів (оприлюднених творів мистецтва) інших авторів без зазначення авторства» [7].

У п. в ч.1 ст. 50 Закону України «Про авторське право і суміжні права» зазначено, що плагіатом є «оприлюднення (опублікування), повністю або частково, чужого твору під іменем особи, яка не є автором цього твору» [5].

Так, відповідно до Закону України «Про вищу освіту», у п. 6 ст. 6 наведено наслідки виявлення академічного плагіату: відмова у

присудженні відповідного наукового ступеня (для здобувачів), позбавлення права брати участь у роботі спеціалізованих вчених рад строком на два роки (для наукових керівників та голів відповідних спеціалізованих вчених рад), позбавлення права створювати разові спеціалізовані вчені ради строком на один рік (для закладів вищої освіти (наукових установ) [6]. Цей Закон також зобов'язав заклади вищої освіти «вживати заходів, у тому числі шляхом запровадження відповідних новітніх технологій, щодо запобігання та виявлення академічного плагіату в наукових роботах наукових, науково-педагогічних, педагогічних, інших працівників і здобувачів вищої освіти та притягнення їх до дисциплінарної відповідальності» (ст. 32) [3].

Погоджуючись з думкою Н.В. Кісіль про те, що особливої актуальності нині потребує розробка та формулювання єдиних критеріїв для визначення ознак плагіату, що є надзвичайно актуальним як для застосування заходів академічного впливу та для об'єктивного вирішення справ під час досудового розслідування та судового розгляду спорів, що пов'язані із порушенням особистих немайнових та майнових прав на наукові твори [2]. Вважаємо за потрібне окреслити істотні ознаки академічного плагіату.

1. Відсутність належних посилань є основною ознакою академічного плагіату. В окремих випадках некоректним вважають навіть використання одного слова без посилання на джерело, якщо це слово використовують в унікальному значенні, наданому цим джерелом.

2. Помилки цитування:

- відсутність лапок при використанні текстових фрагментів, що запозичені з інших джерел, за наявності коректного посилання на це джерело;
- посилання на інше джерело, ніж те, з якого взята цитата;
- неправильне оформлення посилання, що ускладнює пошук джерела.

Загалом, помилки цитування є порушенням академічної етики, оскільки у сучасних умовах вони, як мінімум, призводять до викривлення науко-метричних показників інших науковців та наукових видань, тим самим порушують права справжніх авторів. При чому, вкрай важливим є правильне написання прізвищ авторів, назв творів без перекручень задля запобігання унеможливленню подальшого їх опрацювання наукометричними системами.

3. Привласнення авторства на чужий твір.

Неприпустимо, але все ж таке явище має місце у нашому суспільстві, зокрема, у сфері освіти. Щодо цієї ознаки у Положенні про Національний репозитарій академічних текстів, що затверджений Урядом України 2017 року містяться ресурси, які мають стати

«допоміжними засобами для експертизи академічних текстів на плагіат» [4]. В подальшому це дасть змогу попередити порушення прав авторів та запобігти поширенню академічного плагіату.

4. Обнародування наукового результату особою, яка не має відношення до його отримання.

У даному випадку дано визначення поняття академічного плагіату з нормативно-правових актів законодавства України та його істотні ознаки. Наразі є необхідність в подоланні кризи академічної доброчесності, шляхом визначення поняття академічного плагіату та встановлення його істотних ознак. Також встановлення спеціальними законами та нормативними документами закладів вищої освіти та наукових установ чітких процедур та критеріїв ідентифікації цього порушення. При розробці внутрішніх документів навчальних закладів (статутів) варто враховувати аналогічні процедури і рекомендації провідних європейських та північноамериканських університетів, котрі мають неабиякий досвід у сфері запобігання академічному плагіату. Викладене вище потребує глибокого аналізу, що обумовлює важливість подальших наукових досліджень. Однак, все ж таки головне, що певні кроки на шляху попередження практики академічного плагіату все ж таки зроблено.

Список використаних джерел

1. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.). / Уклад. і голов. ред. В.Т.Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. – 1728 с.
2. Кісіль Н.В. Плагіат у наукових творах: основні поняття та шляхи забезпечення доказової бази. – Режим доступу: <https://ics.gov.ua/expert/useful/publications/359391/>
3. Методика проведення експертних досліджень літературних творів наукового характеру (VII.1.1-2017/2) / О.В. Голікова, О.В. Скринюк, Н.М. Ткаченко, В.Л. Федоренко (кер.), Н.Є. Яркіна і ін. – К. : НДЦСЕ з питань інтелектуальної власності, 2017. – 79 с.
4. Положення про Національний репозитарій академічних текстів, затверджене Постановою Кабінету Міністрів України від 19 липня 2017 р. № 541 // Офіційний вісник України. – 2017. – № 61. – Ст. 1874.
5. Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23 грудня 1993 року // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 13. – Ст. 64.
6. Про вищу освіту : Закон України від 01 липня 2014 року // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 37-38. – Ст. 2004.
7. Про освіту : Закон України від 05 вересня 2017 року // Відомості Верховної Ради України. – 2017. – № 2145-VIII. – Ст. 23.
8. Рівень плагіату в студентських роботах. – Режим доступу: <http://aphd.ua/riven-plahiatu-v-studentskykh-robotakh-u-kranakh-ievropu/>

5. СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА У СФЕРІ ТЕХНІЧНОЇ ТВОРЧОСТІ, КОМЕРЦІЙНИХ (ФІРМОВИХ) НАЙМЕНУВАНЬ І ТОРГОВЕЛЬНИХ МАРОК

Андрушук Г.О.,
головний науковий співробітник
НДІ інтелектуальної власності
НАПрН України; провідний науковий
співробітник НДЦСЕ з питань
інтелектуальної власності,
канд. екон. наук, доцент,
судовий експерт

БИТВА КРОКОДИЛІВ (LACOSTE VS KAJMAN): ЗАХИСТ ДОБРЕ ВІДОМИХ ТОВАРНИХ ЗНАКІВ

Сьогодні конкурентна боротьба переноситься в сферу досягнень інтелектуальної власності. Проблемним питанням багатьох країн світу залишається боротьба з виробництвом і розповсюдженням контрафактної продукції. Одним з об'єктів інтелектуальної власності, який найбільш активно розвивається в світі, є товарний знак.

За останні п'ять років попит на товарні знаки збільшився в чотири рази: (з 1 млн заявок на рік, в 1985 році до 4,2 млн. заявок на рік до 2011 року.) По всьому світу компанії інвестували в брендінг приблизно 466 млрд. дол. США [1]. Цей показник був би ще більшим, якби враховувалися витрати на стратегічний маркетинг, корпоративну комунікацію та інші послуги, що сприяють сприйняттю бренду, а також внутрішньокорпоративні витрати на брендінг. Більш повні дані по США, які враховують всі витрати на брендінг, показують, що інвестиції в брендінг тільки в 2010 році склали 340 млрд дол. Це перевищує інвестиції американських компаній у НДДКР або дизайн і становить чверть їхніх капіталовкладень в нематеріальні активи [1].

Наведемо статистику щодо товарних знаків згідно аналітичного звіту World Intellectual Property Indicators 2015 Всесвітньої організації інтелектуальної власності (ВОІВ). З 2000 року кількість заявок на реєстрацію товарних знаків збільшилася майже у двічі. Загальна кількість зазначених в заявках класів в 2014 році досягла 7,45 млн, що на 6% більше, ніж в 2013 році. Кількість діючих реєстрацій у світі в 2015 році склала 33,1 млн. [2].

Популярні знаки найчастіше стають об'єктами недобросовісних посягань і порушень. Тому компанії докладають значних зусиль, щоб уберегтись від порушників і зберегти добре ім'я.

Однією з найбільш складних і актуальних проблем є охорона добре відомих знаків. Вона стає все гострішою в зв'язку з розвитком Інтернету, супутникових систем телебачення і поширенням ринкових відносин на 1/6 території земної кулі, на якій раніше капіталістичний спосіб виробництва вважався нелегальним.

Перші закони про товарні знаки, розроблені в кінці XIX ст., надавали власникам товарних знаків право запобігати використанню конкурентами ідентичних чи подібних знаків щодо тих же або однорідних товарів. З роками стало зрозумілим, що законодавство не забезпечує в повному обсязі права тих виробників, які тривалий час використовували свої знаки, успішно просуваючи на ринок марковані ними товари, які заслужили у споживачів визнання і оцінюються ними як товари гарантованої якості.

За такими знаками в правовій літературі закріпилася назва «добре відомі» («well-known mark») і «знамениті» («famous»). До знаменитих знаків віднесені добре відомі знаки числом не більше 100, які характеризуються поширенням у багатьох країнах світу.

Відомий французький фахівець з товарних знаків А. Бертран визначає добре відомі і знамениті знаки таким чином. Добре відомим є товарний знак, впізнаваний великою частиною кід, зайнятих виробництвом, продажем або використанням даних товарів. Він чітко сприймається як знак, який вказує на певне походження цих товарів. Знаменитим, або дуже відомим (de haute renommée) є товарний знак, відомий в міжнародному плані або в усьому світі. Деякі знаки досягли такого ступеня популярності, що стали сприйматися як національні символи країни (наприклад, «COCA-COLA» (США), «NOTRE DAM», «CRISTIAN DIOR» (Франція), «ROLLS-ROYCE» (Великобританія), «TOYOTA» (Японія), «FERRARI» (Італія), «VOLVO» (Швеція), «SIEMENS» (Німеччина).

Покупці готові переплачувати за товари, марковані добре відомими знаками, які виступають на ринку в ролі гарантів якості. Існує навіть певна категорія людей, які бажають носити сорочки, прикрашені їх улюбленими торговими марками «Сока», «NIKE», «SONY». Такі любителі будуть ображені в своїх почуттях, побачивши ці знаки, які за своєю дією деякі юристи порівнюють з іконами, на інших товарах широкого спектра. Розглянемо декілька прикладів із відомчої (OHIM) та вітчизняної судової практики захисту прав на добре відомі знаки.

Перш ніж перейти до розгляду справ наведемо деякі відомості щодо торгової марки Lacoste.

З історії товарного знака Lacoste. Рене Лакост був відомим французьким тенісистом, якому вдалося досягти успіху в двох областях:

у тенісі та моді. У 1923 р. під час кубка Девіса, американська преса охрестила Лакост «алігатором» після того, як він уклав парі на валізу з крокодилової шкіри з капітаном збірної.

У французькій мові еквівалентом «алігатор» стало «крокодил». Це прізвисько передавало його агресивну динамічну манеру гри та завзятість, яку він демонстрував на тенісних кортах, ніколи не відпускаючи свої «здобичі». Прізвисько закріпилося за ним настільки міцно, що його друг Робер Жорж намалював для нього величезного алігатора із роззявленою пащею. Алігатор був пізніше вишитий на сорочці, в якій Лакост з'являвся на корті. Коли Рене Лакост виграв в 1927 р. відкритий чемпіонат США з тенісу на ньому була його власна біла сорочка з коротким рукавом, створена з легкої трикотажної тканини, яка називалася «jersey petit pique» і вбирала вологу у спеку. Це був перший випадок модного показу одягу в спорті. Біле поло викликало радикальні зміни у сучасній тенісній моді, бо дуже відрізнялося від тенісного одягу того часу. В моді були традиційні «міські» сорочки з довгими рукавами (що сильно сковували рухи).

La chemise. Після того як Лакост пішов з тенісу, він заснував компанію La Chemise Lacoste в 1933 р. разом з Андре Жильє, власником і президентом найбільшої в той час французької трикотажної компанії. Разом вони почали випускати ту саму революційну сорочку з емблемою алігатора, яку створив Лакост і яку він одягав під час тенісних турнірів. Ця емблема стала першим прикладом появи назви бренду на зовнішній стороні предмета одягу. Крім тенісних сорочок, Lacoste випускав сорочки для гри в гольф і вітрильного спорту. У 1951 р. компанія почала розширюватися і крім білих тенісок приступила до випуску сорочок різних кольорів. У 1952 р. сорочки були експортовані в США як «статусний символ професійного спортсмена», що значно вплинуло на одяг вищого класу. У 1963 р. Бернард Лакост, син Рене Лакост взяв на себе управління компанією. Під управлінням Бернарда компанія досягла стрімкого розвитку. Коли Бернард став президентом компанії, щорічні продажі предметів одягу Lacoste склали приблизно 300 тис. речей. Бренд Lacoste був найпопулярнішим в США під час сімдесятих років, коли теніска стала невід'ємною частиною гардеробу стильного молодого чоловіка, і навіть була згадана в книзі Лізи Бірнбаха «Official Preppy Handbook» 1980 року. Компанія також приступила до випуску іншої продукції крім одягу, такої як парфуми, шорти, звичайні і сонячні окуляри, тенісні туфлі, парусинові туфлі, черевики, годинники, а також різні предмети зі шкіри. На сьогодні 65% компанії володіє родина Лакост, а 35% – компанія Деванлей (Devanlay). Компанія Procter and Gamble володіє ліцензією на парфумерну лінію Lacoste. Штаб-квартира компанії Lacoste знаходиться в Парижі. Виробничий капітал Lacoste знаходиться у французькому місті Троя, однак право на

виробництво одягу доручено різним фабрикам всіх країн світу, включаючи Перу, Марокко та Італію.

Lacoste vs Kajman. Концептуальна схожість між торговельними марками може бути достатньою, щоб визначити ризик плутанини, навіть якщо візуальна подібність між позначеннями мала, якщо попередній знак став дуже відмітним завдяки його використанню. (Eugenia Mocek, Jadwiga Wenta KAJMAN Firma Handlowo-Uslugowo-Produkcyjna v OHIM (Case T-364/13, judgment of the General Court of 30 September 2015) [3,4].

Польське партнерство Eugenia Mocek i Jadwiga Wenta, що діє під назвою KAJMAN Firma Handlowo-Uslugowo-Produkcyjna, звернулося в Управління з гармонізації на внутрішньому ринку (товарні знаки і промислові зразки) (ОНІМ) для реєстрації торгової марки Товариства «Кайман» (№ СТМ 005686845) з такою графікою:



Заявка на торгову марку була подана на товари 18-го класу (включаючи такі предмети, як одяг для домашніх тварин і шкіряні гаманці, гаманці і сумочки), 20 (наприклад, подушки і ліжка для домашніх тварин), 22 (сумки для упаковки), 25 (наприклад, взуття та реміні) і 36 (включаючи оренду офісу). Заявка на торговельну марку Співтовариства була опублікована в Бюлетені з торгових марок Товариства № 7/2008 від 11 лютого 2008 року. Компанія Lacoste SA 6 травня 2008 року подала повідомлення про заперечення відповідно до статті 42 Регламенту № 40/94 (тепер стаття 41 Регламенту № 207/2009) на реєстрацію знака, поданого щодо товарів, зазначених у пункті 3 вище. Заперечення базувалося, зокрема, на більш ранньому зображувальному знаку Товариства, зареєстрованого 26 травня 2004 року за № 2979581 і продовженому до 2022 року.

Заперечення було подано французькою компанією Lacoste SA, яка стверджувала, що знак Кайман схожий на її торгову марку Співтовариства (№ СТМ 2979581), що представляє крокодила. Це буде згубним для розрізняльного характеру та репутації більш раннього знака. Марка Lacoste була зареєстрована для товарів класу 18 (наприклад, шкіряні сумочки), 20 (наприклад, меблі, дзеркала і рами для картин), 24 (подушки) і 25 (одяг, взуття та головні убори). Торгова марка Lacoste виглядає так:



Управління ОНІМ. Відділ заперечень ОНІМ відхилив заперечення компанії Lacoste, встановивши, що знаки візуально і фонетично різні. Хоча між ними існує концептуальна схожість, вона є низькою і недостатньою, щоб викликати ймовірність плутанини споживачів.

Компанія Lacoste звернулась до Апеляційної ради ОНІМ, яка частково підтримала апеляцію, встановивши, що існує ризик плутанини щодо товарів у класах 18 і 25, і відмовилась зареєструвати знак Кайман для шкіргалантереї, одягу і взуття. Це було через концептуальну подібність між позначеннями в їх візуальних і семантичних елементах (які представляють «рептилію родини крокодилів»), а також тому, що крокодил Lacoste збільшив своєрідність і репутацію щодо певних товарів в класах 18 і 25.

В іншому випадку Апеляційна рада відхилила апеляцію компанії Lacoste, встановивши, що немає ризику плутанини щодо товарів і послуг в класах 20, 22 і 36, оскільки ці предмети не схожі на товари в класах 18 і 25, для яких знак Lacoste посилив своєрідність і репутацію. Більш того, Lacoste продемонстрував щодо класів 20, 22 і 36, що репутація або відмінна риса його знака були порушена, або що Кайман отримав несправедливу перевагу.

Таким чином, Апеляційна рада ОНІМ ухвалила, що знак Кайман може бути зареєстрований для товарів з класів 20, 22 і 36, але не для товарів з класів 18 і 25.

Заперечуючи, фірма KAJMAN подала позов проти цього рішення до Загального суду, домагаючись захисту її торгової марки також в класах 18 і 25. Компанія Lacoste втруtilась і подала заяву про відмову в реєстрації торгової марки Кайман також для товарів 20 класу.

Рішення Генерального суду. Генеральний суд відхилив дію Кайман і заяву Lacoste. *По-перше*, суд не погодився з позицією Кайман, що клієнти товарів 18 і 25 класів виявляють більш високий рівень уваги, тому що товари, продані під більш раннім знаком Lacoste, є «дорогими високоякісними товарами», які можна придбати в основному в бутиках Lacoste. Суд встановив, що товари в класах 18 і 25 є звичайними товарами широкого вжитку, призначеними для широкої публіки. Список товарів, позначених знаком Lacoste, не означає, що вони є дорогими або високоякісними товарами. Якщо товари Lacoste продаються в основному у власних бутиках, то це просто показує, що компанія вибрала певну маркетингову стратегію, але це не «нормальна» маркетингова стратегія для товарів такого типу. Lacoste може змінити свою стратегію в майбутньому, тому її поточна стратегія може виявитися недоцільною при оцінці рівня уваги середніх споживачів. Таким чином, суд встановив, що рівень уваги клієнтів до товарів в класах 18 і 25 є «середнім».

По-друге, суд визнав (наприклад, Апеляційна рада ОНІМ), що графічно знаки були схожі, тому що вони обидва показують образ рептилії з родини крокодилів, в профіль, із звивистим хвостом. Але логотипи різняться, оскільки марка Кайман показує стриману рептилію в стилізованій формі, її торс складається з букв, що формують слово

«кайман», в той час як крокодил Lacoste більш реалістичний і агресивний.

Ці відмінності зробили візуальну схожість низькою. Суд постановив, що оцінки не можуть порівнюватися на фонетичному рівні, тому що рання марка Lacoste не має вербального елемента. Суд погодився з Апеляційною радою, що середні споживачі будуть сприймати знаки на концептуальному рівні, посилаючись на рептилії з родини крокодилів. Це сприйняття візуального елемента підкріплюється використанням слова «Кайман» (що означає «кайман» на декількох мовах ЄС і схоже на слова в багатьох інших мовах ЄС для цієї рептилії з родини крокодилів). Це означало, що позначення мали середню схожість на концептуальному рівні.

По-третє, суд погодився з Апеляційною радою, що більш ранній знак Lacoste користується «особливо відмітним характером» для шкіряних виробів класу 18, зокрема мішків, одягу і взуття в класі 25, набутих в наслідок використання знака.

Суд встановив, що через концептуальну подібність між позначеннями Kajman і Lacoste і вельми відмінної природи марки Lacoste використання марки Kajman для тих же або схожих товарів в класах 18 і 25 може вводити в оману споживачів. Суд погодився в тому, що в разі товарів, пропонуваніх в магазинах самообслуговування, як і товари з класів 18 і 25, де споживачі покладаються головним чином на зображення торгової марки, візуальна схожість між марками, яка не була високою в цьому випадку, є найбільш значною. Однак подібність на цьому рівні є лише одним з факторів, що враховуються при загальній оцінці ризику плутанини. Широке знайомство з раннім знаком Lacoste означає, що знак Kajman може сприйматися споживачами як варіація на крокодила від марки Lacoste.

Суд відхилив аргумент фірми Kajman про те, що відстоювання заперечення Lacoste означало б надання компанії Lacoste монополії на образ рептилії з родини крокодилів. Як зазначив суд, схема торгової марки Товариства дозволяє власникам більш ранніх марок виступати проти більш пізніх марок, які нечесно використовують відмінні риси або репутацію їх марок. Це дозволяє власникам захищати значні витрати (інвестиції), які вони зробили для просування своїх ранніх марок.

Відхиливши заяву компанії Lacoste про відмову від марки Kajman в класі 20, суд встановив, що компанією Lacoste не доведена підвищена розрізняльність товарів 20 класу, тобто меблів. Компанія Lacoste представила докази репутації тільки для постільної білизни з 24 класу.

Резюме. Судження у справі Kajman підтверджує, що при оцінці ризику змішування споживачів велику роль відіграє відмінна сила (розрізняльна здатність), набута при використанні товарного знака, а

також репутація знака. Сильна відмінна риса більш раннього позначення дозволяє виявити, що більш пізній знак схожий, якщо позначення стосуються однієї і тієї ж концепції, навіть якщо візуальні уявлення концепції цих двох позначень різняться в багатьох аспектах.

Судження також підтверджує, що при визначенні рівня обізнаності середнього споживача про те, чи є товари особливо високої якості або продаються з особливо високою ціною, не має значення, якщо на основі класифікації товарних знаків вони розглядаються як звичайні споживчі товари.

Концепція охорони добре відомих знаків. Згідно введеної в 1925 році в Паризьку конвенцію з охорони промислової власності ст. 6 bis країни – учасниці цієї Конвенції зобов'язуються, якщо це допускається їх законодавством, не реєструвати і за протестом зацікавлених осіб анулювати знаки, які є відтворенням, імітацією або перекладом іншого знака, визнаного компетентним органом країни добре відомим, якщо вони схожі з цим знаком до ступеня змішування і призначаються для маркування ідентичних і однорідних товарів [5].

Протягом десятиліть ст. 6 bis розглядалася як норма, що надає охорону добре відомим знакам навіть на територіях тих країн, – учасниць Конвенції, в яких відсутня їх реєстрація. Однак в більшості випадків фірми – власники добре відомих (в країні походження) знаків, не покладаючись на імунітет, що надається їх знакам ст. 6 bis, прагнуть до реєстрації своїх знаків у країнах, що є сферою їх інтересів.

Статтю 6 bis Паризької конвенції можна вважати відправною точкою для розробки положень, що усувають білі плями в законодавстві в сфері охорони добре відомих знаків. Незважаючи на тривалість застосування ст. 6 bis, не можна стверджувати, що її тлумачення не викликає труднощів. Це пов'язано з відсутністю визначення «добре відомий знак» не тільки в Паризькій конвенції, а й в більшості національних законів щодо товарних знаків. Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (TRIPS), якою повинні керуватися країни – члени СОТ, передбачає поширення статті 6 bis Паризької конвенції на знаки обслуговування, а також розширює обсяг прав власників добре відомих знаків шляхом заборони третім особам використовувати знаки, тотожні зареєстрованим добре відомим, для маркування неоднорідних товарів і послуг.

20-29 вересня 1999 р. Асамблеєю Паризького союзу з охорони промислової власності та Генеральною асамблеєю ВОІВ на тридцять четвертій сесії засідань Асамблей держав – членів ВОІВ були прийняті Спільні рекомендації щодо положень щодо охорони добре відомих знаків.

Основними критеріями відповідно до цієї рекомендації для встановлення статусу добре відомого знака є:

– ступінь відомості чи визнання знака у відповідному секторі суспільства; тривалість використання знака в різних географічних районах країни походження та в інших країнах; тривалість будь-якої діяльності з просування знака, що включає рекламу; тривалість здійснених реєстрацій знака в різних країнах; факти успішної реалізації прав на знак; цінність, притаманна знаку.

У п. Б ст. 4 (Конфліктуючі знаки) згаданого документу сказано, що незалежно від товарів і (чи) послуг, для яких знак використовується, або є предметом заявки на реєстрацію, або зареєстрований, цей знак вважається таким, що є у протиріччі з добре відомим знаком, якщо цей знак або його суттєва частина являє собою відтворення, імітацію, переклад або транслітерацію добре відомого знака і якщо виконано щонайменше одну з таких умов:

1) використання цього знака могло б вказувати на зв'язок між товарами і (чи) послугами, для яких цей знак використовуються, є предметом заявки на реєстрацію або зареєстрований, і власником добре відомого знака і, швидше за все, могло б завдати шкоди його інтересам;

2) використання цього знака швидше за все завдасть шкоди або несправедливо послабить відмітний характер добре відомого знака;

3) використання цього знака могло б недобросовісно використовувати переваги розрізняльного характеру добре відомого знака.

LACOSTE vs «Ла Кос». «Lacoste» (українською вимовляється як Лакост) – французька компанія з виробництва одягу, заснована у 1933 р., яка продає одяг, взуття, парфумерію, вироби зі шкіри, годинники, окуляри і тенісні сорочки, завдяки яким компанія і стала відомою. Lacoste впізнається завдяки своїй емблемі із зображенням зеленого алігатора. У 2003 році мені, як атестованому судовому експерту Київського науково-дослідного інституту судових експертиз (КНДІСЕ), довелося проводити судову експертизу у справі LACOSTE проти «Ла Кос» [6]. Французька компанія LA CHIMISE LACOSTE – власник торгової марки LACOSTE має міжнародну реєстрацію з поширенням на територію України з 21 грудня 1977 року. Вона подала позов до Державного департаменту інтелектуальної власності та українського Акціонерного товариства закритого типу (АТЗТ) «ВНІДХІМПРОЕКТ» про визнання недійсним свідоцтва на товарний знак «Ла Кос», яке було отримано товариством в 2000 році. Свої вимоги позивач обґрунтував пунктом 3 статті 6 та пунктом 2 статті 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг». Він вважав, що товарний знак «Ла Кос» не відповідає вимогам правової охорони:

оскільки він схожий настільки, що його можна сплутати зі знаком LACOSTE, а також він може ввести в оману щодо товару, послуги або особи, яка виробляє товар або надає послуги.

При встановленні схожості словесних позначень знаків для товарів і послуг враховується їх звукова фонетична, графічна (візуальна) і смислова (семантична) схожість (пункт 4.3.2.6 Правил складання, подання та розгляду заявки на видачу свідоцтва України на знак для товарів і послуг, затверджених наказом Держдепартаменту від 28 липня 1995 року). Але жодним нормативним актом України не визначається правовий пріоритет цих критеріїв. З огляду на це, виникають певні труднощі під час розгляду судових спорів, предметом яких є визнання недійсним свідоцтва на товарний знак. Якщо, наприклад, позначення співзвучних конкуруючих товарних знаків візуально зовсім не схожі, то яким критерієм буде керуватися суд?

Представник Державного департаменту інтелектуальної власності погодився з фонетичною схожістю знаків, але відкинув їх графічну схожість, що і дозволило позначенню «Ла Кос» свого часу отримати правову охорону.

АТЗТ «ВНІДХІМПРОЕКТ» заперечувало проти позову. Представники товариства стверджували, що позначення не схожі ні фонетично, ні графічно, ні за своєю семантикою. На думку відповідача, знаки відрізняються довжиною, кількістю складів і наголосом. Щодо графічної подібності, то для відтворення позначень використовуються різні види шрифту, різні алфавіти (кирилиця та латиниця), а оскільки знак «Ла Кос» складається з двох частин, це викликає різне зорове сприйняття.

Відсутність смислової подібності відповідач пояснив тим, що «Ла Кос» означає лагідну лабораторну косметику (хоча в матеріалах заявки зазначалося, що це фантазійна назва), а LACOSTE – це прізвище одного із засновників компанії. До речі в матеріалах заявки знаходився документ про сплату мита за цей знак і знак «Ар Кос» (імітація відомого з 1960 року турецького знака «АРКО» – засіб для гоління). Це ще раз підтвердило недобросовісність дій відповідача.

На вирішення цієї справи значною мірою вплинув висновок експерта КНДІСЕ щодо відповідних об'єктів інтелектуальної власності, який було отримано з ініціативи АТЗТ «ВНІДХІМПРОЕКТ».

У своєму висновку експерт зазначив, що для визначення загальновідомості знака необхідно встановити такі фактори:

- ступінь відомості чи визнання знака у відповідному секторі суспільства;

- тривалість, ступінь і географічне охоплення будь-якого використання знака, реєстрації або заявок на реєстрацію знака, діяльності з просування знака (реклама, пропаганда, презентації на ярмарках чи виставках товарів (послуг);

- письмова згадка про успішну реалізацію прав на знак;
- цінність, притаманна цьому знаку.

Знак LACOSTE на той період існував вже майже 70 років, компанія виробляла близько 25 млн. різноманітних товарів, які реалізуються в більш ніж 100 країнах світу, в тому числі в СНД, загальним обсягом продажів 700 млн. доларів на рік.

В Іспанії, Марокко, Німеччини, Туреччини та Сирії судовими рішеннями вже були скасовані реєстрації подібних товарних знаків (LACOSA, L'ECOSSE, LACOSTE & Crocodile).

З урахуванням зазначених факторів, експерт зробив висновок, що знак LACOSTE є добре відомим товарним знаком, а, відповідно, знак «Ла Кос» – є конфліктуючим знаком.

Довести добре відомість знака LACOSTE було нескладно, оскільки огляди міжнародних торгових марок у багатьох виданнях («Життя товарних марок», «Міжнародний огляд 15 чемпіонів по дизайну», «Хіт-парад відомих світових марок» та ін.), підтверджуючи це, неодноразово включали його в свої рейтинги.

Основна ж складність доведення подібності позначень полягала перш за все в тому, що вони графічно не схожі. Згідно з українською транслітерацією позначення LACOSTE вимовляється як «Лакост». Хоча відповідач стверджував, що транслітерація знака не входить ні в один фактор подібності, саме лінгвістична експертиза зіграла вирішальну роль в з'ясуванні фонетичної подібності позначень.

Господарський суд міста Києва своїм рішенням від 11 червня 2003 р. визнав недійсним повністю свідоцтво на знак для товарів і послуг «Ла Кос» і зобов'язав Державний департамент інтелектуальної власності внести відповідні зміни до Державного реєстру знаків для товарів і послуг та опублікувати відомості про це в офіційному бюлетені «Промислова власність».

Доктрина ослаблення розрізняльної здатності або рекламної цінності товарного знака. Визначення поняття «ослаблення» було запропоновано ще в 30-ті роки минулого століття відомим фахівцем в області товарних знаків Ф. Шехтером (F. Schechter), який охарактеризував ослаблення, як тривале використання знака іншою особою, ніж початковий користувач, «що призводить до поступового анулювання або розсіюванню індивідуальності знака та його впливу на суспільну свідомість» Перша справа, пов'язана з явищем «ослаблення» була розглянута в 1925 р. («Wall»проти «Rolls-Royce of America Inc»), в якій автомобільна фірма заперечувала проти використання товарного знака ROLLS ROYCE на радіодеталях [7]. Класичним ослабленням є незаконне використання відомого знака за відсутності конкуренції або ймовірності змішування. В цьому випадку потенційні споживачі не будуть введені в оману щодо джерела походження товару, але незаконне використання послаблює унікальність і розрізняльну здатність такого

знака асоціюватися з певним виробником. Ось приклади таких гіпотетичних порушень: DUPONT shoes (взуття), BUICK aspirin (аспірин), KODAK pianos (піаніно).

Захист від ослаблення став загальновизнаною і загальноприйнятою на міжнародному рівні доктриною. Захист знаків від ослаблення передбачається Директивою Європейського співтовариства в області товарних знаків. В Угоді ТРІПС також є положення (ст.16 (3)), що містить доктрину ослаблення. Міжнародна Асоціація з товарних знаків настійно рекомендує, щоб в дусі статті 6 bis Паризької конвенції, добре відомі або знамениті знаки вітчизняних або іноземних третіх сторін, відомих Експертові, навіть якщо вони не зареєстровані, включалися в аналіз щодо можливості змішання. Крім того, відповідно до статті 16 (3) Угоди ТРІПС на добре відомий або знаменитий схожий знак, незалежно від того, зареєстрований він в країні експертизи чи ні, – має бути зроблено посилання стосовно до зареєстрованих знаків, що охоплюють товари / послуги всіх класів, з метою запобігання змішання, а також ослаблення таких добре відомих або знаменитих знаків [8].

Висновки. Таким чином, хоча права на товарні знаки в більшості країн світу виникають, в основному, внаслідок реєстрації та історично вважаються територіальними, існує безліч причин, коли незареєстрований товарний знак досягає рівня репутації, навіть в країнах, де реєстрація передбачена (таких як Україна), коли цей знак вважається реально маючим пріоритетні виключні права, які переважають права особи, яка першою подала заяву на реєстрацію.

Що стосується репутації, з розвитком в останні десятиліття міжнародної торгівлі та сучасних інформаційних технологій, товарний знак може стати відомим, навіть знаменитим, у всьому світі за дуже короткий проміжок часу. Сьогодні вплив товарних знаків компанії і, відповідно, її престижу і репутації, виходить за рамки місцевих ринків, і існує навіть за відсутності в цій країні товарів або послуг, які містять цей товарний знак. Часто товарні знаки створюють світову репутацію задовго до того, як товари або послуги, які вони представляють, стають досяжними на конкретній території. Логічним продовженням такого розвитку світової торгівлі та сучасної технології стало визнання юридичними системами різних країн необхідності захисту (за допомогою законодавчих актів і актів судової влади) добре відомих знаків на міжнародному рівні.

Список використаних джерел

1. World Intellectual Property Report 2013 Brands – Reputation and Image in the Global Marketplace [Електронний ресурс]: Режим доступу: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/944/wipo_pub_944_2013.pdf

2. World Intellectual Property Indicators 2015 [Електронний ресурс]: Режим доступу: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2015.pdf

3. Judgment of the General Court of 30 September 2015 – Mocek, Wenta KAJMAN Firma Handlowo- Usługowo-Produkcyjna v OHIM – Lacoste (KAJMAN) (Case T-364/13) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2015.389.01.0033.01.ENG

4. Katarzyna Pikora Protection of highly distinctive trademarks [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.codozasady.pl/en/protection-of-highly-distinctive-trademarks/>

5. Боденгаузен Г. Паризька конвенція з охорони промислової власності: Коментар / пер. з англ. передм. та наук. ред. Г.О. Андрощука – К.: Парлам. Вид-во, 2018. – 264 с.

6. LACOSTE «проглотил» «Ла Кос» [Електронний ресурс]. – Режим доступу <http://advocatura.kiev.ua/mat/313-lacoste-proglotil-la-kos.html>

7. Андрощук Г. О., Шкляр С. В. Конкурентне право: захист від недобросовісної конкуренції. Науково-практичне видання. – К.: Юстініан, 2012. – 472 с.

8. Андрощук Г. А. Недобросовестность при регистрации товарных знаков: доктрина и практика. Журнал Суда по интеллектуальным правам, № 11, март 2016 г., С. 100-104.

<http://ipcmagazine.ru/trademark-law/good-faith-in-the-registration-of-trademarks-doctrine-and-practice>

Ковальова Н.М.,

в.о. завідувача лабораторії права
промислової власності

НДЦСЕ з питань інтелектуальної власності,
судовий експерт

ЕТИКЕТКА ЯК ОБ'ЄКТ НЕДОБРОСОВІСНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ

Неможливо уявити сучасний світ торгівлі без полиць переважаних різноманітною продукцією різних виробників де мало не щодня з'являються нові товари. Багато з них практично не відрізняються один від одного як за якістю, так і за змістом. Розібратися та обрати потрібний товар споживачу іноді зовсім не легко. Виробники всіма можливими способами намагаються «допомогти» у такому непростому виборі та переконати споживача, що саме його товар має переваги серед інших. Рекламні кампанії створюють відповідний імідж з урахуванням безлічі факторів, що стимулюють продаж товарів і

послуг. І тут, в якості могутнього носія реклами виступає етикетка, адже саме вона відіграє чи не найважливішу роль у просуванні будь-кого товару.

Звичайно, в першу чергу покуincia приваблює етикетка сама по собі, далі увага концентрується на назві продукту, потім вивчається його склад, термін придатності та інша важлива інформація. За допомогою етикетки відбувається ідентифікація товару за його видовим або індивідуальним ознаками, а також впізнавання торгової марки виробника. Через етикетку виробник спілкується зі своїм покупцем, а щоб зробити це спілкування ефективним, він намагається зрозуміти які у потенційного споживача очікування та втілити їх у пакуванні та етикетці.

Таким чином, етикетка володіє двома основними функціями: інформаційною та рекламною адже «споживач завжди прагне купити продукт, який би викликав позитивні емоції. Позитивні емоції можна творити за допомогою певних візуальних образів. З нарощуванням обсягів масової торгівлі та самообслуговування роль і важливість етикетки та пакування суттєво зростає. Постійні зміни у сфері виготовлення етикетки та пакування, їх дизайн, рекламні функції та принципи застосування досліджували вітчизняні та іноземні науковці...» [1].

Як правило, виробники вкладають чималі кошти, намагаючись зробити етикетку привабливою для потенційного споживача залучаючи до її створення дизайнерів, художників, маркетологів і інших фахівців. Однак, на практиці вони стикаються з проблемами пов'язаними як з підбіркою самих товарів так і підбіркою зовнішнього їх вигляду – пакування та етикеток.

В матеріалах Всесвітньої організації інтелектуальної власності зазначається:

«9.208. Замість того, щоб розробити своїми силами етикетку чи упаковку, які створюють для товару імідж його творця, підроблювач намагається скористатися репутацією конкурентоздатного товару, надавши своєму товару зовнішній вигляд настільки подібний до нього, що на ринку виникає змішування.

9.209. Часто підроблювач використовує товарний знак (в розумінні назви товару), який є подібним до ступеня змішування з товарним знаком його конкурента. Якщо він так робить, то порушує право на товарний знак.» [3].

Зрозуміло що конкуренція – це основа ринкової економіки. Однак щоб ринок працював та гармонійно розвивався, така конкуренція має бути чесною і добросовісною. Основним джерелом правового регулювання недопущення та припинення недобросовісної конкуренції в Україні є Закон «Про захист від недобросовісної конкуренції», а такі дії як недобросовісна реєстрація об'єктів, використання позначень,

етикеток, упаковок – торговельних марок, промислових зразків, комерційних найменувань права на які належать іншим особам, як правило, призводять до порушень у сфері інтелектуальної власності та змушують власників звертатися до суду [7].

Інтелектуальна власність в силу її специфічної природи довгий час для багатьох залишалася незрозумілим поняттям. Але сьогодні більшість керівників вже розуміють, що нематеріальні активи мають реальну цінність і складають «інтелектуальний капітал» підприємства, загроза порушення прав інтелектуальної власності – об'єктивна реальність, а її захист – об'єктивна необхідність, правопорушення можна попередити, а правопорушників можна притягнути до відповідальності, в тому числі, і через суд.

Отже, ще на початку створення такого об'єкту як етикетка виникає питання як і в якій формі її можна і варто захищати.

Найбільш надійним та поширеним є реєстрація етикетки, в якості знака для товарів і послуг.

Однак, не можна забувати про те, що етикетки та знаки виконують різні функції і до них, відповідно, пред'являються різні вимоги.

Законодавство України надає таке визначення етикетки: **«етикетка – бирка, напис, ярлик, що містить малюнки чи написи, написані, надруковані, нанесені за допомогою трафарету, витиснені або вдавнені та прикріплені до одиниці упаковки з харчовими продуктами»** [9].

Тобто етикетка є джерелом інформації про товар і на відміну від знаку для товарів та послуг має містити, залежно від встановлених вимог до маркування товару, в першу чергу, описові елементи: вказівки виду товару, його характеристики, найменування виробника і його місце розташування та ін.

Так, споживач має право на одержання необхідної, доступної, достовірної та своєчасної інформації про продукцію, що забезпечує можливість її свідомого і компетентного вибору. Інформація повинна бути надана споживачеві до придбання ним товару чи замовлення роботи (послуги). Інформація про продукцію не вважається рекламою. Інформація, зазначена вище має бути доведена до відома споживачів виробником (виконавцем, продавцем) у супровідній документації, що додається до продукції, на етикетці, а також у маркуванні чи іншим способом (у доступній наочній формі), прийнятим для окремих видів продукції або в окремих сферах обслуговування [8].

Стаття 1 Закону України «Про охорону знаків для товарів та послуг» визначає знак як позначення, за яким товари і послуги одних осіб відрізняються від товарів і послуг інших осіб. [5]

У вказаному законі України використовується термін «знак для товарів і послуг». У свою чергу, в Цивільному Кодексі України –

«торговельна марка». У літературі також використовується термін «товарний знак». Всі ці терміни є синонімами і означають позначення, за допомогою яких товари і послуги одних осіб відрізняються від товарів і послуг інших осіб. Тобто знак індивідуалізує товар, вироблений конкретною особою і не може складатися тільки з описових елементів, необхідність використання яких у господарському обігу може виникнути у будь-якої особи, що виробляє такий же або однорідний товар.

Етикетку можна реєструвати не тільки як знак, але і як промисловий зразок.

Право власності на торговельну марку підтверджується свідоцтвом. Право власності на промисловий зразок підтверджує патент.

В якості промислового зразка охороняється художньо-конструкторське рішення виробу промислового або кустарно-ремісничого виробництва, що визначає його зовнішній вигляд.

Зовнішній вигляд виробу складають, зокрема, форма, контури, лінії, поєднання кольорів, текстура або фактура матеріалу, декор, зокрема, орнаментация.

Відповідно до закону України «Про охорону прав на промислові зразки», промисловий зразок – це результат творчої діяльності людини в галузі художнього конструювання [6].

Властивості таких об'єктів промислової власності як знак для товарів і послуг і промисловий зразок постійно переплітаються і є предметом численних спорів. Справа в тому, що візуально вони можуть бути навіть тотожними і нерідко трапляються випадки, коли один і той же об'єкт одночасно є промисловим зразком і знаком. Інший випадок, коли промисловий зразок містить у своєму складі знак або елемент знака який належить іншій особі. Однак, незважаючи на візуальну ідентичність, що іноді має місце, ці два об'єкти інтелектуальної власності мають абсолютно різні призначення та надану державою обсяг правової охорони.

У роботі судових експертів все частіше виникають ситуації, коли досліджуваний об'єкт одночасно відноситься до сфери дії декількох спеціальних законів і в першу чергу, це стосується саме етикеток. Проблема виникає у разі їх реєстрації різними особами бо, фактично, користуючись прогалинами в законодавстві деякі недобросовісні виробники реєструють етикетки, права на які їм не належать, в якості, наприклад, промислових зразків. Також промисловий зразок може містити у своєму складі знак або елемент знака який належить іншій особі.

Останнім часом також набули поширення спори, пов'язані з співвідношенням правової охорони знаків для товарів і послуг та об'єктів авторського права. Взаємозв'язок зазначених об'єктів також

обумовлений специфікою об'єктів права інтелектуальної власності та обсягом їх правової охорони.

Проаналізувавши завдання, що вирішувалися експертами лабораторії права промислової власності Науково-дослідного центру судової експертизи з питань інтелектуальної власності Міністерства юстиції України протягом останніх трьох років з'ясувалося, що лівову долю займають дослідження тим чи іншим чином пов'язані з етикетками. Ці дослідження проводилися відносно позначень і промислових зразків як окремо так і одночасно – в рамках комплексної експертизи [2]. Розуміючи що кількість досліджень буде невпинно зростати та зважаючи на специфіку такого об'єкта як етикетка, на весняному засіданні Секції судової експертизи об'єктів інтелектуальної власності НКМР з проблем судової експертизи при Міністерстві юстиції України було запропоновано розробити методичні рекомендації які б використовувались атестованими судовими експертами під час досліджень пов'язаних з етикетками.

На виконання рішень весняного засідання Секції під час осіннього засідання 25.10.2018 р. було затверджено календарний план та технічне завдання виконання науково-дослідної роботи (НДР) на 2019-2020 роки за темою: «Методичні рекомендації щодо проведення експертних досліджень, пов'язаних з етикетками», провідна установа – Науково-дослідний центр судової експертизи з питань інтелектуальної власності, співвиконавець – Київський науково-дослідний інститут судових експертиз.

Список використаних джерел

1. Візуальна атрибутика формування винного бренда / В. Л. Пазюк // Технологический аудит и резервы производства. – 2015. – № 3(5). – С. 35-40.
2. Інструкція про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень, затверджена наказом Мін'юсту України від 08.10.98 № 53/5 // Офіційний вісник України від 03.12.1998. – № 46. – 172 с.;
3. Основи інтелектуальної власності. – К. : «Юридичне видавництво «Ін-Юре», 1999. – 578 с.;
4. Правила складання, подання та розгляду заявки на видачу свідоцтва України на знак для товарів і послуг, затверджені наказом Державного патентного відомства України № 116 від 28.07.1995 р., зареєстровані в Міністерстві юстиції України 2 серпня 1995 р. за № 276/812 зі змінами від 14.06.2011 // Офіційний вісник України від 25.07.2011 р. – № 54.– Ст. 72.;
5. Про охорону прав на знаки для товарів і послуг: Закон України від 15 грудня 1993 року № 3689-ХІІ // Відомості Верховної Ради, 1994. – №7 – Ст. 36.;
6. Про охорону прав на промислові зразки: Закон України від 15 грудня 1993 року № 3688-ХІІ // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1994. – № 7 – Ст. 34.

7. Про захист від недобросовісної конкуренції: Закон України від 11 січня 2001 року // Відомості Верховної Ради України, 2001, № 12, ст.64 .

8. Про захист прав споживачів: Закон України від 12 травня 1991 року // Відомості Верховної Ради УРСР, 1991, №30, ст.379.

9. Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів: Закон України від 23 грудня 1997 року // Відомості Верховної Ради України, 1998, № 19, ст. 98.

Чабанець Т. М.,
судовий експерт НДЦСЕ
з питань інтелектуальної
власності, судовий експерт

Фоя О.А.,
судовий експерт НДЦСЕ
з питань інтелектуальної
власності, судовий експерт

ОЗНАКИ ПРОМИСЛОВОГО ЗРАЗКА: АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ

При проведенні судової експертизи такого об'єкту як промисловий зразок перед експертом нерідко ставиться питання: щодо відповідності промислового зразка умові патентоздатності «новизна», використанні у промисловому виробі сукупності суттєвих ознак промислового зразка. Для відповіді на які експерт повинен визначити, **які саме ознаки промислового зразка за патентом України №ААА, зареєстрованого в Державному реєстрі патентів України на промислові зразки, є суттєвими?**

Перед з'ясуванням, як надати відповідь на це питання, зупинимось на характеристиці самого об'єкту дослідження.

Відповідно до Закону «Про охорону прав на промислові зразки» [4]: *«промисловий зразок – результат творчої діяльності людини у галузі художнього конструювання».*

Відповідно до статті 461 Цивільного кодексу України [5]: *«об'єктом промислового зразка можуть бути форма, малюнок чи розфарбування або їх поєднання, що визначають зовнішній вигляд промислового виробу».*

Згідно зі статтею 5 Закону [4]: *«Об'єктом промислового зразка може бути форма, малюнок чи розфарбування або їх поєднання, які визначають зовнішній вигляд промислового виробу і призначені для задоволення естетичних та ергономічних потреб».*

<...>

Обсяг правової охорони, що надається визначається сукупністю суттєвих ознак промислового зразка, представлених на зображенні (зображеннях) виробу, внесеному до Реєстру, і засвідчується патентом з наведеною у ньому копією внесеного до Реєстру зображення виробу. Тлумачення ознак промислового зразка повинно здійснюватись в межах його опису».

Матеріали справи, що надходять експерту на дослідження, на практиці не завжди містять зображення, що характеризують виріб в цілому; а також не завжди в наявності є опис промислового зразка. У тому випадку, коли до матеріалів справи додано опис промислового зразка він може містити не тільки характеристику зовнішнього вигляду, а і перелік матеріалу, з якого виготовлено виріб, властивості та технічні характеристики.

В такій ситуації, експертом відповідно до пункту 6 статті 5 Закону [4] експерти визначають суттєві ознаки промислового зразка самостійно тільки з наданих зображень, які внесені до Реєстру, аналізуються ознаки, що надано в описі та формується перелік суттєвих ознак промислового зразка.

Для того, аби промисловий зразок підпадав під охорону, він повинен відповідати таким вимогам: 1) промисловий зразок – це розв’язання задачі, яке містить зазначення конкретних засобів та шляхів реалізації творчого задуму дизайнера. Коли задача тільки поставлена, але фактично не вирішена, промисловий зразок як самостійний об’єкт права інтелектуальної власності ще не створений. 2) Задача, що розв’язується за допомогою промислового зразка, полягає у визначенні зовнішнього вигляду промислового виробу. Як промисловий зразок охороняються лише зовнішні, видимі в готовому виробі форми. 3) Рішення щодо зовнішнього вигляду промислового виробу повинно мати художньо-конструкторський характер. 4) Промисловий зразок повинен мати світову новизну [2].

Які ж ознаки промислового зразка застосовуються для його характеристики: це ознаки, що впливають на формування візуального образу та можуть безпосередньо сприйматись зором (форма, об’єкта та його елементів, взаємне розташування елементів, співвідношення їх розмірів, колір, малюнок) або опосередковано впливати на зовнішній вигляд виробу (матеріал, фактура, образне рішення тощо).

Під суттєвою ознакою промислового зразка розуміється ознака, що об’єктивно властива художньо-конструкторському рішенню виробу, характеризує композиційні особливості цього виробу і впливає на процес його формоутворення, кожна з яких необхідна, а всі разом достатні для створення зорового образу цього виробу. Тобто, вони впливають на процес його формоутворення, а суттєвість ознаки

промислового зразка визначається участю у створенні зорового образу виробу, в наданні виробу властивостей, що дають змогу візуально відрізнити його від ряду аналогічних рішень.

Зазвичай, суттєві ознаки промислового зразка в сукупності розташовуються у певній послідовності:

- образне рішення виробу;
- склад і кількість основних композиційних елементів;
- форма виробу і/або його частин (об'ємна характеристика, абрис, силует);
- взаємне розміщення елементів (композиційне, компоновальне рішення);
- пластичне рішення виробу (його елементів);
- колористичне рішення;
- декоративне оформлення;
- матеріал.

Ознака повинна бути описана так, щоб промисловий зразок міг бути однозначно зрозумілий фахівцем і його можна було ідентифікувати, тобто розпізнати в художньо-конструкторському рішенні виробу [1].

При цьому, ознаки описуються з посиланням на них у відображених в матеріалах зображеннях, кресленнях загального виду, ергономічній схемі, карті тощо.

Несуттєвими вважаються ознаки, які не впливають на формування зовнішнього вигляду виробу або які не виявляють сутності виробу, що заявляється як промисловий зразок, не впливають на властивості виробу та його функції. Вироби, відмінні за несуттєвими ознаками, як правило, сприймаються споживачем як ідентичні.

При визначенні експертом переліку суттєвих ознак важливим моментом є аналіз промислового зразка як за основним варіантом, так і його варіантів.

Відповідно до п. 3 статті 11 Закону [4]: «Заявка повинна стосуватися одного промислового зразка і може містити його варіанти (вимога єдності)».

У п.3.4. Правил складання та подання заявки на промисловий зразок [3] вказано, що: «Варіантом промислового зразка може бути зовнішній вигляд виробів, що належать до однієї функціональної групи, до одного класу МКПЗ, подібні за сукупністю суттєвих ознак і мають відмінності в несуттєвих ознаках, які сприймаються візуально: наприклад, декілька стільців, що відрізняються один від одного фактурою, кольором декоративної оббивної тканини тощо».

При цьому, при описі, варіантна ознака виражається узагальненим поняттям.

Отже, на практиці, відповідно до зображень промислового зразка за патентом України №ААА він складається з сукупності ознак, але як

промисловий зразок охороняються лише зовнішні, видимі в готовому виробі форми. Зовнішнім виглядом виробу вважається такий вигляд, який оглядається у процесі нормальної експлуатації чи використання виробу [2]. При експлуатації виробів, відповідно п.8.1.4.3 Правил складання та подання заявки на промисловий зразок [3] промисловий зразок повинен відповідати вимозі єдності [4], коли промисловий зразок (основний варіант – 1) відрізняється від своїх варіантів лише несуттєвими ознаками. Варіантні ознаки, що відрізняють варіанти промислового зразка за патентом України №ААА не є суттєвими ознаками, оскільки вони не впливають на формування зовнішнього вигляду виробу (під час експлуатації виробу ці ознаки є непомітними), не впливають на візуальні властивості виробу та його естетичної функції.

Поділ на суттєві та несуттєві ознаки умовний. Залежно від характеру об'єкта і мети розроблення художньо-конструкторського рішення, одні й ті ж ознаки можуть бути визнані як суттєвими, так і несуттєвими [2].

На підставі того, що експерт самостійно аналізує зображення промислового зразка, що внесене до Реєстру, аналізує ознаки, що надано в описі та формує перелік суттєвих ознак промислового зразка, думки різних експертів щодо віднесення ознаки до суттєвої або несуттєвої можуть різнитися.

Список використаних джерел:

1. Енциклопедія інтелектуальної власності / за ред. проф. П.П. Крайнева. – К.: стандарт-98, 2012. – 660 с.
2. Крайнев П.П. Судові експертизи у сфері інтелектуальної власності / П.П.Крайнев, Н.М. Ковальова, М.В. Мельников / [ред. П.П. Крайнев]. – Вінниця : ПП «Поліграфічний центр «Фенікс», ДІВП ВАТ «Інфракон» – «Інфракон – І», 2008. – 376 с.;
3. Правила складання, подання заявки на промисловий зразок, затверджені наказом Міністерства освіти і науки № 110 від 18.02.2002 р., зареєстровані в Міністерстві юстиції України 6 березня 2002 р. за № 226/6514 // Офіційний вісник України від 29.03.2002 р. – № 11. – Ст. 531;
4. Про охорону прав на промислові зразки: Закон України від 15 грудня 1993 року № 3688-ХІІ // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1994. – № 7 – Ст. 34;
5. Цивільний кодекс України № 435-IV від 16.01.2003 // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2003. – №№ 40-44. – Ст. 356.

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ, ЩО СТАВЛЯТЬСЯ ПЕРЕД СУДОВИМ ЕКСПЕРТОМ У ПРОЦЕСІ РОЗГЛЯДУ СПОРІВ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ ЗАХИСТОМ ПРАВ НА ТОРГОВЕЛЬНУ МАРКУ

Знак для товарів і послуг (торговельна марка, товарний знак) – будь-яке позначення або будь-яка комбінація позначень, які придатні для вирізнення товарів (послуг), що виробляються (надаються) однією особою, від товарів (послуг), що виробляються (надаються) іншими особами.

Відповідно до статті 1 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» [1]: «Знак – позначення, за яким товари й послуги одних осіб відрізняються від товарів і послуг інших осіб». Інакше кажучи, «товарний знак являє собою позначення, яке індивідуалізує товари даного підприємства і допомагає відрізнити їх від товарів його конкурентів» [2].

У відповідності із абзацом 2 частини 3 статті 6 Закону [1]: «Не можуть бути зареєстровані як знаки позначення, які є тотожними або схожими настільки, що їх можна сплутати з: знаками, раніше зареєстрованими чи заявленими на реєстрацію в Україні на ім'я іншої особи для таких самих або споріднених з ними товарів і послуг».

Крім того, частиною 5 ст.16 Закону [1] передбачено, що: «Свідectво надає його власнику виключне право забороняти іншим особам використовувати без його згоди, якщо інше не передбачено цим Законом:

зареєстрований знак стосовно наведених у свідоцтві товарів і послуг;

зареєстрований знак стосовно товарів і послуг, споріднених з наведеними у свідоцтві, якщо внаслідок такого використання можна ввести в оману щодо особи, яка виробляє товари чи надає послуги;

позначення, схоже із зареєстрованим знаком, стосовно наведених у свідоцтві товарів і послуг, якщо внаслідок такого використання ці позначення і знак можна сплутати;

позначення, схоже із зареєстрованим знаком, стосовно товарів і послуг, споріднених з наведеними у свідоцтві, якщо внаслідок такого використання можна ввести в оману щодо особи, яка виробляє товари чи надає послуги, або ці позначення і знак можна сплутати.

Положення Закону [1] покликані захистити інтереси як виробника товарів від недобросовісної конкуренції, так і споживача, не

допускаючи можливості маркування споріднених товарів різних виробників тотожними чи схожими знаками, що привело б до дезорієнтації споживача. У той же час Закон [1] не передбачає заборони на реєстрацію або використання різними особами тотожних чи схожих знаків у відношенні неспоріднених товарів, тобто таких товарів, у силу власних розходжень яких, навіть при маркуванні їх тотожними знаками, споживач не буде введений в оману щодо товару чи виробника.

З основної функції знаків відрізнити товари свого власника від товарів інших власників виходить, що власник повинен бути здатний опротестувати використання подібних до ступеня змішування знаків, щоб не допустити введення в оману споживачів і суспільство в цілому. Це є суттю виключного права, що надається власнику товарного знака реєстрацією. Він повинен бути здатний опротестувати будь-яке використання свого товарного знака третьою особою щодо тих товарів, для яких той охороняється, вміщення знака на такі товари, його використання стосовно товарів і виставлення товарів на продаж із знаком або використання знака в рекламі, підтоварних векселях або будь-якому іншому виді документації. Крім того, оскільки споживачі повинні бути захищені від змішування, охорона поширюється, як правило, на використання подібних товарних знаків на однорідні товари, якщо таке використання здатне викликати змішування у споживача [2].

Проте слід підкреслити, що власник товарного знака не може беззастережно опротестувати використання свого товарного знака або подібного знака щодо товарів, для яких його товарний знак зареєстрований, або щодо однорідних товарів. Його товарний знак повинен охоронятися для товарів, зазначених при реєстрації. Така охорона діє автоматично щодо всіх зареєстрованих товарів протягом пільгового періоду користувача, звичайно встановленого законом. Законом України такий період передбачений та становить три роки від дати публікації відомостей про видачу свідоцтва або від іншої дати після цієї публікації (ч.4 ст.18 Закону України «Про охорону знаків для товарів та послуг»). Будь-які товари, відносно яких був зареєстрований товарний знак, але для яких він не використовується, більше не можуть бути достатньою з правової точки зору підставою для заявлення виключних прав на товарні знаки. Залежно від процесуальної системи власник товарного знака в змозі покладатися на ці формальні права щодо товарів, для яких товарний знак зареєстрований, але не використовується, проте він може зустрітися з контратакою, що веде до часткового анулювання його товарного знаку у зв'язку з невикористанням.

Виключні права власника товарного знака можуть здійснюватися шляхом позову в зв'язку з правопорушенням. Право на товарний знак

порушено, якщо внаслідок використання тотожного або подібного позначення на ідентичних або однорідних товарах існує небезпека або ймовірність введення суспільства в оману. Отже, суду доведеться розглядати, яким чином порушник фактично використовує знак; ступінь використання знака-порушника також може бути істотним фактором.

При розгляді судами вищевказаних справ обов'язково повинна призначатися судова експертиза. Крім того, суди у відповідних ухвалах повинні гранично точно визначати коло питань, які мають бути роз'яснені судовим експертом. Слід зазначити, що питаннями при розгляді спору, пов'язаного із захистом права інтелектуальної власності на торговельні марки, які суд ставить перед експертом, можуть бути наступні.

Орієнтовний перелік питань (цей перелік не є вичерпним) [3]:

- Чи є позначення «XXX» та знак для товарів і послуг за свідоцтвом України № 000 тотожним або схожим настільки, що їх можна сплутати або ввести в оману щодо особи, яка надає послуги і/або виробляє товари з використанням цього знака?

- Чи є порівнювані знаки за свідоцтвами України № 000, № 111 тотожним або схожим настільки, що їх можна сплутати або ввести в оману щодо особи, яка надає послуги і/або виробляє товари з використанням цього знака?

- Чи складається знак для товарів і послуг за свідоцтвом України № 000 лише з позначень, які не мають розрізняльної здатності (вказують на вид, якість, кількість, властивості, призначення, цінність товарів, на місце і час їх виготовлення або збуту тощо)?

- Чи містить знак для товарів і послуг за свідоцтвом України № 000 елементи, що не охороняються?

- Чи має словесне позначення «XXX», яке є частиною товарного знака за свідоцтвом України № 000, розрізняльну здатність для товарів 00 класу МКТП?

- Чи мають зображувальні позначення «XXX» і «YYY», які є частиною знака для товарів і послуг за свідоцтвом України № 000, розрізняльну здатність для товарів класу 00 МКТП?

- Чи містить комерційне (фірмове) найменування «XXX» позначення, схожі зі знаком для товарів і послуг «YYY» (свідоцтво України на знак для товарів і послуг № 000) настільки, що такі позначення і знак можна сплутати або ввести в оману щодо особи, яка виробляє товари чи надає послуги?

- Чи є позначення «XXX» загальноновживаним як позначення товарів і/або послуг певного виду?

- Чи має позначення «XXX» ознаки, які характеризують його як кваліфіковане зазначення походження товарів?

- Чи збігається позначення «XXX» з комерційним (фірмовим) найменуванням «YYY», що відоме в Україні?

- Який елемент є домінуючою частиною позначення «XXXYYYZZZ» за свідоцтвом України на знак для товарів і послуг № 000?

- Чи є елемент «XXX» позначення за свідоцтвом України на знак для товарів і послуг № 000 загальноновживаним для позначення товару певного виду, а саме «YYY»?

- Чи є знак для товарів і послуг «XXX» (свідоцтво № 000) схожим зі знаком для товарів і послуг «YYY» (міжнародна реєстрація № 000) настільки, що їх можна сплутати або ввести в оману щодо особи, яка надає послуги або виробляє товари з використанням цього знака?

Отже судова експертиза повинна призначатися тільки для встановлення даних, що входять до предмету доказування у справі і не може стосуватися тлумачення і застосування правових норм. Особа, що призначає експертизу, не повинна порушувати перед судовим експертом питання суто правового характеру.

Призначаючи судову експертизу у справах, пов'язаних із захистом права на торговельну марку, судам у відповідних ухвалах слід гранично точно визначати коло питань, які мають бути роз'яснені судовим експертом, та обсяг необхідних для експертного дослідження матеріалів.

Список використаних джерел:

1. Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15 грудня 1993 року № 3689-XII.
2. Основи інтелектуальної власності. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 1999.-578 с.
3. Посібник для суддів і слідчих: судова експертиза у сфері інтелектуальної власності власності: збірник питань / За ред. П.П. Крайнева / – К.: НДЦСЕПІВ, 2009.– 20 с.

6. СУДОВО-ЕКОНОМІЧНА ЕКСПЕРТИЗА І ОЦІНОЧНА ДІЯЛЬНІСТЬ У СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Бутнік-Сіверський О.Б.,
старший науковий співробітник
НДЦСЕ з питань інтелектуальної власності,
доктор економічних наук, професор,
академік Академії технічних наук України,
академік УАН, судовий експерт

СКЛАДНОСТІ, З ЯКИМИ СТИКАЄТЬСЯ ЕКОНОМІЧНА ЕКСПЕРТИЗА ПОРУШЕНЬ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Останнім часом кількість економічних досліджень інтелектуальної власності за спеціальністю 13.9 зменшується, що пов'язано з не достатньою вирішеністю ряду проблемними питань, які мають теоретико-методичну економіко-правову природу.

Проведення судово-економічних експертиз є однією з форм використання спеціальних економічних знань у судочинстві, яке розглядає порушення прав інтелектуальної власності і має важливе значення для досудового розслідування і судового розгляду їх неправомірного використання. Результати економічного дослідження у вигляді висновку судового експерта є одним із джерел доказів у кримінальному провадженні, яке має об'єктивний характер при розгляді в суді по суті.

Актуалізується проблема, з одного боку, досконалої підготовки судових експертів з економічних питань, з другого – досліджень особливостей використання окремих видів об'єктів права інтелектуальної власності, по-третє – посилення можливостей отримання документальної доказовості порушення майнових прав інтелектуальної власності. Потребує зміни ставлення слідчих до отримання достовірної інформації про порушення майнових прав інтелектуальної власності як у їх власника, так і у порушника по всьому ланцюгу господарської діяльності, що відносить економічні дослідження інтелектуальної власності до найбільш складних.

Постановка завдання

Предметом дослідження є розгляд окремих аспектів питання – чому економічні дослідження порушення прав інтелектуальної власності

сьогодні стають найбільш складними, та намагання знайти економіко-правові інструменти їх вирішення.

Результати дослідження.

Економічні дослідження інтелектуальної власності сьогодні є найбільш складними, що корелюється з поглибленими економічними та юридичними знаннями експерта, володінням їм бухгалтерської, фінансової та статистичної звітності, особливостями використання окремих видів об'єктів права інтелектуальної власності (ОПІВ) та можливостями отримати документальну доказовість порушення права інтелектуальної власності, яке здійснено з метою отриманням легального та нелегального прибутку, а також з оцінкою розміру нанесених збитків, яке пов'язано з їх економічною природою.

Документальними доказами об'єктів економічних досліджень у сфері інтелектуальної власності (спеціальність 13.9), як правило, є документи управлінського, бухгалтерського та податкового обліків і звітів, інші матеріали справи (акти ревізій; протоколи огляду, виїмок та допитів; висновки експертів інших спеціальностей тощо), у яких відображено операції з приводу порушень права інтелектуальної власності. При цьому тільки за умови призначення експертизи та попередження про кримінальну відповідальність висновок експерта набуває доказової сили.

Судовий експерт в судово-експертній діяльності є суб'єктом процесуальних правовідносин і якому в порядку, встановленому законодавством України, доручено проведення судової експертизи. Він є самостійним учасником процесу, втручання в проведення експертизи та будь-який вплив на нього забороняється. Судовий експерт надає висновок, ґрунтуючись на результатах проведених досліджень. При цьому експерт є самостійним у виборі методів, засобів і способів дослідження. Перешкодження законній діяльності судового експерта є неприпустимими й тягне за собою відповідальність. Крім того, згідно зі статтями 384 та 385 Кримінального кодексу України [1] судовий експерт може бути притягнутий до кримінальної відповідальності за неналежне виконання своїх обов'язків.

Судовий експерт при здійсненні економічної експертизи в сфері інтелектуальної власності повинен додержуватись вимог Закону України «Про судову експертизу» [2] та опонувати теоретико-методологічний та методичний інструментарій здійснення експертизи, який знаходить відтворення в Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та Науково-методичних рекомендаціях з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень, затверджених наказом Міністерства юстиції України від 08.10.1998 р. № 53/5, а також у Постанові Пленуму Верховного суду України від 30.05.1997 року № 8 «Про судову

експертизу в кримінальних і цивільних справах», Постанові Пленуму Верховного Суду України 04.06.2010 року № 5 «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав», Постанові Пленуму Вищого господарського суду України від 23.03.2012 № 4 «Про деякі питання практики призначення судової експертизи», Постанові Пленуму Вищого господарського суду України від 17.10.2012 року № 12 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності», Постанові Пленуму Вищого господарського суду України від 23.03.2012 року № 5 «Про деякі питання практики призначення судових експертиз у справах зі спорів, пов'язаних із захистом права інтелектуальної власності».

Теоретико-методологічні засади знайшли відтворення в у ряді відомих наукових та науково-методичних публікаціях Крайнева П.П. [3], [4], Кириченко І.А.[5], Левічевої О.Д. [6], Дорошенко О.Ф.[7], Головченко Л.М., Лозовий А. І., Сімакова-Сфремян Е.Б., (розділ 4. Судова економічна експертиза – Капустник К. В., Аніщенко О. В., Хомутенко О. В.; розділ 7. Експертиза у сфері інтелектуальної власності – Копитько А. П., Стародубов І. В., Кісіль Н.В., Ковальова Н.М.) [8]; відповідну цінність мають окремі публікації методичного та практичного характеру науковців судових експертів [9],[10], до яких можна віднести Андрощука Г.О., Сопову К.А., Петренко С.А. та ін.

Компетентність та значення судового експерта при здійсненні економічної експертизи в сфері інтелектуальної власності визначається його вмінням встановити взаємозв'язок предмета економічної експертизи з предметом доказування, як необхідної умови правильного вирішення справи. У той же час Арсенєв В. Д. застерігає, що будь-який елемент предмета доказування може бути віднесений як до предмета судової експертизи, так і до предмета іншої слідчої дії, але при цьому в предмет судової експертизи не може входити кримінально-правова цінка обставин справи [11]. Предмет експертизи визначається її завданнями, об'єктами, суб'єктами та методами дослідження [8]. Неприпустимим є порушення перед експертом правових питань, вирішення яких віднесено законом до компетенції суду (зокрема, щодо вини особи тощо).

На підставі ст.65 КПК України [12], ст. 143 ЦПК України [13], ст.32 ГПК України [14], судово-економічна експертиза входить у коло доказів у справі і є досить ефективним засобом доказування. З її допомогою нерідко встановлюються обставини, що мають важливе значення для встановлення істини в справі. Відповідно до законодавства доказами в справі є будь-які фактичні дані, на підставі яких у визначеному законом порядку орган дізнання, слідчий і суд встановлюють наявність або відсутність суспільно небезпечного діяння, винність особи, яка вчинила

це діяння, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи.

Узагальнюючий зазначене, Євген Дмитренко визначає, що *судова економічна експертиза* – це процесуальна дія, спрямована на отримання доказів шляхом проведення судовим експертом на основі його спеціальних знань з бухгалтерського обліку, оподаткування та фінансів дослідження об'єктів (первинних документів, облікових регістрів і звітності), які містять інформацію про фактичні дані та обставини справи, що перебуває у провадженні [15].

Не зважаючи на компетентність судового експерта при здійсненні економічної експертизи в сфері інтелектуальної власності все ж виникає питання – чому економічні дослідження порушення прав інтелектуальної власності сьогодні стають найбільш складними? Розгляд цього питання стає предметом цього наукового дослідження.

По-перше, судовий експерт при здійсненні економічної експертизи в сфері інтелектуальної власності стикається з недодержанням сторонами конфлікту законодавства щодо ведення або неякісного ведення первинних документів у системі бухгалтерського, фінансового (податкового) та статистичного обліку, наявністю недосконалих фінансово-податкових відносин щодо ОПІВ, легальним та нелегальним отриманням прибутку при комерціалізації ОПІВ, тощо. Такий стан потребує створення умов для протидії недосконалим фінансово-правовим відносинам щодо ОПІВ, встановити обов'язкові вимоги до первинних документів при подачі до суду звернень про протиправні дії з ОПІВ від власників ОПІВ, які встановлені у системі бухгалтерського, податкового (фінансового) та статистичного обліку, що стосується предмету судової заяви. Додержання для власників ОПІВ обов'язкового переліку таких первинних документів [16], вплине на скорочення терміну проведення економічних досліджень інтелектуальної власності та підвищить її доказовість. Слід звернути увагу на отримання електронної інформації стосовно первинних документів у якості доказовості.

По-друге, судовий експерт при здійсненні економічної експертизи в сфері інтелектуальної власності стикається з тим, що при додержанні цивілізованого підприємництва та бізнесу в сфері інноваційно-інтелектуальної власності у ряді випадків все ж в погоні за збагаченням, посилюються умисні (!) порушення прав інтелектуальної власності, що завдають шкоду та збитки власнику майнових прав.

В юридичному значенні збитки несе тільки та особа, право якої порушено. У п.2. ст. 22. Цивільного кодексу України [17] надається визначення збитків, а саме: «Збитками є: 1) втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права

(реальні збитки); 2) доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (упущена вигода)».

«Реальна шкода», під якою зазначена стаття розуміє дві групи витрат: 1) Витрати, які особа зазнала у зв'язку із знищенням або пошкодженням речі. В даному випадку мова йдеться про ті фактичні витрати, які вже зроблені особою. 2) Витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права.

Поняття «збитки» включає в себе так звану упущену вигоду, під якою розуміються доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене. В даному випадку мова йдеться не про реальні втрати особи, які вона зробила або зробить, а про ті доходи, які вона недоотримає внаслідок порушення її цивільного права.

У п.3. ст. 22. ЦК України наголошує застереження, що: «Збитки відшкодовуються у повному обсязі, якщо договором або законом не передбачено відшкодування у меншому або більшому розмірі. Якщо особа, яка порушила право, одержала у зв'язку з цим доходи, то розмір упущеної вигоди, що має відшкодовуватися особі, право якої порушено, не може бути меншим від доходів, одержаних особою, яка порушила право».

Під неправомірним використанням ОПІВ за звичай розуміють будь-яке використання ОПІВ, як у межах договору так і поза ним, що порушує майнові права суб'єктів права інтелектуальної власності. Коли ж неправомірне використання ОПІВ здійснюється поза межами договору, тобто відбувається делікт, то перешкоджати неправомірному використанню ОПІВ може будь-який суб'єкт права інтелектуальної власності, як первинний (творець, автор), так і вторинний, тобто інша особа, яка набула майнові права інтелектуальної власності від первинної особи на підставі договору чи закону. Всі суб'єкти права інтелектуальної власності можуть перешкоджати неправомірному використанню об'єктів права інтелектуальної власності або неюрисдикційними способами (лист – попередження, що адресований порушнику прав інтелектуальної власності, попередження за телефоном, інше), або юрисдикційними способами – шляхом звернення до суду, до відповідних органів державної влади.

Також, перешкоджати неправомірному використанню ОПІВ (творець, автор) або інший суб'єкт права інтелектуальної власності здатен шляхом застосування захисних технологій різного рівня на тих підприємствах, де виробляється продукція (товари, послуги, які є втіленням певного ОПІВ) з метою перешкоджання (запобігання) контрафактній, підробній продукції (товарам, послугам).

Тут слід зазначити, що суб'єктивна сторона правопорушення виражена у психічному стані (поведінці) особи в момент здійснення

правопорушення, що втілена в понятті вини правопорушника. Об'єктивну сторону правопорушення утворює протиправне діяння, виражене зовні у формі фактичних протиправних дій або в протиправному нездійсненні запропонованої законом поведінки. До елементів об'єктивної сторони правопорушення також відносяться причинний зв'язок між діянням та наслідками, що наступили в результаті заподіяної шкоди (збитків).

Протиправне діяння у сфері інтелектуальної власності визначається як незаконне використання ОПІВ, посягання на майнові права такого об'єкта або інше умисне порушення прав на ОПІВ.

Зазначене свідчить про юридичні умови протидії протиправним діям. Одночасно, слід зазначити, що частіше при умисному порушенні прав на ОПІВ особи в момент здійснення правопорушення намагаються сховати інформацію або її скривдити, що ускладнює отримати об'єктивних доказів протиправних дій та визначенню розміру нанесених збитків власнику майнових прав. Але при цьому порушнику неможливо в повному обсязі сховати отримані економічні результати таких протиправних дій. У таких випадках слід використовувати фактичні дані власника ОПІВ – ціни, за вирахуванням компенсаційних витрат отриманим (розрахунковим) прибутком чи доходом, кількість виробленої продукції з використанням ОПІВ у складі нематеріальних активів за період порушення, а також фактичні дані про отриманий (розрахунковий) прибуток (дохід) порушника майнових прав з розрахунку реального прибутку (доходу) власника ОПІВ до виявленої кількості контрофактної або іншої продукції (послуг) або банківські надходження у порушника майнових прав за період порушення та ін. З цією метою проводиться комплексна судова експертиза неправомірного використання ОПІВ.

По-третє, судовий експерт при здійсненні економічної експертизи в сфері інтелектуальної власності стискається з недостатньою оцінкою ОПІВ по всьому послідовному ланцюгу господарської діяльності. Первісним у господарській діяльності є вартість ОПІВ у складі нематеріальних активів, а вторинним – є доход після реалізації інноваційного продукту в науковій сфері чи інноваційної продукції в промисловій сфері, яку виведено на ринок. Тут чітко прослідковується три послідовних ланцюга використання ОПІВ в господарській діяльності суб'єкта господарювання: 1) оцінка вартості ОПІВ (не має значення стосовно створення інтелектуальної власності чи придбання інтелектуальної власності) та зарахування її на баланс з ознаками активу у бухгалтерському обліку; 2) матеріалізація інтелектуальної власності шляхом трансформації інтелектуальної власності творця (інтелектуальний продукт) у інноваційний продукт чи інноваційну продукцію з врахуванням амортизаційної вартості ОПІВ;

3) комерціалізація (реалізація) інноваційного продукту чи інноваційної продукції з використанням ОПІВ на ринку з отримання доходу (прибутку), як результат цього процесу, і джерелом винагороди власника інтелектуальної власності (паушальний платіж, роялті). *При неправомірному використанні ОПІВ з'являється подвоєння зазначеного процесу закріпленого за різними суб'єктами господарювання, які працюють в різних правових умовах, а саме на легітимній та нелегітимній основі отримання доходу, а за вирахуванням компенсаційних витрат – прибутку. За таких умов без комплексної судової експертизи не обійтись.*

Для суб'єкта господарювання – власника інтелектуальної власності, який господарює на легітимній основі, з часом зменшується реалізація інноваційного продукту чи інноваційної продукції на ринку у зв'язку з появою на ринку порушника майнових прав, що призводить до зменшення вже не доходу, а прибутку так як суб'єкт господарювання (порушник майнових прав) компенсаційних витрат не здійснював. Тут наявна операція на третьому ланцюгу використання інтелектуальної власності. Неотримання прибутку, розмір якого дорівнює втраті економічної вигоди, яка з'являється у суб'єкта господарювання, який господарює на легітимній основі. При неправомірному використанні інтелектуальної власності, порушник майнових прав в процесі господарювання також має три або частіше, з зрозумілих причин, два (без оцінки вартості інтелектуальної власності та зарахування його на баланс з ознаками активу у бухгалтерському обліку) послідовних ланцюга використання інтелектуальної власності в господарській діяльності суб'єкта господарювання. Логічно виникає питання щодо теоретичного обґрунтування втрати економічної вигоди у вигляді прибутку, який не отримував суб'єкт господарювання при легітимному використанні інтелектуальної власності, а при наявності суб'єкта господарювання з нелегітимним використанням інтелектуальної власності, втрата цієї економічної вигоди трансформуються в збитки, розмір яких важко визначити при приховуванні компенсаційних витрат та прибутку суб'єктом господарювання з нелегітимним використанням інтелектуальної власності. Тут відсутня інформація щодо оцінки на кожному послідовному ланцюгу господарської діяльності у порушника майнових прав, а також практика свідчить про не бажання власника майнових прав надавати інформацію про оцінку ОПІВ по всьому послідовному ланцюгу господарської діяльності, що значно ускладнює здійснення економічної експертизи. Тут напрошується потреба пошуку нових методів оцінки нанесених збитків власнику майнових прав з використанням додаткової інформації, яка можливо не на пряму пов'язана з нелегітимним використанням інтелектуальної власності.

Досвід закордоном показує, що зазначену проблему при здійсненні економічної експертизи в європейському праві, щодо відшкодування

збитків за порушення прав інтелектуальної власності, одночасно розглядають і як засіб компенсації та стримування порушників. При цьому відшкодування шкоди та компенсація витрат правовласника за загальним принципом призначені для досягнення двох цілей: 1) *компенсаційної*, тобто відшкодування збитків повинно забезпечити збереження положення правовласника у тому вигляді, який він мав місце якби не було порушення; 2) *стримувальної*, тобто відшкодування збитків повинне слугувати як перешкоджання повторення, так і стримуванню потенційних порушників.

Висновки. Економічні дослідження інтелектуальної власності відносяться до найбільш складних, що пов'язано: з недодержанням сторонами конфлікту законодавства щодо ведення або неякісного ведення первинних документів; з пошуком збагаченням, що посилює умисні порушення прав інтелектуальної власності, які завдають шкоду та збитки власнику майнових прав; з недостатньою оцінкою ОПІВ по всьому послідовному ланцюгу господарської діяльності.

Потрібує поглиблення економічних та юридичних знань судовими експертами бухгалтерської, фінансової та статистичної звітності, особливостями використання окремих видів ОПІВ та відповідального ставлення слідчих до отримання достовірної інформації про порушення майнових прав інтелектуальної власності у порушника, так і у власника прав по всьому ланцюгу господарської діяльності.

Потребує створення умов для протидії недосконалим фінансово-правовим відносинам щодо ОПІВ, з урахуванням запропонованих економіко-правових інструментів.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний кодекс України. Редакція від 06.10.2018. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>.
2. Про судову експертизу. Редакція від 20.01.2018. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4038-12>.
3. Крайнев П.П. Судово-експертна діяльність у сфері інтелектуальної власності // Інтелектуальний капітал.–2004.– №6 – С.3 – 11.
4. Крайнев П.П., Ковальова Н.М., Мельников М.В. Судові експертизи у сфері інтелектуальної власності /За ред. П.П. Крайневої.– Вінниця: ПП «Поліграфічний центр «Фенікс», ДІВП ВАТ»Інфракон» – «Інфракон-І», 2008.– 376 с.
5. Кириченко І.А. Судова експертиза об'єктів права інтелектуальної власності. Навчальний посібник. – К.: Ін-т інтел. власн. і права, 2005. – 172 с.
6. Левічева, О. Д. Експертиза об'єктів промислової власності: заявки на знак для товарів і послуг (торговельну марку) і кваліфікованого зазначення походження товару та/або права використання зареєстрованного кваліфікованого зазначення походження товару: навчальний посібник / О.Д. Левічева. – К. : ІПВП, 2006. – 128 с.

7. Дорошенко О.Ф. Судова експертиза у цивільних справах щодо об'єктів інтелектуальної власності: монографія / О.Ф.Дорошенко. – К.: Лазурит-Поліграф, 2008. – 206 с.

8. Основи судової експертизи: навчальний посібник для фахівців, які мають намір отримати або підтвердити кваліфікацію судового експерта / авт.-уклад.: Л.М. Головченко, А. І. Лозовий, Е.Б. Сімакова-Сфремян та ін. – Х. : Право, 2016. – 928 с.

9. Судова експертиза об'єктів інтелектуальної власності: теорія і практика. [науково-практичний збірник. Випуск 1.] – К. : Лазурит-Поліграф, 2009. – 280 с.

10. Судова експертиза об'єктів інтелектуальної власності: теорія і практика: науково-практичний збірн.– Випуск 2.– К.: НДІ ІВ НАПрН України, Лазурит-Поліграф, 2012. — 294 с.

11. Арсеньев В. Д. Спорные вопросы предмета судебной экспертизы / В. Д. Арсеньев // Рефераты науч. сообщ. на теор. семинаре – криминалистических чтениях. – М. : ВНИИСЭ, 1978. – Вып. 23. – С. 3.

12. Кримінальний процесуальний кодекс України. Редакція від 05.08.2018. [Електронний ресурс]. Режим доступу: Ошибка! Недопустимый объект гиперссылки. /laws/ show/4651-17.

13. Цивільний процесуальний кодекс України. Редакція від 28.08. 2018. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/ laws/show/1618-15>.

14. Господарський процесуальний кодекс України. Редакція від 28.08.2018. [Електронний ресурс]. Режим доступу: Ошибка! Недопустимый объект гиперссылки. /laws/show/1798-12.

15. Євген. Експертні економічні дослідження та судова експертиза податкового обліку. Юридична практика. 04.09 .2015, № 33 (33). [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.visnuk.com. ua/ua/pubs/id/8743>.

16. Бутнік-Сіверський О. Документальні докази, пов'язані зі збитками від неправомірного використання об'єктів права інтелектуальної власності // Теорія і практика інтелектуальної власності-№ 3 (77) 2014.-С.33-44.

17. Цивільний кодекс України. Редакція від 02.08.2018. [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/ show/435-15>.

Максимов С.Й.,
Голова Асоціації фахівців оцінки,
канд. фіз.-мат. наук, старший науковий співробітник, оцінювач

Рак В.М.,
завідувач лабораторії економічних досліджень НДЦСЕ з питань
інтелектуальної власності,
судовий експерт, оцінювач

ГУДВІЛ ЯК НЕМАТЕРІАЛЬНИЙ АКТИВ: ПИТАННЯ ОЦІНКИ

Згідно з Податковим Кодексом України (ПКУ) (п.14.1.40) «гудвіл (вартість ділової репутації) – нематеріальний актив, вартість якого визначається як різниця між ринковою ціною та балансовою вартістю активів підприємства як цілісного майнового комплексу, що виникає в результаті використання кращих управлінських якостей, домінуючої позиції на ринку товарів, послуг, нових технологій тощо».

Положення (стандарти) бухгалтерського обліку (ПСБО) 19 трактує гудвіл як перевищення вартості придбання над часткою покупця у справедливій вартості придбаних ідентифікованих активів, зобов'язань і непередбачених зобов'язань на дату придбання. Отже, ПКУ і ПСБО по різному визначають поняття гудвілу. Відповідно до ПСБО гудвіл визначається як позитивна різниця між ціною придбання компанії та вартістю чистих активів цієї компанії, а в ПКУ гудвіл є різниця між ринковою ціною та балансовою вартістю активів придбання як цілісного майнового комплексу.

Більш загально гудвіл трактується в Міжнародних стандартах оцінки – 2017 (МСО). Так в МСО 210 «Нематеріальні активи» в п.20.6 це поняття розкривається наступним чином – «гудвіл представляє собою будь-яку майбутню економічну вигоду, яка виникає в результаті комерційної діяльності, права участі в бізнесі або в результаті використання групи активів, і яка не була вже окремо признана в якому-небудь активі».

В розумінні МСО визначення гудвілу охоплює поняття гудвілу за ПСБО (зауважимо, що в Міжнародних стандартах фінансової звітності (МСФЗ) поняття гудвілу таке ж як і в ПСБО). В більшості випадків гудвіл представляє собою перевищення ціни реального чи можливого придбання компанії над вартістю всіх ідентифікованих активів та зобов'язань компанії. Однак для деяких цілей гудвіл може додатково ділитись на передаваний гудвіл (той, який може бути переданий іншим сторонам) і на непереданий, так званий особистий гудвіл.

Тому що величина гудвілу залежить від того, які матеріальні та нематеріальні активи були признані, оцінка його може відрізнятись в

залежності від того для якої мети він розраховується і залежить від того, відділими чи ні є нематеріальні активи. Складові гудвілу можуть видозмінюватись в залежності від мети оцінки, однак зазвичай гудвіл включає в себе наступні елементи:

- Можливість зростання бізнесу шляхом виходу на нові ринки;
- Вигоду від наявного персоналу;
- Вигоду від набутих активів.

Існує три головних компоненти гудвілу. Ці компоненти можуть вважатись факторами, що призводять до появи гудвілу.

Перший компонент гудвілу – це існування активів та їх здатність бути використаними.

Другий компонент гудвілу – існування позитивного економічного доходу, де позитивний дохід – це рівень доходу, який отримує компанія і який більший від використаних ресурсів. Компонент надлишкового економічного доходу відноситься безпосередньо до концепції гудвілу як до вартості діючого підприємства, що не може бути віднесено на рахунок будь-якого іншого матеріального чи нематеріального активу, які ідентифіковані як активи підприємства.

Третій компонент гудвілу – очікування майбутніх подій, які безпосередньо не відносяться до поточної діяльності підприємств. Компонент очікування відноситься безпосередньо до концепції гудвілу як до поточної вартості майбутніх активів, які ще не існують на дату оцінки гудвілу. Власники і інвестори очікують додаткову вартість гудвілу підприємства, якщо вони очікують, що поточна величина доходу, який виникне в перспективі буде позитивною.

Економічна суть гудвілу полягає у капіталізації величини всього економічного доходу компанії, який не може бути співвіднесений до жодного ідентифікованого активу (матеріального чи нематеріального).

Для цілей цього визначення нематеріального активу ділової репутації (гудвілу) економічний дохід може бути визначений декількома способами:

- він може означати чистий грошовий потік до чи після обслуговування боргу;
- може означати чистий прибуток до чи після оподаткування;
- чистий операційний прибуток і т.п.
- Таким чином, в першу чергу розраховується весь економічний дохід компанії. Потім цей дохід розподіляється на всі ідентифіковані активи, які приймали участь в генерації цього доходу, а саме:
 - на чистий оборотний капітал;
 - на матеріальні активи;
 - на ідентифіковані нематеріальні активи, в т.ч. і на права інтелектуальної власності.

Та частина сумарного економічного доходу компанії, яка не може бути співвіднесена до жодного активу, вважається надлишковим

економічним доходом і відноситься до нематеріального активу гудвіла. Капіталізація цього залишкового економічного доходу відповідає приросту гудвіла як нематеріального активу.

Як і у випадку оцінки будь-якого виду нематеріальних активів оцінка гудвіла проводиться в рамках трьох загально визнаних підходів – витратного, порівняльного (ринкового) і дохідного.

Використовуючи затратний підхід, необхідно розрахувати суму поточної вартості, яка необхідна для відтворення елементів розглядуваного нематеріального активу – гудвіла. Цей підхід базується на розумінні гудвіла як вартості встановлених та готових до використання активів, що дають додаткову економічну вигоду. В цьому підході величина гудвіла визначається подібно до втраченої вигоди від втрати активів. Це означає, що гудвіл буде надлишком над величиною втраченої вигоди за звичайних умов господарювання за загальноприйнятої ділової репутації.

В ринковому (порівняльному) підході є два загальноприйнятих методи. В першому методі розраховується вартість гудвіла як перевищення ціни придбання від фактичної (розрахункової) вартості підприємства. Інший метод базується на аналізі фактичних подібних угод купівлі – продажу підприємств. Нематеріальні активи ділової репутації неможливо реалізувати окремо від інших активів, через що в ціні угоди з продажем аналогів, як правило, є і гудвіл. Однак в цьому методі також потрібно виділити окремо гудвіл для кожного об'єкта – порівняння.

Для того, щоб використати метод аналізу угод аналогів продаж, необхідно ідентифікувати та вибрати випадки продажів підприємств, які в достатній мірі співставні з розглядуваним підприємством, гудвіл якого визначається.

На розвинутих ринках, зокрема в США, дані угод продаж компаній отримати не складно. При цьому в публікаціях про них, в періодичних виданнях є інформація і про гудвіл у вигляді відсотка від загальної суми угоди чи як відсоток від сумарного річного доходу бізнесу.

Ці ринкові коефіцієнти застосовуються до розглядуваної компанії для отримання вартості гудвіла цієї компанії.

В дохідному підході найбільш поширеними є наступні методи:

1. Метод залишку від вартості діючого підприємства;
2. Метод капіталізації надлишкового економічного доходу;
3. Метод поточної вартості майбутніх економічних подій.

Кожен з цих методів базується на концепції очікування майбутньої економічної вигоди.

В методі залишкової вартості гудвіл оцінюється як сумарна вартість бізнесу за мінусом вартості ідентифікованих матеріальних та нематеріальних, також фінансових активів. Визначення вартості бізнесу

діючого підприємства проводиться в рамках загально визначених підходів – майнового, порівняльного (ринкового), доходного.

Метод капіталізації надлишкового економічного доходу для оцінки гудвіла включає розрахунок і капіталізацію надлишкового економічного доходу, який генерується розглядуваною компанією. В цьому методі необхідно знати розмір нормального економічного доходу, який можна отримати з врахуванням ризиків, які притаманні розглядуваній компанії. Це означає оцінку середньої по галузі рентабельності прибутку. Якщо у розглядуваної компанії очікувана рентабельність вища, то надлишок рентабельності визначає додатковий прибуток, який слід капіталізувати за вартістю капіталу розглядуваної компанії. В методі оцінки поточної вартості майбутніх економічних вигод слід спрогнозувати всі можливі в майбутньому економічні події, які не були враховані у вартості активів. Ці події можуть бути пов'язані з майбутніми капіталовкладеннями, злиттями, поглинаннями, новими клієнтами, новими замовленнями. В цьому методі гудвіл розраховується як поточна вартість всього майбутнього економічного доходу, який виникає внаслідок появи в майбутньому деякого розширення бізнесу і який не може бути віднесеним до наявних активів підприємства.

Тимошик Л. П.,
вчений секретар НДЦСЕ з питання
інтелектуальної власності,
кандидат економічних наук,
судовий експерт, оцінювач.

Голець І. В.,
судовий експерт лабораторії
економічних досліджень
НДЦСЕ з питання інтелектуальної
власності, судовий експерт, оцінювач.

ЗНЕЦІНЕННЯ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ: ПРАКТИКА РОЗРАХУНКУ І ВИЗНАННЯ В ЗВІТНОСТІ ЗГІДНО З ВИМОГАМИ МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ БУХГАЛТЕРСЬКОГО ОБЛІКУ

Постановка проблеми. Оскільки фінансова звітність повинна містити всю інформацію про фактичні й потенційні наслідки господарських операцій та подій, здатних вплинути на рішення, що виносяться на її основі, правильність розрахунку знецінення інтелектуальної власності згідно з вимогами Міжнародних стандартів

бухгалтерського обліку та відображення об'єктивних показників вартості є назрілим та своєчасним.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання розвитку бухгалтерського обліку в Україні досліджувалися у працях таких науковців, як: Ф.Ф. Бутинець, М.Г. Чумаченко, Є.В. Мних, В.Є. Швець, І.Й. Яремко, О.С. Лемішовська, М.В. Корягін, П.О. Куцик, Н.М. Малюга, М.С. Пушкар, М.Я. Остапюк, М.Р. Лучко, Й.Я. Даньків, Н.В. Ярошовець та ін.

Формулювання цілей публікації. Метою роботи є розгляд практики розрахунку і визнання в звітності згідно з вимогами Міжнародних стандартів бухгалтерського обліку знецінення інтелектуальної власності.

Виклад основного матеріалу. Завдання процедур знецінення стосовно інтелектуальної власності полягає в тому, щоб забезпечувати на систематичній основі відповідність балансової вартості та суми очікуваного відшкодування інтелектуальної власності, точніше, відповідність, при якій балансова вартість кожного об'єкта або класу інтелектуальної власності не перевищує суми її очікуваного відшкодування.

Згідно з [7] нематеріальні активи, в тому числі об'єкти інтелектуальної власності, – це немонетарні активи, що ідентифікуються та які не мають фізичної форми. Для того щоб деякий об'єкт, який може бути віднесений до нематеріальних активів, міг бути визнаний як актив (а не списаний на витрати поточного періоду), повинні в обов'язковому порядку виконуватися такі критерії визнання: «актив повинен контролюватися організацією в результаті

- минулих подій;
- організація очікує отримати від використання активу майбутні економічні вигоди «.

Зокрема, ідентифікованість активу означає, що він:

«а) може бути відокремлений, тобто його можна відокремити або відділити від суб'єкта господарювання і продати, передати, ліцензувати, здати в оренду або обміняти індивідуально або разом з пов'язаним з ним контрактом, ідентифікованим активом чи зобов'язанням, незалежно від того, чи має суб'єкт господарювання намір зробити це, або

б) виникає внаслідок договірних або інших юридичних прав, незалежно від того, чи можуть вони бути передані або відокремлені від суб'єкта господарювання або ж від інших прав та зобов'язань».

Актив визнається немонетарним, якщо він не належить до коштів і не може бути отриманий організацією в вигляді фіксованої суми грошових коштів.

При цьому, відповідно до пп. 2, 3 [7], встановлені цим стандартом правила не застосовуються:

– до інтелектуальної власності організацій, призначеним для продажу в ході звичайної діяльності, і до довгострокових нематеріальних активів, класифікованих як утримувані для продажу;

– відкладеним податковим активам;

– до договорів оренди, які входять в сферу застосування [5];

– активам, які виникають у зв'язку з винагородами працівникам;

– гудвілу, придбаного в результаті об'єднання бізнесу;

– активів, пов'язаних із розвідкою та оцінкою, а також розробкою та видобутком мінеральних ресурсів, нафти, природного газу і аналогічних не відновлюваних ресурсів;

– до деяких інших видів активів аналогічного характеру.

[6] застосовується для обліку знецінення основних засобів і об'єктів інтелектуальної власності, облік яких регулюється [4] і [7].

Відповідно до пп. 72-75 [7], оцінка накопичених збитків від знецінення (тобто застосування процедур знецінення, встановлених [6]) повинна проводитися як в разі застосування моделі собівартості при подальшій оцінці об'єктів інтелектуальної власності, так і в разі застосування моделі переоцінки.

Тут необхідно відзначити наступні важливі обставини:

- у разі застосування моделі переоцінки, яка являє собою його справедливую вартість на дату переоцінки за вирахуванням будь-якої подальшої накопиченої амортизації та будь-яких подальших накопичених збитків від знецінення, ця переоцінка повинна проводитися з такою регулярністю, щоб на кінець звітного періоду балансова вартість активу не відрізнялася істотно від його справедливої вартості, яка, в свою чергу, повинна вимірюватися з використанням даних активного ринку (п. 75 [7]);

- наявність активного ринку виключається, якщо мова йде про торгові марки, титульні дані газет, права на випуск музичних альбомів і кінофільмів, патенти або товарні знаки, оскільки кожен з перелічених активів має унікальний характер, і хоча об'єкти інтелектуальної власності є предметом купівлі-продажу, умови договорів покупці і продавці узгоджують між собою в індивідуальному порядку, а операції відбуваються досить рідко, так що ціна, сплачена за один актив, не завжди може бути достатнім свідченням справедливої вартості іншого активу (п. 78 [7]);

- в разі невизначеного терміну корисного використання інтелектуальної власності цей актив не рідше ніж щорічно повинен тестуватися на предмет знецінення шляхом порівняння його очікуваного відшкодування з його балансовою вартістю (п. 108 [7]).

Перш ніж перейти до розгляду тестів і процедур знецінення об'єктів інтелектуальної власності, розглянемо, які види інтелектуальної власності існують в українських організаціях і які з них можуть

визнаватися як такі, що мають невизначений строк корисного використання.

Види об'єктів інтелектуальної власності

Відповідно до встановлених [7] критеріями визнання активів як об'єктів інтелектуальної власності, до останніх у українських організацій зокрема відносяться виключні права на об'єкти інтелектуальної власності.

Згідно з положеннями Цивільного кодексу України, до об'єктів права інтелектуальної власності належать:

- літературні та художні твори;
- комп'ютерні програми;
- компіляції даних (бази даних);
- виконання;
- фонограми, відеограми, передачі (програми) організацій мовлення;
- наукові відкриття;
- винаходи, корисні моделі, промислові зразки;
- компонування (топографії) інтегральних мікросхем;
- раціоналізаторські пропозиції;
- сорта рослин, породи тварин;
- комерційні (фірмові) найменування, торговельні марки (знаки для товарів і послуг), географічні зазначення;
- комерційні таємниці.

Термін дії виключних прав встановлений також [10].

У тому випадку, якщо мова йде про термін дії виключних прав на об'єкти інтелектуальної власності, які є предметом міжнародних договорів і угод України, слід керуватися, зокрема, нормами, встановленими [1], [3], [2].

Термін дії виключних прав на результати досліджень і розробок, які в якості ноу-хау можуть бути визнані нематеріальними активами, українським законодавством не визначено, однак, з огляду на сучасні темпи науково-технічного прогресу і керуючись принципом обачності, строк корисного використання цього виду інтелектуальної власності також доцільно встановлювати у вигляді фіксованого періоду часу, виходячи з очікуваного терміну морального старіння відповідного ноу-хау.

Оскільки, як уже було відзначено вище, п. 78 [7] виключає можливість застосування українськими організаціями моделі обліку інтелектуальної власності за переоціненою вартістю, їх подальша оцінка, а також тестування на знецінення ґрунтується на моделі собівартості виходячи з первісної вартості та подальшої амортизації інтелектуальної власності (вище було зазначено, що встановлення терміну корисного використання інтелектуальної власності як невизначеного або не допускається законом, або виявляється практично необґрунтованим).

Правила визначення початкової вартості інтелектуальної власності як в разі їх окремого придбання або його створення власними силами, так і в разі об'єднання бізнесу встановлені в пп. 25-32 і пп. 33-37 [7] відповідно.

Амортизація протягом строку корисного використання інтелектуальної власності нараховується на систематичній (як правило, щомісячній) основі прямолінійним методом, методом зменшення залишкової вартості, методом прискореного зменшення залишкової вартості, кумулятивним методом.

Процедура знецінення

Відповідно до загальних правил [6], завдання процедур знецінення стосовно інтелектуальної власності полягає в тому, щоб забезпечувати на систематичній основі (як правило, щорічно) відповідність балансової вартості та суми очікуваного відшкодування об'єктів інтелектуальної власності, точніше, таку відповідність, при якій балансова вартість інтелектуальної власності не перевищує суми її очікуваного відшкодування.

При цьому, балансова вартість інтелектуальної власності визначається як первісна вартість мінус сума нарахованої амортизації мінус збиток від знецінення, а очікуваного відшкодування інтелектуальної власності – це найбільша з двох величин: справедлива вартість активу за вирахуванням витрат на продаж після закінчення терміну корисного використання інтелектуальної власності або цінності використання інтелектуальної власності.

Зокрема, справедлива вартість інтелектуальної власності – це ціна, яка була б отримана при продажу активу або сплачена при передачі зобов'язання при проведенні операції на добровільній основі між учасниками ринку на дату оцінки [9].

Цінність використання – теперішня вартість майбутніх грошових потоків, які, ймовірно, будуть отримані від інтелектуальної власності.

Відповідно до положень п. 9 [6], кожна організація повинна на кінець кожного звітного періоду (тобто на кінець звітного року) оцінити, чи немає ознак знецінення об'єктів інтелектуальної власності, і в разі наявності будь-яких ознак знецінення організація повинна оцінити суму очікуваного відшкодування інтелектуальної власності. Більш того, по відношенню до кожного об'єкта інтелектуальної власності з невизначеним терміном корисного використання, організація повинна щорічно проводити тест на знецінення шляхом порівняння балансової вартості такого об'єкта інтелектуальної власності з його очікуваним відшкодуванням (п. 10 [6]). При цьому, перевірка кожного конкретного об'єкту інтелектуальної власності на знецінення може проводитися в будь-який час протягом року, проте кожен раз в один і той же час для даного конкретного

об'єкту інтелектуальної власності, хоча для різних об'єктів інтелектуальної власності ця перевірка може проводитися в різний час. Дана обставина має бути закріплено в обліковій політиці організації.

З точки зору уніфікації здійснення процедур тестування інтелектуальної власності на знецінення, ці процедури доцільно проводити в тому ж періоді звітного року, в якому проводиться інвентаризація об'єктів інтелектуальної власності.

Ознаки знецінення

Оцінюючи наявність ознак можливого знецінення об'єктів інтелектуальної власності, організація повинна розглянути наступні ознаки, що класифікуються як зовнішні і внутрішні джерела інформації.

Зовнішні джерела інформації:

- за результатами спостереження наявність ознак того, що вартість інтелектуальної власності знизилася протягом періоду значно більше, ніж очікувалося з плином часу або при звичайному використанні;

- значні зміни, що мають несприятливі наслідки для організації, відбулися протягом періоду або відбудуться в найближчому майбутньому в галузі або на ринку, в яких працює підприємство, або на ринку, для якого призначений актив;

- ринкові процентні ставки або інші ринкові ставки доходу на інвестиції підвищилися протягом періоду, і це зростання, ймовірно, буде мати істотні несприятливі наслідки для ставки дисконту, застосованої при обчисленні вартості використання і суми очікуваного відшкодування активу;

- балансова вартість чистих активів організації перевищує її ринкову капіталізацію.

Внутрішні джерела інформації:

- існують ознаки морального старіння або фізичного псування активу;

- значні зміни, що мають несприятливі наслідки для підприємства, відбулися протягом періоду або імовірно можуть мати місце в найближчому майбутньому щодо інтенсивності та способу використання (або можливого використання) активу; дані зміни включають простій активу, плани з припинення або реструктуризації діяльності, до якої належить актив, плани з вибуття активу до раніше запланованої дати, а також рекласифікацію терміну служби активу з невизначеного на визначений;

- з внутрішньої звітності випливає, що економічна ефективність активу виявилася гірше або буде гірше, ніж очікувалося. У п. 14 [6] сказано, що показники внутрішньої звітності, які вказують на можливе знецінення активу, включають такі факти:

- грошові потоки для придбання активу або наступні потреби в коштах для його експлуатації або змісту значно перевищують спочатку заплановану в бюджеті суму;

- фактичні чисті потоки грошових коштів або операційний прибуток або збиток, які виходять від активу, значно гірші, ніж заплановані цифри;

- є значне зменшення чистих потоків грошових коштів або операційного прибутку в порівнянні з бюджетом або значне збільшення збитків, що виходять від активу, в порівнянні з бюджетом;

- або при додаванні сум поточного періоду з бюджетними сумами для майбутніх періодів щодо активу реєструються операційні збитки або чисте вибуття грошових коштів.

Розглянемо приклади.

Приклад 1

Для такого класу об'єктів інтелектуальної власності, як ноу-хау, наявність ознак знецінення може бути пов'язано з прискореним моральним старінням подібних активів в результаті появи нових технічних рішень. Так, організація X, яка є власником виключних прав на деякий ноу-хау в області інформаційних технологій, встановила первісну вартість цього об'єкту інтелектуальної власності у розмірі 500 000 грн. з терміном корисного використання чотири роки при застосуванні прямолінійного методу нарахування амортизації.

Після закінчення другого року використання цього об'єкту інтелектуальної власності його балансова вартість становила $500\,000 - (500\,000/4) \times 2 = 250\,000$ грн. Також в кінці другого року було виявлено, що в результаті появи нових технологій обробки даних не пізніше ніж через один рік цей нематеріальний актив виявиться морально застарілим і його очікуване відшкодування стане величиною, близькою до нуля. Організація на підставі проведеного тесту на знецінення прийняла рішення про знецінення цього об'єкту інтелектуальної власності на дату закінчення другого звітного року його використання таким чином, щоб до кінця третього року використання цього об'єкту інтелектуальної власності його балансова вартість виявилася близька до нуля.

Приклад 2

Організація Y (видавничий дім) є правовласником інтелектуальної власності – виключних майнових прав на видання цілого ряду художніх творів. Виявлення зниження читачького інтересу до кількох художніх творів відноситься до ознак знецінення, на підставі яких у організації Y виникає необхідність оцінки збитку від знецінення цих об'єктів інтелектуальної власності.

Приклад 3

Ще один приклад – виникнення ознаки знецінення у вигляді виходу на ринок косметичних товарів нової групи продукції, захищеної товарними знаками, в результаті чого старі учасники ринку зіткнулися зі зростанням конкуренції і, як наслідок, зростанням витрат на

просування продукції, тобто зі зниженням прибутковості старих брендів. Отже, об'єкти інтелектуальної власності цих старих учасників ринку у вигляді товарних знаків можуть бути знецінені в результаті об'єктивного зниження її очікуваного відшкодування.

Таким чином, наявність хоча б однієї з ознак знецінення може служити підставою для проведення подальших тестів на знецінення об'єктів інтелектуальної власності.

Оцінка суми очікуваного відшкодування

Оскільки сума очікуваного відшкодування інтелектуальної власності визначена в [6] як найбільша з двох величин – справедливої вартості активу за вирахуванням витрат на продаж і вартість при використанні інтелектуальної власності, – для оцінки збитку від знецінення інтелектуальної власності необхідно здійснювати оцінку справедливої вартості активу, і цінності його використання. Проте, [6] встановлює умови (п. 19), при яких необов'язково визначати обидві ці величини: в тому випадку, якщо будь-яка з цих двох величин (справедлива вартість об'єкта інтелектуальної власності або цінність його використання) перевершує балансову вартість інтелектуальної власності, актив не знецінений, що виключає необхідність в оцінці іншої суми. Сума очікуваного відшкодування визначається для окремого активу, за винятком випадків, коли такий актив не забезпечує приплив грошових коштів, в значній мірі незалежний від припливу грошових коштів від інших активів і груп активів.

Справедлива вартість інтелектуальної власності за вирахуванням витрат на продаж

Що стосується будь-якого виду інтелектуальної власності угода з його продажу – це юридична угода щодо передачі правовласником третій особі виключних прав на відповідний об'єкт інтелектуальної власності, що здійснюється в Україні на підставі договору про відчуження виключних прав або ліцензійного договору, який, в залежності від типу об'єкта інтелектуальної власності, може підлягати обов'язкової державній реєстрації.

Отже, витрати на продаж об'єктів інтелектуальної власності, як правило, включають фіксовані витрати на підготовку відповідного договору про передачу виключних прав і, при необхідності, фіксовані суми мита за реєстрацію відповідного договору.

Справедлива вартість інтелектуальної власності за своєю суттю визначена як вартість, яка була б отримана при продажу активу або сплачена при передачі зобов'язання при проведенні операції на добровільній основі між учасниками ринку на дату оцінки. Внаслідок декларованого в п. 78 [7] відсутності активного ринку інтелектуальної власності порівняльний підхід до оцінки інтелектуальної власності непридатний, і оцінка може проводитися двома підходами: на основі витратного або дохідного підходу.

Таким чином, для оцінки суми очікуваного відшкодування інтелектуальної власності необхідна оцінка вартості при використанні інтелектуальної власності.

Цінність використання

При обчисленні вартості використання активу відображаються наступні елементи (п. 30 [6]):

- оцінка майбутніх грошових потоків, які організація очікує отримати від використання активу;
- очікування щодо можливих відхилень у сумах і в розподілі в часі таких майбутніх потоків грошових коштів;
- вартість грошей у часі, представлена поточною ринковою безризиковою процентною ставкою;
- ціна, пов'язана з невизначеністю, властивою даному активу;
- інші фактори, наприклад, неліквідність, які учасники ринку будуть відображати при визначенні ціни потоків грошових коштів, надходження яких підприємство очікує від активу в майбутньому.

Оцінка цінності використання інтелектуальної власності включає наступні етапи:

- оцінку майбутнього надходження і вибуття грошових коштів, пов'язаних з продовженням використання активу та його подальшим вибуттям;
- застосування відповідної ставки дисконтування по відношенню до таких грошових коштів в майбутньому.

Виходячи з вищевикладеного, можна зробити висновок, що сума очікуваного відшкодування інтелектуальної власності дорівнює цінності його використання протягом терміну його корисного використання.

Визнання і оцінка збитків від знецінення

Відповідно до положень п. 59 [6], вартість об'єкта інтелектуальної власності зменшується до суми її очікуваного відшкодування (тобто виникає збиток від знецінення інтелектуальної власності) тоді і тільки тоді, коли сума очікуваного відшкодування об'єкта інтелектуальної власності, менша його балансової вартості.

Збитки від знецінення інтелектуальної власності визнаються в складі операційних витрат і відносяться на рахунок прибутків і збитків в тому звітному періоді, в якому здійснюється знецінення, оскільки, відповідно до п. 78 [7], наступна оцінка інтелектуальної власності завжди здійснюється за методом фактичних витрат.

Після визнання збитку від знецінення амортизаційні відрахування щодо цього об'єкту інтелектуальної власності коригуються в майбутніх періодах для того, щоб розподілити переглянуту балансову вартість інтелектуальної власності, за вирахуванням її залишкової вартості (при виникненні такої), на систематичній основі протягом строку її корисного використання.

У разі визнання збитків від знецінення, пов'язаних з об'єктами інтелектуальної власності, відкладені податкові активи або зобов'язання визначаються відповідно до [8] шляхом порівняння переглянутої балансової вартості об'єктів інтелектуальної власності з його податковою базою.

Нарешті, в п. 62 [6] зазначено, що, якщо цього вимагає інший міжнародний стандарт фінансової звітності, при виникненні ситуації, коли сума збитку від знецінення є більшою за балансову вартість цього об'єкту інтелектуальної власності, різниця повинна визнаватися організацією в якості зобов'язання.

Приклад 2 (продовження)

Організація У (видавничий дім) володіє об'єктами інтелектуальної власності у вигляді виключних прав на публікацію художніх творів. Видавничий дім набуває виключні права, як правило, на 10 років і щорічно в четвертому кварталі проводить тестування цих інтелектуальної власності на знецінення. Зокрема, видавничий дім володіє виключними правами на роман А-нка «Міражі» первісною вартістю 2 млн. грн. терміном на 10 років і виключними правами на роман В-нко «Літак» первісною вартістю 1,5 млн. грн. терміном на 10 років. Амортизація інтелектуальної власності нараховується прямолінійним методом.

Протягом перших двох років обидва романи видавалися великими тиражами і добре продавалися, приносячи видавничому дому щорічно чистий прибуток в розмірі 1,5 млн. грн. кожен, тобто перевірка ознак знецінення і подальша оцінка суми очікуваного відшкодування не проводилася.

Протягом третього року використання роман «Міражі» продовжував користуватися таким же попитом, а продажі роману «Літак» впали в два рази. Таким чином, наведена цінність використання інтелектуальної власності «Виключні права на роман »Міражі» (в розрахунку на один рік) була оцінена рівній 1,5 млн. грн., А приведена цінність використання інтелектуальної власності «Виключні права на роман «Літак» виявилася оцінена в суму 700 000 грн. Таким чином, в результаті проведення повних процедур тестування цих об'єктів інтелектуальної власності на знецінення були отримані наступні результати:

Показник, грн.	Виключні права на роман «Міражі»	Виключні права на роман «Літак»
Первісна вартість	2 000 000	1 500 000
Щорічна норма амортизаційних відрахувань	$2\,000\,000 / 10 = 200\,000$	$1\,500\,000 / 10 = 150\,000$
Сума накопиченої амортизації за 3 роки	600 000	450 000

Залишкова вартість	1 400 000	1 050 000
Сума очікуваного відшкодування	1 500 000	700 000
Збиток від знецінення	-	350 000
Залишкова вартість після коригування	1 400 000	700 000
Щорічна норма амортизаційних відрахувань після коригування	200 000	$700\,000/7 = 100\,000$

Приклад 3 (продовження)

Товариство з обмеженою відповідальністю «Альфа і Омега» здійснює оптову реалізацію в Україні косметичної продукції декількох відомих торгових марок. З метою дотримання чинного законодавства України «Альфа і Омега» придбало у виробників косметичної продукції – правовласників відповідних товарних знаків – виключні права на використання відповідних товарних знаків для реалізації захищеної цими знаками косметичної продукції на території України.

Зокрема, компанія придбала в 20X4 році виключні права використання товарного знака ТЗ-1 терміном на п'ять років за 10 млн. грн. (включаючи всі витрати на придбання виключного права).

Цей товарний знак прийнято до обліку як об'єкт інтелектуальної власності первісною вартістю 10 млн. грн. з терміном корисного використання п'ять років, і для нарахування амортизації інтелектуальної власності обраний лінійний метод.

Протягом перших двох років у компанії «Альфа і Омега» спостерігалось зростання продажів цієї косметичної продукції, тобто при проведенні тестів на знецінення настання будь-яких подій, пов'язаних з появою хоча б однієї ознаки можливого знецінення, не спостерігалось.

На третій рік (в 20X7-м) у компанії «Альфа і Омега» з'явився конкурент, що представив на ринку відразу кілька аналогічних видів косметичної продукції. Як наслідок, у компанії «Альфа і Омега» обсяг продажів продукції, захищеної товарним знаком ТЗ-1, знизився на 15%. В результаті проведеної оцінки суми очікуваного відшкодування в компанії «Альфа і Омега» було встановлено, що при залишковій вартості товарного знака ТЗ-1 до кінця третього року його використання, що дорівнює $10\,000\,000 - (10\,000\,000/5 \times 3) = 10\,000\,000 - 6\,000\,000 = 4\,000\,000$ грн., його очікуваного відшкодування, що дорівнює цінності використання до кінця строку корисного використання, оцінена в 3,4 млн. грн.

Таким чином, збиток від знецінення інтелектуальної власності становить $4\,000\,000 - 3\,400\,000 = 600\,000$ грн., який станом на 31 грудня 20X7 року визнано як позареалізаційні витрати в складі

прибутків і збитків компанії «Альфа і Омега», залишкова (балансова) вартість товарного знака зменшена до 3,4 млн. грн., а щорічна норма амортизації на два роки, що корисного використання товарного знака визнана рівною 1,7 млн. грн.

В пп. 111-116 [6] встановлено, що, після того як в певному році в результаті проведення тестів на знецінення інтелектуальної власності було виявлено збиток від знецінення, в наступні роки цей збиток може бути зменшений внаслідок наявності ознак, перерахованих, зокрема, в п. 111 [6], що дзеркально відображають ознаки можливого збитку від знецінення, встановлені п. 12 стандарту.

Впровадження запропонованих підходів до розрахунку і визнання в звітності згідно з вимогами Міжнародних стандартів бухгалтерського обліку знецінення інтелектуальної власності дозволяє підприємствам вирішувати такі теоретичні та практичні проблеми :

- узгодження системи бухгалтерського обліку з вимогами постіндустріальної економіки за допомогою диференціації окремих бухгалтерських принципів, в умовах розвитку якої активи зовнішнього середовища є одним із основних факторів генерування вартості;
- теоретичне обґрунтування існування змішаного підходу (одночасне існування ринкової вартості та історичної вартості) до оцінки в бухгалтерському обліку, на підставі принципу превалювання сутності над формою;
- наближення інформації про вартість підприємства, яку надає система бухгалтерського обліку, до його ринкової вартості, що дає змогу підвищити інвестиційну привабливість, розкривши наявні конкурентні переваги;
- забезпечення прогресивності подвійної науково-дослідницької програми бухгалтерського обліку завдяки можливості пояснення та передбачення нових фактів, що виникають перед бухгалтерським обліком, одним із яких виступає зовнішнє середовище підприємства.

Список використаних джерел:

1. Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів: Конвенція Всесвітньої організації інтелектуальної власності від 09.09.1886 // Офіційний вісник України. – 2007. – № 75. – ст. 2809.
2. Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності про виконання і фонограми, прийнятий Дипломатичною конференцією: Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності від 20.12.1996 [Електронний ресурс] // режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_769.
3. Міжнародна конвенція про охорону інтересів виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення: Конвенція Організації

об'єднаних націй від 26.10.1961 [Електронний ресурс] // режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_763.

4. Міжнародний стандарт бухгалтерського обліку 16 (МСБО 16) «Основні засоби», виданий Радою з Міжнародних стандартів бухгалтерського обліку зі змінами станом на 1 січня 2012 року [Електронний ресурс] // режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/929_014.

5. Міжнародний стандарт бухгалтерського обліку 17 (МСБО 17) «Оренда», виданий Радою з Міжнародних стандартів бухгалтерського обліку зі змінами станом на 1 січня 2012 року [Електронний ресурс] // режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/929_018.

6. Міжнародний стандарт бухгалтерського обліку 36 (МСБО 36) «Зменшення корисності активів», виданий Радою з Міжнародних стандартів бухгалтерського обліку зі змінами станом на 1 січня 2012 року [Електронний ресурс] // режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/929_047.

7. Міжнародний стандарт бухгалтерського обліку 38 (МСБО 38) «Нематеріальні активи», виданий Радою з Міжнародних стандартів бухгалтерського обліку зі змінами станом на 1 січня 2012 року [Електронний ресурс] // режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/929_050.

8. Міжнародний стандарт фінансової звітності 12 (МСФЗ 12) «Розкриття інформації про частки участі в інших суб'єктах господарювання», виданий Радою з Міжнародних стандартів бухгалтерського обліку зі змінами станом на 1 січня 2012 року [Електронний ресурс] // режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/929_067#n2.

9. Міжнародний стандарт фінансової звітності 13 (МСФЗ 13) «Оцінка справедливої вартості», виданий Радою з Міжнародних стандартів бухгалтерського обліку зі змінами станом на 1 січня 2013 року [Електронний ресурс] // режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/929_068#n2.

10. Цивільний кодекс України, від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України, 2003 р., № 40, стаття 356.

Голова І. Г.,
завідувач відділу товарознавчих досліджень
та досліджень об'єктів інтелектуальної
власності лабораторії автотехнічних,
товарознавчих та спеціальних видів
досліджень КНДІСЕ,
судовий експерт, оцінювач.

ДЕЯКІ АСПЕКТИ РОЗРАХУНКУ СУМИ ЗБИТКІВ ЗА ПОРУШЕННЯ СУМІЖНИХ ПРАВ

Кожного дня прослуховуючи музику, пісні, дивлячись телевізійні передачі, кінофільми за допомогою різноманітних сервісів та відеоролики в YouTube користувачі не замислюються над тим, що все це об'єкти суміжних прав, у яких є правовласники, творці, виконавці.

Контроль пірацтва у сфері авторського і суміжних прав на сьогодні не є ефективним. Наша країна ще досі у списку «301». Влітку 2013 року з метою розвитку в інтернеті легального аудіо-візуального продукту і боротьби з сайтами, що поширюють в мережі контент з порушенням права інтелектуальної власності була створена ініціатива «Чисте небо». Її засновниками стали чотири найбільших медіагрупи України – «1 + 1 Медіа», StarLightMedia, «Медіа Група Україна» і Inter Media Group. Згодом ініціативу підтримала «Українська Антипіратська Асоціація» (УАПА), яка представляє в Україні інтереси Асоціації кіноіндустрії (Motion Picture Association – МРА), правовласників-голівудських мейджорів в питаннях антипіратства. Головним завданням «Чистого неба» стала активізація правовласників, які підтримують Ініціативу, виявляють і захищають свій контент в мережі, борються з сайтами-піратами. На даному етапі Ініціатива «Чисте небо» зосереджена на правовласниках аудіо-візуального контенту: телеканалах, кінокомпаніях, серіальних продакшенах, анімаційних студіях та інших.

Завдяки активній позиції правовласників аудіо-візуального контенту збільшилась кількість звернень слідчих органів та суду до КНДІСЕ з метою розрахунку матеріального збитку, який нанесений неправомірною трансляцією програм телеканалів провайдером, які не уклали угоди або з самим телеканалом або з юридичною особою, яка є володільцем майнових прав на трансляцію. [1]

При призначенні таких експертиз на вирішення експерта зазвичай ставиться питання: «Який розмір збитків нанесений неправомірною трансляцією програм телеканалів XXXX провайдером XXXXX Товариству, яке володіє виключними майновими суміжними правами на трансляцію зазначених телеканалів?»

Статтею 176 Кримінального Кодексу України передбачено покарання за порушення авторського права і суміжних прав. Додатково слід зазначити, що відповідальність залежить від суми матеріальної шкоди, яка нанесена власнику авторського права і суміжних прав.

Статтею 242 Кримінально-процесуального Кодексу «Підстави проведення експертизи» «визначення розміру матеріальних збитків, шкоди немайнового характеру, шкоди довкіллю, заподіяної кримінальним правопорушенням.» відноситься до підстав обов'язкового призначення експертизи.

Згідно статті 35 Закону України Про авторське право і суміжні права [2] «Об'єктами суміжних прав, незалежно від призначення, змісту, оцінки, способу і форми вираження, є:

- а) виконання літературних, драматичних, музичних, музично-драматичних, хореографічних, фольклорних та інших творів;
- б) фонограми, відеограми;
- в) передачі (програми) організацій мовлення.»

Як відомо, згідно ст. 224 Господарського кодексу України [3] «Під збитками розуміються витрати, зроблені управненою стороною, втрата або пошкодження її майна, а також не одержані нею доходи, які управнена сторона одержала б у разі належного виконання зобов'язання або додержання правил здійснення господарської діяльності другою стороною.»

Згідно з ч.2 ст.22 Цивільного кодексу України [4] «збитками визначаються:

- 1) втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки);
- 2) доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (упущена вигода).

3. Збитки відшкодовуються у повному обсязі, якщо договором або законом не передбачено відшкодування у меншому або більшому розмірі.

Якщо особа, яка порушила право, одержала у зв'язку з цим доходи, то розмір упущеної вигоди, що має відшкодовуватися особі, право якої порушено, не може бути меншим від доходів, одержаних особою, яка порушила право...».

Відповідно до ст.1166 Цивільного кодексу [4] «шкода, завдана неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю особистим немайновим правам фізичної або юридичної особи, а також шкода, завдана майну фізичної або юридичної особи, відшкодовується в повному обсязі особою, яка її завдала.»

Слід відмітити, що реальні збитки та упущена вигода мають перебувати у прямому причинному зв'язку із порушенням прав на

об'єкт інтелектуальної власності, а неодержані доходи як складові такої упущеної вигоди були б одержані потерпілою особою, якби самого факту порушення прав інтелектуальної власності не було.

Відповідно до п. 26 Національного стандарту № 4 [5] розмір збитків за неправомірне використання об'єкта права інтелектуальної власності визначається станом на дату оцінки із застосуванням оціночної процедури накопичення прибутку (доходу), який не отримав суб'єкт права інтелектуальної власності та /або ліцензіат внаслідок неправомірного використання об'єкта права інтелектуальної власності і, виходячи з обсягів виробництва та /або реалізації контрафактної продукції.

Отже, збитки від будь-якого порушення права на об'єкти інтелектуальної власності можуть складатися із:

- Реальних збитків – сума витрачена за відновлення свого права;
- Упущеної вигоди – сума неотриманої (неодержаної) винагороди (компенсації) за використання або надання ліцензії на використання права на об'єкти права інтелектуальної власності.

Як свідчить експертна практика володільці суміжних прав – телерадіокомпанії використовують 2 моделі видачі ліцензій. Перша модель – передача виключних майнових прав на Розповсюдження Програм за допомогою DVB-C/МІТРІС/ММДС/Телесело/аналогової мережі, IPTV, OTT та DTH, використовуючи ресурс Телемережі на Території у Пакетах програм. Другий варіант – передача невиключної ліцензії на Розповсюдження Програм за допомогою DVB-C/МІТРІС/ММДС/Телесело/аналогової мережі, IPTV, OTT та DTH, використовуючи ресурс Телемережі на Території у Пакетах програм компанії, яка розповсюджує субліцензії серед провайдерів. Ліцензійні угоди, як правило укладаються на рік з можливою пролонгацією.

Розглянемо особливості визначення матеріальних збитків, які нанесені правовласнику, в обох випадках.

У випадку, коли передається *виключна ліцензія*, то особою, яка зазнала матеріальних збитків є не телекомпанія – виробник телепрограм, а інша юридична особа – власник виключних майнових прав на об'єкти суміжних прав. Тобто звернення до правоохоронних органів має бути саме від цієї компанії і питання на судову експертизу у сфері інтелектуальної власності має ставитись саме відносно цієї компанії.

Як свідчить експертна практика, у такому випадку має розраховуватись упущена вигода, яку отримав власник суміжних прав за ліцензією. Провідні медіа-групи України мають широку практику щодо укладання ліцензійних договорів на передачу суміжних прав. На ринку України є певна низка компаній, які є володільцями виключних/невиключних суміжних прав на розповсюдження Програм

за допомогою DVB-C/МІТРІС/ММДС/Телесело/аналогової мережі, IPTV, ОТТ та DTH, використовуючи ресурс Телемережі на Території у Пакетах програм. В даному випадку, автор вважає за доцільне отримати від слідства інформацію (шляхом порушення відповідного клопотання) щодо аналогічних субліцензійних договорів з іншими провайдерами, які є «аналогічними» так званій компанії-порушнику. За інформацією автора, на вартість субліцензійного договору впливають наступні чинники: територія, кількість абонентів, технологія розповсюдження, строк надання субліцензії. Оскільки субліцензійні договори укладаються строком на 1 рік та плата в них протягом цього періоду не переглядається, при застосуванні процедури накопичення доходу, який не отримав суб'єкт права інтелектуальної власності та /або ліцензіат внаслідок неправомірного використання об'єкта права інтелектуальної власності, використовувати процедури дисконтування грошових потоків є недоцільним.

Щодо другої моделі – передача *невиключних майнових прав* на об'єкти суміжних прав слід зазначити наступне. На відміну від першого сценарію, особою, яка зазнала матеріальних збитків є телекомпанія, оскільки при передачі невиключної ліцензії вона (телекомпанія) може укласти безліч таких договорів. У разі звернення до правоохоронних органів телекомпанії – виробника і власника суміжних прав сума матеріальних збитків розраховуватиметься аналогічно до першого випадку, тобто із застосуванням процедури накопичення доходу.

У випадку коли до правоохоронних органів звертається юридична особа, яка володіє невиключними майновими правами на розповсюдження Програм за допомогою DVB-C/МІТРІС/ММДС/Телесело/аналогової мережі, IPTV, ОТТ та DTH, то слід враховувати до ст. 1108 Цивільного кодексу України «Невиключна ліцензія не виключає можливості використання ліцензіаром об'єкта права інтелектуальної власності у сфері, що обмежена цією ліцензією, та видачі ним іншим особам ліцензій на використання цього об'єкта у зазначеній сфері.». Отже, за переконанням автора, юридична особа, яка володіє невиключними майновими правами матеріальних збитків не зазнає.

Отже, при розрахунку матеріального збитку, який завданий компанії (телекомпанії або власнику виключної ліцензії) має застосовуватись процедура накопичення прибутку (доходу), який не отримав суб'єкт права інтелектуальної власності та /або ліцензіат внаслідок неправомірного використання об'єкта права інтелектуальної власності від порушення його прав шляхом аналізу сум доходів по аналогічним субліцензійним угодам.

Список використаних джерел

1. <http://legalcontentua.com/about>

2. Про авторське право та суміжні права : закон України від 23 грудня 1993 року № 3792- XII // Відомості Верховної Ради України від 29.03.1994 – 1994 р., № 13, стаття 64

3. Господарський кодекс України від 16.01.2003 № 436-IV (зі змінами).

4. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV (зі змінами).

5. Національний стандарт №4 Оцінка майнових прав інтелектуальної власності: ПКМ України від 03 жовтня 2007 року №1185 // ОВУ. – 2007. – № 75. – Ст. 2792.

Сабадаш І.В.,
науковий співробітник ЛТДДОІВ
Харківського НДІСЕ
ім. Засл. проф. М.С. Бокаріуса,
кандидат юридичних наук, судовий експерт

**ОСОБЛИВОСТІ ПРОВЕДЕННЯ СУДОВИХ ЕКСПЕРТИЗ,
ПОВ'ЯЗАНИХ З ВИЗНАЧЕННЯМ РОЗМІРУ ВТРАЧЕНОЇ
(УПУЩЕНОЇ) ВИГОДИ, ЗАВДАНОЇ КОМПАНІЇ-
ПРАВОВЛАСНИКУ АВТОРСЬКОГО ПРАВА (ТА/АБО
ЛІЦЕНЗІАТУ), ВНАСЛІДОК ДЕМОНСТРУВАННЯ ТА
РОЗПОВСЮДЖЕННЯ В МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ
АУДІОВІЗУАЛЬНИХ ТВОРІВ**

Розглянута експертна практика проведення експертиз по експертній спеціальності 13.9 «Економічні дослідження у сфері інтелектуальної власності», а саме експертиз, пов'язаних з визначенням розміру втраченої (упущеної) вигоди, завданої компанії-правовласнику авторського права (та/або ліцензіату), внаслідок демонстрування та розповсюдження в мережі Інтернет аудіовізуальних творів. Визначено предмет, об'єкти досліджень, завдання та акцентовано увагу на проблематику даного напрямку дослідження.

Термін «аудіовізуальний твір» визначено в «Енциклопедії інтелектуальної власності»: як кінематографічний або інший твір, що має культурну цінність, створений шляхом упорядкування, переробки й упорядкування окремих творів та інших об'єктів або іншим способом і втілений засобами кінематографії, що призначений для зорового та, у разі супроводження звуком, зорового і слухового сприйняття за допомогою відповідних технічних засобів, у тому числі екрану [1].

Класифікація аудіовізуальних творів: ігрове кіно, псевдодокументальне кіно, документальне кіно, документально-ігрове кіно, науково-популярне кіно; короткометражне кіно, повнометражний

фільм; односерійний фільм, малосерійний фільм, багатосерійний фільм, кіносеріал, телесеріал, кіножурнал; екранізація художніх творів інших жанрів, у тому числі літератури, комп'ютерних ігор, коміксів, ремейків, сиквелів; німе кіно, звукове кіно; чорно-біле кіно, кольорове кіно, мультимедіа; експериментальне кіно, традиційне кіно; вікове кіно з обмеженнями за віком глядача, сімейне кіно; професійне кіно, аматорське кіно; трагедія, комедія, трагікомедія.

Законодавством України, а саме Законом України «Про кінематографію» встановлено:

«Виключне право на фільм – майнове право юридичної або фізичної особи, що дає право тільки цій особі на використання фільму в будь-якій формі і будь-яким дозволеним способом.

Демонстрування (публічний показ, публічне сповіщення і публічна демонстрація) фільму – професійна кінематографічна діяльність, що полягає в показі фільму глядачам у призначених для цього приміщеннях (кінотеатрах, інших кіновидовищних закладах), на відеоустановках, а також каналами мовлення телебачення.

Розповсюджувач (дистриб'ютор, прокатник) фільму – суб'єкт кінематографії, який має право на розповсюдження фільму».

Розповсюдження є останньою стадією кінофільму, кінофільм потрапляє до кіноглядача, а саме: показується у обраних кінотеатрах, сайтах, виходить на ді-ві-ді. Друкуються афіші, постери, кінофільм рекламується, здійснюється показ трейлерів. Фільм демонструється у обраних кінотеатрах, сайтах, а ді-ві-ді потрапляє, як правило, у продаж, згодом. Права на показ фільму у кінотеатрах, сайтах та на випуск ді-ві-ді продаються в інші країни. Усі прибутки розподіляються між розповсюджувачем (дистриб'ютором) та компанією виробником.

Однак, існують випадки використання (демонстрування, розповсюдження) в мережі Інтернет аудіовізуальних творів без згоди компанії-правовласника авторського права, у зв'язку з чим споживач відмовляється від перегляду аудіовізуального твору в кінотеатрі або платному сайті, відповідно прибутки зменшуються, у зв'язку з чим маються всі підстави на компенсування втраченої (упущеної) вигоди, тобто доходів, які компанія-правовласник могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене.

Необхідною умовою для проведення розрахунку втраченої (упущеної) вигоди, завданої компанії-правовласнику, внаслідок демонстрування, розповсюдження у мережі Інтернет аудіовізуальних творів є наявність висновку експерта по спеціальності 13.1.1 «Дослідження, пов'язані з літературними, художніми творами, та інші» та/або протоколів зняття з електронних інформаційних систем скріншотів аудіовізуальних творів. Слід зазначити, що правові питання та встановлення саме факту демонстрування, розповсюдження

аудіовізуальних творів, не належать до компетенція експерта по спеціальності 13.9 «Економічні дослідження у сфері інтелектуальної власності».

Розглянемо більш детально предмет, об'єкти, завдання експертиз даного напрямку.

Предметом експертиз є фактичні дані про втрачену (упущену) вигоду, завдану компанії-правовласнику авторського права, внаслідок демонстрування та розповсюдження в мережі Інтернет аудіовізуальних творів, які встановлюються експертом при дослідженні документів, шляхом застосування спеціальних знань у галузі економіки інтелектуальної власності.

Для встановлення розміру втраченої (упущеної) вигоди експерту необхідно дослідити документи бухгалтерського, податкового обліку, управлінські документи та інші документи, які містять інформацію щодо аудіовізуальних творів, як правило найбільш поширеними документами для даних досліджень є:

- ліцензійні договори, у яких зазначено відомості щодо передачі ліцензіаром ліцензіатові нематеріальних предметів договору; термін дії договору; територіальний характер ліцензійного договору; види платежів; інше;
- встановлюючи та підтверджуючи документи щодо господарських операцій;
- документи в яких містяться показники, що характеризують доходи від використання об'єкта інтелектуальної власності.
- Експертна практика свідчить що основним завданням при проведенні вказаних експертиз є:
 - розрахунок втраченої (упущеної) вигоди, завданої компанії-правовласнику авторського права, внаслідок відтворення, розповсюдження в мережі Інтернет аудіовізуальних творів.

До основних факторів, котрі впливають на розмір втраченої (упущеної) вигоди є відносяться:

- тривалість (строк) порушення прав правовласника;
- прибуток, отриманий порушником;
- розмір ліцензійної винагороди, яку могла отримати компанія правовласник, якби порушник купив ліцензію на аудіовізуальний твір.

При проведенні розрахунку втраченої (упущеної) вигоди експертом використовуються загальні методи дослідження (аналіз, синтез, порівняння, узагальнення, індукція, дедукція) так і спеціальні методи дослідження (метод економічного аналізу та метод моделювання економічних процесів).

Експертом для проведення розрахунку застосовується дохідний підхід, а саме оціночна процедура накопичення прибутку (доходу), який не отримав суб'єкт права інтелектуальної власності та/або ліцензіат,

внаслідок неправомірного використання аудіовізуального твору за методом роялті. Ліцензійний платіж за надання прав на використання аудіовізуального твору, як правило паушальний або, роялті.

Проблематикою даного напрямку є наступне:

- відмова компаній виробників аудіовізуальних творів в наданні інформації щодо вартості ліцензійних прав, які закріплені в ліцензійних угодах, з посиланням на комерційну таємницю;
- надання усередненої інформації, що призводить до того, що розрахунок є неточним і має умовний характер, оскільки не враховує об'єм наданих прав (в частині територій, строків показу та т.п.);
- недостатність власного методологічного забезпечення, відсутність єдиних методичних підходів проведення судових експертиз та експертних досліджень з визначення ринкової вартості об'єктів інтелектуальної власності та збитків.

На даний час методологічним базисом економічних досліджень у сфері ІВ при розрахунку втраченої (упущеної) вигоди, завданої правовласнику, шляхом незаконного демонстрування, розповсюдження в мережі інтернет аудіовізуальних творів є

1. Національний стандарт № 4 «Оцінка майнових прав інтелектуальної власності» [2];
2. Методика оцінки майнових прав інтелектуальної власності [3];
3. Методичні рекомендації щодо підготовки матеріалів для проведення економічних досліджень, пов'язаних з використанням прав на об'єкти інтелектуальної власності [4];

Слід зазначити, що національний стандарт № 4 та методика оцінки майнових прав інтелектуальної власності стосуються оцінки майнових прав і в повній мірі не адаптовані до проведення судових експертиз. Тому досить актуальною є спільна праця фахівців Науково-дослідного центру судової експертизи з питань інтелектуальної власності, Київського науково-дослідного інституту судових експертиз та Харківського науково-дослідного інституту судових експертиз ім. Засл. проф. Бокаріуса М.С. над «Методикою визначення ринкової вартості об'єктів права інтелектуальної власності», в котрій будуть сформовані, як загальні методичні підходи та методи щодо визначення ринкової вартості об'єктів права інтелектуальної власності так і розглянуті особливості визначення ринкової вартості окремих об'єктів ІВ.

Підсумовуючи робимо наступний висновок:

- предметом експертиз даного напрямку є фактичні дані про втрачену (упущену) вигоду, завдану компанії-правовласнику авторського права, внаслідок демонстрування та розповсюдження в мережі Інтернет аудіовізуальних творів, які встановлюються експертом при дослідженні документів, шляхом застосування спеціальних знань у галузі економіки інтелектуальної власності;

- для встановлення розміру втраченої (упущеної) вигоди експерту необхідно дослідити документи бухгалтерського, податкового обліку, управлінські документи та інші документи, які містять інформацію щодо аудіовізуальних творів;

- основним завданням є розрахунок втраченої (упущеної) вигоди;

- тривалість (строк) порушення прав правовласника, прибуток, отриманий порушником та розмір ліцензійної винагороди, яку могла отримати компанія правовласник є факторами, що впливають на розмір втраченої (упущеної) вигоди;

- експертом для проведення розрахунку застосовується дохідний підхід;

- ліцензійний платіж за надання прав на використання аудіовізуального твору, як правило паушальний або, роялті;

- проблематикою даного напрямку є відмова компаній виробників аудіовізуальних творів в наданні інформації щодо вартості ліцензійних прав або надання усередненої інформації;

- недостатність власного методологічного забезпечення.

Безумовно, ще багато необхідно зробити в методологічному забезпеченні експертної спеціальності 13.9 «Економічні дослідження у сфері інтелектуальної власності», а саме створити, як загальні, так і спеціальні методичні підходи та методи щодо визначення ринкової вартості об'єктів інтелектуальної власності.

Список використаних джерел:

1. Енциклопедія інтелектуальної власності / за ред. проф. П.П. Крайнева. – К.: Старт-98, 2012. – 660 с.

2. Про затвердження Національного стандарту № 4 «Оцінка майнових прав інтелектуальної власності»: постанова Кабінету Міністрів України від 3 жовтня 2007 р, № 1185 // Офіційний вісник України. – 2007. – № 75. – Ст. 2792.

3. Про затвердження Методики оцінки майнових прав інтелектуальної власності: наказ Фонду державного майна України від 25 червня 2008 р. № 740 // Офіційний вісник України. – 2008. – № 60. – Ст. 2042.

4. Методичні рекомендації щодо підготовки матеріалів для проведення економічних досліджень, пов'язаних з використанням прав на об'єкти інтелектуальної власності: звіт НДР (заключ.) / МЮУ, НДЦСУПШВ; кер. О. Б. Бутнік-Сіверський; викон.: П. П. Крайнев, Д. В. Ягло, І. М. Міщенко, Р. М. Курганов. – 0110U002693. – К.: НДЦСЕПВ, 2011. – 99 с.

Віхляєв О. К.,
науковий співробітник
лабораторії економічних досліджень
НДЦСЕ з питань інтелектуальної
власності, судовий експерт

МАТЕРІАЛЬНА ШКОДА ЗАВДАНА АВТОРУ (ПРАВОВЛАСНИКУ) ВНАСЛІДОК ПОРУШЕННЯ ПРАВ НА ОБ'ЄКТИ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Розглянуто проблему визначення розміру матеріальної шкоди, завданої автору (правовласнику) внаслідок порушення прав на об'єкти інтелектуальної власності

Поширеність порушень в авторському праві розповсюджено на всіх етапах суспільних відносин. Особливих масштабів отримали такі прості порушення авторського права, серед яких є : незаконне відтворення, переробка творів, копіювання та розповсюдження копій.

Дуже суперечливим та актуальним залишається питання визначення розміру матеріальної шкоди, завданої автору внаслідок порушення його прав.

Питання щодо розміру матеріальної шкоди носить одночасно фіскальний вплив на порушника та отримання компенсації автором. Такі різні аспекти неодноразово вносили суперечність в питання розміру шкоди автору .

Відповідно до ст. 420 Цивільного кодексу України та ст.8 Закону України «Про авторське право та суміжні права», до об'єктів права інтелектуальної власності, зокрема, належать: літературні та художні твори; комп'ютерні програми; компіляції даних (бази даних); виконання; фонограми, відеограми, передачі (програми) організацій мовлення; наукові відкриття; винаходи, корисні моделі, промислові зразки; компонування (топографії) інтегральних мікросхем; раціоналізаторські пропозиції; сорти рослин, породи тварин; комерційні (фірмові) найменування, торговельні марки (знаки для товарів і послуг), географічні зазначення; комерційні таємниці.

Суб'єктами авторського права є автори творів.

Відповідно до ч.1 ст.52 Закону України «Про авторське право та суміжні права» за захистом свого авторського права і (або) суміжних прав суб'єкти авторського права та суміжних прав мають право звертатися в установленому порядку до суду та інших органів відповідно до їх компетенції. При порушеннях будь-якою особою авторського права і (або) суміжних прав, суб'єкти авторського права і (або) суміжних прав мають право:

«г) подавати позови до суду про відшкодування збитків (матеріальної шкоди), включаючи упущену вигоду, або стягнення

доходу, отриманого порушником внаслідок порушення ним авторського права і (або) суміжних прав, або виплату компенсації;»

Згідно ст.224. Господарського кодексу України:

«1. Учасник господарських відносин, який порушив господарське зобов'язання або установлені вимоги щодо здійснення господарської діяльності, повинен відшкодувати завдані цим збитки суб'єкту, права або законні інтереси якого порушено.

2. Під збитками розуміються витрати, зроблені управненою стороною, втрата або пошкодження її майна, а також не одержані нею доходи, які управнена сторона одержала б у разі належного виконання зобов'язання або додержання правил здійснення господарської діяльності другою стороною».

Згідно п. 2 ст. 22 Цивільного кодексу України:

«Збитками є:

1) втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки);

2) доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (упущена вигода)».

Згідно ст.225 Господарського кодексу України.

«1. До складу збитків, що підлягають відшкодуванню особою, яка допустила господарське правопорушення, включаються:

вартість втраченого, пошкодженого або знищеного майна, визначена відповідно до вимог законодавства;

додаткові витрати (штрафні санкції, сплачені іншим суб'єктам, вартість додаткових робіт, додатково витрачених матеріалів тощо), понесені стороною, яка зазнала збитків внаслідок порушення зобов'язання другою стороною;

неодержаний прибуток (втрачена вигода), на який сторона, яка зазнала збитків, мала право розраховувати у разі належного виконання зобов'язання другою стороною»

В рамках економічної експертизи в сфері інтелектуальної власності визначається розмір матеріальної шкоди, нанесеної в результаті незаконного використання об'єктів інтелектуальної власності.

Основні питання, що вирішує економічна експертиза у сфері інтелектуальної власності:

Який розмір матеріальної шкоди завдано автору (правовласнику) об'єкта права інтелектуальної власності унаслідок дій особи (назва юридичної особи або прізвище, ім'я, по батькові фізичної особи)?

Яка ринкова вартість (або інший вид вартості згідно із законодавством) майнових прав (вказати назву об'єкта права інтелектуальної власності) станом на дату (вказати дату)?

Чи правильно визначено суму роялті за використання об'єкта?

Який мінімальний розмір авторської винагороди має сплатити роботодавець (замовник) автору об'єкта права інтелектуальної власності (назва)?

Нормативно передбачено, що розмір збитків за неправомірне використання об'єкта права інтелектуальної власності визначається станом на дату оцінки із застосуванням оціночної процедури накопичення прибутку (доходу), який не отримав суб'єкт права інтелектуальної власності та/або ліцензіат внаслідок неправомірного використання об'єкта права інтелектуальної власності, виходячи з обсягів виробництва та/або реалізації контрафактної продукції [3].

Об'єктами економічної експертизи у сфері інтелектуальної власності можуть бути: первинні документи; реєстри бухгалтерського обліку; фінансова та статистична звітність; організаційно-розпорядчі, планово-регулювальні документи, та ін.

Але питання матеріальної шкоди внаслідок порушення прав на об'єкти інтелектуальної власності є дуже багатогранним. На практиці здебільшого матеріальна шкода потребує не лише економічні показники, але і доведені технічні дані (технічні розміри, комп'ютерні дані, програмні, лінгвістичні та ін.). Недоведені припущення щодо технічних показників зазвичай спотворюють розрахунок розміру шкоди. Тому дослідження розміру матеріальної шкоди на об'єкти інтелектуальної власності потребує суворого комплексного підходу.

Висновки: Розмір матеріальної шкоди на об'єкти інтелектуальної власності визначається в рамках економічної експертизи в сфері інтелектуальної власності, виходячи з розміру доходу, який не отримав суб'єкт права інтелектуальної власності та/або ліцензіат внаслідок неправомірного використання об'єкта права інтелектуальної власності, виходячи з обсягів виробництва та/або реалізації контрафактної продукції.

Дослідження розміру матеріальної шкоди на об'єкти інтелектуальної власності потребує комплексного підходу. Недоведені припущення щодо технічних показників (технічні розміри, комп'ютерні дані, програмні, лінгвістичні та ін.) викривляють вихідні дані розраховані для економічного дослідження. Також неприпустиме ототожнення принципів (підходів) в розрахунку розміру матеріальної шкоди автора, для різних видів інтелектуальної власності.

Список використаних джерел:

1. Господарський кодекс України: Закон №436-IV від 16.01.2003р./ Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №18.- Ст.144.
2. Закон України «Про авторське право та суміжні права» від 23.12.1993р. №3792-XII.// Відомості Верховної Ради України, 1994, № 12, ст.64.

3. Постанова Кабінету Міністрів України від 03.10.2007р. №1185 «Про затвердження Національного стандарту №4 «Оцінка майнових прав інтелектуальної власності»// Офіційний вісник України від 15.10.2007 – 2007 р., № 75, стор. 24, стаття 2792.

4. Цивільний кодекс України від 16.01.2003р. №435-IV із змінами та доповненнями // Відомості Верховної Ради України, 2003, № 40-44, ст.356.

Германюк І. В.,
науковий співробітник лабораторії
економічних досліджень
НДЦСЕ з питань інтелектуальної
власності, судовий експерт

ЕКОНОМІЧНА ЕКСПЕРТИЗА У СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ЩОДО ВИПЛАТИ РОЯЛТІ В АСПЕКТІ ПОДАТКОВИХ СПОРІВ.

Розглянуто проблеми, які виникають у податкових спорах, пов'язаних з виплатою роялті та роль економічної експертизи у сфері інтелектуальної власності, як доказу.

Розвиток правової держави супроводжується багатогранним розвитком інтелектуальної власності.

До об'єктів права інтелектуальної власності, зокрема, належать: літературні та художні твори; комп'ютерні програми; компіляції даних (бази даних); виконання; фонограми, відеограми, передачі (програми) організацій мовлення; наукові відкриття; винаходи, корисні моделі, промислові зразки; компонування (топографії) інтегральних мікросхем; раціоналізаторські пропозиції; сорти рослин, породи тварин; комерційні (фірмові) найменування, торговельні марки (знаки для товарів і послуг), географічні зазначення; комерційні таємниці (ст.420 Цивільного кодексу України – далі ЦКУ).

Суб'єктами права інтелектуальної власності є: творець (творці) об'єкта права інтелектуальної власності (автор, виконавець, винахідник тощо) та інші особи, яким належать особисті немайнові та (або) майнові права інтелектуальної власності (с.421 ЦКУ). Авторів твору належать особисті немайнові і майнові права інтелектуальної власності.

Згідно ч. 5 ст.15 Закону України Про авторське право та суміжні права (далі – Закону) визначено «Роялті» як винагорода за будь-яке використання твору, за кожний проданий примірник чи кожне використання твору.

У світовій практиці роялті є основним доходом автора за використання його твору. Тому для розвитку новітніх технологій у мистецтві цьому питанню приділяється багато уваги.

Розмір і порядок виплати авторської винагороди за створення і використання твору встановлюються в авторському договорі (ч.5 ст.15 Закону).

Передача права на використання об'єкта права інтелектуальної власності оформлюється ліцензійним договором.

На практиці виникає чимало проблем, пов'язаних з підтвердженням розміру сум виплаченого роялті та оподаткуванням роялті.

Відповідно до Податкового кодексу України (далі – ПКУ), роялті – будь-який платіж, отриманий як винагорода за використання або за надання права на використання об'єкта права інтелектуальної власності, а саме на будь-які літературні твори, твори мистецтва або науки, включаючи комп'ютерні програми, інші записи на носіях інформації, відео- або аудіокасети, кінематографічні фільми або плівки для радіо- чи телевізійного мовлення, передачі (програми) організацій мовлення, інші аудіовізуальні твори, будь-які права, які охороняються патентом, будь-які зареєстровані торговельні марки (знаки на товари і послуги), права інтелектуальної власності на дизайн, секретне креслення, модель, формулу, процес, права інтелектуальної власності на інформацію щодо промислового, комерційного або наукового досвіду (ноу-хау), (14.1.225 ПКУ). Аналогічне визначення роялті наведено у Положенні (стандарті) бухгалтерського обліку 15 «Дохід».

Не вважаються роялті (для цілей податкового обліку) платежі, отримані:

- як винагорода за використання комп'ютерної програми, якщо умови використання обмежені функціональним призначенням такої програми та її відтворення обмежене кількістю копій, необхідних для такого використання (використання «кінцевим споживачем»);

- за придбання примірників (копій, екземплярів) об'єктів інтелектуальної власності, у тому числі в електронній формі, для використання за своїм функціональним призначенням для кінцевого споживання або для перепродажу такого примірника (копії, екземпляра);

- за придбання речей (у тому числі носіїв інформації), в яких втілені або на яких містяться об'єкти права інтелектуальної власності, визначені в абзаці першому цього підпункту, у користування, володіння та/або розпорядження особи;

- за передачу прав на об'єкти права інтелектуальної власності, якщо умови передачі прав на об'єкт права інтелектуальної власності надають право особі, яка отримує такі права, продати або здійснити відчуження в інший спосіб права інтелектуальної власності або оприлюднити (розголосити) секретні креслення, моделі, формули, процеси, права інтелектуальної власності на інформацію щодо промислового, комерційного або наукового досвіду (ноу-хау), крім

випадків, коли таке оприлюднення (розголошення) є обов'язковим згідно із законодавством України;

- за передачу права на розповсюдження примірників програмної продукції без права на їх відтворення або якщо їх відтворення обмежено використанням кінцевим споживачем;

Платежі з виплати роялті відображаються в бухгалтерському обліку за правилами Положення (стандарту) бухгалтерського обліку 16 «Витрати». Тобто, витрати визнаються витратами певного періоду одночасно з визнанням доходу, для отримання якого вони здійснені. Витрати, які неможливо прямо пов'язати з доходом певного періоду, відображаються у складі витрат того звітного періоду, в якому вони були здійснені.

У загальному порядку, відповідно до Податкового кодексу України, із сум роялті, що виплачуються нерезиденту-юридичній особі, необхідно утримати податок з доходів нерезидента за ставкою 15 % (податок на репатріацію). Проте, якщо з країною нерезидента укладений міжнародний договір про уникнення подвійного оподаткування, то роялті можуть обкладатися за правилами міжнародного договору, відповідно до якого ставка може бути істотно нижча, а виплата і зовсім може не підлягати оподаткуванню.

Так у ході проведення податкових перевірок досить часто постає питання щодо розміру виплачених сум роялті. Основними порушеннями за результатами перевірок (щодо виплачених сум роялті) є заниження податку на прибуток, та заниження податку з доходів нерезидента.

Згідно ст.72 Кодексу адміністративного судочинства:

«1. Доказами в адміністративному судочинстві є будь-які дані, на підставі яких суд встановлює наявність або відсутність обставин (фактів), що обґрунтовують вимоги і заперечення учасників справи, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи.

2. Ці дані встановлюються такими засобами:

1) письмовими, речовими і електронними доказами;

2) висновками експертів;

3) показаннями свідків.»

Економічні дослідження та експертизи у сфері інтелектуальної власності здійснюються за своїми методами та принципами. Одним з вирішуваних питань є питання : «Чи правильно визначено суму роялті за використання об'єкта?». Це дає змогу визначити обґрунтованість розміру сплачених сум роялті за використання об'єкта. Складні та багатогранні питання, щодо визначення суми роялті, потребують комплексного проведення дослідження, з залученням експертів з різних експертних спеціальностей.

Таким чином, висновок експерта за результатами проведення економічної експертизи у сфері інтелектуальної власності щодо виплат роялті є одним з джерел доказів у податкових спорах.

Список використаних джерел

1. Закон України «Про авторське право та суміжні права» від 23.12.1993р. №3792-ХІІ// Відомості Верховної Ради України, 1994, № 12, ст.64.
2. Кодекс адміністративного судочинства від 06.07.2005р. №2747-ІV //(Відомості Верховної Ради України, 2005, № 35-36, № 37, ст.446.
3. Податковий кодекс України від 02.12.2010р. №2755-VI зі змінами і доповненнями// Голос України, 2010, 12, 04.12.2010р. №229-230.
4. Положення (стандарт) бухгалтерського обліку 15 «Доходи», затверджене наказом Міністерства фінансів України №290 від 29.11.1999р./ Офіційний вісник України від 31.12.1999 – 1999 р., № 50, стор. 442, стаття 2503.
5. Положення (стандарт) бухгалтерського обліку 16 «Витрати», затверджене наказом Міністерства фінансів України №318 від 31.12.1999р./ Офіційний вісник України від 04.02.2000 – 2000 р., № 3, стор. 181, стаття 102.
6. Цивільний кодекс України від 16.01.2003р. №435-ІV із змінами та доповненнями // Відомості Верховної Ради України, 2003, № 40-44, ст.356.

Рубцова-Каменська Г. А.,
аспірантка кафедри цивільно-правових дисциплін
Навчально-наукового інституту
контррозвідувальної діяльності
Національної академії СБУ

Науковий керівник:
Стрельбицька Л. М.,
завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін
Національної академії СБУ,
Заслужений працівник освіти,
доктор юридичних наук, професор,

ДЕРЖАВНІ ГАРАНТІЇ ЗДІЙСНЕННЯ ІНВЕСТИЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про інвестиційну діяльність» інвестиціями є всі види майнових та інтелектуальних цінностей, що вкладаються в об'єкти підприємницької діяльності, в результаті якої створюються прибуток та/або досягається соціальний або екологічний ефект. Виходячи із законодавчого визначення, інвестиційну діяльність можна розглядати, як дії суб'єктів інвестиційної діяльності із вкладення активів з метою досягнення мети інвестування.

Такими активами (майновими та інтелектуальними цінностями) можуть бути: кошти, цільові банківські вклади, паї, акції та інші цінні папери; рухоме та нерухоме майно; майнові права інтелектуальної власності; сукупність технічних, технологічних, комерційних знань, оформлених у вигляді технічної документації, навиків та виробничого досвіду, необхідних для організації того чи іншого виду виробництва, але не запатентованих («ноу-хау»); права користування, землею, водою, ресурсами, будинками, спорудами, обладнанням, а також інші майнові права та інші цінності.

Відповідно до Закону України «Про режим іноземного інвестування» іноземними інвестиціями є цінності, що вкладаються іноземними інвесторами в об'єкти інвестиційної діяльності відповідно до законодавства України з метою отримання прибутку або досягнення іншого соціального ефекту.

Іноземні інвестиції здійснюються у таких формах:

- часткова участь у підприємствах, що створюються спільно з українськими юридичними і фізичними особами, або придбання частки діючих підприємств;
- створення підприємств, що повністю належать іноземним інвесторам, філій та інших відокремлених підрозділів іноземних юридичних осіб або придбання у власність діючих підприємств повністю;
- придбання самостійно чи за участю українських юридичних або фізичних осіб прав на користування землею та використання природних ресурсів на території України;
- придбання інших майнових прав;
- господарської (підприємницької) діяльності на основі угод про розподіл продукції;
- в інших формах, які не заборонені законами України, в тому числі без створення юридичної особи на підставі договорів із суб'єктами господарської діяльності України. [3]

Відповідно до інвестиційного законодавства України держава гарантує стабільність умов здійснення інвестиційної діяльності та додержання прав та законних інтересів суб'єктів здійснення такої діяльності. Державні органи та їх посадові особи не мають права втручатися у діяльність суб'єктів інвестиційної діяльності, крім випадків, коли таке втручання допускається чинним законодавством і здійснюються виключно в межах компетенції цих органів та посадових осіб. Ніхто не має права обмежувати права інвесторів у виборі об'єктів інвестування, за винятком випадків, передбачених законодавством. У разі порушення державними органами або органами місцевого самоврядування прав суб'єктів здійснення інвестиційної діяльності, то завдані збитки відшкодовуються даними органами у повному обсязі.

В Україні іноземні інвестори мають дотримуватися законодавства України та не завдавати шкоди її державним, економічним та соціальним інтересам. Відповідно до ч. 3 ст. 397 Господарського кодексу України держава не може націоналізувати іноземні інвестиції (в Україні вони не підлягають націоналізації). [2]. Органи державної влади та їх посадові особи не мають права реквізувати іноземні інвестиції, за винятком випадків здійснення рятівних заходів під час стихійного лиха, аварій, епідемій, епізоотій. Реквізиція може бути здійснене лише на підставі рішення органів, уповноважених на це Кабінетом Міністрів України, у порядку, встановленому законом, що визначено у ч. 4 ст. 397 Господарського кодексу України [2]. Компенсація, що сплачується у цих випадках іноземному інвестору, має бути адекватною, ефективною і визначеною на момент виконання рішення про відшкодування збитків. Сума компенсацій за цим рішенням повинна бути негайно сплачена у валюті, в якій було здійснено інвестиції, або в іншій, прийнятній для іноземного інвестора валюті відповідно до валютного законодавства. Законом можуть бути передбачені відсотки на суму компенсації (ч. 6 ст. 397 Господарського кодексу України) [2]. Тобто держава гарантує захист інвестицій, що залучаються в економіку України та повне відшкодування завданих збитків.

Визначення поняття «захист інвестицій» міститься у ст. 19 Закону України «Про інвестиційну діяльність», а саме комплекс організаційних, технічних та правових заходів, спрямованих на створення умов, які сприяють забезпеченню інвестицій, досягненню цілі внесення інвестицій, ефективній діяльності об'єктів інвестування та реінвестування, захисту законних прав та інтересів інвесторів, у тому числі права на отримання прибутку (доходу) від інвестицій. Держава гарантує захист інвестицій незалежно від форми власності, у тому числі іноземних інвестицій. Захист інвестицій забезпечується законодавством України, а також міжнародними договорами України. Інвесторам, у тому числі іноземним, забезпечується національний режим, що виключає застосування заходів дискримінаційного характеру, які могли б перешкодити управлінню інвестиціями, їх використанню та ліквідації, а також передбачаються умови і порядок вивозу вкладених цінностей і результатів інвестицій. Державними гарантіями захисту інвестицій є система правових норм, які спрямовані на захист інвестицій та не стосуються питань фінансово-господарської діяльності учасників інвестиційної діяльності та сплати ними податків, зборів та обов'язкових платежів.

Держава встановлює наступні гарантії здійснення інвестиційної діяльності для іноземного інвестора:

- гарантії у разі зміни законодавства;

- гарантії у разі примусових вилучень, а також незаконних дій державних органів та їх посадових осіб;
- встановлює компенсацію та відшкодування збитків інвесторам;
- гарантії у разі припинення інвестиційної діяльності;
- гарантії переказу прибутків, доходів, та інших коштів, одержаних внаслідок здійснення інвестиційної діяльності.

У ч. 2 ст. 18 Закону України «Про інвестиційну діяльність» визначено, що інвестиції не можуть бути безоплатно націоналізовані, реквізовані або до них не можуть бути застосовані заходи, тотожні за наслідками.

Варто зазначити, що для іноземних інвесторів на території України встановлюється національний режим інвестиційної та іншої господарської діяльності, за винятком, передбачених законодавством України та міжнародними договорами України. До того ж для іноземних інвесторів, що залучені до реалізації відповідних державних програм розвитку пріоритетних галузей економіки, соціальної сфери і територій, може встановлюватися пільговий режим інвестиційної та іншої господарської діяльності. [3]

Терміни «захист», «правовий захист», «захист прав та інтересів», «судовий захист» неодноразово зустрічаються в нормах чинного законодавства і Конституції України (статті 13, 24, 32, 36, 44, 46, 55, 59 тощо) [1]. Стаття 13 Конституції України містить безпосередню вказівку на те, що держава забезпечує захист усіх прав суб'єктів права власності і господарювання. У чинному законодавстві України терміни «захист», «захист прав», незважаючи на часте використання, як правило, носять достатньо абстрактний характер.

Наразі відповідно нормативно-правових актів, які регулюють здійснення інвестиційної діяльності в Україні іноземні інвестори мають доволі широкий вибір засобів захисту своїх інтересів у разі виникнення будь-якого роду інвестиційних спорів. Чи не найголовнішим серед таких актів є Конвенція ООН про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами від 18.05.1965 року, яку Україна ратифікувала 16.03.2000 року, якою визначено порядок вирішення спорів між державами та іноземними особами шляхом застосування міжнародних засобів примирення або арбітражу. Відповідно до норм зазначеної Конвенції було засновано Міжнародний центр з врегулювання інвестиційних спорів, який наділений повноваженнями із розгляду інвестиційних спорів, що виникли між державами-учасниками Конвенції та фізичними і юридичними особами інших держав-учасниць. Проте слід зазначити, що цей спосіб захисту іноземних інвестицій наразі не є популярним серед інвесторів України, бо процедура подання скарг на порушення прав інвестора є складною та заплутоною.

Саме тому чітке нормативно-правове регулювання та державні гарантії захисту та здійснення інвестиційної діяльності займають надзвичайно важливе місце для формування інвестиційного іміджу та привабливості держави. Особливо важливо удосконалити державну інвестиційну політику, яка спрямована на активізацію інвестиційної діяльності, адже держава виступає головним координатором інвестиційної діяльності задля свого економічного зростання.

Маючи значне підґрунтя для економічного зростання та залучення іноземного капіталу, водночас наша держава вже багато років характеризується законодавчою, політичною та економічною нестабільністю. Тому під час здійснення інвестування в Україну іноземний інвестор повинен вирішити цілий ряд питань: детально вивчити усі нормативно-правові акти, які прямо чи опосередковано регулюють інвестиційну діяльність, проаналізувати економічну ситуацію у майбутній сфері здійснення підприємницької діяльності, визначитись яким чином мінімізувати власні ризики та визначити гарантії здійснення інвестиційної діяльності щоб у випадку настання несприятливої ситуації припинити підприємницьку діяльність та повернути свій капітал.

Список використаних джерел

1. Конституція України від 28 червня 1996 р. [Електронний ресурс] / Верховна рада України. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=254%EA%2F96-%E2%F0>
2. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436-IV // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – С. 462.
3. Про режим іноземного інвестування: Закон України від 19 березня 1996 р. № 93/96-ВР // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1996, – № 19 – Ст. 80.
4. Про інвестиційну діяльність. Закон України від 18 вересня 1991 р. № 1560-XII (із змінами і доповненнями) // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 47. – Ст. 646.

7. КОМП'ЮТЕРНО-ТЕХНІЧНІ ЕКСПЕРТИЗИ І ЕКСПЕРТНІ ДОСЛІДЖЕННЯ У СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Булат Є. А.,
старший науковий співробітник
НАН України і МОН України,
доктор юридичних наук

Доровських А. В.,
головний судовий експерт з питань
інтелектуальної власності
КНДІСЕ,
доктор технічних наук, професор,
судовий експерт

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ КОМП'ЮТЕРНИХ ПРОГРАМ В УМОВАХ ЄВРОІНТЕГРАЦІЙНОГО РОЗВИТКУ УКРАЇНИ

Одним із нагальних завдань інноваційного розвитку України у сфері науково-дослідної діяльності є її інтеграція в Європейський дослідницький простір, чому сприяє активна співпраця з Європейським Союзом. Минулого року набула чинності Угода про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, що обумовило, серед інших, інтеграцію України до європейського економічного простору, посилення її інноваційної спрямованості, стрімкого інноваційного розвитку, підвищення рівня її конкурентоздатності. Одним з пріоритетних напрямів Угоди про асоціацію є наближення законодавства України до норм і стандартів Європейського Союзу, що зумовлює переоцінку досвіду і знань, пов'язаних з комерціалізацією інновацій на світовому рівні, та вимагає застосування нових підходів до врегулювання їх на законодавчому рівні. Адже науково-технічний потенціал є базою для глобалізації інноваційної сфери, і потребує належного правового врегулювання. В контексті зазначеного особливої актуальності набуває питання належної правової охорони комп'ютерної програми, як особливого об'єкту інтелектуальної власності.

Визначення правової природи комп'ютерної програми, її правової охорони досліджувалося такими вченими, як Н. І. Добрякова,

А. В. Бахметєва, А. П. Тітов, Е. П. Гаврілов, Ю. М. Капіца, С. С. Лосєв, А. А. Успенский, Є.А. Боровська, В. І. Кудашов, Г. О. Андрощук, С. Л. Єрмакович та іншими.

У зарубіжних країнах охорона програм здійснювалася за договірним правом або інститутом охорони конфіденційної інформації. А у Сполучених Штатах Америки, наприклад, на практиці склалася і існує найбільш ліберальна система патентної охорони рішень, пов'язаних з комп'ютерними програмами, яка існує паралельно з наданням охорони у межах авторського права [1, с. 19]. Так, у цій країні приблизно 30 тисяч патентів, виданих у різні роки Європейським патентним відомством, відносяться саме до комп'ютерних програм [2, с. 62, 3, с. 8]. При цьому, єдиний підхід до охорони комп'ютерних програм так і не був розроблений. Але, після ухвалення Директиви про правову охорону комп'ютерних програм Радою Європейської Спільноти від 14 травня 1991 року було встановлено правовий режим програм у вигляді охорони їх як літературних творів у розумінні Бернської конвенції [4, с. 93].

Основними нормативно-правовими актами, якими регулюються питання правової охорони комп'ютерних програм в Україні, залишаються Цивільний кодекс України, Закон України «Про авторське право і суміжні права», а також інші нормативно-правові акти, у яких розкриваються окремі аспекти правової охорони комп'ютерних програм [5, с.118]. Ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» в останній редакції визначено, що комп'ютерна програма це набір інструкцій у вигляді слів, цифр, кодів, схем, символів чи у будь-якому іншому вигляді, виражених у формі, придатній для зчитування комп'ютером, які приводять його у дію для досягнення певної мети або результату (це поняття охоплює як операційну систему, так і прикладну програму, виражені у вихідному або об'єктному кодах). Відповідно до ст. 18 Закону комп'ютерні програми охороняються як літературні твори. Така охорона поширюється на комп'ютерні програми незалежно від способу чи форми їх вираження [6]. Це визначення відповідає ст. 180 Угоди у якій відзначено, що охорона авторським правам на комп'ютерні програми надається у такому самому обсязі, як і літературним творам, як це передбачено Бернською конвенцією. Із цією метою термін «комп'ютерні програми» включає попередні дослідні матеріали [7]. Водночас, ч. 2 ст. 180 Угоди про Асоціацію деталізовано і уточнено, що охорона надається математичному виразу комп'ютерної програми будь-якої форми. Ідеї та принципи, на яких ґрунтується будь-який елемент комп'ютерної програми, зокрема ті, на яких ґрунтується її інтерфейс, не охороняються авторським правом згідно із цією Угодою. Окремої уваги заслуговує положення Угоди, яке стосується визначення критеріїв для визнання наявності права на охорону – це оригінальність, якщо вона є продуктом інтелектуальної творчості автора [7].

Комп'ютерна програма представляє собою об'єкт інтелектуальної власності який, в умовах здійснення євроінтеграційних процесів, які відбуваються в Україні, потребує всебічного аналізу усіх його складових і подальшого вдосконалення його правового регулювання. Особливої актуальності це питання набуло в умовах інтеграції України до Європейського дослідницького простору, розбудови інноваційного союзу, цифрової економіки приведення у відповідність норм чинного законодавства у сфері інтелектуальної власності до норм і стандартів ЄС.

Список використаних джерел:

1. Правовая охрана компьютерных программ и баз данных / Е. А. Боровская, С. Л. Ермакович, В. И. Кудашов, С. С. Лосев [и др.]. Минск, 2010. 246 с.
2. Булат Є. А. Правова охорона комп'ютерних програм на сучасному етапі // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. Збірник наукових праць. 2014. № 2 (71). С. 61-64.
3. Булат Е. Компьютерная программа и научное открытие как объекты интеллектуальной собственности: общие и отличительные признаки // *Leges et Vita: Revistă științifico-practică*. 2015. № 5/4 (281). Р. 7-9.
4. Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавство України / за редакцією Ю. М. Капіці: кол. авторів: Ю. М. Капіца, С. К. Ступак, В. П. Воробьов та ін.-К.: Видавничий дім «Слово», 2006.-1104 с.- С. 93.
5. Цивільний кодекс України: текст відповідає офіц. станом на 15 січня 2013 р. –К.: Національний книжковий проект, 2013.-320 с.
6. Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23 грудня 1993 р. в ред. Закону від 26.04.2017 URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12/>
7. Угода про асоціацію України з ЄС URL :[http://www.kmu.gov.ua/kmu/docs/EA/00_UkraineEU_Association_Agreement_\(body\).pdf](http://www.kmu.gov.ua/kmu/docs/EA/00_UkraineEU_Association_Agreement_(body).pdf).

Кривоножко Г.Є.,
кандидат технічних наук,
провідний науковий співробітник НДЦСЕ
з питань інтелектуальної власності МЮУ,
старший науковий співробітник

Собін О.К.,
завідувач лабораторії авторського права
та суміжних прав НДЦСЕ
з питань інтелектуальної власності
МЮУ

АЛГОРИТМ ВИЗНАЧЕННЯ ТРУДОВИТРАТ СУПРОВОДЖЕННЯ ПРОГРАМНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЯК СКЛАДОВОЇ АВТОМАТИЗОВАНИХ СИСТЕМ НА ОСНОВІ МОДЕЛІ СОСОМО II

Вступ. Розробка інформаційних (автоматизованих) систем управління з метою створення необхідних умов для вдосконалення системи управління прийняття рішень, забезпечення актуальним потребам діяльності установ, підвищення оперативності прийняття рішень, на сьогодні є актуальним питанням. Важливою складовою систем є спеціалізоване *програмне забезпечення (ПЗ)*.

В межах питань галузі права інтелектуальної власності до об'єктів права інтелектуальної власності належать *комп'ютерні програми; компіляції даних (бази даних)*. Під час проектування, впровадження та експлуатації засобів інформатизації, особливо для розробок на замовлення державних органів, що створюються повністю або частково за рахунок бюджетного фінансування для цілей інформатизації діяльності, є дотримання загальних вимог до програмних продуктів та передбачення у договорах (контрактах) з виконавцями робіт та технічних завданнях на створення цих засобів обов'язкових етапів робіт згідно із затвердженим переліком відповідно до державних стандартів, а також здійснення в установленому порядку їх облік та реєстрацію.

Під час розробки та впровадження інформаційних (автоматизованих) систем важливою стадією є супроводження програмного забезпечення [1-5]. Якість програмного забезпечення недосяжна без контролю процесу його розробки та супроводження [6-7]. Необхідним є контроль створення програмного забезпечення, прогноз його вартості, необхідність дотримання термінів і якості результатів, прогноз вартості супроводження програмного забезпечення у визначені терміни при дотриманні показників [6].

Етапи розробки та впровадження програмного забезпечення інформаційних систем регламентовані вітчизняною галузевою та міжнародною нормативною базою [4-5]. Стандарт [4] є основним нормативним документом, який регламентує схему процесу життєвого циклу ПЗ. *Супровід програмного забезпечення (супроводження)* визначається як процес зміни існуючого програмного забезпечення при цьому не змінюючи його основних функцій [5]. В силу специфіки створення програмного забезпечення, процес супроводження також є досить дорогим, тривалим та важко передбачуваним [6].

У більшості компаній по створенню програмного забезпечення результативне виконання робіт у визначені терміни здійснюється лише у 25 % проектів, для решти проектів умови договорів не виконуються за різними показниками: порушення термінів виконання, збільшення бюджету тощо. У більшості компаній по створенню програмного забезпечення інформаційних систем більше 50% штату зайнято супроводом програм, що входять до складу систем. В таких умовах виникає потреба на початковому етапі виконання робіт визначати Розробника з достатніми спроможностями для успішної реалізації проекту (визначення трудовитрат).

Постановка задачі. Метою роботи є розробка алгоритму визначення трудовитрат на супроводження програмного забезпечення. Дослідження спрямоване на підвищення рівня нормування трудовитрат, планування та обліку витрат на супроводження програмного забезпечення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Аналіз досліджень і публікацій свідчить про те, що даному питанню приділяється певна увага [1-3, 6-9].

Оцінка трудовитрат програмного забезпечення є однією з ключових фінансових проблем, які виникають в процесі створення та розвитку інформаційних технологій [6], відноситься до імовірнісних тверджень.

Виходячи з процесу проектування, поділяють існуючі моделі оцінювання трудовитрат програмного забезпечення на дві групи [10]: *неалгоритмічні*, що використовують визначені схеми або принципи (до найбільш відомих з них відносяться експертні оцінки), та *алгоритмічні*, що засновані на підрахунку кількісних характеристик програми у вигляді числа операторів або функціональних точок.

Експертні оцінки в першу чергу застосовуються для проектів, що вирішують інноваційні завдання або засновані на новітніх технологіях та процесах. Зважаючи на інноваційність значної частини створюваного програмного забезпечення, такі оцінки набули значного поширення у практиці розроблення програм [6]. Часто експертами виступають безпосередньо замовники та розробники, що мають певний досвід. На основі оцінок окремих експертів у відповідності до існуючих методик

формується інтегрована оцінка. До загальних недоліків методів експертного оцінювання відноситься непрогнозований «людський» фактор. Ступінь повноти і достовірності інформації, поданої експертами, оцінити важко та відсутні аналітичне обґрунтування. Метод оцінки по аналогії [11] є загальноприйнятим для будь-якого оцінювання і вважається різновидом експертної оцінки. Він використовує у якості оцінки емпіричні дані про вже завершені проекти схожого типу.

Алгоритмічні моделі базуються на математичних моделях і постійно удосконалюються з метою підвищення їх точності оцінювання. Найчастіше реалізованими і добре документованими моделями є модель Путнем (ступенева, аналітична) і модель *COCOMO* (ступенева, емпірична) [12-13].

Модель Путнем (*SLIM*) [6] є найбільш поширеною моделлю аналітичної групи. Вона створена для проектів об'ємом більше 70 000 рядків коду. Модель ґрунтується на твердженні, що витрати на розробку програмного забезпечення розподіляються згідно кривим Нордена-Рейлі, які є графіками функції, що представляє розподіл робочої сили у часі. Однак в моделі є ряд недоліків [6], що у ряду випадків робить оцінку з використанням даної моделі непридатною до використання. Перевагою моделі Путнем перед *COCOMO* 1.1 або *COCOMO* 2.0, є невелика кількість параметрів, необхідних для оцінки.

Модель *COCOMO* була представлена як альтернативна реалізація моделі Путнем і застосована в комплексі *SLIM Estimate* для оцінки вартості програмного забезпечення [6]. Обмеженням цієї моделі є те, що вона може бути використана, якщо передбачувані витрати на створення програмного забезпечення більше 20 людино-місяців. У цілому вважається, що для невеликих проектів застосування високих рівнів оцінювання *COCOMO* неефективне, а базовий рівень дає недостатню точність. Для комерційних застосувань метод *COCOMO* дає, як правило, завищені оцінки, тому його застосовують більше в проектах, що відносяться до програмного забезпечення інженерних розрахунків [13]. Модель *COCOMO II* є найбільш сучасною: підтримує підходи щодо застосування комерційних готових продуктів, варіанти часткового повторного та модифікованого коду; керований ризиками і спільний програмний процес; враховує зрілість програмних процесів тощо.

Найпопулярнішою серед алгоритмічних моделей є сімейство моделей *COCOMO* (*Constructive Cost Model*), створене у 1981 р. Модель використовує формулу регресії з параметрами, визначеними з даних, зібраних по ряду проектів. Відомі модифікації *COCOMO* у вигляді сімейства моделей *COCOMO II* [13], що створені у 1999 р. Основними відмінностями *COCOMO II* від *COCOMO* є використання для оцінювання складності вхідних даних у вигляді функціональних точок, оцінювання елементів повторного використання та інтеграції

програмних продуктів, об'єктно-орієнтовані підходи до оцінки компонентів програмного забезпечення та ін.

Існують й інші підходи щодо встановлення показників трудовитрат, але вони ґрунтуються на базових нормах, які встановлюються на основі дослідно-статистичних або експертних норм, які коректуються на показники складності програм. Але такі норми не враховують стан культури програмування, кваліфікацію програмістів тощо.

На сьогодні розрахунок трудовитрат на супроводження програмного забезпечення інформаційних систем на практиці проводиться в основному на базі експертних оцінок. Існує можливість для крупних проєктів для розрахунку орієнтовних трудовитрат супроводження програмного забезпечення.

Викладемо більш детально алгоритм розрахунку трудовитрат на супроводження програмного забезпечення на основі моделі конструктивних витрат *SOCOMO II*, що використовує Бейсовський аналіз для обробки статистичних даних, який у більшому ступені відповідає особливостям статистичних даних програмних проєктів, що характеризуються неповнотою і неоднозначністю.

Виклад основного матеріалу дослідження. Під час розрахунків щодо визначення трудовитрат супроводження програмного забезпечення *об'єктами дослідження є вихідні коди, технічно-експлуатаційна та договірна документація.*

Обмеження. Слід звернути увагу, що варіант розрахунку трудовитрат на *стадії супроводження ПЗ* можливий у разі наявності змін у *вихідному коді*. У випадках, коли Замовник та Розробник розглядає супроводження як технічну підтримку, варіант розрахунку можливий на основі інших моделей та методів. Модель *SOCOMO II* існує в трьох видах, адаптована до сучасних методологій розробки програмного забезпечення, а також придатна для використання зі спіральною та ітераційною моделями життєвого циклу.

Чинниками, що впливають на точність оцінки трудовитрат, при використанні засобів на основі моделі *SOCOMO II*, є наступні: правильний вибір конкретної реалізації моделі; точність калібрування – відповідність установок вихідним даним. У зв'язку з цим, для застосування засобів повинен використовуватися *персонал (експерт, спеціаліст)*, який *не має прямого відношення до процесів проєктування і розробки ПЗ.*

Вибір того або іншого виду моделі *SOCOMO II* для оцінки трудовитрат супроводження програмного забезпечення залежить від типу проєкту і стадії розробки [13]. На ранніх стадіях розробки проєкту застосовують модель композиції додатків – *АСМ (Application Composition Model)*, яка придатна для використання у проєктах, що розробляються з використанням сучасних інструментальних засобів,

основаних на об'єктно-орієнтованих технологіях. Модель раннього проектування – *EDM (Early Design Model)* включає вивчення альтернативної архітектури і концепцій роботи. На цій стадії недостатньо загального опису проекту, потрібно деталі. Придатна для приблизного оцінювання витрат на розробку проекту до того, як була визначена його архітектура. Може застосовуватися для техніко-економічного обґрунтування витрат на створення ПЗ, а також для розподілу витрат по стадіях розробки. Пост-архітектурна модель – *PAM (Post Architecture Model)* пов'язана з реальною розробкою і експлуатацією програмного продукту. Ця модель працює найефективніше. Між різними моделями існує певна схожість. Кожна модель оцінювання має свої переваги та недоліки [13].

Найбільш фундаментальними розрахунками в моделі *COCOMO II* є використання рівняння для оцінки кількості людино-місяців, необхідних для розробки проекту. Більшість інших результатів *COCOMO II*, в тому числі оцінки вимог та технічне обслуговування, є похідними від цієї величини. Для розрахунку трудовитрат необхідно визначитись із *вхідними даними* (значення констант, експонент, факторів масштабу, множників витрат) в залежності від виду моделі *COCOMO II*.

Найбільш поширеними є наступні *одиниці оцінки розміру ПЗ* [13]:

кількість рядків коду (*Lines Of Code, LOC*);

функціональні точки (*Function Points, FP*);

кількість різних елементів у складі управлінської специфікації;

обсяг документації тощо.

Кількість рядків коду (*Lines Of Code, LOC; Source Lines of Code, SLOC*) є найпростішою і найпоширенішою серед зазначених одиниць виміру. У загальному випадку *LOC* означає кількість рядків коду на відповідній мові програмування, які мають бути написані для того, щоб проект був виконаний [13].

Оскільки різні мови програмування мають різні можливості і різну продуктивність по вирішенню задач програмування, то одиниці *LOC* мають бути приведені до певної співрозмірної величини. Приведення здійснюється з використанням таблиць перетворень, які періодично поновлюються, щоб враховувати еволюцію мов програмування [13]. Слід звернути увагу, одиниця розміру *LOC* *не відображає функціональні властивості коду*.

Рекомендації щодо оцінки факторів адаптованого програмного забезпечення для різних категорій коду (новий, повторно використаний, автоматично переведений код тощо), використовуючи *COCOMO II*, детально викладено в [13].

Супроводження програмного забезпечення включає в себе додавання нових можливостей і фіксацію або адаптацію існуючих можливостей, виключає зміни відновлення основного продукту більше

50 % від існуючого програмного забезпечення і розвиток значної (більше 20 % змін) взаємодії систем, що вимагають невеликого доопрацювання існуючої системи. Існують припущення, зроблені в моделі *COCOMO II* [13], що в цілому вартість супроводження програмного забезпечення має атрибути параметрів вартості як під час розробки програмного забезпечення. Супроводження включає в себе перепроєктування та перекодування невеликими частинами оригінального продукту, перепроєктування та розробку інтерфейсів, і невелику модифікацію структури продукту. Супровід може бути класифікований як поновлення або доробка продукту.

У *COCOMO II* трудовитрати виражаються в *людино/місяцях (PM)*.

Для розрахунку трудовитрат супроводження (Рівняння 1) вхідними даними є розмір розробки програмного забезпечення *Size*, константа *A*, експонента *E* і ряд значень факторів масштабу *SM* та множників витрат *EM*, кількість яких залежить від вибраної моделі [13].

$$PM = A \times Size_M^E \times \prod_{i=1}^n EM_i, \quad (1)$$

де $A=2,94$ (для *COCOMO II.2000*),

розмір $(Size)_M$ виражається в тисячах рядків вихідного коду (KSLOC) або некоректованих функціональних точках (UFP),

E (*cost driver, параметр вартості*) – величина, яка оцінює різні тимчасові, якісні та ресурсні аспекти розробки ПЗ, параметр, який може бути відкалібрований,

EM – (*Effort Multiplier, множник витрат*) – значення, пов'язане з певним рейтингом параметру вартості.

Найбільш значним внеском у моделі *COCOMO II* є розмір супроводження $(Size)_M$, який зазвичай розраховується за Рівнянням 2, коли відомі розмір основного коду і відсоток змін в основному коді.

$$(Size)_M = [(BaseCodeSize) \times MCF] \times MAF, \quad (2)$$

де *BaseCodeSize* – розмір основного коду,

MCF (*Maintenance Change Factor, коефіцієнт зміни супроводу*) – відсоток змін в основному коді,

MAF (*Maintenance Adjustment Factor, поправочний коефіцієнт супроводу*) – використовується для обліку програмного забезпечення і розуміння незрозумілих ефектів.

MCF представляє відношення у Рівнянні 3.

$$MCF = \frac{SizeAdded + SizeModified}{BaseCodeSize}, \quad (3)$$

де *SizeAdded* – розмір повторно використаного коду,
SizeModified – розмір модифікованого коду.

Відома простіша версія, що може використовуватися, коли частину коду було додано або змінено до існуючого основного коду впродовж інтервалу супроводу. Видалений код не враховується (Рівняння 4).

$$(Size)_M = (SizeAdded + SizeModified) \times MAF. \quad (4)$$

Розмір може відноситися до тисяч рядків вихідного коду (*KSLOC*), функціональних точок тощо. Поправочний коефіцієнт супроводу *MAF* (Рівнянням 5) використовується, щоб скоректувати ефективний розмір супроводу для розуміння програмного забезпечення та ефекту незнання програмного забезпечення при повторному використанні. *COCOMO II* використовує коефіцієнти розуміння програмного забезпечення (*Software Understanding – SU*) і незнання програмного забезпечення (*Programmer Unfamiliarity with Software – UNFM*) відповідно до п. 2.4 [13].

$$MAF = 1 + \left(\frac{SU}{100} \times UNFM \right). \quad (5)$$

Відповідно до [13] *COCOMO II* при розрахунках необхідною умовою є застосування масштабних коефіцієнтів.

Експонента *E* є сукупністю п'яти масштабних коефіцієнтів (*SF*), що використовуються для розробки програм різного розміру. Кожний з факторів масштабу має діапазон рівнів рейтингу від дуже низького (*Very Low, VL*) до надвисокого (*Extra High, XH*). Кожен рівень рейтингу має вагу. Конкретне значення ваги називається масштабним коефіцієнтом (*SF*). Масштабні коефіцієнти проекту, обраним масштабом факторів рейтингів підсумовуються і використовуються для визначення показника масштабу *E*.

$$E = B + 0,01 \times \sum_{i=1}^5 SF_i, \quad (6)$$

де $B=0,91$ (для *COCOMO II.2000*),

SF (*Scale Factor, фактор масштабу, масштабний коефіцієнт*) – значення певного рейтингу масштабного коефіцієнта, що визначаються характеристиками проекту.

Для розрахунку трудовитрат супроводження використовується наступні фактори масштабу: *PREC* – *Precedentedness scale factor* (фактор масштабу «Прецедентність») – наявність досвіду аналогічних розробок (Very Low – досвід в продукті і платформі відсутні; Extra High – продукт і платформа повністю знайомі); *FLEX* – *Development Flexibility* (фактор масштабу «Гнучкість розвитку») – гнучкість процесу розробки (Very Low – процес строго детермінований; Extra High – визначені тільки спільні цілі); *RESL* – *Architecture and Risk Resolution scale factor* (фактор масштабу «Архітектура і дозвіл ризиків») (Very Low – ризики невідомі / не проаналізовані; Extra High – ризики дозволені на 100 %); *TEAM* – *Execution Time Constraint Cost Driver* (обмеження по доступності програмного середовища) – враховує часові ресурси, використовувані ПЗ при виконанні поставленого завдання; *PMAT* – *Process Maturity scale factor* (фактор масштабу «Зрілість процесів») – технологічна зрілість розробки. Детально таблиці розрахунку значень факторів масштабу наведено в [13].

Параметри вартості (cost drivers) використовуються для опису характеристик розробки програмного забезпечення, які впливають на трудовитрати для завершення проекту. Всі параметри вартості *COCOMO II* мають якісні рівні рейтингу, які висловлюють вплив параметру на трудовитрат щодо розвитку. Ці рейтинги можуть варіюватися від наднизької (*Extra Low, XL*) до надвисокої (*Extra High, XH*). Кожен рівень рейтингу будь якого мультиплікативного параметру вартості має значення, що називається *множник трудовитрат (effort multiplier, EM)*. Ця схема переводить рейтинг параметру вартості в кількісну величину для використання в моделі. Параметр вартості – це суб'єктивна величина, яка оцінює різні тимчасові, якісні та ресурсні аспекти розробки ПЗ. Кожен з параметрів може бути відкалібрований. Калібрування параметрів вартості – це коригування значень параметрів, яка впливає на значення трудовитрат, і отже на час і вартість, при оцінці програмного проекту. Рейтинг параметрів вартості заснований на вагомих аргументах. Модель раннього проектування та пост-архітектурна модель відрізняються кількістю мультиплікативних параметрів вартості. Є сім мультиплікативних параметрів вартості для моделі раннього проектування і сімнадцять мультиплікативних параметрів вартості для пост-архітектурної моделі.

Масштабні коефіцієнти в експоненті *E* використовуються тільки на *рівні проекту*. Крім того, один із множників трудовитрат, що використовується в продукті, необхідний графік розробки (*Required Development Schedule, SCED*) використовується тільки на *рівні проекту*.

Інші мультиплікативні параметри вартості, кожний з яких представлений в продукті як множники зусиль, і розмір застосовуються до окремих компонентів проекту. Модель може бути використана для оцінки зусиль для проекту, який має тільки один компонент або декількох компонентів.

Існують спеціальні рекомендації з використання *SOCOMO II* в супроводі програмного забезпечення, деякі з них взяті з [12].

Параметр вартості *SCED* (необхідний графік розробки) не використовується в оцінці зусиль на супровід. Це тому, що цикл супроводу зазвичай має фіксовану тривалість.

Параметр вартості *RUSE* (можливість використання продукту в подальших розробках) не використовується в оцінці зусиль на супровід. Це відбувається тому, що додаткові трудовитрати, необхідні для підтримки повторного використання компонент, приблизно врівноважуються зниженням витрат на супровід завдяки ретельному проектуванню дизайну, документації та тестування.

Параметр вартості *RELY* (необхідна надійність програмного забезпечення) має різний набір множників витрат на супровід. Для супроводу параметр вартості *RELY* залежить від значення необхідної надійності, при якому продукт був розроблений. Якщо продукт був розроблений з низькою надійністю, це потребує більше зусиль, аби виправити приховані недоліки. Якщо продукт був розроблений з дуже високою надійністю, трудовитрати, необхідні для підтримки цього рівня надійності, буде вище номінального значення. Таблиця 41 [13] показує множники витрат для *RELY*.

Для розрахунку трудовитрат супроводження використовується наступні параметри вартості: *RELY* – *Required Software Reliability Cost Driver* (необхідна надійність ПЗ) – враховує міру виконання програмою задуманої дії протягом певного часу; *DATA* – *Database Size Cost Driver* (розмір тестових даних) – враховує вплив обсягу тестових даних на розробку продукту; *CPLX* – *Product Complexity Cost Driver* (складність продукту) – включає п'ять типів операцій: управління, рахункові, пристрій-залежні, управління даними, управління призначенням для користувача інтерфейсом. Рівень складності – це суб'єктивне середньо зважене значення рівнів типів операцій; *DOCU* – *Documentation Match to Life-cycle Needs Cost Driver* (повнота документації) – враховує ступінь відповідності документації проекту його життєвому циклу; *TIME* – *Execution Time Constraint Cost Driver* (обмеження по доступності програмного середовища) – враховує часові ресурси, використовувані ПЗ при виконанні поставленого завдання; *STOR* – *Main Storage Constraint Cost Driver* (обмеження пам'яті) – враховує відсоток використання сховищ даних; *PVOL* – *Platform Volatility Cost Driver* (розробка платформи) – враховує термін життя платформи (комплекс

апаратного і програмного забезпечення, який потрібно для функціонування ПЗ, що розробляється); *ACAP* – *Analyst Capability Cost Driver* (кваліфікація аналітиків) – враховує аналіз, здатність проектувати, ефективність і комунікативні здібності групи фахівців, які розробляють вимоги і специфікації проекту. Параметр не повинен оцінювати рівень кваліфікації окремо взятого фахівця; *PCAP* – *Programmer Capability Cost Driver* (кваліфікація програмістів) – враховує рівень програмістів в колективі. При виборі значення для цього параметра слід особливо звернути увагу на комунікативні та професійні здібності програмістів і на командну роботу в цілому; *PCON* – *Personnel Continuity Cost Driver* (проектна команда) – враховує текучість кадрів у колективі; *APEX* – *Applications Experience Cost Driver* (досвід роботи над застосуваннями) – враховує досвід колективу при роботі над застосуваннями певного типу; *PLEX* – *Platform Experience Cost Driver* (знання платформи) – враховує вміння використовувати особливості платформ, такі як графічний інтерфейс, бази даних, мережевий інтерфейс, розподілені системи; *LTEX* – *Language and Tool Experience Cost Driver* (знання мови і середовища розробки) – враховує досвід програмістів (мови, середовища та інструментів); *TOOL* – *Use of Software Tools Cost Driver* (середовище розробки) – враховує рівень використання інструментів розробки; *SITE* – *Multisite Development Cost Driver* (розподілена розробка) – враховує територіальну віддаленість (від офісу до міжнародних офісів) членів команди розробників і використовувані ними засоби комунікації (від телефону до відео конференц-зв'язку). Детально таблиці розрахунку значень параметрів вартості наведено в [13].

Таким чином, звернемо увагу, що масштабуючий показник *E* застосовується для числа змінених *KSLOC* (доданих та змінених, не видалених), для загальної кількості успадкованих *KSLOC* системи. Ефективний розмір супроводу $(Size)_M$ коригується Поправочним коефіцієнтом супроводу (*MAF*) для обліку ефектів успадкованої системи.

Формула оцінки трудовитрат на супроводження така ж, як в *COCOMO II* для Пост-архітектурної моделі розвитку (за винятком *SCED* та *RUSE*):

$$PM_M = A \times (SIZE_M)^E \times \prod_{i=1}^{15} EM_i \quad (7)$$

Підхід *COCOMO II* відрізняється від *COCOMO 81* стосовно оцінки витрат на супровід, дозволяючи використовувати будь-яку тривалість супроводу, *TM*. Середня чисельність персоналу супроводу (*FSPM*) може бути отримана за Рівнянням 8:

$$FSPM = PM_M / TM \quad (8)$$

Аналіз вітчизняної та зарубіжної літератури, а також діючих нормативних документів для визначення трудовитрат програмного забезпечення показує, що традиційні підходи, що засновані на підрахунку кількісних характеристик програми та застосуванні визначених Розробником та Замовником схем або принципів, не є універсальними і не враховують всіх чинників та особливостей досліджуваної задачі.

Таким чином, можливо навести загальний алгоритм розрахунку трудовитрат супроводження ПЗ за моделлю *SOCOMO II* (за результатом усвідомлення засад та підходів, які застосовуються у методиці), визначити послідовність дій експерта, спеціаліста (алгоритм дій) та обмеження.

Слід зазначити, що перед початком дій експерт (спеціаліст), який проводить оцінку та калібрування показників для даного проекту, визначається із обмеженнями (виходячи із засад методики *SOCOMO II*), а саме експерт має отримати *відомості*:

1. Концепція, стратегія, бізнес-план проекту КП;

Довідково. Наявність даних документів є необхідною, але не критичною для проведення дослідження. У випадку їх відсутності проведення дослідження вбачається можливим.

2. Вихідні коди (тексти) комп'ютерної програми у повному обсязі;

Довідково. Наявність даних є необхідною та критичною для проведення дослідження. У випадку їх відсутності проведення дослідження вбачається не можливим. У випадку дослідження багатомодульної/багатокомпонентної системи (комплексу), відомості мають бути представлені поелементно.

3. Об'єктні коди комп'ютерної програми у повному обсязі.

Довідково. У випадку наявності інсталяційного пакету КП на дослідження мають бути представлена коробкова версія із комплектом технічно-експлуатаційної документації.

Таким чином, експерт під час проведення дослідження:
отримує та вивчає об'єкти та документацію, надані на дослідження;
усвідомлює завдання;
у разі неповного комплекту наданих на дослідження об'єктів та документації, направляє клопотання про надання додаткових матеріалів;
проводить дослідження;
проводить експерименти (інструментальне та програмне тестування);

здійснює оцінку отриманих результатів, формулює висновки (*слід звернути увагу, що відповідно до [13] у разі нечіткого визначення стану масштабуючих факторів та множників витрат виставляється рівень оцінки номінального значення за замовченням*);

оформлює Висновок;

здійснює перевірку на обґрунтованість, повноту тощо.

Практика показує, що процес розробки програмного забезпечення досить складно піддається нормуванню з використанням традиційних формальних моделей, що при оцінюванні трудовитрат часто вимагає додаткового застосування експертних чи інтервальних підходів [6].

Висновки та перспективи подальших досліджень. Таким чином, в даній статті проаналізовано існуючі варіанти розрахунку трудовитрат супроводження програмного забезпечення інформаційних систем, обґрунтовано недоліки та переваги існуючих методів розрахунку, викладено алгоритм послідовності дій розрахунку на основі моделі конструктивних витрат *SOCOMO II*.

Дану модель можливо застосовувати також для розрахунку трудовитрат під час розробки, модернізації, впровадження програмного забезпечення інформаційних (автоматизованих) систем. З боку Замовника є можливість орієнтованого розрахунку трудовитрат для результативного виконання робіт Розробником у визначені терміни при визначених показниках.

На сьогодні, метою подальших досліджень є розробка алгоритмів розрахунків оцінки вартості програмного забезпечення для розробки сучасного програмного забезпечення, з урахуванням:

нових парадигм розвитку;

доменів, які використовують драйвери різних розмірів (наприклад, точки роботи, вимоги, випадки використання мобільних пристроїв тощо);

різних програмних доменів, наприклад, вбудовані системи, мобільні пристрої, програмне забезпечення як сервіс тощо;

більш масштабних проєктів;

великих даних та великого ризику через втрату даних;

практики підвищення продуктивності;

поліпшення точності та реалістичності оцінок;

нових та оновлених драйверів вартості програмного забезпечення та їх рейтингів;

покращеного робочого процесу оцінки, що зменшує неправильне використання моделі;

покращеного визначення драйверів, що зменшує суб'єктивність вибору рейтингу;

можливості оцінки якості;

здатності калібрування.

Тематика проведених досліджень відноситься до галузі дослідження об'єктів авторського права та спрямована на підвищення ефективності наукових досліджень у сфері інформаційних технологій. Узагальнення та висновки, надані за результатами дослідження, сприятимуть проведенню об'єктивних та науково обгрунтованих досліджень за напрямком «Інформаційні управляючі системи та технології спеціального призначення».

Перспективою подальших досліджень є задача розробки алгоритмів та методики розрахунку на основі конструктивної моделі витрат *SOCOMO III* для визначення часових витрат на повний життєвий цикл програмного забезпечення (розробка, супроводження, модернізація тощо).

Список використаних джерел:

1. Шафер Д., Фатрелл Р., Шафер Л. Управление программными проектами: достижение оптимального качества при минимуме затрат.: Пер. с англ. – М.: «Вильямс», 2003. – 1136 с.
2. Колдовський В.В. Управління інноваціями на етапах життєвого циклу програмного забезпечення / дисертація – Суми: Українська академія банківської справи. – 2005. – 184 с.
3. Сопровождение. Технология разработки программного обеспечения : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://project.dovidnyk.info/index.php/home/tehnologiyarazrabotkiprogrammnogoobespecheniya/27-soprovozhdenie>.
4. ДСТУ 3918-1999 (ISO/IEC 12207:1995). Інформаційні технології : Процеси життєвого циклу програмного забезпечення. – Введ. 01-07-2000. – К., 2000. – 49 с.
5. ДСТУ ISO/IEC 14764:2002. Інформаційні технології. Супровід програмного забезпечення. (ISO/IEC 14764:1999, IDT). – Введ. 01-07-2004. – К., 2004. – 36 с.
6. В.О. Гороховатський, В.Ю. Дубницький, А.М. Кобилін, В.О. Лукін, О.В. Москаленко Визначення трудомісткості при розробленні програмних комплексів // Системи обробки інформації, 2014. – випуск 2 (118). – С. 92-98.
7. Мандрикова Л.В. Методы оценки стоимости и затрат на создание программного продукта, основанные на нечеткой логике / Л.В. Мандрикова, Ю.С. Манжос, П.А. Лучшев // Радіоелектронні і комп'ютерні системи. – 2008. – № 2 (29). – С. 115-118
8. Алиев Х.Р. Модель планирования и управления разработкой сложных программных систем на основе комбинированной методики оценки трудозатрат // Автореферат. – Санкт-Петербург. – 2010. – 25 с. [Електрон. ресурси] / Режим доступу: <http://www.spbu.ru/files/upload/disser/eco/2010/Aliev.pdf>.

9. Техничко-економическое обоснование стоимости программных систем / Методическое пособие / В.Т. Калайда. – Томск: ТУСУР, 2009. – 50 с.
10. Boehm B.W. Software engineering economics / B.W. Boehm. – Prentice–Hall, 1981. – 320 p.
11. Shepperd M. Estimating software project effort using analogy / M. Shepperd, C. Schofield // IEEE Trans Software Eng. – 1997. – P. 736-743.
12. Boehm B.W. The COCOMO 2.0 Software Cost Estimation Model / B.W. Boehm. – American Programmer, 2000. – 586 p.
13. COCOMO II.2000.0: CSE, 1999: Center for Software Engineering. COCOMO II Reference Manual. // Computer Science Department, USC Center for Software Engineering, 1999. – 86 p.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://csse.usc.edu/TECHRPTS/2000/ usccse2000- 500/usccse2000-500.pdf>.

Заїкіна Т. В.,
судовий експерт НДЦСЕ
з питань інтелектуальної власності,
судовий експерт

ОСНОВНІ НАПРЯМКИ УДОСКОНАЛЕННЯ КОНТРОЛЮ ВВОДУ ІНФОРМАЦІЇ ПРИ ФОРМУВАННІ БАЗ ДАНИХ ІНФОРМАЦІЙНИХ СИСТЕМ ПРОГРАМНО-АПАРАТНИХ КОМПЛЕКСІВ

Розробка, створення, модернізація та супроводження інформаційних систем (далі – ІС) у складі програмно-апаратних комплексів з метою створення необхідних умов для вдосконалення системи управління та прийняття рішень, підвищення оперативності прийняття рішень та контроль їх виконання на сучасному етапі науково-технічного розвитку суспільства є актуальними питаннями.

У експертів різних сфер знань, під час дослідження інформаційних систем у складі програмно-апаратних комплексів, виникають потреби, що вимагають, окрім фахових знань, застосування знань методів опрацювання результатів спостережень, планування експериментів, математичних методів моделювання та оптимізації процесів дослідження, як у сфері авторського права так й у сфері інформаційних технологій.

Важливою складовою інформаційних систем у складі програмно-апаратних комплексів (далі – ПАК) є комп’ютерні програми/програмне забезпечення (КП/ПЗ), бази даних із відповідними СУБД.

Також важливим є розуміння того, що ІС включають в себе технічні та програмні засоби обробки інформації, та мають наступні складові внутрішньої інформаційної основи, а саме засоби:

- фіксації і збору інформації;
- передачі відповідних даних та повідомлень;
- збереження інформації;
- аналізу, обробки і представлення інформації.

У межах питань галузі права інтелектуальної власності до об'єктів права інтелектуальної власності належать КП/ПЗ; компіляції даних/бази даних (БД).

Сучасні програмні продукти – це, зазвичай, набір КП/програмних модулів, інформаційних об'єктів із мультимедійними складовими, БД тощо.

Слід звернути увагу, що між поняттям «Програма» та «Програмне забезпечення» є деякі відмінності:

КП – це дані, які призначені для керування конкретними компонентами системи обробки інформації з метою реалізації визначеного алгоритму (реалізованого у вихідному тексті/коді);

ПЗ – це сукупність програм систем обробки інформації та програмних документів (із додатковими елементами), необхідних для їх експлуатації.

На сьогоднішній день більшість КП/ПЗ можливо віднести до наступних груп:

- операційні системи та оболонки;
- системи програмування;
- інструментальні системи;
- інтегровані пакети програм;
- динамічні електронні таблиці;
- системи машинної графіки;
- системи управління базами даних;
- спеціалізоване програмне забезпечення.

Важливим питанням при створенні КП/ПЗ та під час удосконалення контролю вводу інформації при формуванні БД ІС ПАК є Технічне завдання чи Технічні вимоги, які мають визначати Розробнику перелік, обсяг, властивості, якості тощо кінцевого продукту залежно від потреб Замовника.

Слід звернути увагу на дотримання вимог чинного законодавства під час розробки, постачання, супроводженні та модернізації КП/ПЗ в цілому чи окремих процесів, особливо для розробок на замовлення державних органів, що створюються повністю або частково за рахунок бюджетного фінансування для цілей інформатизації діяльності органів виконавчої влади. Під час розробки й постачання КП/ПЗ Замовник та

Розробник повинні керуватися вимогами чинного законодавства України, зокрема:

Про затвердження переліку обов'язкових етапів робіт під час проектування, впровадження та експлуатації засобів інформатизації : Постанова Кабінету Міністрів України від 04 лютого 1998 року № 121;

Про затвердження загальних вимог до програмних продуктів, які закуповуються та створюються на замовлення державних органів : Постанова Кабінету Міністрів України від 12 серпня 2009 року № 869;

Технічне завдання.

Також, під час удосконалення контролю вводу інформації при формуванні БД ІС ПАК слід звернути на вимоги щодо функціональності системи, зокрема у частині, що стосується введення первинних даних до БД ІС ПАК. Як правило для крупних підприємств, банків, науково-дослідних інститутів та інших організацій, де виконується робота із обробки великої кількості інформації, характерна наявність центральної бази даних, в яку вноситься різноманітна інформація із зовнішніх систем, контроль вводу якої надзвичайно важлива для послідууючої обробки за відповідними типами даних (дата, текст, числові значення, графіка, аудіо-візуальний контент тощо). Важливим оціночним параметром/критерієм даних БД ІС ПАК безумовно є їх відповідність (їх вмісту, формату, представленню тощо) певним критеріям, які визначаються в залежності від існуючих бізнес-процесів. Бізнес-процеси та відповідні критерії можуть бути змінені з часом, відповідно до наявних потреб із забезпеченням передбачення/захисту від помилок вводу/некоректного вводу початкової інформації.

Вбачається, що удосконалення засобів внутрішньої інформаційної основи ІС ПАК, а саме засобів обробки, представлення, збереження та аналізу інформації є доцільним напрямком/шляхом удосконалення ІС ПАК, зокрема контролю вводу інформації при формуванні БД ІС ПАК.

Виходячи із аналізу досліджень використання та впровадження систем контролю вводу інформації в ІС ПАК можливо зробити висновок, що увага питанню контролю вводу інформації при формуванні первинної БД не приділяється в повному обсязі, такому, який би задовольнив сучасні потреби користувачів ІС ПАК.

Спеціалізоване програмне забезпечення (СПЗ), що використовують на даний час, є дуже специфічним (використовується в окремих галузях/підприємствах та організаціях) та недосконалим, не може задовольнити наявної потреби у повному обсязі. Необхідним є реалізація алгоритму та створення універсальної КП/ПЗ контролю вводу інформації при формуванні первинної БД ІС ПАК.

Головним завданням такої програми є недопущення введення до ІС ПАК зайвої чи хибної інформації, сповіщення процесу чи джерела/сторону, яка вносить інформацію до БД про те, що така інформація не відповідає заданим критеріям. Також, з метою

забезпечення надійності та швидкодії, слід пам'ятати про необхідність простої та «легкої реалізації» як окремих алгоритмів так й КП/ПЗ в цілому, логічну зрозумілість процедур, фільтрів тощо кінцевого продукту незважаючи на складність бізнес-процесів Замовника.

Актуальним питанням під час автоматизації ІС ПАК на сьогодні є визначення параметрів та контроль заповнення БД ІС, реалізація гнучкої структури адміністрування та внесення додаткових змін в алгоритми контролю.

Слід звернути увагу на відсутність єдиних методичних підходів щодо зазначеного. Аналіз відомих методів контролю вказує на те, що на сьогодні в установах використовують спеціалізоване ПЗ, яке частково вирішує визначені завдання контролю вводу інформації при БД ІС ПАК.

Враховуючи наведене вище, результатами аналізу наявних на сучасному етапі інформаційних систем у складі ПАК, наявний досвід проведення експертних досліджень та судових експертиз (в рамках експертних спеціальностей 13.1.2., 10.17) запропоновані основні напрямки/шляхи удосконалення контролю вводу інформації при формуванні БД ІС ПАК:

- первинний огляд, вивчення, опис, дослідження, аналіз та формалізація бізнес-процесів Замовника розробки ПАК (із визначенням: об'єкту та предмету дослідження,);

- систематизація та формування переліку наявних (на момент дослідження) та умов можливого розширення (надлишковість) даних та їх типів у ІС ПАК;

- аналіз розробок в області контролю вводу даних при формуванні БД Замовника та їх автоматичного заповнення (за наявністю);

- аналіз наявних процедур, параметрів, правил, опис помилок та прив'язок їх до відповідних правил при формуванні БД;

- виявлення проблем, розробка механізмів їх вирішення. Моделювання та тестування отриманих результатів;

- розробка нових підходів, із урахуванням аналізу наявних рішень, щодо автоматичного заповнення як окремої початкової БД ІС так й великого сховища даних у складі декількох БД ІС ПАК;

- розробка процедур внесення списку параметрів та правил, опис помилок та прив'язок їх до відповідних правил при наповненні таблиць даних програми контролю вводу інформації при формуванні БД;

- реалізація у ПЗ значної кількості параметрів для вводу (усі наявні та додаткові – зарезервовані розробником для цілей подальшої модернізації ІС);

- розробка алгоритму аналізу створеної бази даних за розповсюдженими методами пошуку відхилень від нормованого (контрольного значення/діапазону значень) показника чи його типу;

- розробка програмного забезпечення для контролю вводу інформації у БД;

- розробка та опис принципів роботи, структури побудови ІС та її СУБД в цілому та й окремих програм/складових елементів, логіка та структура, робота окремих модулів, структура даних та взаємовідносини між ними – типи даних, оператори тощо;

- моделювання/розробка, створення, тестування (зокрема на функціональність/працездатність, економічну ефективність) та документування (із контрольними прикладами коректних та не коректних значень параметрів та реакція на це ІС ПАК) елементів довідників, створення правил контролю і аналізу;

- удосконалення, за результатами тестування, засобів аналізу інформації ІС ПАК.

Запропоновані напрямки удосконалення контролю вводу інформації при формуванні БД ІС ПАК:

можуть бути використані як Розробниками так й Замовниками ІС ПАК для практичної реалізації, як в діючих ПАК так й під час проектування нових ПАК чи окремих ІС;

знаходиться на межі досліджень об'єктів авторського права та інформаційних технологій (у рамках експертних спеціальностей 13.1.2., 10.17), сприятимуть підвищенню об'єктивності, якості та наочності проведення судових експертиз та експертних досліджень у межах відповідних спеціальностей.

Список використаних джерел

1. ДСТУ 2938-94 Системи оброблення інформації. Основні поняття. Терміни та визначення.: Інститут програмних систем НАН України //наказ Держстандарту України № 338 від 28 грудня 1994 р. – 35 с.

2. Кайт, Т. Oracle для професіоналов. Архитектура, методики программирования и особенности версий 9i, 10g и 11g / Т. Кайт. – М.: Диалектика / Вильямс, 2013.

3. Кайт, Томас Oracle для професіоналов. Технологии и решения для достижения высокой производительности и эффективности / Томас Кайт , Дарл Кун. – М.: Вильямс, 2015.

4. Луни, Кевин Oracle 10g. Настольная книга администратора баз данных / Кевин Луни , Боб Брилла. – М.: ЛОРИ, 2016.

5. Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах : Закон України від 05 липня 1994 року № 80/94-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 31. – Ст. 286.

8. ШЛЯХИ РОЗВИТКУ ТА ВДОСКОНАЛЕННЯ НАУКИ І ОСВІТИ У СФЕРІ ЗАХИСТУ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Біленчук П. Д.,
професор Київського університету
права НАН України,
кандидат юридичних наук, доцент,

СУДОВЕ ЕКСПЕРТОЗНАВСТВО У СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ: ДОКТРИНАЛЬНІ ЗАСАДИ НАУКОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Судове експертознавство інтелектуальної власності – це вчення про загальні теоретичні, методологічні і праксеологічні проблеми судової експертизи інтелектуальної власності, тобто виділення як її предмету, так і того загального, що об'єднує методологічно і методично всі види судових експертиз інтелектуальної власності і не є предметом інших наук. Конкретний зміст предмету судової експертології інтелектуальної власності, загальні принципи, завдання, методи і засоби поки що тільки зазначені і потребують подальшого наукового дослідження [1, с.3].

Разом з тим, якби не розвивалась теорія судової експертизи інтелектуальної власності повинна залишитись у рамках загальної теорії науки криміналістики.

Це обумовлено тим, що експертиза – це форма застосування спеціальних знань. Судова експертиза – це процесуальна форма дослідження джерел доказової інформації.

Судова експертиза – це слідча дія з організації, техніки, методики та тактики використання спеціальних знань з метою здобуття доказової інформації методами наукового дослідження, яка виконується за дорученням слідчих і судових органів і відображається у висновку експерта.

М.Г. Щербаковський справедливо зазначає, що судова експертиза – багатозначне поняття, яке в практичному плані означає судово-експертну діяльність, науковому – галузь знань, процесуальному – джерело доказів, у доказуванні – засіб доказування, правозастосовному – процес та результати застосування спеціальних знань [7, с.5].

Судова експертиза – це процесуальна дія слідчого з застосування спеціальних знань для розслідування злочинів (ст. 242-245 КПК України).

На думку М.П. Яблокова, спеціальні знання можуть застосовуватись такими шляхами: безпосередньо слідчим і судом, які здійснюють пізнання, доказування, розслідування та розглядають матеріали справи; одержання довідок і консультацій у спеціаліста; залученням спеціаліста до участі в слідчій дії; проведенням ревізії; проведенням експертизи [8, с. 27].

Слід зазначити, що концептуальні засади судового експертознавства інтелектуальної власності розроблені українськими вченими – криміналістами [4]. Значний вклад у розробку теорії судової експертизи інтелектуальної власності внесли такі українські вчені та практичні співробітники, як О.Ф. Дорошенко, Н.В. Кісіль, О.В. Коваль, Н.М. Ковальов, П.П. Крайнів, О.В. Круть, М.В. Мельников, І.П. Петренко, О.В. Пічкур, І.В. Стародубов, О.К. Собін, В.Л. Федоренко, Т.М. Чабанець, Т.М. Черненко та ін.

Зазначені вище вчені і практичні співробітники експертних установ сформулювали концептуальні засади теорії і практики судової експертизи інтелектуальної власності.

Водночас, погоджуємося з міркуваннями М.Г. Щербаковського, що українське правосуддя сьогодні вимагає вирішення цілого комплексу нових проблем теоретичного, методологічного, процесуального, науково-технічного, тактичного, методичного, ресурсного та організаційного характеру, особливо, н наш погляд, це стосується питань призначення, провадження і використання експертиз, які забезпечують науково-методичне і криміналістичне дослідження об'єктів інтелектуальної власності. Важливішим методологічним принципом пізнання феномена судової експертизи інтелектуальної власності є праксеологічний (діяльнісний) підхід, який у сучасних умовах все більш набуває міждисциплінарного, комплексного характеру і означає, що розробляється теорія суто практичної діяльності [7, с.6].

Виходячи з даних позицій вважаємо, що особливої уваги сьогодні потребує новітнє вчення – судове експертознавство інтелектуальної власності [12, с.457-462].

Це зумовлено також тим, як вказує М.Г. Щербаковський, що в останні роки початку третього тисячоліття характеризуються докорінними змінами в соціально-економічного і політичному житті нашого суспільства. Процес відродження України як сильної та незалежної держави пов'язаний з подоланням чималих труднощів. Зокрема, суттєві перешкоди діяльності держави і нормального суспільного життя створює злочинність, яка багаторазово зросла за останні роки. А це значить, що проблеми запобігання, протидії і розслідування злочинів виступають одним із серйозних завдань, що стоять перед народом України, та його правоохоронними органами. Дя креативна діяльність особливо є важливою сьогодні, коли злочинність

набула організовані і все більш небезпечні форми, значно зросла протидія розслідуванню злочинів. Не менш складні проблеми спіткають і процес судового провадження, у ході якого приймають кінцеві рішення щодо вивчених суспільно-небезпечних діянь. У період становлення демократичного суспільства зміцнення законності та правопорядку є однією з першочергових і пріоритетних завдань держави. Рішення її вимагає постійної та активної діяльності слідчих органів, прокурорського нагляду і суду. Ефективність вітчизняного судочинства багато в чому залежить від рівня застосування потенціалу криміналістичної науки, новітніх здобутків сучасних судових експертиз, своєчасного їх проведення та вмілого використання. Володіючи спеціальними знаннями, що представляють акумуляцію, пристосованих для цілей доказування по цивільним, господарським, адміністративним і кримінальним справам досягнень науково-технічного прогресу, експерти здатні внести неоціненний внесок у діяльність по об'єктивній істини [7, с.5].

Джерелознавче і інформаційно-бібліографічне забезпечення доктрини «Судове експертознавство інтелектуальної власності» включає найменування наукових досліджень в галузі криміналістики, сискознавства, поліцієзнавства, детективознавства, експертознавства і безпекознавства [1].

Вважаємо, що сучасна доктрина судового експертознавства інтелектуальної власності забезпечує комплексне вирішення однієї з найбільш актуальних проблем діяльності експертної служби України, з метою здійснення досліджень об'єктів інтелектуальної власності, що стоять перед вітчизняною юриспруденцією по забезпеченню прав людини надійним науковим арсеналом спеціальних знань, які застосовують окремі галузі юридичної науки (конституційного права, цивільного права, кримінального права, права інтелектуальної власності, криміналістики і судової експертології).

Дана доктрина ґрунтується на широкій правовій і методологічній базі. У доктрині пропонується широкий спектр сучасних засобів пізнання і доказування, а також організаційного моделювання на основі новітніх інноваційних комунікаційних методів дослідження та експериментального креативного наукового інструментарію, щодо формування умов ефективної структурної перебудови органів судочинства і правопорядку в третьому тисячолітті [13, с.14-15].

Сьогодні в Україні здійснюється реформа судової і правоохоронної системи (прокуратури, поліції, тощо). А це значить, що багато новітніх ідей, інновацій, наукових розробок потребують впровадження в практичному діяльності експертних установ України. В зв'язку з цим пропонуються концептуальні положення сучасної доктрини судового експертознавства інтелектуальної власності, в якій розкривається ряд

новітніх ідей, засобів, методів і технологій здійснення експертних досліджень в умовах глобалізації [14, с.17].

Таким чином, архітектоніка сучасної доктрини судового експертознавства інтелектуальної власності складається з семи частин та джерелознавчого і інформаційно-бібліографічного забезпечення.

У першій частині доктрини «Історичні аспекти виникнення, створення та розвитку судової експертизи об'єктів права інтелектуальної власності» висвітлюються витoki та основні віхи становлення судової експертизи об'єктів права інтелектуальної власності.

У другій частині доктрини «Загально-теоретичні основи судової експертизи у сфері інтелектуальної власності: предмет, об'єкт, суб'єкти та основні завдання» аналізується сутність судової експертизи у сфері інтелектуальної власності: її предмет та об'єкти дослідження. Сформульовано концептуальні засади юридично-правового статусу судового експерта у сфері інтелектуальної власності. Розглянуті основні завдання, що вирішуються судовою експертизою інтелектуальної власності. Запропоновано чітке правове значення висновку судового експерта у сфері інтелектуальної власності як джерела доказів. Показано як проводиться дослідження та оцінка судом висновку судового експерта [10, с.17].

У третій частині доктрини «Судово-експертні дослідження інтелектуальної власності в Україні: історія, теорія, методологія» висвітлюються витoki судово-експертних досліджень інтелектуальної власності та розкриваються світоглядно-гносеологічні засади судово-експертних досліджень інтелектуальної власності в Україні.

У четвертій частині доктрини «Система судово-експертних установ досліджень об'єктів інтелектуальної власності в Україні: історія, сучасний стан та напрямки удосконалення їх діяльності» аналізується генезис системи судово-експертних установ в Україні, які здійснюють дослідження об'єктів інтелектуальної власності, і визначаються перспективи їх удосконалення, розвивається поняття, види і особливості діяльності судово-експертних установ досліджень об'єктів інтелектуальної власності та шляхи їх вдосконалення, а також системно структурована сучасна організаційна побудова Центру судової експертизи та експертних досліджень об'єктів інтелектуальної власності в Україні.

У п'ятій частині доктрини «Судово-експертні дослідження у сфері інтелектуальної власності» системно сформульовані концептуальні засади науково-методичного забезпечення судово-експертних досліджень у сфері інтелектуальної власності: вітчизняний і світовий досвід, дається характеристика судово-експертних досліджень об'єктів інтелектуального права, культурної спадщини, культурних цінностей та

творів мистецтва, а також висвітлюються основні положення криміналістичного забезпечення досліджень об'єктів інтелектуальної власності в Україні, дається їх системний аналіз [11, с.16-21].

У шостій частині доктрини «Дослідження та аналіз практики розгляду спорів у сфері інтелектуальної власності в Україні та за кордоном» дається системний аналіз вітчизняного і зарубіжного досвіду судової практики накопиченої у сфері інтелектуальної власності.

У сьомій частині доктрини «Перспективи розвитку в Україні судової експертизи у сфері інтелектуальної власності у зв'язку зі створенням Вищого спеціалізованого суду з питань інтелектуальної власності» сформульовані пріоритетні напрями розвитку судової експертизи у сфері інтелектуальної власності.

В доктрині чітко визначено, що роль експертизи права інтелектуальної власності, в процесі пізнання, доказування, розслідування полягає в тому, що вона:

- а) здобуття нових доказів;
- б) дозволяє вводити до процесу доказування фактичні дані, які для органолептичного сприйняття та дослідження недоступні;
- в) надає можливість перевіряти достовірність фактів, встановлених органолептичними засобами;
- г) дозволяє за матеріальними відображеннями вирішувати проблему ототожнення людей і речей [1, с.6].

Викладене вище дозволяє запропонувати новітні підходи до розвитку судового експертознавства інтелектуальної власності.

В доктрині «Судове експертознавство інтелектуальної власності» сформовані перспективи розвитку досліджень об'єктів інтелектуальної власності в новому тисячолітті [3, с.13-17].

Згідно з положеннями доктрини, такими пріоритетними напрямками новітніх досліджень судового експертознавства інтелектуальної власності повинні бути наступні:

- 1) Витоки судово-експертних досліджень об'єктів інтелектуальної власності;
- 2) Теоретичні та методологічні засади судово-експертних досліджень об'єктів інтелектуальної власності;
- 3) Система судово-експертних установ, які забезпечують дослідження об'єктів інтелектуальної власності: історія, сучасний стан та напрямки удосконалення їх діяльності;
- 4) Науково-методичне забезпечення політики судового експертознавства інтелектуальної власності;
- 5) Кваліфікація видів експертних досліджень об'єктів інтелектуальної власності;
- 6) Правове регулювання дослідження об'єктів інтелектуальної власності;

7) Засоби, методи, методики і технології дослідження об'єктів інтелектуальної власності [2, с.9-12].

Список використаних джерел

1. Біленчук П.Д. Експертна служба України: історіографія, джерелознавство, методологія, праксеологія: монографія / П.Д. Біленчук, Г.О. Стрілець, О.О. Шульга. – К.: Міжнародна агенція «БІЗОН», 2016. – 288 с.
2. Біленчук П.Д. Концептуальні засади розвитку судового експертознавства інтелектуальної власності / П.Д. Біленчук, О.О. Шульга /
3. Кісіль Н.В. Перспективи розвитку судової експертизи у сфері інтелектуальної власності у зв'язку з утворенням Вищого спеціалізованого суду / Н.В. Кісіль
4. Клименко Н. І. Судова експертологія / Н.І. Клименко. – К.: Ін Юре, 2007. – 528 с.
5. Крайнів П.П. Судові експертизи у сфері інтелектуальної власності / П.П. Крайнів, Н.М. Ковальов, М.В. Мельников; за ред. П.П. Крайніва. – Вінниця: ПП «Поліграфічний центр «Фенікс», 2008. – 376 с.
6. Судова експертиза об'єктів інтелектуальної власності: теорія і практика: науково-практичний збірник; НДІ інтелектуальної власності НАПрН України Випуск 4. – К.: Інтерсервіс, 2017. – 230 с.
7. Щербаковський М.Г. Призначення та провадження судових експертиз: посібник; МОН України / М.Г. Щербаковський. – Харків: Фактор, 2011. – 500 с.
8. Яблоков Н.П. Криміналістика: краткий учебный курс / Н.П. Яблоков. – М: Норма-ИНФРА-М, 2000. – 384 с.

Кісіль Н.В.,

Засновник проекту «Expert&Technology»,
канд. сільськогосподарських наук,
с.н.с., судовий експерт у сфері
інтелектуальної власності

ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПІДГОТОВКИ СУДОВИХ ЕКСПЕРТІВ У СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Більшість країн світу визнає значну роль інновацій у розвитку сучасного суспільства, а також необхідність забезпечення сприятливих умов для створення і використання результатів інтелектуальної діяльності, отримання на них правової охорони, комерціалізації та забезпечення ефективного захисту прав. Можливість досягти істотного збільшення економічного ефекту від використання продуктів та технологій, на які поширюється правова охорона інтелектуальної власності, спонукає розробників творчих продуктів все більше уваги

приділяти належній правовій охороні та захисту своїх прав. У зв'язку з цим виникає й необхідність у створенні ефективних механізмів для вирішення спорів у цій галузі.

Відповідно до чинного законодавства України суд, органи досудового розслідування, а також учасники господарських, цивільних або адміністративних справ за необхідності встановлення певних фактів та обставин справи можуть залучати експертів для надання висновку з поставлених питань. Саме від встановлених експертом фактів доволі часто залежить результат розгляду спору в суді, оскільки експертні висновки, складені у процесуальному порядку, відповідно до законодавства є одними з джерел доказів. Саме ці висновки можуть безпосередньо впливати на чийсь долі та подальший розвиток певного бізнесу. Тому якості експертних висновків, їх повноти та об'єктивності має приділятися особлива увага.

Одним з головних чинників, які у подальшому впливають на повноту та наукову обґрунтованість експертних висновків, є професійна підготовка експертів. Пошук шляхів вдосконалення процесу підготовки судових експертів в сфері інтелектуальної власності є надзвичайно актуальним, особливо у зв'язку із реформуванням організації судової влади та здійснення правосуддя, що відбувається нині в Україні.

Одними із елементів вищезазначеного реформування є введення в дію в систему судоустрою Вищого суду з питань інтелектуальної власності та внесення змін до процесуального законодавства [2]. Ці законодавчі ініціативи створили юридичні передумови для зміни порядку й організації розгляду спорів у сфері інтелектуальної власності, оскільки містять ряд новел як в частині використання засобів доказування, так і порядку подачі доказів учасниками справи.

У попередніх роботах [1, С. 427], ми висловлювали думку, що після створення Вищого спеціалізованого суду з питань інтелектуальної власності та набуття чинності введених в Господарський процесуальний кодекс України норм про можливість учасникам справи самостійно надавати в суд висновок експерта, роль і значення експертних досліджень в доведенні порушень прав інтелектуальної власності істотно посиляться.

Після введення в дію змін до редакцій ГПКУ, ЦПКУ та КАСУ від 03.10.2017 року, дійсно, відмічена тенденція до зростання кількості звернень від учасників справи щодо проведення експертиз з метою подання їх до суду. На нашу думку, у подальшому, потреба у проведенні експертиз за запитом учасників справ буде лише зростати, оскільки кожна сторона по справі буде мати можливість залучити експертів для встановлення певних фактів та обставин, на які вони посилаються як на підставу своїх вимог або заперечень. Виходячи з наявної практики, в одній справі одночасно можуть розглядатися декілька експертних

висновків, що безумовно буде збільшувати вимоги до якості експертних висновків, їх наукової обґрунтованості та об'єктивності. При цьому при виборі судом або учасниками справи експерта або експертної установи особлива увага приділятиметься кваліфікації експерта, його практичному досвіду у вирішенні певних експертних завдань, а також репутації.

Тому всі учасники судових процесів, і в першу чергу самі експерти, є зацікавленими у належному рівні підготовки експертних кадрів та глибокому розумінні самої сутності судово-експертної діяльності у сфері інтелектуальної власності. Оскільки достовірність наданого висновку може прямо залежати від компетенції експерта, наявності у нього відповідної підготовки, освіти і стажу практичної експертної роботи. Саме тому особливої актуальності набуває належна підготовка експертів.

Залучення фахівців, що володіють спеціальними знаннями для встановлення певних фактів, широко застосовуються в багатьох країнах, в тому числі і в країнах, в яких діють спеціалізовані суди. З цією метою залучаються особи, які володіють спеціальними знаннями, зокрема судові експерти, патентні повірені, відомі вчені в певній галузі знань та інші фахівці. За нашими даними, тільки в Україні дослідження властивостей, ознак, закономірностей створення й використання об'єктів інтелектуальної власності та економічних операцій щодо цих об'єктів проводиться в рамках окремо виділеного напрямку судової експертизи.

Законодавством України передбачено, що судово-експертну діяльність здійснюють державні спеціалізовані установи, а також за певними напрямками можуть здійснювати судові експерти, які не є працівниками зазначених установ, та інші фахівці (експерти) з відповідних галузей знань.

Необхідно відмітити, що згідно статті 7 Закону України «Про судову експертизу», виключно державними спеціалізованими установами здійснюється лише судово-експертна діяльність, пов'язана з проведенням криміналістичних, судово-медичних і судово-психіатричних експертиз.

При цьому, одним з напрямків судової експертизи, які мають право здійснювати як судові експерти державних спеціалізованих установ, так і фахівці, що не працюють в цих установах (так звані «приватні експерти»), є саме вид судової експертизи «експертиза у сфері інтелектуальної власності».

Безумовно, до осіб, що можуть бути експертами, законодавством пред'являється ряд вимог. Так, відповідно до Закону «Про судову експертизу» судовими експертами можуть бути фахівці, які мають відповідну вищу освіту, освітньо-кваліфікаційний рівень не нижче

спеціаліста, пройшли відповідну підготовку та отримали кваліфікацію судового експерта з певної спеціальності.

Експерти у сфері інтелектуальної власності нині працюють лише у двох державних спеціалізованих установах судової експертизи: науково-дослідних установах судових експертиз Міністерства юстиції України та експертних службах Міністерства внутрішніх справ України. При цьому, судово-експертна діяльність за іншими напрямками досліджень нині здійснюється також у судово-медичних та судово-психіатричних установах Міністерства охорони здоров'я України, Службі безпеки України та Державній прикордонній службі України.

За даними Реєстру атестованих судових експертів станом на 1 грудня 2018 року, кількість внесених до реєстру експертів у сфері інтелектуальної власності в Україні становить 197 осіб. При цьому діючу кваліфікацію має 101 експерт, з них 75 – експертів державних спеціалізованих установ, 26 – експертів, що не працюють у державних спеціалізованих установах (приватних експертів).

Відомості про всіх експертів містяться у державному Реєстрі атестованих судових експертів, ведення якого відповідно до законодавства здійснює Міністерство юстиції України. Будь-яка особа, може отримати відомості про атестованих на сьогоднішній день експертів та залучити їх за необхідності застосування спеціальних знань при розгляді кримінальних, цивільних, адміністративних або господарських справ.

До осіб, які мають намір отримати кваліфікацію судового експерта, пред'являються ряд кваліфікаційних вимог. Наприклад, згідно норм Положення про експертно-кваліфікаційні комісії та атестацію судових експертів [3], затверджене наказом Міністерства юстиції України № 301/5 від 03.03.2015, для присвоєння (підтвердження) кваліфікації судового експерта працівники НДУСЕ та фахівці, які не є працівниками державних спеціалізованих установ, повинні мати відповідну вищу освіту та освітньо-кваліфікаційний рівень не нижче спеціаліста.

При вирішенні питання щодо відповідності вищої освіти експертній спеціальності, за якою особа має намір отримати кваліфікацію судового експерта, враховується навчальний час з відповідних дисциплін, зазначених у додатку до диплому про вищу освіту.

За загальним правилом для фахівця, який має намір отримати кваліфікацію судового експерта у сфері інтелектуальної власності, обов'язковою має бути спеціальна освіта з інтелектуальної власності. Між тим, слід зазначити, що чіткі вимоги до обов'язковості наявності такої освіти для судових експертів за цим напрямком, не встановлені нині у жодному нормативному акті.

Також крім спеціальної освіти, особа, яка має намір отримати кваліфікацію судового експерта, має пройти підготовку (стажування),

знати теоретичні, організаційні і процесуальні питання судової експертизи, методичні положення і практику їх застосування за відповідною експертною спеціальністю.

В попередніх роботах ми вже також зазначали [4, с. 75], що саме застосування експертами спеціальних знань, які включають базові знання теорії судових експертиз, криміналістики і права інтелектуальної власності, позитивно впливає на повноту та об'єктивність експертного дослідження, що дає можливість забезпечити ефективне встановлення органами досудового розслідування і судом обставин справи.

Підготовка фахівців державних спеціалізованих установ судової експертизи нині здійснюється в цих же установах, а фахівців, які не є працівниками державних спеціалізованих установ (або приватних експертів) – в установах Міністерства юстиції України.

Коротко розглянемо процес підготовки експертів, що здійснюється різними експертними відомствами.

Плани підготовки судового експерта служби МВС, розробляються зусиллями працівників цієї служби та схвалюються науковою радою Експертної служби МВС. Так, відповідно до Положення про Експертно-кваліфікаційну комісію МВС та атестацію судових експертів Експертної служби МВС [5], затвердженому наказом Міністерства внутрішніх справ України 08.02.2017 № 102, план підготовки, який розробляється керівником підготовки, доводиться до працівника під підпис та розрахований на строк, необхідний для виконання в повному обсязі програми підготовки судового експерта з урахуванням наявної у працівника раніше присвоєної кваліфікації судового експерта, рівня його юридичної та спеціальної підготовки, навичок роботи з програмно-апаратним забезпеченням, необхідних для проведення досліджень з обраної експертної спеціальності та оформлення висновків експерта.

Підготовка (стажування) працівників Науково-дослідних установ судової експертизи Міністерства юстиції України (далі – НДУСЕ) та осіб, які мають намір здійснювати судово-експертну діяльність як приватні експерти, здійснюється за двома програмами: програмою підготовки з теоретичних, організаційних і процесуальних питань судової експертизи, а також за програмами підготовки з відповідних експертних спеціальностей.

Згідно Положення про експертно-кваліфікаційні комісії та атестацію судових експертів [3], програми підготовки з відповідних експертних спеціальностей розробляються в НДУСЕ, а програми з теоретичних, організаційних і процесуальних питань судової експертизи, можуть розроблятися в НДУСЕ або Інституті права та післядипломної освіти Міністерства юстиції України.

Ці програми підготовки (стажування) затверджуються головою Центральної експертно-кваліфікаційної комісії при Міністерстві юстиції

України і передбачають проведення лекційних та практичних занять, підготовку проектів висновків та проведення їх рецензування.

Програми підготовки експертів за відповідними експертними спеціальностями, що розроблені у НДУСЕ Міністерства юстиції України, включають два основних блока: загальні поняття експертизи у сфері інтелектуальної власності, а також теоретико-методологічні та практичні основи проведення експертних досліджень.

Другий розділ у програмах підготовки експертів за різними спеціальностями присвячений теоретико-методологічним та практичним основам проведення експертних досліджень за відповідним експертним напрямком. Експерти мають бути ознайомлені з усіма експертними методиками, що внесені до державного Реєстру методик проведення судових експертиз, методичними рекомендаціями з певного напрямку досліджень, а також з джерелами, що включені до Переліку рекомендованої науково-технічної та довідкової літератури, що використовуються під час проведення судових експертиз.

Враховуючи доволі не велику загальну кількість судових експертів у сфері інтелектуальної власності, відповідно, в певних експертних установах одночасно проходить підготовку доволі не велика кількість осіб, особливо якщо взяти до уваги, що у цьому напрямку судової експертизи виділено 9 експертних спеціальностей, кожний з яких потребує застосування специфічних для даного напрямку знань, а також наявності відповідної освіти. Тому, під час підготовки за окремою експертною спеціальністю, найчастіше особа, яка має намір отримати кваліфікацію судового експерта, проходить індивідуальне стажування у практикуючого експерта, без відвідування лекцій та участі в практичних заняттях у загальному розумінні цих понять. Певною мірою це пов'язано з тим, що при організації таких занять для однієї людини або декілька осіб доволі нераціонально витрачається час кваліфікованих експертів, які крім залучення до стажування, також мають високе експертне навантаження у справах, що розглядаються у рамках цивільних, господарських та кримінальних проваджень.

Підготовка з теоретичних, організаційних і процесуальних питань судової експертизи для експертів НДУСЕ та приватних судових експертів нині здійснюється Інститутом права та післядипломної освіти Міністерства юстиції України. Навчання (стажування) проводиться для груп експертів з різних напрямків судової експертизи, з організацією лекційних та практичних занять.

Вищевикладене свідчить, що основними суб'єктами експертної діяльності у сфері інтелектуальної нині є працівники державних спеціалізованих установ Міністерства юстиції України, експертної служби МВС та приватні експерти, які не є працівниками вищезазначених установ. При цьому, фактично, кожне відомство нині готує своїх експертів самостійно.

За період існування напряму судової експертизи – «експертиза у сфері інтелектуальної власності» вищезазначеними суб'єктами накопичено значний експертний досвід, розроблено методики та методичні рекомендації щодо вирішення певних експертних завдань. Між тим для ефективного розвитку цього напряму судової експертизи, на наш погляд, необхідно також приділяти увагу створенню різноманітних комунікативних площадок, на яких практикуючі експерти з різних установ зможуть ділитися своїм досвідом, розробляти єдині підходи до вирішення експертних завдань, а також напрацьовувати нові підходи до взаємодії з судом та іншими учасниками судових процесів.

У зв'язку з утворенням в Україні Вищого суду з питань інтелектуальної власності безумовно підвищаться вимоги до якості експертних висновків, їх повноти, наукової обґрунтованості та об'єктивності. Тому, для створення методологічних основ проведення досліджень та забезпечення висококваліфікованими експертними кадрами необхідно посилювати інтеграцію науки, освіти та практики в процес підготовки експертів у сфері інтелектуальної власності. Оскільки ці саме ці фактори є основою забезпечення якості підготовки експертного складу.

Одним з шляхів вдосконалення підготовки судових експертів у сфері інтелектуальної власності, на наш погляд, може бути впровадження в практику підготовки експертів поряд з традиційною формою навчання (стажування) ? дистанційної форми. Останнім часом у всьому світі відмічається тенденція до посилення зацікавленості у дистанційному навчанні, яка за прогнозами буде активно зростати і у 2019-2020 роках. Використання дистанційної форми навчання при підготовці експертних кадрів у поєднанні з практичними заняттями надасть можливість підвищити ефективність підготовки та оптимізувати витрати на її проведення.

Перевагою дистанційної форми навчання є, перш за все, можливість навчатися в будь-якому місці та у зручний час. Мобільність дає свободу вибору та певний комфорт, оскільки для початку навчання необхідно лише підключення комп'ютеру або телефону до Інтернету. По-друге, більша доступність, оскільки є можливість здешевити процес навчання, за рахунок створення, наприклад, частини лекцій у запису, а частини у форматі живого вебінару із дискусією та відповідями на запитання. Коло відвідувачів таких лекцій також може бути суттєво розширено. При такій організації стажери можуть працювати вдома і не витрачати кошти на додаткові відрядження. Ну і по-третє, зручність, оскільки при такій формі навчання можливе суміщення навчання та основної роботи.

Між тим, безумовно вирішальним фактором ефективності навчання за будь-якою формою, за традиційною або дистанційною, залишається мотивація людини і готовність регулярно приділяти час самоосвіті.

Оскільки у якому би напрямі судової експертизи не працював експерт, для застосування під час вирішення певних експертних завдань сучасних досягнень науки та практики, виникає необхідність постійного навчання новим методам та підходам, а також вивченню практики вирішення аналогічних спорів у інших країнах.

Список використаних джерел:

1. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: закон України від 03 жовтня 2017 року № 2147-19 // База даних «Законодавство України». URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2147-19> (дата звернення: 16.11.2018).

2. Кисиль Н.В. Роль експертизы в процессе доказывания нарушений прав интеллектуальной собственности: в контексте судебной реформы// Криміналістика і судова експертиза: міжвідом. наук.-метод. зб. / Київський НДІ судових експертиз; редкол.: О.Г. Рувін (голов. ред.) та ін. – К., 2017. – Вип. 62. – 552 с. (С. 420-430).

3. Положення про експертно-кваліфікаційні комісії та атестацію судових експертів № 301/5 від 03.03.2015. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0249-15> (дата звернення: 12.11.2018).

4. Экспертиза как средство доказывания обстоятельств о нарушении прав интеллектуальной собственности. Практика Украины //Криміналістика и судебная экспертология: наука, обучение, практика: Vilnius, 2017. Часть II. С. 64-77.

5. Положення про Експертно-кваліфікаційну комісію МВС та атестацію судових експертів Експертної служби МВС. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0275-17> (дата звернення: 12.11.2018).

9. ПРОБЛЕМИ КРИМІНОЛОГІЇ В УКРАЇНІ ТА ЗА КОРДОНОМ

Tomasz Moll,
adiunkt w Zakładzie Prawa Karnego,
Kryminologii i Kryminalistyki w
Instytucie Prawa, Ekonomii i Administracji UJK,
dr n. prawnych,

Leszek Wieczorek,
dyrektor Instytutu Ekspertyz Sądowych
im. Prof. dra Jana Sehna w Krakowie,
doktor habilitowany nauk prawnych

ADMINISTRACYJNE KARY PIENIĘŻNE

1. Uwagi wprowadzające

Administracyjne kary pieniężne są przedmiotem regulacji działu IVa zatytułowanego Administracyjne kary pieniężne, zawartego w ustawie z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego¹, obejmującego art. 189a do 189k. Przepisy działu IVa zostały dodane do Kodeksu postępowania administracyjnego na mocy art. 1 pkt 41 ustawy z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw², która weszła w życie z dniem 1 czerwca 2017 r.

Potrzeba regulacji administracyjnych kar pieniężnych podyktowana była w szczególności względami wynikającymi z ich dotkliwości, brakiem ogólnej regulacji oraz automatyzmem w ich nakładaniu, bez uwzględniania przyczyn i okoliczności w których dopuszczono się naruszenia³.

Administracyjne kary pieniężne są niejednokrotnie surowsze, aniżeli kary wymierzane za popełnienie wykroczenia, wykroczenia karnoskarbowego, przestępstwa albo przestępstwa karnoskarbowego, przy

¹ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, Dz. U. z 2018r. poz. 2096, zwana dalej k.p.a.

² Ustawa z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2017 r. poz. 935.

³ Tamże.

jednoczesnym braku regulacji, określających w sposób ogólny zasady ich nakładania i wymierzania, z czego wynika istotne zróżnicowanie sytuacji podmiotów podlegających ukaraniu¹, «(...) szczególnie w zakresie instytucji łagodzących obiektywny charakter odpowiedzialności administracyjnej (np. w wyniku braku określenia lub zróżnicowania przesłanek branych pod uwagę przy szacowaniu wysokości kary pieniężnej), często nieuzasadnionym ze względu na przedmiot i specyfikę danej regulacji»².

Nakładanie oraz wymierzanie administracyjnych kar pieniężnych powinno spełniać standardy wynikające z art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności³, w świetle którego administracyjna kara pieniężna, powinna być sankcją sprawiedliwą, adekwatną do wagi naruszenia, a podmiot na który ma zostać nałożona, powinien mieć możliwość obrony, przede wszystkim poprzez wykazania okoliczności mogących spowodować odstępianie od jej nałożenia lub mających wpływ na jej wymiar.

2. Pojęcie administracyjnej kary pieniężnej

W myśl art. 189b k.p.a. przez administracyjną karę pieniężną rozumie się określoną w ustawie sankcję o charakterze pieniężnym, nakładaną przez organ administracji publicznej, w drodze decyzji, w następstwie naruszenia prawa polegającego na niedopełnieniu obowiązku albo naruszeniu zakazu ciążącego na osobie fizycznej, osobie prawnej albo jednostce organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej.

Powyższa definicja zawiera elementy formalne i materialne administracyjnej kary pieniężnej. Do pierwszej grupy należy ustawowe określenie kary, która jest nakładana przez organ administracji publicznej w drodze decyzji administracyjnej. Do drugiej grupy należy sankcja mająca pieniężny charakter, wynikająca z naruszenia prawa, mającego postać niedopełnienia obowiązku lub naruszenia zakazu ciążącego na osobie fizycznej, osobie prawnej lub jednostce organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej⁴.

Administracyjna kara pieniężna może być określona jedynie w ustawie, a *contrario* określenie takiej sankcji w akcie podustawowym (np. rozporządzeniu lub akcie prawa miejscowego) pozbawione byłoby znaczenia prawnego.

¹ Druk nr 1183.

² Tamże.

³ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz.U. z 1993r., nr 61, poz. 284.

⁴ A. Wróbel, *Komentarz do art. 189b Kodeksu postępowania administracyjnego*, [w:] M. Jaśkowska, M. Wilbrandt-Gotowicz, A. Wróbel, *Komentarz aktualizowany Kodeksu postępowania administracyjnego*, LEX/el. 2018 [dostęp: 28.11.2018 r.].

W doktrynie prawa słusznie podnosi się, że administracyjne sankcje pieniężne określane są w ustawodawstwie różnymi nazwami, jako «kara, kara pieniężna, administracyjna kara pieniężna, kara porządkowa, grzywna, grzywna w celu przymuszenia, opłata, opłata sankcyjna, opłata podwyższona, opłata eksploatacyjna, opłata manipulacyjna dodatkowa, dodatkowa opłata produktowa, kwota dodatkowa, dodatkowe zobowiązanie podatkowe»¹.

Podmiotem nakładającym karę pieniężną jest organ administracji publicznej. Nałożenie kary administracyjnej oznacza fakt ukarania strony. Natomiast wymierzenie kary polega na określeniu jej wysokości w granicach przewidzianych w przepisie prawa; oznacza w istocie czynność mającą na celu wskazanie konkretnej kwoty pieniężnej, którą strona będzie obowiązana zapłacić w konsekwencji naruszenia prawa².

Przez organ administracji publicznej, zgodnie z art. 5 § 2 pkt 4 k.p.a. rozumie się ministrów, centralne organy administracji rządowej, wojewodów, działające w ich lub we własnym imieniu inne terenowe organy administracji rządowej (zespolonej i niezespolonej), organy jednostek samorządu terytorialnego oraz inne organy państwowe oraz inne podmioty, gdy są one powołane z mocy prawa lub na podstawie porozumień do załatwiania spraw indywidualnych rozstrzyganych w drodze decyzji administracyjnych albo załatwianych milcząco.

Organ administracji publicznej, który obowiązany jest do nałożenia kary określony jest w przepisach materialnego prawa administracyjnego³.

Prawną formą nakładania administracyjnych kar pieniężnych jest decyzja administracyjna, która w doktrynie prawa określana jest jako ona władcze, mające podstawę prawną, jednostronne oświadczenie woli organu administracji publicznej, określając sytuację prawną konkretnie wskazanego adresata (strony) w indywidualnie oznaczonej sprawie. Podkreślić należy, że

¹ E. Kruk, *Sankcja administracyjna*, Lublin 2013, s. 182.

² Druk nr 1183.

³ Przykładem służy art. 88 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (Dz. U. z 2018 r. poz. 1614.), zgodnie z którym wójt, burmistrz albo prezydent miasta wymierza administracyjną karę pieniężną za:

- 1) usunięcie drzewa lub krzewu bez wymaganego zezwolenia;
- 2) usunięcie drzewa lub krzewu bez zgody posiadacza nieruchomości;
- 3) zniszczenie drzewa lub krzewu;
- 4) uszkodzenie drzewa spowodowane wykonywaniem prac w obrębie korony drzewa;
- 5) usunięcie drzewa pomimo sprzeciwu organu, o którym mowa w art. 83f ust. 8, i bez zezwolenia, o którym mowa w art. 83f ust. 16;
- 6) usunięcie drzewa bez dokonania zgłoszenia, o którym mowa w art. 83f ust. 4, lub przed upływem terminu, o którym mowa w art. 83f ust. 8.

dla nałożenia administracyjnej kary pieniężnej jest nie tylko art. 104 k.p.a. lecz przede wszystkim przepis materialnego prawa administracyjnego¹.

Administracyjna kara pieniężna jest sankcją mającą pieniężny charakter. Owa sankcja represyjna, polega na zadaniu dolegliwości, w postaci obowiązku uiszczenia określonej wartości wyrażonej w znakach pieniężnych (banknotach i monetach) będących prawnym środkiem płatniczym, podmiotowi który w warunkach określonych hipotezą naruszył dyspozycję normy prawnej².

Dodać należy, że przepis administracyjnego prawa materialnego będący podstawą do wymierzenia administracyjnej kary pieniężnej powinien określać jej wysokość³ albo podstawę do jej wyliczenia⁴.

Administracyjna kara pieniężna jest nakładana w następstwie naruszenia prawa będącego jedną z postaci nieprzestrzegania prawa (obok złamania prawa), rozumianą jako zachowania niezgodne z normą prawną, z tym że owa niezgodność ma charakter znikomy.

Owo naruszenie prawa polega na niedopełnieniu obowiązku albo naruszenie zakazu. Niedopełnienie obowiązku oznacza że osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej nie zastosowała się do ciążącego na niej nakazu określonego zachowania się⁵. Natomiast naruszenie zakazu polega na niezastosowaniu się przez osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej do ciążącego na niej zakazu określonego zachowania się⁶.

¹ A. Wiktorowska, [w:] M. Wierzbowski (red.), *Postępowanie administracyjne – ogólne, podatkowe, egzekucyjne i przed sądami administracyjnymi*, Warszawa 2017, S. 153 i 154.

² J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2007, s. 60 i 61.

³ Art. 66b ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach (Dz. U. z 2018 r. poz. 2129) stanowi, że kto, wbrew zakazowi określonemu w art. 4 ust. 1 rozporządzenia nr 995/2010, wprowadza do obrotu nielegalnie pozyskane drewno lub produkty z drewna, podlega administracyjnej karze pieniężnej w wysokości od 20 000 zł do 200 000 zł.

⁴ W myśl art. 89 ust. 1 ustawy o ochronie przyrody administracyjną karę pieniężną, o której mowa w art. 88 ust. 1 pkt 1–3, 5 i 6, ustala się w wysokości dwukrotnej opłaty za usunięcie drzewa lub krzewu, o której mowa w art. 84 ust. 1, a w przypadku, w którym usunięcie drzewa lub krzewu jest zwolnione z obowiązku uiszczenia opłaty, administracyjną karę pieniężną ustala się w wysokości takiej opłaty, która byłaby ponoszona, gdyby takiego zwolnienia nie było.

⁵ Przykładem niedopełnienia obowiązku jest usunięcie drzewa lub krzewu bez wymaganego zezwolenia, o którym mowa w 88 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie przyrody. Na temat obowiązku, J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp...*, s. 44 i 45.

⁶ Przykładem zakazu jest usunięcie drzewa pomimo sprzeciwu organu, o którym mowa w 88 ust. 1 pkt 5 ustawy o ochronie przyrody.

Źródłem obowiązku o którym mowa w art. 189b k.p.a. jest przepis rangi ustawowej¹.

Administracyjna kara pieniężna jest instrumentem władztwa administracyjnego niebędącego skutkiem dopuszczenia się czynu zabronionego, lecz wynikającego z zaistnienia stanu niezgodnego z administracyjnym prawem materialnym².

3. Zakres stosowania przepisów o administracyjnej karze pieniężnej

Kodeks postępowania administracyjnego w art. 189a § 1 ustanawia domniemanie stosowania przepisów zawartych w dziale IVa w sprawach nakładania lub wymierzania administracyjnej kary pieniężnej lub udzielania ulg w jej wykonaniu, z wyłączeniem przypadków, uregulowania w przepisach odrębnych:

- 1) przesłanek wymiaru administracyjnej kary pieniężnej,
- 2) odstępiania od nałożenia administracyjnej kary pieniężnej lub udzielenia pouczenia,
- 3) terminów przedawnienia nakładania administracyjnej kary pieniężnej,
- 4) terminów przedawnienia egzekucji administracyjnej kary pieniężnej,
- 5) odsetek od zaległej administracyjnej kary pieniężnej,
- 6) udzielania ulg w wykonaniu administracyjnej kary pieniężnej.

Przepisy działu IVa k.p.a. nie mają również zastosowania w sprawach nakładania lub wymierzania przez organ administracji publicznej kar na podstawie przepisów:

- 1) o postępowaniu w sprawach o wykroczenia,
- 2) o odpowiedzialności dyscyplinarnej,
- 3) o odpowiedzialności porządkowej,
- 4) z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Przepisy działu IVa k.p.a. mają zastosowanie w sytuacji, gdy kwestie wymienione w art., 189a § 1 k.p.a. nie zostały uregulowane w przepisach odrębnych, a zatem w sytuacji, gdy przepisy odrębne zawierają jedynie fragmentaryczną regulację dotyczącą administracyjnej kary pieniężnej np. przesłanki jej wymiaru, wówczas przepisy działu IVa k.p.a. znajdują zastosowanie w nieunormowanym w odrębnych przepisach zakresie³.

¹ A. Wróbel, *Komentarz do art. 189b Kodeksu postępowania administracyjnego*, [w:] M. Jaśkowska, M. Wilbrandt-Gotowicz, A. Wróbel, *Komentarz aktualizowany Kodeksu postępowania administracyjnego*, LEX/el. 2018 [dostęp: 29.11.2018 r.].

² R. Stankiewicz, *Regulacja administracyjnych kar pieniężnych w Kodeksie postępowania administracyjnego po nowelizacji*, Radca Prawny ZN. 2017, nr 2, s. 18.

³ W wyroku WSA w Krakowie z dnia 25 września 2018 r., sygn. akt II SA/Kr 791/18, LEX nr 2562296, stwierdzono, że: „O ile w ustawie z 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach uregulowane są przesłanki wymiaru administracyjnej kary pieniężnej, o tyle nie uregulowano w niej przesłanek odstępiania od nałożenia

Zdaniem Wojciecha Radeckiego wystarczy, że w ustawie szczególnej prawodawca zamieści lakoniczną wzmiankę, że przy nakładaniu kar bierze się pod uwagę szkodliwość czynu, aby wyłączyć stosowanie art. 189d k.p.a.¹.

4. Dyrektywy wymiaru administracyjnej kary pieniężnej

W myśl art. 189d k.p.a. wymierzając administracyjną karę pieniężną, organ administracji publicznej bierze pod uwagę:

1) wagę i okoliczności naruszenia prawa, w szczególności potrzebę ochrony życia lub zdrowia, ochrony mienia w znacznych rozmiarach lub ochrony ważnego interesu publicznego lub wyjątkowo ważnego interesu strony oraz czas trwania tego naruszenia;

2) częstotliwość niedopełniania w przeszłości obowiązku albo naruszania zakazu tego samego rodzaju co niedopełnienie obowiązku albo naruszenie zakazu, w następstwie którego ma być nałożona kara;

3) uprzednie ukaranie za to samo zachowanie za przestępstwo, przestępstwo skarbowe, wykroczenie lub wykroczenie skarbowe;

4) stopień przyczynienia się strony, na którą jest nakładana administracyjna kara pieniężna, do powstania naruszenia prawa;

5) działania podjęte przez stronę dobrowolnie w celu uniknięcia skutków naruszenia prawa;

6) wysokość korzyści, którą strona osiągnęła, lub straty, której uniknęła;

7) w przypadku osoby fizycznej – warunki osobiste strony, na którą administracyjna kara pieniężna jest nakładana.

Przepisy materialnego prawa administracyjnego mogą również formułować przesłanki wymiaru administracyjnej kary pieniężnej, wówczas przesłanki określone w art. 189d k.p.a. nie mają w tym zakresie zastosowania².

Sformułowane w art. 189d k.p.a. dyrektywy mają zastosowanie do wymiaru kary, czyli do określenia jej wysokości (wskazania konkretnej kwoty pieniężnej), a nie do jej nakładania.

Wymierzając administracyjną karę pieniężną «organ administracji działa w warunkach uznania administracyjnego, chyba że z przepisu szczególnego wynika wprost wysokość nakładanej kary (wysokość kary jest określona w

administracyjnej kary pieniężnej lub udzielenia pouczenia. W związku z tym zastosowanie powinien znaleźć art. 189f k.p.a.».

¹ W. Radecki, *Odpowiedzialność za przestępstwa, wykroczenia i delikty administracyjne w prawie polskim, czeskim i słowackim*, Prok.i Pr. 2017, nr 10, s. 25.

² Przykładem służy art. 89 ust. 6 ustawy o ochronie przyrody, który stanowi, że w przypadku usunięcia drzewa lub krzewu obumarłego albo nierokującego szansy na przeżycie, złomu lub wywrotu, wysokość administracyjnej kary pieniężnej obniża się o 50%.

sposób sztywny). Wówczas organ wymierzy karę w wysokości wynikającej z przepisu szczególnego»¹.

Wzięte przez organ administracji publicznej okoliczności wymienione w art. 189d k.p.a., mogą wpływać łagodząco albo obciążająco na wymiar kary pieniężnej².

Wśród dyrektyw wymiaru administracyjnej kary pieniężnej nie znalazła się wina, która nie stanowi w tym przypadku podstawy odpowiedzialności; forma winy (umyślna albo nieumyślna) jest indyferentna z punktu widzenia regulacji działu IVa k.p.a.

Zdarzeniem, które wyłącza ukaranie osoby fizycznej, osoby prawnej albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej za niedopełnienie obowiązku albo naruszenie zakazu obejmuje przypadek gdy do naruszenia prawa doszło wskutek działania siły wyższej.

Siła wyższa jest zdarzeniem niezależnym od woli podmiotów prawa. «Siłą wyższą są tylko zdarzenia zewnętrzne w stosunku do uprawnionego, a zarazem nadzwyczajne i w konsekwencji nieuchronne oraz w danym układzie stosunków niemożliwe do przewidzenia, czyli o «przemożnej» mocy oddziaływania, przed którego skutkami nie było żadnej obrony. W ten sposób kwalifikuje się m.in. akty władzy (*vis imperii*), które mogą przybrać postać zarówno aktów normatywnych, jak i rozstrzygnięć indywidualnych (decyzje administracyjne, orzeczenia sądu) czy też działań faktycznych»³.

Pierwotnym adresatem art. 189e k.p.a. jest organ administracji publicznej. Ustalenie, czy naruszenie prawa spowodowane jest działaniem siły wyższej należy do organu administracji publicznej prowadzącym postępowanie, bowiem to na nim ciąży wykazanie czy doszło do niedopełnienia obowiązku albo zakazu; powinien zatem wziąć również pod uwagę okoliczności wyłączające nałożenie kary.

Wtórny adresatem art. 189e k.p.a. jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, wobec której jest prowadzone postępowanie w celu nałożenia administracyjnej kary pieniężnej.

5. Warunki odstąpienia od nałożenia kary

Zgodnie z art. 189f § 1 k.p.a. organ administracji publicznej, w drodze decyzji, odstępuje od nałożenia administracyjnej kary pieniężnej i poprzestaje na pouczeniu, jeżeli:

1) waga naruszenia prawa jest znikoma, a strona zaprzestała naruszania prawa lub

¹ P. Przybysz, *Komentarz do art. 189d Kodeksu postępowania administracyjnego*, [w:] P. Przybysz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2018 [dostęp: 29.11.2018 r.].

² Druk nr 1183.

³ Wyrok SN z dnia 29 września 2017 r., sygn. akt V CSK 642/16, LEX nr 2434728.

2) za to samo zachowanie prawomocną decyzją na stronę została uprzednio nałożona administracyjna kara pieniężna przez inny uprawniony organ administracji publicznej lub strona została prawomocnie ukarana za wykroczenie lub wykroczenie skarbowe, lub prawomocnie skazana za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe i uprzednia kara spełnia cele, dla których miałyby być nałożona administracyjna kara pieniężna.

Wystąpienie którejkolwiek z wskazanych powyżej przesłanek powoduje obligatoryjne odstąpienie od nałożenia administracyjnej kary pieniężnej i poprzestanie na pouczeniu.

W przypadkach innych niż wymienione w art. 189f § 1 k.p.a., jeżeli pozwoli to na spełnienie celów, dla których miałyby być nałożona administracyjna kara pieniężna, organ administracji publicznej, w drodze postanowienia, może wyznaczyć stronie termin do przedstawienia dowodów potwierdzających:

1) usunięcie naruszenia prawa lub

2) powiadomienie właściwych podmiotów o stwierdzonym naruszeniu prawa, określając termin i sposób powiadomienia.

Dla odstąpienia przez organ administracji publicznej od nałożenia administracyjnej kary pieniężnej i poprzestanie na pouczeniu w przypadkach, o których mowa wyżej, konieczne jest przedstawienie przez stronę dowodów potwierdzających wykonanie postanowienia.

Zawarte w art. 189f k.p.a. okoliczności uzasadniające nienakładanie kary i poprzestanie na udzieleniu przez organ pouczenia tworzą zbiór przypadków, gdy naruszenie nie ma istotnego znaczenia, co wynika z poniesionej już przez stronę odpowiedzialność za swoje działanie lub zaniechanie, bądź też z ekskulpowania przez stronę swojego niezgodnego z prawem zachowania¹.

6. Przedawnienie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej

Administracyjna kara pieniężna nie może zostać nałożona, jeżeli upłynęło pięć lat od dnia naruszenia prawa albo wystąpienia skutków naruszenia prawa (art. 189g § 1 k.p.a.). Zasada ta nie ma zastosowania do spraw, w przypadku których przepisy odrębne przewidują termin, po upływie którego nie można wszcząć postępowania w sprawie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej lub stwierdzenia naruszenia prawa, w następstwie którego może być nałożona administracyjna kara pieniężna (por. art. 189g § 2 k.p.a.).

Zgodnie z art. 189g § 3 k.p.a. administracyjna kara pieniężna nie podlega egzekucji, jeżeli upłynęło pięć lat od dnia, w którym kara powinna być wykonana.

¹ Druk nr 1183.

Jak słusznie podnosi Andrzej Wróbel pomimo, że art. 189g k.p.a. nie zawiera zwrotu «przedawnienie» z uwagi na «(...) jego treść i cel wskazują na to, że chodzi w nim o przedawnienie administracyjnej kary pieniężnej»¹. Zwrot «przedawnienie» jest jednak użyty w uzasadnieniu do projektu ustawy².

Art. 189g k.p.a. zawiera trzy rodzaje przedawnienia administracyjnych kar pieniężnych:

1) przedawnienie nałożenia kary (§ 1). Przedawnienie, to ma charakter materialnoprawny, co oznacza przedawnienie karalności, inaczej mówiąc uchylona jest karalność zachowania;

2) przedawnienie wszczynania postępowania w sprawie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej lub stwierdzenia naruszenia prawa (§ 2). Przedawnienie, to ma charakter proceduralny, rozumiany jako przeszkoda proceduralna we wszczęciu postępowania w sprawie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej lub stwierdzenia naruszenia;

3) przedawnienie egzekucji (§ 3). Przedawnienie, o którym mowa w art. 189g § 3 k.p.a. ma charakter proceduralny, a zatem wykonanie administracyjnej kary pieniężnej w trybie postępowania egzekucyjnego w administracji nie jest dopuszczalne³.

Art. 189g k.p.a. nie stosuje się w sprawach, w których terminy przedawnienia określone są w przepisach administracyjnego prawa materialnego⁴.

7. Przerwanie i zawieszenie biegu terminu przedawnienia

Art. 189h k.p.a. reguluje problematykę:

- przerwania biegu terminu przedawnienia nałożenia administracyjnej kary pieniężnej,
- biegu na nowo przerwania biegu terminu przedawnienia nałożenia administracyjnej kary pieniężnej, – rozpoczęcie i dalszy bieg terminu przedawnienia administracyjnej kary pieniężnej,

¹ A. Wróbel, *Komentarz do art. 189g Kodeksu postępowania administracyjnego*, [w:] M. Jaśkowska, M. Wilbrandt-Gotowicz, A. Wróbel, *Komentarz aktualizowany Kodeksu postępowania administracyjnego*, LEX/el. 2018 [dostęp: 29.11.2018 r.].

² Druk nr 1183.

³ A. Wróbel, *Komentarz do art. 189g Kodeksu postępowania administracyjnego*, [w:] M. Jaśkowska, M. Wilbrandt-Gotowicz, A. Wróbel, *Komentarz aktualizowany Kodeksu postępowania administracyjnego*, LEX/el. 2018 [dostęp: 29.11.2018 r.].

⁴ Przykładem służy art. 89 ust. 9 ustawy o ochronie przyrody, który stanowi, że należność z tytułu administracyjnej kary pieniężnej przedawnia się po upływie 5 lat od końca roku, w którym upłynął termin płatności.

W myśl art. 89 ust. 10 ustawy o ochronie przyrody, nie wszczyna się postępowania w sprawie wymierzenia administracyjnej kary pieniężnej, a postępowanie wszczęte w tej sprawie umarza się, jeżeli od końca roku, w którym usunięto lub zniszczono drzewo lub krzew albo uszkodzono drzewo, upłynęło 5 lat.

– nierozpoczęcie i zawieszenie rozpoczętego terminu administracyjnej kary pieniężnej,
– rozpoczęcie oraz dalszy bieg terminu administracyjnej kary pieniężnej po zawieszeniu¹.

Bieg terminu przedawnienia nałożenia administracyjnej kary pieniężnej może zostać przerwany lub zawieszony. Przerwanie terminu powoduje jego bieg na nowo po wystąpieniu określonej okoliczności, natomiast zawieszenie terminu oznacza jego dalszy bieg po wystąpieniu określonej okoliczności².

Bieg terminu przedawnienia nałożenia administracyjnej kary pieniężnej przerywa ogłoszenie upadłości strony (art. 189h § 1 k.p.a.). Jest to jedyna okoliczność, która powoduje przerwanie biegu terminu przedawnienia nałożenia administracyjnej kary pieniężnej³.

Po przerwaniu biegu terminu przedawnienia nałożenia administracyjnej kary pieniężnej biegnie on na nowo od dnia następującego po dniu uprawomocnienia się postanowienia o zakończeniu lub umorzeniu postępowania upadłościowego (art. 189h § 2 k.p.a.). Jeżeli ogłoszenie upadłości strony nastąpiło przed rozpoczęciem biegu terminu przedawnienia nałożenia administracyjnej kary pieniężnej, bieg tego terminu rozpoczyna się od dnia następującego po dniu uprawomocnienia się postanowienia o zakończeniu lub umorzeniu postępowania upadłościowego (art. 189h § 3 k.p.a.).

W myśl art. 189h § 4 k.p.a. bieg terminu przedawnienia nałożenia administracyjnej kary pieniężnej nie rozpoczyna się, a rozpoczęty ulega zawieszeniu z dniem:

1) wniesienia środka zaskarżenia od decyzji w przedmiocie administracyjnej kary pieniężnej do sądu administracyjnego albo sądu powszechnego, albo skargi kasacyjnej od prawomocnego orzeczenia w przedmiocie administracyjnej kary pieniężnej;

2) wniesienia żądania ustalenia przez sąd powszechny istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa;

3) doręczenia zarządzenia zabezpieczenia w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, jeżeli przepisy odrębne przewidują możliwość zarządzenia zabezpieczenia.

¹ Zob. A. Wróbel, *Komentarz do art. 189g Kodeksu postępowania administracyjnego*, [w:] M. Jaśkowska, M. Wilbrandt-Gotowicz, A. Wróbel, *Komentarz aktualizowany Kodeksu postępowania administracyjnego*, LEX/el. 2018 [dostęp: 30.11.2018 r.].

² P. Przybysz, *Komentarz do art. 189h Kodeksu postępowania administracyjnego*, [w:] P. Przybysz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2018 [dostęp: 30.11.2018 r.].

³ Tamże.

Zgodnie z art. 189h § 5 k.p.a. termin przedawnienia nałożenia administracyjnej kary pieniężnej rozpoczyna się, a po zawieszeniu biegnie dalej, od dnia następującego po dniu:

1) uprawomocnienia się orzeczenia sądu administracyjnego albo sądu powszechnego właściwego do rozpoznania odwołania od decyzji w przedmiocie administracyjnej kary pieniężnej, albo odmowy przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania przez Sąd Najwyższy, oddalenia skargi kasacyjnej, albo uchylenia przez Sąd Najwyższy zaskarżonego wyroku i orzeczenia co do istoty sprawy;

2) uprawomocnienia się orzeczenia lub ogłoszenia prawomocnego orzeczenia sądu powszechnego w sprawie ustalenia istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa;

3) zakończenia postępowania zabezpieczającego w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

8. Zaległa administracyjna kara pieniężna

W myśl art. 189i § 1 k.p.a. zaległą administracyjną karą pieniężną jest kara niezapłacona w terminie.

Terminy, w których powinna być uiszczona administracyjna kara pieniężna są określone w przepisach administracyjnego prawa materialnego¹.

Od zaległej administracyjnej kary pieniężnej nalicza się odsetki za zwłokę w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, chyba że przepisy odrębne stanowią inaczej (art. 189i § 1 k.p.a.). Zgodnie z art. 56. § 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody stawka odsetek za zwłokę jest równa sumie 200% podstawowej stopy oprocentowania kredytu lombardowego, ustalonej zgodnie z przepisami o Narodowym Banku Polskim, i 2%, z tym że stawka ta nie może być niższa niż 8%.

9. Przedawnienie egzekucji administracyjnej kary pieniężnej

Administracyjne kary pieniężne niewykonane (niezapłacone) w terminie określonym w przepisie ustawy podlegają egzekucji, prowadzonej na podstawie ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji². Niezależnie do regulacji zawartych w ustawach materialnego prawa administracyjnego, które mogą zawierać przepisy przewidujące ściąganie kar pieniężnych nieuiszczonych w wyznaczonym terminie, w trybie określonym w przepisach o postępowaniu egzekucyjnym w administracji³, wszystkie administracyjne kary pieniężne podlegają

¹ Zgodnie z art. 88 ust. 3 ustawy o ochronie przyrody, uiszczenie kary następuje w terminie 14 dni od dnia, w którym decyzja w sprawie wymierzenia kary stała się ostateczna.

² Ustawa z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, Dz. U. z 2018 r. poz. 1314, ze zm., zwana u.p.e.a.

³ Art. 89 ust. 8 ustawy o ochronie przyrody stanowi, że Administracyjne kary pieniężne nieuiszczone w wyznaczonym terminie, podlegają wraz z odsetkami za zwłokę

egzekucji w tym trybie¹. W myśl art. 2 § 1 pkt 2 u.p.e.a. egzekucji administracyjnej podlegają grzywny i kary pieniężne wymierzane przez organy administracji publicznej.

Przedawnienie administracyjnej kary pieniężnej wynika z następujących okoliczności:

1) Ogłoszenia upadłości

Zgodnie z art. 189j § 1 k.p.a. bieg terminu przedawnienia egzekucji administracyjnej kary pieniężnej przerywa ogłoszenie upadłości strony.

Po przerwaniu biegu terminu przedawnienia egzekucji administracyjnej kary pieniężnej biegnie on na nowo od dnia następującego po dniu uprawomocnienia się postanowienia o zakończeniu lub umorzeniu postępowania upadłościowego (art. 189j § 2 k.p.a.). Jeżeli ogłoszenie upadłości strony nastąpiło przed rozpoczęciem biegu terminu przedawnienia egzekucji administracyjnej kary pieniężnej, bieg tego terminu rozpoczyna się od dnia następującego po dniu uprawomocnienia się postanowienia o zakończeniu lub umorzeniu postępowania upadłościowego (art. 189j § 3 k.p.a.).

2) Zastosowania środka egzekucyjnego (zabezpieczenia)

Art. 189j § 4 k.p.a. stanowi, że bieg terminu przedawnienia egzekucji administracyjnej kary pieniężnej nie rozpoczyna się, a rozpoczęty ulega przerwaniu z dniem:

a) zastosowania środka egzekucyjnego, o którym zobowiązany został zawiadomiony;

b) doręczenia zarządzenia zabezpieczenia w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

Zgodnie z art. 189j § 5 k.p.a. bieg terminu przedawnienia egzekucji administracyjnej kary pieniężnej rozpoczyna się, a po przerwaniu biegnie na nowo, od dnia następującego po dniu, w którym:

a) zastosowano środek egzekucyjny, o którym zobowiązany został zawiadomiony;

b) doręczono zarządzenie zabezpieczenia w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

10. Ulgi w wykonaniu administracyjnej kary pieniężnej

Prawne regulacje dotyczące udzielenia ulg zawarte są w art. 189k k.p.a. i obejmują:

1) odroczenie terminu wykonania administracyjnej kary pieniężnej lub rozłożenie jej na raty;

2) odroczenie terminu wykonania zaległej administracyjnej kary pieniężnej lub rozłożenie jej na raty;

przymusowemu ściągnięciu w trybie określonym w przepisach o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

¹ Zob. art. 189a k.p.a.

- 3) umorzenie administracyjnej kary pieniężnej w całości lub części;
- 4) umorzenie odsetek za zwłokę w całości lub części.

Zgodnie z art. 189k § 1 k.p.a. organ administracji publicznej, który nałożył, na wniosek strony, w przypadkach uzasadnionych ważnym interesem publicznym lub ważnym interesem strony, może udzielić ulg w wykonaniu administracyjnej kary pieniężnej.

Organem właściwym do udzielenia ulgi w wykonaniu administracyjnej kary pieniężnej jest organ administracji publicznej, który ją nałożył. Rozstrzygnięcie w sprawie udzielenia ulgi ma charakter decyzji uznaniowej, co oznacza że jest podejmowana w sposób nieskrępowany żadnymi przepisami prawa, z uwzględnieniem jednak ważnego interesu publicznego oraz ważnego interesu strony.

W przypadku umorzenia zaległej administracyjnej kary pieniężnej umorzeniu podlegają także odsetki za zwłokę w całości lub takiej części, w jakiej została umorzona zaległa administracyjna kara pieniężna (art. 189k § 2 k.p.a.).

Postępowanie w tej sprawie może zostać wszczęte jedynie na wniosek strony; Kodeks postępowania administracyjnego nie przewiduje możliwości wszczęcia postępowania w sprawie udzielenia ulgi z urzędu.

Jak słusznie podkreślił Piotr Przybysz strona jest uprawniona do składania alternatywnych żądań, jak również do wielokrotnych wniosków o udzielenie ulgi. Strona, we wniosku «o udzielenie ulgi poprzez rozłożenie należności na raty, powinna określić termin odroczenia, liczbę i wysokość poszczególnych rat. Organ powinien ocenić realność zaproponowanego planu spłaty rat i może odmówić udzielenia ulgi, jeżeli uzna zaproponowany przez strony plan spłaty rat za niemożliwy do spełnienia w aktualnej sytuacji finansowej strony. Organ może również rozłożyć spłatę należności w sposób bardziej korzystny od proponowanego przez stronę»¹.

Z uwagi na zakres podmiotowy art. 189k k.p.a. zawiera regulacje które mają charakter generalny (legitymację strony ma każdy podmiot na którego nałożono administracyjną karę pieniężną) oraz regulacje, której podmiotami mogą być strony prowadzące działalność gospodarczą.

Zgodnie z art. 189k § 3 k.p.a. właściwy organ, na wniosek strony prowadzącej działalność gospodarczą, może udzielać określonych w § 1 ulg w wykonaniu administracyjnej kary pieniężnej, które:

- 1) nie stanowią pomocy publicznej;
- 2) stanowią pomoc de minimis albo pomoc de minimis w rolnictwie lub rybołówstwie – w zakresie i na zasadach określonych w bezpośrednio

¹ P. Przybysz, *Komentarz do art. 189h Kodeksu postępowania administracyjnego*, [w:] P. Przybysz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2018 [dostęp: 2.12.2018 r.].

obowiązujących przepisach prawa Unii Europejskiej dotyczących pomocy w ramach zasady de minimis;

3) stanowią pomoc publiczną:

a) mającą na celu naprawienie szkód spowodowanych klęskami żywiołowymi lub innymi zdarzeniami nadzwyczajnymi,

b) mającą na celu zaradzenie poważnym zaburzeniom w gospodarce,

c) zgodną z zasadami rynku wewnętrznego Unii Europejskiej, której dopuszczalność została określona przez właściwe organy Unii Europejskiej, udzielaną na przeznaczenie inne niż wymienione w lit. a i b.

11. Podsumowanie

Ustanowienie przepisów, które w regulują w sposób generalny problematykę nakładania lub wymierzania administracyjnej kary pieniężnej lub udzielania ulg w jej wykonaniu należy ocenić pozytywnie. Regulacja stanowi jeden z przejawów urzeczywistnienia wyrażonej w art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.¹ zasady sprawiedliwości społecznej oraz wspomnianej już Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

Dzięki takiemu rozwiązaniu zapewniono jednolite standardy traktowania jednostek oraz zagwarantowano wymierzanie kar racjonalnych i odpowiadających wadze popełnionego naruszenia².

Przepisy działu IVa k.p.a. w razie stwierdzenia naruszenia prawa, skutkującego nałożeniem administracyjnej kary pieniężnej, nakładają na organ administracji publicznej obowiązek wszechstronnego rozważenia okoliczności towarzyszących owemu naruszeniu, których uwzględnienie będzie miało wpływ na jej wymiar.

Streszczenie

Niniejszy tekst stanowi analizę zagadnień dotyczących administracyjnej kary pieniężnej, o której mowa w dziale IVa, zawartym w ustawie z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego³, obejmującym art. 189a do 189k.

Przepisy te regulują w sposób generalny problematykę nakładania lub wymierzania administracyjnej kary pieniężnej lub udzielania ulg w jej wykonaniu.

Słowa kluczowe

kara pieniężna, zasady wymiaru kary pieniężnej, postępowanie administracyjne

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483, ze zm.

² Druk nr 1183.

³ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, Dz. U. z 2018r. poz. 2096, zwana dalej k.p.a.

Nota o autorach

Tomasz Moll – dr n. prawnych, adiunkt w Zakładzie Prawa Karnego, Kryminologii i Kryminalistyki w Instytucie Prawa, Ekonomii i Administracji UJK.

Leszek Wieczorek – doktor habilitowany nauk prawnych, adwokat, prawnik i pedagog. Absolwent Wydziału Pedagogiki i Psychologii (1992) oraz Wydziału Prawa i Administracji (1997) Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach. Asystent (od 1992), adiunkt (od 2004) w Katedrze Pedagogiki Społecznej Wydziału Pedagogiki i Psychologii Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach. Od 2014 roku profesor nadzwyczajny Uniwersytetu Jana Kochanowskiego w Kielcach (UJK), od 2015 kierownik Zakładu Prawa Karnego, Kryminologii i Kryminalistyki w Instytucie Prawa, Ekonomii i Administracji UJK, w latach 2016-2017 prodziekan ds. nauki i współpracy z zagranicą Wydziału Prawa, Administracji i Zarządzania UJK. Od 2017 roku zastępca dyrektora a od 2017 dyrektor Instytutu Ekspertyz Sądowych im. Prof. dra Jana Sehna w Krakowie. Specjalizuje się w zagadnieniach kryminologii, prawa karnego, penitencjarystyki oraz w wybranych zjawiskach patologii społecznej. Autor 18 książek (w tym dwie współautorskie i dwa drugie wydania) oraz około 100 artykułów naukowych. Redaktor naczelny i zastępca przewodniczącego Rady Naukowej «Humanistycznych Zeszytów Naukowych Prawa Człowieka (Humanistic Scientific Fascicles Human Rights)». Aktywny uczestnik wielu krajowych i zagranicznych konferencji naukowych. Członek działających przy Instytucie Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk w Warszawie – Polskiego Towarzystwa Kryminologicznego (uprzednio członek zarządu) i Towarzystwa Naukowego Prawa Karnego. Ponadto członek Polskiego Towarzystwa Penitencjarnego (inicjator powstania i prezes Świętokrzyskiego Oddziału), The American Society of Criminology (ASC), The Academic Council on the United Nations (ACUNS) oraz Regional Academy on the United Nations (RAUN), a także członek założyciel Polskiego Towarzystwa Koordynowanej Ochrony Zdrowia. Organizator wielu konferencji krajowych i zagranicznych, w tym Świętokrzyskich Uniwersyteckich Konferencji Penitencjarnych.

Bibliografia

1. E. Kruk, *Sankcja administracyjna*, Lublin 2013.
2. M. Jaśkowska, M. Wilbrandt-Gotowicz, A. Wróbel, *Komentarz aktualizowany Kodeksu postępowania administracyjnego*, LEX/el. 2018.
3. J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2007.
4. P. Przybyś, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2018.

5. W. Radecki, *Odpowiedzialność za przestępstwa, wykroczenia i delikty administracyjne w prawie polskim, czeskim i słowackim*, Prok.i Pr. 2017, nr 10.

6. R. Stankiewicz, *Regulacja administracyjnych kar pieniężnych w Kodeksie postępowania administracyjnego po nowelizacji*, Radca Prawny ZN. 2017, nr 2.

7. M. Wierzbowski (red.), *Postępowanie administracyjne – ogólne, podatkowe, egzekucyjne i przed sądami administracyjnymi*, Warszawa 2017.

Źródła prawa

1. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483, ze zm.

2. Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz.U. z 1993r., nr 61, poz. 284.

3. Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, Dz. U. z 2018r. poz. 2096.

4. Ustawa z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, Dz. U. z 2018 r. poz. 1314, ze zm.

5. Ustawa z dnia 28 września 1991 r. o lasach, Dz. U. z 2018 r. poz. 2129.

6. Ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody, Dz. U. z 2018 r. poz. 1614.

7. Ustawa z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2017 r. poz. 935.

Wykaz orzecznictwa

1. Wyrok SN z dnia 29 września 2017 r., sygn. akt V CSK 642/16, LEX nr 2434728.

2. Wyrok WSA w Krakowie z dnia 25 września 2018 r., sygn. akt II SA/Kr 791/18, LEX nr 2562296.

Маміконян К. О.,
Начальник відділу координації наукових
досліджень Національного бюро експертиз
Республіки Вірменія,
Кандидат економічних наук

Асатрян Е. Р.,
кримінолог Науково-дослідного центру
прикладних проблем кримінології
Національного бюро експертиз
Республіки Вірменія

КОРУПЦІЙНА СИТУАЦІЯ І ШЛЯХИ ЗАПОБІГАННЯ КОРУПЦІЇ В РЕСПУБЛІЦІ ВІРМЕНІЯ¹

Нині боротьба з корупцією стала глобальною проблемою: немає жодної держави, яка в тій чи іншій мірі не зтикалася б з корупцією. Навіть ті країни, в яких рівень корупції мінімальний, піддаються негативному впливу корупційних проявів в інших країнах. У зв'язку з цим необхідно відзначити важливість кримінологічних досліджень в боротьбі з корупцією, так як вони дозволяють виявляти причини і умови, що сприяють корупції.

З огляду на те, що поняття «корупція» тлумачиться доволі широко та включає в себе соціальні, кримінальні, кримінологічні та інші аспекти, для отримання найбільш ефективного результату від виконаних кримінологічних досліджень в боротьбі з корупцією, необхідно уточнити рамки її дослідження.

Нині не існує єдиного для всіх, універсального визначення поняття «корупція». Найбільш загальне тлумачення запропоновано Організацією Об'єднаних Націй, згідно якого корупція — це використання посадовою особою свого службового становища з метою незаконного збагачення у власних інтересах або в інтересах третіх сторін або груп [1].

Більшість кримінологів вважають, що згадане вище загальновідоме тлумачення поняття, запропоноване Організацією Об'єднаних Націй, не розкриває в повному обсязі суті «корупції», оскільки корупція завжди є змовою, де присутні дві сторони: посадова особа, яка надає свої послуги, і друга сторона, яка користується цими послугами.

Отже, у вузькому сенсі, корупція включає в себе ті випадки злочинів, які являють собою змову. Очевидно, що злочини подібного

¹ Переклад на українську мову проф. В.Л. Федоренка.

роду можуть в конкретних випадках характеризуватися як прояв корупції в широкому значенні, а й в інших випадках – як прояв корупції у вузькому сенсі.

Важливо наголосити, що корупція, будучи соціально-правовим явищем, включає в себе різні прояви поведінки, зокрема корупційні злочини та пов'язані з ними інші злочини, а саме адміністративні, соціально-правові та дисциплінарні правопорушення. Останнім часом виникають як нові прояви корупції, які не зважаючи на свою добревідомість, не були так розповсюджені як сьогодні. Більшість з цих проявів корупції на сьогодні не криміналізовані, або не унормовані в законодавстві безпосередньо. Наприклад, фаворитизм і непотизм, які досить негативно впливають, особливо на державну та корпоративну кадрову політику.

Що стосується проявів корупції у Республіці Вірменії та питань щодо реалізації антикорупційної боротьби в державі, то слід зазначити, що з боку Уряду Республіки Вірменія іще на початку минулого десятиліття була розроблена стратегія, спрямована на боротьбу з корупцією. Так, 6 листопада 2003 р., Постановою № 1522-Н Уряду Республіки Вірменія була затверджена антикорупційна стратегія Вірменії, а також Програма дій щодо її реалізації. Головною передумовою для комплексної реалізації антикорупційної політики Республіки Вірменія насамперед слід відзначити розвиток інституційного середовища, що дозволяє забезпечувати призначення сумнісних та відповідальних посадових осіб в системі державного управління. У цьому сенсі формування та утвердження відповідних «правил гри» сприятиме зниженню рівня поширення корупції, підвищенню суспільної довіри щодо органів, уповноважених на боротьбу з корупцією, а також створить сприятливі умови для застосування більш продуктивних і ефективних засобів для запобігання корупції.

За останні три роки цільовими кроками по здійсненню антикорупційної стратегії Уряду Республіки Вірменія є: чітке виявлення нових цільових сфер протидії корупції, впровадження показників моніторингу та оцінки, а також здійснення конкретних заходів, які повинні бути спрямовані на запобігання корупції та підвищення продуктивності системи розслідування корупційних злочинів, з обов'язковим залученням представників громадянського суспільства, підприємців, учених, юристів та інших зацікавлених осіб.

На сьогодні державна антикорупційна політика та механізми її модернізації модернізуються. Так, Постановою Уряду Республіки Вірменія № 1141-Н від 25.09.2015 р. була затверджена «Антикорупційна стратегія Республіки Вірменія та Програма її реалізації на 2015-2018 рр.». Цією Постановою Уряд Вірменії визначив цілі нової Програми

реалізації антикорупційної політики у республіці, основні напрямки реалізації державної антикорупційної політики, завдання, способи боротьби з корупцією, а також пріоритетні сфери боротьби із корупцією, у першу чергу, в галузі освіти, охорони здоров'я, роботи державних органів, в першу чергу, органів державних доходів і поліції.

Постановою Уряду Республіки Вірменія № 1141-Н від 25.09.2015 р. також була затверджена система моніторингу і оцінки показників програми заходів щодо реалізації державної антикорупційної стратегії у Вірменії на 2015-2018 рр. У зв'язку з цим, антикорупційна стратегія Республіки Вірменія спрямована на забезпечення структурних і операційних реформ органів державного управління, оскільки в плані запобігання корупції важливо формування корпусу законослухняних і сумлінних державних службовців. З цієї точки зору, головними умовами формування інституційного середовища, що забезпечує належну поведінку державних службовців і посадових осіб, є забезпечення повного доступу до відкритої інформації, забезпечення формування стійкого зв'язку, безперервного діалогу між громадянським суспільством, органами влади та державними установами [3].

Відповідно до публікацій «Транспарансі Інтернешинал» (*Transparency International*), у 22-ій рейтинговій системі корупційного сприйняття, в 2016 році Вірменія з 33 балами зайняла 113-є місце в списку з 176 країн. Для порівняння зазначимо, що в 2015 р. Вірменія з 35 балами займала 95 місце серед 168 країн [5].

На сьогоднішній день у Вірменії діє система з декларування активів та інтересів державних службовців і посадових осіб. В рамках дії законодавства РВ функціонує система електронного декларування майна і доходів, що є вимогою 14-ої статті «Конвенції ООН проти корупції» [1]. Не дивлячись на те, що ця система забезпечує спрощення процесу декларування, а також гарантує прозорість і доступність для громадськості задекларованих даних, вона усе іще залишається неповною і потребує удосконалення.

У Вірменії існує децентралізована система управління по боротьбі з корупцією. Правоохоронні функції здійснюються слідчими органами: Генеральною прокуратурою Республіки Вірменія, Поліцією при Уряді Республіки Вірменія та Службою Національної безпеки Республіки Вірменія. У контексті інституціональної моделі щодо запобігання корупції, антикорупційний контроль також здійснює, створена рішенням Уряду Республіки Вірменія в 2015 році, Рада по боротьбі з корупцією, на чолі з Прем'єр-міністром Республіки Вірменія. Ця Рада включає до свого складу: Міністра фінансів Республіки Вірменія, Міністра юстиції Республіки Вірменія, Генерального прокурора Республіки Вірменія, Голову комісії з етики високопоставлених осіб. До Ради входять також по одному представнику з парламентських опозиційних фракцій, Голова

громадської ради тощо. На додаток до перерахованих вище структур в боротьбі з корупцією залучена також Комісія з етики високопоставлених осіб, створена на основі прийнятого в 2012 р. Закону Республіки Вірменія «Про цивільну службу», Комісія з етики Національних Зборів Республіки Вірменія, Комісія з етики Ради голів судів Республіки Вірменія, Контрольна Палата Республіки Вірменія, Комісія з питань захисту економічної конкуренції Республіки Вірменія, Рада цивільної служби Республіки Вірменія, Центральна виборча комісія Республіки Вірменія та ін. [3].

Враховуючи міжнародний досвід та особливості проявів антикорупційних діянь у Республіці Вірменія, Національне Зібрання проявив у червні 2017 року прийняло Закон «Про систему інформування», який вступив в силу з 1-ого січня 2018 року [2]. Цей Закон дозволяє легітимізувати відносини, пов'язані з інформуванням щодо корупційних діянь і гарантує продуктивну реалізацію права громадян на інформування в боротьбі з корупцією. Зокрема, цей Закон унормовує відносини, пов'язані з порядком інформування, правами інформованої особи, обов'язками державних органів і органів місцевого самоврядування, державних установ і організацій, а також громадських організацій щодо розпорядження відповідною інформацією, а також із захистом особи, яка інформує та із захистом афілійованих з нею осіб [2].

Чинники, що сприяють корупційним злочинам та явищу корупції в цілому, є множинними і річноплановими та зустрічаються у всіх соціальних групах, що ускладнює здійснення наукових досліджень, спрямованих на їх виявлення і протидію.

Вивченням кримінологічних проблем протягом останніх десяти років активно зайнятий Науково-дослідний центр з прикладних питань кримінології, що діє при Національному бюро експертиз Республіки Вірменія. Цей Центр був заснований в 2009 році Рішенням Уряду Республіки Вірменія від 11.06.2009 р. № 638-Н. Одним із завдань Центру є вивчення причин і умов злочинності, а також наукова розробка заходів щодо запобігання злочинності. З 2009 року Центр виконав серію комплексних досліджень, що дозволяють виявити причини і умови злочинності за заявленими запитами правоохоронних органів Республіки Вірменія та інших зацікавлених державних установ.

На початку 2018 року для найбільш ефективної і цілеспрямованої організації роботи в сфері здійснення кримінологічних досліджень, з метою виявлення причин і умов злочинності, налагоджено активну співпрацю між Генеральною прокуратурою Республіки Вірменія і Національним бюро експертиз Республіки Вірменія. У межах цієї співпраці особливо важлива увага приділяється кримінологічним дослідженням питань щодо протидії корупційним злочинам.

На сьогодні, говорячи про кримінологічні аспекти появи корупції в Вірменії, слід звернути увагу на низку основоположних тенденцій. Зокрема, важливо відзначити, що з роками трансформувалось коло злочинів, які вважаються корупційними. Тому, наказом Генерального прокурора Республіки Вірменія від 19.01.2017 року змінено систему злочинів, які вважаються корупційними в Республіці Вірменія. Нині це вже 67 злочинів, передбачених Кримінальним кодексом Республіки Вірменія. Слід зазначити, що корупційних злочинів, перелічених у попередньому списку, було менше, і природньо, що вивчення статистичних даних минулих років, а також динамічні і структурні зміни корупційних злочинів можуть істотно відрізнятись.

При дослідженні офіційної статистики, необхідно враховувати високий рівень латентності цих злочинів, хоча за останні кілька років значно збільшився показник розкриття відповідних корупційних злочинів. Їх виявлення, розкриття, а також доведення винуватості посадових осіб часто є складною проблемою та вимагає реалізації послідовних, компетентних, планованих, ефективних і спільних дій з боку органів кримінального переслідування. Наприклад, протягом 2017 р. було зареєстровано 163 випадки хабарництва, що на 92 випадки або на 130% перевищує дані 2016 р. (71 випадок). Крім того, за останні 10 років, спостерігається різке зростання подібних злочинів: в 2007 р.- 7 випадків, у 2017 – 163 випадки. У 2017 р. 43 посадових осіб було притягнуто до відповідальності, що на 17 випадків або на 65% більше ніж у 2016 р. (26 осіб). Збільшилась також кількість зловживань службовим становищем і перевищення посадовими особами своїх повноважень. У 2017 р. було зареєстровано 150 подібних випадків, що на 14 випадків або на 10% більше ніж у 2016 р. У 2017 р. 56 посадових осіб було притягнуто до відповідальності за перевищення службових повноважень, що в два рази більше ніж в 2016 (28 осіб) [4].

Однак, слід зазначити, що і на сьогодні більшість корупційних злочинів у Вірменії залишаються латентними. Отже, однією з основних задач є проведення заходів, спрямованих на створення найбільш об'єктивних уявлень про ступінь латентності корупційних злочинів.

Однією з актуальних проблем для Республіки Вірменія є негативна динаміка розвитку хабарництва. Раніше, до перехідного періоду, більшість випадків хабарництва знаходило свій вияв у побутовій сфері: хабар давалася, наприклад, для отримання роботи або посади, для можливості скористатися певною послугою, вступу до вищого навчального закладу і т.д. У зв'язку з цим слід зазначити, що в нашому суспільстві сформувалася певна толерантність до хабарництва. У багатьох випадках навіть вітається дача хабара, особливо коли мова йде про «хабарі-подяки».

За таких умов зростає латентність хабарництва, так як більшість людей не схильні повідомляти факти хабарництва правоохоронним

органам. Про це також свідчать попередні опитування. Близько 60% респондентів не засуджують хабарництво, близько 80% готові взяти хабар, а більше 90% – дати хабар. Однак, на сьогоднішній день хабарництво в побутовій сфері в Вірменії становить всього 13-16% від загального показника хабарництва. Замість цього зростає питома вага корупції в сфері державного управління, бізнесу, а також правосуддя. Очевидно, що названа теденція дуже небезпечна, оскільки подібні прояви корупції можуть загрожувати національній безпеці країни.

Беручи до уваги, що причини і фактори, які спонукають до корупції, різноманітні і множинні, а корупція, як уже було зазначено вище, є широкою правовою категорією і включає в себе різні аспекти, на початковому етапі для здійснення кримінологічних досліджень Науково-дослідному центру з прикладних питань кримінології важливо було визначити цілі і завдання дослідження, а також виявити фактори, що сприяють корупційним злочинам.

У зв'язку з цим, для успішного виконання кримінологічних досліджень, останнім необхідно правильно організувати і, в першу чергу, розділити систему причин і умов корупції, до яких, в основному, відносяться: історичні та культурні, соціально-економічні, організаційно-правові, юридичні, політичні, морально-психологічні чинники.

Беручи до уваги вище вказані фактори, а також пріоритетні напрями, визначені Генеральною прокуратурою Республіки Вірменія, Науково-дослідним центром з прикладних питань кримінології розроблений вказаний нижче алгоритм досліджень:

1. Аналіз офіційних статистичних даних про корупційні злочини за останні 10 – 15 років. Аналіз офіційних статистичних даних допоможе виявити рівень, структуру, мобільність і тенденції розвитку злочинності.

2. Дослідження кримінальних справ за період останніх 5 – 10 років за вище вказаними злочинами, з уже остаточними і чинними вироками, що будуть виконані за допомогою спеціально розробленого для цього опитувальника. Таким чином, дослідження кримінальних справ дозволить виявити кримінологічні фактори зазначених злочинів, їх причини та умови, основні закономірності в механізмі їх реалізації тощо.

3. Проведення експертного опитування серед професіоналів даної сфери, співробітників правоохоронних органів: прокурорів, слідчих, працівників поліції, а також серед експертів, що спеціалізуються в цій сфері. Відповідне дослідження дозволить як сформулювати професійну думку про поширення вище вказаних злочинів, ефективності заходів їх запобігання, так і розробити і впровадити нові методи їх прогнозування,

врахувати прогалини і недоліки в системі кримінального правосуддя, з подальшими рекомендаціями щодо їх усунення.

4. Вивчення раніше виконаних досліджень в галузі протидії корупції, як в самій Республіці Вірменія, так і за її межами, а саме: вивчення передової міжнародної практики в галузі боротьби з корупцією, запобігання корупційних злочинів, нейтралізації шкідливих наслідків, впровадження профілактичних ефективних заходів, і їх порівняння з отриманими результатами досліджень виконаних в Центрі.

5. Реалізація соціологічних опитувань серед населення. Широкомасштабні соціологічні опитування населення дозволять виявити тенденції зміни з роками ставлення населення до корупції, рівень участі громадськості в боротьбі з корупцією, причини не повідомляти про випадки хабарництва в правоохоронні органи, а також дозволять деталізувати уявлення про рівень латентності хабарництва, що має важливе значення з точки зору запобігання таких правопорушень.

Таким чином, дослідження в перерахованих вище пунктах, дозволять заміряти реальний вплив корупції в Вірменії, підготувати пропозиції Генеральній прокуратурі Республіки Вірменія для розробки стратегії боротьби з проявами корупції в Республіки Вірменія, тим самим зруйнувати причинно-наслідкові зв'язки корупції, і як наслідок – поліпшити ситуацію у сфері запобігання та боротьби з корупцією в Республіці Вірменія.

Список використаних джерел:

1. Резолюция 58/4 Генеральной Ассамблеи от 31 октября 2003 года «Конвенция Организации Объединённых Наций против коррупции».
2. Закон Республики Армения от 28 июня 2017 года №ЗР-97 «О системе осведомления».
3. Постановление Правительства РА N 1141-Н от 25.09.2015г. «Антикоррупционная стратегия Республики Армения и программа ее реализации на 2015-2018гг».
3. www.prosecutor.am – Официальный сайт Генеральной прокуратуры РА
4. www.transparency.am – Официальный сайт Антикоррупционного центра «Транспаранси Интернэционал»

Tomasz Moll,
adiunkt w Zakładzie Prawa Karnego,
Kryminologii i Kryminalistyki w
Instytucie Prawa, Ekonomii i Administracji UJK,
dr n. prawnych,

Marcin Chodkowski,
mgr prawa, adwokat

SKUTKI PRAWNE ZWIĄZANE Z NARUSZENIEM DYSPOZYCJI ART. 25c USTAWY O SAMORZĄDZIE POWIATOWYM

1. Uwagi wprowadzające

Niniejsze opracowanie poświęcone jest skutkom związanym z obowiązkiem składania oświadczeń majątkowych przez wskazanych w art. 25c ustawy o samorządzie powiatowym funkcjonariuszy publicznych. Podkreślić należy, że złożenie oświadczenia majątkowego przez osoby wskazane w art. 25c ust. 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym¹ jest obligatoryjne². Nieuczynienie zadość temu obowiązkowi wiąże się z koniecznością poniesienia przez jego adresata skutków prawnych, które mogą przybrać różną postać, w zależności od charakteru naruszenia dyspozycji art. 25c u.s.p.

W myśl art. 25c ust. 1 u.s.p. osobami obowiązаныmi do złożenia oświadczenia o swoim stanie majątkowym są: radny, członek zarządu powiatu, sekretarz powiatu, skarbnik powiatu, kierownik jednostki organizacyjnej powiatu, osoba zarządzająca i członek organu zarządzającego powiatową osobą prawną oraz osoba wydająca decyzje administracyjne w imieniu starosty. Jak słusznie podkreślono w doktrynie prawa, obowiązek złożenia oświadczenia wynika z pełnienia funkcji, a nie ze sposobu zatrudnienia³, bowiem jego zakresem objęte są zarówno osoby będące pracownikami samorządowymi, jak i pełniące funkcje honorowo.

2. Informacje zawarte w oświadczeniu majątkowym

Art. 25c ust. 2 u.s.p. wymienia w sposób enumeratywny informacje, które powinny znaleźć się w oświadczeniu majątkowym⁴, a należą do nich:

¹ Dz. U. z 2018 r. poz. 995 ze zm., dalej: u.s.p.

² Por. J. Jagoda, Komentarz do art. 25c ustawy o samorządzie powiatowym, (w:) B. Dolnicki (red.), Ustawa o samorządzie powiatowym. Komentarz, wyd. II, 2007, Lex. el. (dostęp – 1.12.2018).

³ Ibidem.

⁴ Wzór formularza oświadczenia majątkowego radnego oraz wzór formularza oświadczenia majątkowego członka zarządu powiatu, sekretarza powiatu, skarbnika powiatu, kierownika jednostki organizacyjnej powiatu, osoby zarządzającej i członka

1) informacje o zasobach pieniężnych, nieruchomościach, udziałach i akcjach w spółkach handlowych oraz o nabyciu od Skarbu Państwa, innej państwowej osoby prawnej, jednostek samorządu terytorialnego, ich związków lub od komunalnej osoby prawnej mienia, które podlegało zbyciu w drodze przetargu, a także dane o prowadzeniu działalności gospodarczej oraz dotyczące zajmowania stanowisk w spółkach handlowych;

2) informacje o dochodach osiągniętych z tytułu zatrudnienia albo innej działalności zarobkowej lub zajęć, z podaniem kwot uzyskiwanych z każdego tytułu;

3) informacje o mieniu ruchomym o wartości powyżej 10 000 złotych;

4) informacje o zobowiązaniach pieniężnych o wartości powyżej 10 000 złotych, w tym zaciągniętych kredytach i pożyczkach oraz warunkach, na jakich zostały udzielone.

W myśl art. 25c ust. 2 u.s.p. osoba składająca oświadczenie majątkowe określa w nim przynależność poszczególnych składników majątkowych, dochodów i zobowiązań do majątku odrębnego i majątku objętego małżeńską wspólnością majątkową¹. Przepis ten stanowi rozwinięcie zakresu przedmiotowego oświadczenia majątkowego, jednakże w istotny sposób modyfikuje również jego zakres podmiotowy, ponieważ małżonek osoby obowiązanej do złożenia oświadczenia majątkowego zostaje pośrednio objęty tym obowiązkiem. Pośrednie objęcie obowiązkiem złożenia oświadczenia majątkowego oznacza, że małżonek radnego, pomimo iż sam nie składa oświadczenia, to ujawnia określone informacje dotyczące jego majątku (np. informacje o dochodach osiągniętych z tytułu zatrudnienia albo innej działalności zarobkowej lub zajęć).

3. Terminy składania oświadczeń majątkowych

Terminy do złożenia oświadczenia majątkowego są odmiennie określone w zależności od pełnionej funkcji. W przypadku radnego termin do złożenia pierwszego oświadczenia majątkowego wynosi 30 dni od dnia złożenia ślubowania. Do pierwszego oświadczenia majątkowego radny jest obowiązany dołączyć informację o sposobie i terminie zaprzestania

organu zarządzającego powiatową osobą prawną oraz osoby wydającej decyzje administracyjne w imieniu starosty określony został w załącznikach nr 1 i 2 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 lutego 2003 r. Dz.U. z 2003 r., nr 34, poz. 283.

¹ Zgodnie z art. 31 § 2 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz. U. z 2017 r. poz. 682 ze zm. do majątku wspólnego należą w szczególności: 1) pobrane wynagrodzenie za pracę i dochody z innej działalności zarobkowej każdego z małżonków; 2) dochody z majątku wspólnego, jak również z majątku osobistego każdego z małżonków; 3) środki zgromadzone na rachunku otwartego lub pracowniczego funduszu emerytalnego każdego z małżonków; 4) kwoty składek zewidencjonowanych na subkoncie, o którym mowa w art. 40a ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1778, z późn. zm.).

prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia powiatu, w którym uzyskał mandat, jeżeli taką działalność prowadził przed dniem wyboru. Kolejne oświadczenia majątkowe są składane przez radnego co roku do dnia 30 kwietnia, według stanu na dzień 31 grudnia roku poprzedniego, oraz na 2 miesiące przed upływem kadencji (por. art. 25c ust. 4 u.s.p.).

W przypadku radnych terminy składania przez nich oświadczeń majątkowych mogą się od siebie różnić, co związane jest ze zdarzeniem, od którego zaczyna biec 30-dniowy termin. Co do zasady radny składa ślubowanie na pierwszej sesji rady powiatu, jednakże w przypadku jego nieobecności albo też uzyskania mandatu w czasie trwania kadencji składa ślubowanie na pierwszej sesji, na której jest obecny¹. A zatem data, od której rozpoczyna się bieg 30-dniowego terminu, nie musi być jednakowa dla wszystkich radnych.

Natomiast w przypadku członka zarządu powiatu, sekretarza powiatu, skarbnika powiatu, kierownika jednostki organizacyjnej powiatu, osoby zarządzającej i członka organu zarządzającego powiatową osobą prawną oraz osoby wydającej decyzje administracyjne w imieniu starosty termin na złożenie pierwszego oświadczenia majątkowego wynosi 30 dni od dnia wyboru lub powołania na stanowisko albo od dnia zatrudnienia. Do pierwszego oświadczenia majątkowego członek zarządu powiatu, sekretarz powiatu, skarbnik powiatu, kierownik jednostki organizacyjnej powiatu, osoba zarządzająca i członek organu zarządzającego powiatową osobą prawną oraz osoba wydająca decyzje administracyjne w imieniu starosty są obowiązani dołączyć informację o sposobie i terminie zaprzestania prowadzenia działalności gospodarczej, jeżeli prowadzili ją przed dniem wyboru, powołania lub zatrudnienia. Kolejne oświadczenia majątkowe są składane przez nich co roku do dnia 30 kwietnia, według stanu na dzień 31 grudnia roku poprzedniego, oraz w dniu odwołania ze stanowiska lub rozwiązania umowy o pracę (por. art. 25c ust. 5 u.s.p.).

Istotą pierwszego oświadczenia majątkowego jest pokazanie stanu majątkowego na dzień objęcia funkcji, co służy ustaleniu, z jakim majątkiem osoba obowiązana rozpoczyna sprawowanie funkcji publicznej, a następnie kontroli ewentualnego przyrostu albo uszczuplenia majątku w trakcie sprawowania funkcji, w świetle kolejnych oświadczeń majątkowych². W sposób krytyczny należy odnieść się do sposobu określenia terminów kolejnych oświadczeń majątkowych, jak również oświadczeń «ostatnich».

Jak podkreślił Marcin Bator, termin do złożenia oświadczenia majątkowego ma charakter materialny, co oznacza, że jeżeli ostatni dzień do złożenia oświadczenia majątkowego przypada na dzień ustawowo wolny od

¹ A. Wierzbica, Terminy składania oświadczeń majątkowych w prawie samorządu terytorialnego – postulaty de lege ferenda, ST 2012, nr 10, s. 43.

² M. Bator, Oświadczenia majątkowe w samorządzie terytorialnym, NZS 2011, nr 2, s. 17.

pracy, to termin ten nie ulega przesunięciu na najbliższy dzień powszedni. Aby mówić o zachowaniu terminu, konieczne jest złożenie oświadczenia majątkowego w dniu określonym w ustawie «na ręce» osoby uprawnionej. W przypadku wysłania oświadczenia majątkowego pocztą terminem jego «skutecznego» złożenia nie jest data nadania przesyłki, a data jej dostarczenia do właściwego urzędu¹.

Magdalena Gurdek słusznie zauważyła istotny problem związany ze złożeniem pierwszego oświadczenia majątkowego przez pracownika, który został upoważniony do wydawania decyzji administracyjnych w imieniu starosty nie w dniu powołania na stanowisko czy podpisania umowy o pracę, lecz w trakcie trwającego już zatrudnienia. Art. 25c ust. 5 u.s.p. stanowi o terminie 30 dni od dnia powołania na stanowisko albo od dnia zatrudnienia, a nie od udzielenia upoważnienia. «W związku z powyższym pracownik ten nie jest obowiązany do złożenia oświadczenia ani przy nawiązaniu stosunku pracy, gdyż wówczas nie należy on jeszcze do kategorii pracowników wydających decyzje administracyjne, ani po uzyskaniu upoważnienia, gdyż takiego obowiązku nie przewiduje ustawa. Składa on dopiero najbliższe roczne oświadczenie w terminie do 30 kwietnia roku następującego po roku, w którym został upoważniony. Z pewnością taka regulacja jest niedopatrzaniem ze strony prawodawcy, a nie celowym działaniem»².

Kolejne oświadczenia majątkowe są składane co roku do dnia 30 kwietnia, według stanu na dzień 31 grudnia roku poprzedniego (por. art. 25c ust. 4 i 5 u.s.p.). Z uwagi na wymóg ujawnienia majątku «sprzed czterech miesięcy» oświadczenie przedstawia nie stan aktualny, lecz historyczny, bowiem osoba je składająca, nawet w sytuacji znacznego przysporzenia majątkowego w okresie pomiędzy 1 stycznia a 30 kwietnia, nie jest obowiązana tego faktu ujawniać w oświadczeniu składanym do dnia 30 kwietnia tego samego roku.

Odnośnie do oświadczeń «ostatnich», składanych przez radnych na 2 miesiące przed upływem kadencji, sposób sformułowania owego terminu prowadzi do wniosku, że aby można było mówić o skutecznym złożeniu oświadczenia, musi ono nastąpić dokładnie na 2 miesiące przed upływem kadencji. Wcześniejsze albo późniejsze jego złożenie będzie nieskuteczne. Milczenie ustawodawcy odnośnie do stanu majątkowego, który powinien być uwzględniony w «oświadczeniu ostatnim», zdaje się oznaczać, że chodzi o stan majątkowy istniejący w dniu złożenia oświadczenia.

¹ Ibidem.

² M. Gurdek, Nowe zasady składania oświadczeń o stanie majątkowym, http://www.wspolnota.org.pl/index.php?id=9&tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&tx_news_pi1%5Bnews%5D=22393&cHash=57d7287c67b83e737c32a51c8455674f (dostęp – 2.12.2018).

W przypadku członka zarządu powiatu, sekretarza powiatu, skarbnika powiatu, kierownika jednostki organizacyjnej powiatu, osoby zarządzającej i członka organu zarządzającego powiatową osobą prawną oraz osoby wydającej decyzje administracyjne w imieniu starosty, «oświadczenie ostatnie» składane jest w dniu odwołania ze stanowiska lub rozwiązania umowy o pracę. Wcześniejsze albo późniejsze złożenie oświadczenia majątkowego będzie nieskuteczne. Również i w tym przypadku wydaje się, że «oświadczenie ostatnie» obejmuje stan majątkowy istniejący w dniu jego złożenia.

Oprócz terminów ustawowych (o których mowa wyżej), art. 25c ust. 5a u.s.p. przewiduje terminy urzędowe (wyznaczone przez właściwy podmiot)¹.

4. Analiza i kontrola oświadczeń majątkowych

Podmioty, którym składane są oświadczenia majątkowe wraz z kopią zeznania o wysokości osiągniętego dochodu w roku podatkowym (PIT) za rok poprzedni i jego korektą (w dwóch egzemplarzach), to:

- przewodniczący rady powiatu – jeśli chodzi o oświadczenia radnych;
- starosta – odnośnie do oświadczeń wicestarosty, członka zarządu powiatu, sekretarza powiatu, skarbnika powiatu, kierownika jednostki organizacyjnej powiatu, osoby zarządzającej i członka organu zarządzającego powiatową osobą prawną oraz osoby wydającej decyzje administracyjne w imieniu starosty;
- wojewoda – w przypadku oświadczeń starosty i przewodniczącego rady powiatu.

Osoby wymienione wyżej, którym złożono oświadczenie majątkowe, przekazują jeden egzemplarz urzędowi skarbowemu właściwemu ze względu na miejsce zamieszkania osoby składającej oświadczenie majątkowe.

Analizy danych zawartych w oświadczeniu majątkowym dokonują zarówno osoby, którym złożono oświadczenie majątkowe, jak i urząd skarbowy właściwy ze względu na miejsce zamieszkania osoby składającej oświadczenie majątkowe (por. art. 25c ust. 6 i 7 u.s.p.).

Wszystkie podmioty dokonujące analizy są uprawnione do porównania treści analizowanego oświadczenia majątkowego oraz załączonej kopii zeznania o wysokości osiągniętego dochodu w roku podatkowym (PIT) z treścią uprzednio złożonych oświadczeń majątkowych oraz z dołączonymi do nich kopiami zeznań o wysokości osiągniętego dochodu w roku podatkowym (PIT). Nieco szersze są uprawnienie urzędu skarbowego, bowiem uwzględnia on również zeznanie o wysokości osiągniętego dochodu w roku podatkowym (PIT) małżonka osoby składającej oświadczenie.

W przypadku podejrzenia, że osoba składająca oświadczenie majątkowe podała w nim nieprawdę lub zataiła prawdę, podmiot dokonujący analizy

¹ Patrz teza piąta niniejszego opracowania.

oświadczenia występuje do dyrektora urzędu kontroli skarbowej właściwego ze względu na miejsce zamieszkania osoby składającej oświadczenie z wnioskiem o kontrolę jej oświadczenia majątkowego (art. 25c ust. 9 u.s.p.).

Tak szeroko określony zakres podmiotów zobowiązanych do analizy danych zawartych w oświadczeniu majątkowym nie jest najtrafniejszym rozwiązaniem, szczególnie z punktu widzenia fachowości owej analizy. Wydaje się, że zobowiązanie do analizy danych zawartych w oświadczeniu majątkowym jedynie urzędu skarbowego właściwego ze względu na miejsce zamieszkania osoby składającej oświadczenie majątkowe zapewniałoby dokonywanie tych czynności przez fachowy podmiot¹. Fachowość powinna sprzyjać temu, że wystąpienia do dyrektora urzędu kontroli skarbowej właściwego ze względu na miejsce zamieszkania osoby składającej oświadczenie z wnioskiem o kontrolę jej oświadczenia majątkowego miałyby miejsce jedynie w przypadkach uzasadnionych, a nie np. w przypadku błędów pisarskich lub w innych nieistotnych omyłkach.

Do postępowania w sprawie kontroli oświadczenia majątkowego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej² dotyczące kontroli oświadczeń majątkowych osób zatrudnionych lub pełniących służbę w jednostkach organizacyjnych podległych ministrowi właściwemu do spraw finansów publicznych (art. 25c ust. 11 u.s.p.)³.

5. Rodzaje skutków prawnych związanych z naruszeniem dyspozycji art. 25c u.s.p. Przepisy ustawy o samorządzie powiatowym pozwalają wskazać następujące rodzaje skutków prawnych związanych z naruszeniem dyspozycji art. 25c u.s.p.:

A. Skutki o charakterze informacyjnym. Zgodnie z art. 25c ust. 12 u.s.p. podmiot dokonujący analizy oświadczeń majątkowych w terminie do dnia 30 października każdego roku przedstawia radzie powiatu informację o: 1) osobach, które nie złożyły oświadczenia majątkowego lub złożyły je po terminie; 2) nieprawidłowościach stwierdzonych w analizowanych oświadczeniach majątkowych wraz z ich opisem i wskazaniem osób, które złożyły nieprawidłowe oświadczenia; 3) działaniach podjętych w związku z nieprawidłowościami stwierdzonymi w analizowanych oświadczeniach majątkowych.

¹ Por. J. Jagoda, op. cit.

² Dz. U. z 2016 r. poz. 720, z późn. zm., dalej: u.k.s.

³ W myśl art. 14a ust. 1 u.k.s. na żądanie organu kontroli skarbowej podmiot uprawniony, na podstawie odrębnych przepisów, do odebrania oświadczenia o stanie majątkowym jest obowiązany przekazać temu organowi poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię tego oświadczenia – w terminie 14 dni od dnia otrzymania żądania. Kontrolę oświadczeń o stanie majątkowym przeprowadza się przede wszystkim w siedzibie jednostki organizacyjnej kontroli skarbowej (art. 14a ust. 4 u.k.s.).

Skutki o charakterze informacyjnym obejmują wszystkie osoby obowiązane do złożenia oświadczenia o swoim stanie majątkowym.

Podmiotem dokonującym analizy oświadczeń majątkowych radnego jest przewodniczący rady powiatu, w przypadku starosty, przewodniczącego rady powiatu – wojewoda, natomiast odnośnie do wicestarosty, członka zarządu powiatu, sekretarza powiatu, skarbnika powiatu, kierownika jednostki organizacyjnej powiatu, osoby zarządzającej i członka organu zarządzającego powiatową osobą prawną oraz osoby wydającej decyzje administracyjne w imieniu starosty – starosta. Ponadto analizy danych zawartych w oświadczeniu majątkowym dokonuje również urząd skarbowy właściwy ze względu na miejsce zamieszkania osoby składającej oświadczenie majątkowe (por. art. 25c ust. 7 u.s.p.).

Skutki o charakterze informacyjnym mają charakter jedynie wewnętrzny, bowiem informacja przekazywana jest jedynie do wiadomości organu stanowiącego powiatu, nie podlega natomiast udostępnieniu w Biuletynie Informacji Publicznej.

B. Skutki o charakterze funkcyjno-finansowym. Jeżeli terminy ustawowe¹ określone w art. 25c ust. 4 lub 5 nie zostaną dotrzymane, odpowiednio przewodniczący rady powiatu, wojewoda lub starosta w terminie 14 dni od dnia stwierdzenia niedotrzymania terminu wzywa osobę, która nie złożyła oświadczenia, do jego niezwłocznego złożenia, wyznaczając dodatkowy 14-dniowy termin. Termin ten liczy się od dnia skutecznego dostarczenia wezwania.

Niezłożenie oświadczenia majątkowego mimo upływu dodatkowego terminu rodzi nierówne skutki prawne². W przypadku radnego powoduje jedynie wygaśnięcie mandatu (por. art. 25f ust. 1 pkt 1 u.s.p.), natomiast w przypadku członka zarządu powiatu, sekretarza powiatu, skarbnika powiatu, kierownika jednostki organizacyjnej powiatu, osoby zarządzającej i członka organu zarządzającego powiatową osobą prawną oraz osoby wydającej decyzje administracyjne w imieniu starosty – powoduje utratę ich wynagrodzenia za okres od dnia, w którym powinno być złożone oświadczenie, do dnia złożenia oświadczenia (por. art. 25f ust. 1 pkt 2 u.s.p.). Ponadto jeżeli członek zarządu powiatu lub skarbnik powiatu nie złożą w terminie oświadczenia majątkowego, rada powiatu odwołuje ich w drodze uchwały najpóźniej po upływie 30 dni od dnia, w którym upłynął termin do złożenia oświadczenia (art. 25f ust. 2 u.s.p.). Jeżeli sekretarz powiatu, kierownik jednostki organizacyjnej powiatu, osoba zarządzająca i członek organu zarządzającego powiatową osobą prawną oraz osoba wydająca decyzje administracyjne w imieniu starosty nie złożą w terminie oświadczenia majątkowego, właściwy organ odwołuje ich albo rozwiązuje z

¹ Patrz teza trzecia niniejszego opracowania.

² Por. M. Gurdek, op. cit.

nimi umowę o pracę najpóźniej po upływie 30 dni od dnia, w którym upłynął termin do złożenia oświadczenia (art. 25f ust. 3 u.s.p.).

Podkreślić należy, że zarówno odwołanie, jak i rozwiązanie umowy o pracę w trybie określonym wyżej (w art. 25f ust. 2 i 3 u.s.p.) jest równoznaczne z rozwiązaniem umowy o pracę bez wypowiedzenia na podstawie art. 52 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy¹

C. Skutki o charakterze karnym. W myśl art. 25g u.s.p. podanie nieprawdy lub zatajenie prawdy w oświadczeniu majątkowym powoduje odpowiedzialność na podstawie art. 233 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny².

Odpowiedzialności, o której mowa w art. 25g u.s.p., podlegają wszystkie osoby wymienione w art. 25c ust. 1 u.s.p. obowiązane do złożenia oświadczenia o swoim stanie majątkowym, bez względu na to, czy pełnią określoną funkcję na podstawie zatrudnienia, czy honorowo.

Podkreślić należy, że skutki o charakterze karnym obejmują jedynie podanie nieprawdy lub zatajenie prawdy w oświadczeniu majątkowym, a nie niedotrzymanie terminu jego złożenia bądź też jego niezłożenie. A zatem z powyższego wynika, że przestępstwo może być popełnione zarówno przez działanie, jak i zaniechanie³.

Występek z art. 233 § 1 k.k. ścigany jest w trybie z oskarżenia publicznego. Wydaje się, że w pierwszej kolejności obowiązek zawiadomienia organów ścigania o podejrzeniu popełnienia przestępstwa, o którym mowa w art. 25g u.s.p., ciążyć będzie na dyrektorze urzędu kontroli skarbowej właściwego ze względu na miejsce zamieszkania osoby składającej oświadczenie, ponieważ to on uprawniony jest do dokonywania kontroli oświadczenia majątkowego i w związku z tym władny jest do ustalenia, czy w istocie zachodzi w danym przypadku uzasadnione podejrzenie podania nieprawdy lub zatajenia prawdy w oświadczeniu majątkowym.

W myśl art. 233 § 1 k.k., kto składając zeznanie mające służyć za dowód w postępowaniu sądowym lub w innym postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy, zeznaje nieprawdę lub zataja prawdę, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

Jak słusznie podkreśla się w doktrynie prawa, samo dopuszczenie się występku w postaci podania nieprawdy lub zatajenia prawdy w oświadczeniu majątkowym nie wystarcza do pociągnięcia osoby obowiązanej do jego złożenia do odpowiedzialności karnej. Wymagane jest bowiem zaistnienie również pozostałych przesłanek odpowiedzialności, a

¹ Dz. U. z 2018 r. poz. 917, ze zm.

² Dz. U. z 2018 r. poz. 1600, ze zm., dalej: k.k.

³ Por. M. Mozgawa, Komentarz do art. 233 Kodeksu karnego, (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz, wyd. VII, Lex. el. (dostęp – 1.12.2018).

szczególnie zaistnienie społecznej szkodliwości czynu o stopniu większym niż znikomy oraz winy. W przypadku przestępstwa z art. 233 § 1 k.k. wymagana jest wina umyślna, sprawca więc musi mieć zamiar jego popełnienia, tj. chce go popełnić albo przewidując możliwość jego popełnienia, na to się godzi (por. art. 9 § 1 k.k.). Wina nieumyślna, polegająca na lekkomyślności lub niedbalstwie, nie jest wystarczająca do pociągnięcia osoby składającej oświadczenie lub informację do odpowiedzialności karnej¹.

Nie będzie również pociągnięta od odpowiedzialności osoba, w sytuacji gdy «[...] niezgodność pomiędzy złożonym oświadczeniem czy informacją a rzeczywistym stanem faktycznym wynika z niewiedzy»².

Jeżeli sprawca czynu określonego w art. 233 § 1 k.k. zeznaje nieprawdę lub zataja prawdę z obawy przed odpowiedzialnością karną grożącą jemu samemu lub jego najbliższemu, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5 (por. art. 233 § 1a k.k.).

Należy również mieć na uwadze art. 233 § 5 k.k., który stanowi, że sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia, jeżeli: 1) fałszywe zeznanie, opinia, ekspertyza lub tłumaczenie dotyczą okoliczności niemogących mieć wpływu na rozstrzygnięcie sprawy, 2) sprawca dobrowolnie sprostuje fałszywe zeznanie, opinię, ekspertyzę lub tłumaczenie, zanim nastąpi, chociażby nieprawomocne, rozstrzygnięcie sprawy. **6. Uwagi końcowe**

Obowiązek składania oświadczeń majątkowych przez osoby pełniące funkcje w samorządzie terytorialnym jest słusznym rozwiązaniem o charakterze antykorupcyjnym. Jednakże analiza przepisów ustawy o samorządzie powiatowym, dotyczących oświadczeń majątkowych oraz aktów wykonawczych, prowadzi do wniosku, że przepisy te powodują wiele trudności interpretacyjnych, a także są niespójne. Przykładowo można wskazać na rozdzźwięk występujący między dyspozycją art. 25c ust. 1 pkt 4 u.s.p., w myśl którego oświadczenie majątkowe zawiera informacje o zobowiązaniach pieniężnych o wartości powyżej 10 000 złotych, w tym zaciągniętych kredytach i pożyczkach oraz warunkach, na jakich zostały udzielone, a pkt X Wzoru Oświadczenia Majątkowego Radnego Powiatu, stanowiącego załącznik 1 do Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie określenia wzorów formularzy oświadczeń majątkowych radnego powiatu, członka zarządu powiatu, sekretarza powiatu, skarbnika powiatu,

¹ Por. G. Jyż, Z. Pławecki, A. Szewc, Komentarz do art. 24l ustawy o samorządzie gminnym, (w:) G. Jyż, Z. Pławecki, A. Szewc, Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz, Lex. el. (dostęp – 1.12.2018).

² S. Płażek, Komentarz do artykułu 25g Ustawy o samorządzie powiatowym, (w:) P. Chmielnicki (red.), Komentarz do ustawy o samorządzie powiatowym, Warszawa 2005, s. 190.

kierownika jednostki organizacyjnej powiatu, osoby zarządzającej i członka organu zarządzającego powiatową osobą prawną oraz osoby wydającej decyzje administracyjne w imieniu starosty, który wymaga dodatkowo podania, wobec kogo składający oświadczenie jest zobowiązany¹.

BIBLIOGRAFIA

Literatura

1. Bator M., Oświadczenia majątkowe w samorządzie terytorialnym, NZS 2011, nr 2, s. 17. 2. Gurdek M., Nowe zasady składania oświadczeń o stanie majątkowym, http://www.wspolnota.org.pl/index.php?id=9&tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&tx_news_pi1%5Bnews%5D=22393&cHash=57d7287c67b83e737c32a51c8455674f.

3. Jagoda J., Komentarz do art. 25c ustawy o samorządzie powiatowym, (w:) Dolnicki B. (red), Ustawa o samorządzie powiatowym. Komentarz, wyd. II, 2007, Lex. el.

4. Jyż G., Pławecki Z., Szewc A., Komentarz do art. 24l ustawy o samorządzie gminnym, (w:) Jyż G., Pławecki Z., Szewc A., Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz, Lex. el.

5. Mozgawa M., Komentarz do art. 233 Kodeksu karnego, (w:) Mozgawa M. (red.), Kodeks karny. Komentarz, wyd. VII, Lex. el.

6. Płazek S., Komentarz do artykułu 25g Ustawy o samorządzie powiatowym, (w:) Chmielnicki P. (red.), Komentarz do ustawy o samorządzie powiatowym, Warszawa 2005.

7. Wierzbica A., Terminy składania oświadczeń majątkowych w prawie samorządu terytorialnego – postulaty de lege ferenda, ST 2012, nr 10.

Akty prawne

1. Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym, Dz. U. z 2018 r. poz. 995 ze zm.

2. Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz. U. z 2017 r. poz. 682 ze zm.

3. Ustawa z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej, Dz. U. z 2016 r. poz. 720, z późn. zm.

4. Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy, Dz. U. z 2018 r. poz. 917, ze zm.

5. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, Dz. U. z 2018 r. poz. 1600, ze zm.

Streszczenie

Skutki prawne związane z naruszeniem dyspozycji art. 25c ustawy o samorządzie powiatowym Słowa kluczowe: odpowiedzialność karna, powiat, ograniczenia antykorupcyjne, prawo pracy, samorząd terytorialny Niniejsze opracowanie poświęcone jest skutkom związanym z obowiązkiem składania oświadczeń majątkowych przez wskazanych w art. 25c ustawy o samorządzie

¹ Tak również A. Wierzbica, op. cit, s. 44.

powiatowym funkcjonariuszy publicznych. Treść poruszonych zagadnień obejmuje informacje zawarte w oświadczeniu majątkowym, terminy składania oświadczeń majątkowych, analizę i kontrolę oświadczeń majątkowych, a także rodzaje skutków prawnych związanych z naruszeniem dyspozycji art. 25c u.s.p.

Summary

The legal consequences associated with violation of the article available. 25 c of the law on local government district Keywords: criminal liability, district, limiting anti-corruption, labour law, local government This paper is devoted to the effects of the responsibility of the related submission by referred to in the article. 25c of the law on local government district public officials. The content of the raised issues and includes the information contained in the financial statement, the deadlines for submission of property claims, analysis and control of property claims, as well as rodzaje legal implications associated with violation of the article available 25c u.s.p. 17

Nota o autorach:

Tomasz Moll – dr n. prawnych, adiunkt w Zakładzie Prawa Karnego, Kryminologii i Kryminalistyki w Instytucie Prawa, Ekonomii i Administracji UJK.

Marcin Chodkowski – mgr prawa, adwokat.

Tomalia T.S.,

PhD in Economics, Associate Professor
of the Department of management,
administration and hotel-restaurant business
Khmelnytsky National University

PRIORITY DIRECTIONS FOR THE REFORMING OF GOVERNMENT SERVICE IN UKRAINE

Abstract. This article analyzes the key directions of government service reform in Ukraine. The methods of ensuring its organization and functioning in EU countries are presented. It has been outlined that one of the main problems in reforming the civil service is the procedures and real conditions for recruitment. Here are ways to solve this problem.

Key words: government service, government regulation, reform.

European integration is an important incentive for Ukraine in the context of implementing economic reforms, multiplying and strengthening the intellectual potential of Ukrainian society, innovation development of the economy, development of new high technologies, and overcoming structural deformations. Reforming of public administration is one of the most important horizontal reforms, as it serves as a prerequisite for the implementation of effective sectoral policies and the basis for the application of legislation approximating to EU law. Public administration reform should

be a response to the need of society in effective, responsible and open government, and hence in good governance.

The reform of the government service largely determines the success and other reforms, the results of which directly depend on the quality of managerial decisions of state authorities.

The obligation to reform public administration, in particular the civil service, as soon as possible, is enshrined in the Ukraine-2020 Sustainable Development Strategy and the Program of Action of the Cabinet of Ministers of Ukraine.

Reforming of government service should ensure its new quality in line with best European practice. The priorities of government service reform are:

- construction of a professional, non-corrupt, prestigious, citizen-oriented government service;
 - policy separation from administration;
 - introduction of a competent human resources management model;
 - harmonization of government service and service in local self-government authorities;
 - introduction of a transparent model of remuneration and career motivation of public servants;
 - staffing of the decentralization process.
- Planned results of the reform:
- improving the quality of government services, services provided by competent personnel;
 - a depoliticized, stable and professional service oriented to citizens to perform tasks in the interests of the state;
 - attraction of talented citizens to service;
 - government service is transparent and controlled by civil society;
 - citizens confidence in power and state institutions will increase,
- which is the key to the success of reforms.

There are about 200 thousand public servants in Ukraine, that is, one public servant for 220 citizens.

But don't hurry with calls for reductions as many EU countries have approximately the same ratio of officials to the population, and some even more.

For example, in France, one public servant is in 190, in Germany this ratio is 1 to 164, in Estonia 1 to 50, in Latvia 1 to 26, in Lithuania 1 to 165.

The Ukrainian government service system has been inherited from the time of the USSR. She has never undergone any significant changes since the state has gained independence. Competence of central authorities covers development of state policy, management of state property, control over observance of standards and provision of government services.

The key idea of reform is that different tasks should be divided between different government authorities. Public agencies should manage state

property, government services – to provide services, state inspections – to monitor, and central authorities should focus solely on the development of public policy.

Ukraine is a young independent country. When carrying out reforms it is expedient to use the experience of countries that are at the same level of development, but have already passed an effective way of reforming. Therefore, it is advisable to consider several examples.

Slovenia started the reform of public administration as a holistic course in 1996, when the government determined its intention to become a member of the EU. Since then, every two or three years, the reform strategy is being revised to keep pace with changes in technology and public expectations. The state administration is represented by 15 ministries, 16 auxiliary government services, about 50 autonomous subdivisions in the ministries (for example, the tax administration) and 58 local administrative units.

Slovakia started the reform of public administration in 1989. This reform is called «ESO» (Effective, Reliable and Open State Administration). Reform, of course, was focused on creating a user-friendly, efficient and transparent public administration at all levels. Another important task was to optimize costs for it. To achieve this, the government has established district and regional offices. One of the first and important steps was to carry out an audit of central government authorities to reduce the costs of maintaining the state apparatus. The ESO program even had its fundamental principles: «One for all, all for one», «One time and enough», «Friend by phone». Apparently, thanks to these mottos, the idea was that the system finally has a human face.

The Czech Republic began the reform process after the Velvet Revolution in 1989. The main focus was on decentralization, the creation of a wide range of local authorities, which would allow people to receive services more quickly and conveniently. The key principle of reform: «Public functions, as a rule, should be carried out mainly by those authorities that are closest to citizens.»

One of the main problems in the countries of the European Union is the procedures and real conditions for recruitment. There is also a lack of consensus on choosing the best recruiting methods, as well as the desire of service managers to retain the right to choose their employees. In such a situation there is a risk of ensuring the neutrality and correctness of the elections made in this way. The principle of competitive selection (mandatory for the highest positions, optional – for others) proclaimed in the law on civil service in Estonia. According to the law, every decision on appointment must meet certain requirements: the availability of diplomas, professional skills, personal qualities (ability to communicate, work in an autonomous mode, overcome stressful situations, etc.). In Hungary, the law does not foresee either the publication of vacancies or competitions, and the selection is most often conducted through interviews (which are sometimes

accompanied by psychological tests). The absence of such formal procedures opens a broad field for subjective assessments by the head of the service, without which no candidate can be selected. In Poland, the conditions for recruitment are enshrined in the law and regulations. Publication of job vacancies is not very widespread. The difficulties experienced by the training systems in the countries under study do not differ from those encountered by Western countries: the lack of a definition of national training policies, objectives, inequalities in the allocation of funds and access to training, inadequate assessment of needs for available resources, lack of evaluation of the content and effectiveness of training seminars, difficulties in motivating agents.

In Ukraine, the reform has shifted from the dead. The first ten ministries already create new structural units – directors, and hire new people to work in them.

People with managerial or sectoral experience in the relevant ministries, as well as officials currently working in the civil service system, can take part in the competition. For both categories the conditions are the same. In order to hire professional staff capable of implementing the necessary changes, the recruitment procedures have been assumed by an internationally recognized HR company. The competitions are open-ended with video recording of all procedures with the participation of independent experts. All available vacancies are posted on career.gov.ua. By registering on the portal, the candidate can send all the necessary documents online for the first time online. Good human resources management, improved policy planning, coordination and development, sound administrative procedures, and improved governance of public finances, including administration and revenue collection, are fundamental to the functioning of the state and to the reforms necessary for EU integration. Ukraine should increase its efforts to improve its government authorities at all levels, based on national strategies.

References:

1. Bossart D. State Service in the candidate countries for accession to the EU: new trends and influence of the integration process (edited by O. M. Shalenko) / D. Bossart, K. Demke – K.: Millennium, 2004. – 128 p.
2. Boyko V. The Possibilities of Using the Experience of EU Member States to Reform the System of Vocational Training for Civil Servants / V. Boyko // [Electronic resource] // Bukovinian Gazette of the Civil Service and Local Self-Government authorities. – 2016 – Resource access mode: <http://bukvisnyk.cv.ua/30-0/608/>
3. Gonzig Y. Public Administration in the Context of European Integration / Y. Gonchiz // [Electronic resource] // «Laboratory of Legislative Initiatives». – 2015. – Resource access mode: <http://parlament.org.ua/wp-content/uploads/2016/04/21.pdf>

Наукове видання

**ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ СУДОВОЇ
ЕКСПЕРТИЗИ З ПИТАНЬ
ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ
(«Крайнєвські читання»)**

*Матеріали II Міжнародної науково-практичної конференції
(20 грудня 2018 р., м. Київ)*

Всі матеріали подано в авторській редакції.

Керівник видавничого проекту *Зарицький В.І.*
Комп'ютерний дизайн *Щербина О.П.*

Підписано до друку 11.12.2018. Формат 60х84^{1/16}.
Папір офсетний. Друк офсетний. Гарнітура Times New Roman.
Умовн. друк. аркушів – 13,48. Обл.-вид. аркушів – 13,46.
Тираж 150.

«Видавництво Ліра-К»
Свідоцтво № 3981, серія ДК.
03115, м. Київ, вул. Ф. Пушиної, 27, оф. 20-22
тел./факс (044) 247-93-37; 228-81-12
Сайт: lira-k.com.ua, редакція: zv_lira@ukr.net