

ЮРИДИЧНИЙ ЖУРНАЛ



НПУ ім. М.П. Драгоманова

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ

Акуленко В. І. – д.ю.н., професор
Андрусишин Б. І. – д.і.н., професор
Андрущенко В. П. – д.ф.н., професор, академік НАПН України
Бабкін В. Д. – д.ю.н., професор
Виноградова Г. В. – к.ю.н.
Гончаренко В. Г. – д.ю.н., професор, академік НАПрН України
Губань Р. В. – к.ю.н., доцент
Денисов В. Н. – д.ю.н., професор
Дідікін А. Б. – к.ю.н. (Російська Федерація)
Довгерт А. С. – д.ю.н., професор
Касперський І. П. – к.ю.н.
Кисіль В. І. – д.ю.н., професор
Колодяжний М. Г. – к.ю.н.
Купіна Л. Ф. – к.ю.н., доцент
Курчєєв В. С. – д.ю.н., професор (Російська Федерація)
Максимов В. В. – к.ю.н.
Максимова С. В. – науковий співробітник, шеф-редактор
Марущак А. І. – д.ю.н., професор
Мережко О. О. – д.ю.н., професор
Мікулін В. П. – д.ю.н., професор
Огірко Р. С. – к.ю.н., доцент
Омельченко А. В. – д.ю.н., доцент
Омельченко І. К. – к.ю.н., доцент
Онщенко Н. М. – д.ю.н., професор
Пархоменко Н. М. – д.ю.н., старший науковий співробітник
Руденко М. В. – д.ю.н., професор
Скулиш Є. Д. – д.ю.н., професор
Токарчик Р. А. – д.ю.н., професор (Польща)
Цибуленко Є. М. – доктор права, професор (Естонія)
Шемшученко Ю. С. – академік НАН України, д.ю.н., професор
Шимон С. І. – к.ю.н., доцент

ВИДАВНИЧА ОРГАНІЗАЦІЯ
«ЮСТІНІАН»
2015

Правове видання
«ЮРИДИЧНИЙ ЖУРНАЛ»
№2(152) 2015
Засновано у березні 2002 р.
Реєстр. свід-во КВ № 5927
від 12.03.2002 р.

Обсяг: 136 стор.
Формат: 60x84/8

Видавець:
ТОВ ВО «ЮСТІНІАН»

Генеральний директор
Ірина ОМЕЛЬЧЕНКО

Шеф-редактор
Світлана МАКСИМОВА

Виконавчий директор
Олена ОСМОЛОВСЬКА

Редактор
Анна РОДЮК

Літературний редактор
Марина ЛОМАКІНА

Комп'ютерна верстка
Андрій СЕМЯНОВИЧ

Адреса редакції: 04050, м. Київ,
вул. Герцена, 17/25, оф. 91
Поштові реквізити:
04050, м. Київ, а/с №39
Тел.: +38 (044) 230-01-73/74
E-mail: journal@justinian.com.ua
Сайт: www.justinian.com.ua

Ціна договірна

Від редакції:

Матеріали, що надсилаються для опублікування, мають бути ексклюзивними й не публікуватися в інших виданнях. Редакція залишає за собою право редагувати будь-які матеріали, що надійшли до видавництва. Рукописи не рецензуються і не повертаються. Опубліковані матеріали містять думку автора, яка може не завжди збігатися з позицією редакції. Передрук статей можливий лише з письмового дозволу редакції.

Матеріали, позначені знаком ®, публікуються на правах реклами. З питань розміщення реклами звертатися до редакції. За зміст рекламних матеріалів відповідальність несе рекламодавець.

© Авторські права захищено



Acquirit qui tuetur
Що зберігаєш, те і маєш

Крилатий вислів, винесений нами у заголовок – що зберігаєш, те й маєш, – став дуже актуальним для наших часів, особливо якщо вести мову про сферу інтелектуальної власності. Ми живемо в часи, коли найважливішим товаром стає інформація. Найціннішою річчю – ідеї, а найважливішим і найскладнішим завданням – збереження цього всього. Зрозуміло, що ми не можемо стояти осторонь цих процесів. Тому темою цього номера «Юридичного журналу» є Право інтелектуальної власності. Ця тема є, безумовно, на часі ще й тому, що показником цивілізованості, розвиненості, «європейськості» країни є ступінь законодавчого захисту об'єктів інтелектуальної власності, а також правосвідомість громадян у ставленні до цього питання. Зокрема, останнім часом набуває популярності рух за заборону використання відтворених піратами фільмів, ігор, відео, музики. І це дуже добра тенденція. Адже, цінуючи і захищаючи чужу інтелектуальну власність, щось, до чого не можна доторкнутися, ми піднімаємо також і власну гідність, правосвідомість. Позаяк у Європі, куди ми так наполегливо прагнемо прямувати, ступінь і законодавчого захисту інтелектуальної власності досить високий і свідомість населення з цього питання вирізняється цивілізаційним підходом.

Отже, радимо ознайомитися з матеріалом Анни Ляшенко «Проблеми захисту авторських прав у файлообмінних мережах, або таке солодке слово «піратство» (с. 67). Не зайвим буде ознайомитися зі статтею Наталії Спиридонової «Проблемні питання прав інтелектуальної власності роботодавця на об'єкти інтелектуальної власності, створені працівниками» (с. 60). Досить цікавим є матеріал Геннадія Андросюка щодо порівняння інституту географічних зазначень в ЄС, США та Україні (с. 24). Ця тематика є достатньо новою, як для застосування, так і для дослідження. Географічні зазначення як об'єкт інтелектуальної власності тісно пов'язані з правовою культурою різних країн і відрізняються різноманітним форм і складним характером. Цікаве питання необхідності узгодження журналістом інтерв'ю зі своїм респондентом порушує у своєму дописі адвокат Антон Коваль (с. 64). Важливою тезою, що сформульованою у статті, є положення про те, що і респондент і журналіст, що брав та опрацював інтерв'ю, є співавторами з усіма правовими наслідками, що звідси випливають. Директор Інституту дослідження адаптації законодавства Яна Рогінська у своєму матеріалі досліджує ключові питання захисту дітей в інтернеті (віртуальному середовищі) в Європі. Зокрема, в європейських країнах, скажімо, інтернет-провайдерам рекомендується поширити застосування кодексів поведінки і включити питання захисту неповнолітніх до своїх програм. Держави – члени ЄС домовилися про сприяння підвищення рівня медіаграмотності серед користувачів інтернету. Вже є декілька ініціатив у цій галузі, такі як: державно-приватне партнерство та проект ЄС «Діти он-лайн» (с. 35). Старший науковий співробітник Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності НАПрН України Валентина Троцька присвячує своє дослідження правовим аспектам регулювання правовідносин, пов'язаних зі сферою вільного використання творів для потреб осіб з вадами зору (с. 37).

Також в цьому номері журналу, як завжди, новини юридичних фірм, аналіз актуальних законопроектів та найсвіжіших законів та ще багато цікавого.

Залишайтеся з нами!

З повагою, шеф-редактор **Світлана Максимова**



РОЗДІЛ I. ЮРИДИЧНИЙ СВІТ 7

ГІСТЬ РЕДАКЦІЇ

«Народ має знову повірити в систему правосуддя» – *Ігор Фомін* . . 8

ЮРИДИЧНІ НОВИНИ

Правничі новини України 10

Правничі новини світу. 12

Новини юридичних фірм 14

Новини судочинства. 16

ЗАКОНОТВОРЧІСТЬ

Концепція розвитку інституту нотаріату в Україні. 19

РОЗДІЛ II. ДУМКА НАУКОВЦЯ 23

NOTA BENE: ПРАВО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Геннадій Андросьук «Інститут географічних зазначень в ЄС, США та Україні» 24

Яна Рогінська «Ключові питання захисту дітей в інтернеті в Європі» 35

Валентина Троцька «Забезпечення потреб у вільному доступі до творів осіб з вадами зору» 37

НАЦІОНАЛЬНА БЕЗПЕКА

Максим Колодяжний «Запобігання злочинності громадськістю в Республіці Казахстани» 42

ТРУДОВЕ ПРАВО

Олександра Євстаф'єва «Найм іноземної робочої сили: все ще широке поле для вдосконалення» 47

НЕРУХОМІСТЬ

Олена Беляєвич «До питання про припинення поруки та іпотеки» . 49

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

Андрій Олефір «Актуальні проблеми сфери державних закупівель і підходи до їхнього вирішення» 51



РОЗДІЛ III. ПОГЛЯД ПРАКТИКА 59

NOTA BENE: ПРАВО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Наталія Спиридонова «Проблемні питання прав інтелектуальної власності роботодавця на об'єкти інтелектуальної власності, створені працівниками» 60

Антон Коваль «Чи потрібно журналісту погоджувати інтерв'ю з респондентом?» 64

Юрій Охромеев «Висновок експерта як один із доказів в мережі Інтернет» 65

Анна Ляшенко «Проблеми захисту авторських прав у файлообмінних мережах, або Таке солодке слово «піратство» . . 67

ЄВРОІНТЕГРАЦІЯ

Олександра Процюк «Щодо впровадження додаткових механізмів з ліцензування діяльності туроператорів України в разі транскордонного надання послуг в Іспанії» 70

КОРПОРАТИВНЕ ПРАВО

Центр комерційного права «Запровадження механізму витіснення міноритарних акціонерів: як витримати баланс інтересів?» 74

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

Олександр Янів «Знаки бувають різними» 79

ГОСПОДАРСЬКИЙ ПРОЦЕС

Наталія Опря «Чи може арбітражний керуючий мати свого представника за довіреністю?» 81

Олег Маліневський «Питання досудової санації крізь призму судової нормотворчості» 83

НОТАРІАТ

«Відповіді на запитання за результатами проведення науково-практичних конференцій» 86

Дмитро Журавльов «Перспективи розширення повноважень нотаріусів: сучасні інформаційні технології – електронний апостиль» 90

ВИКОНАВЧЕ ПРОВАДЖЕННЯ

Віталій Поляновський «Ефективність виконавчого провадження: реалії та шляхи досягнення» 92



ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Леонід Белкін «Проблеми соціальних виплат на Донбасі в контексті рішення Європейського Суду з прав людини» 95

ПОДАТКОВЕ ПРАВО

Ганна Оліфіренко «Податково-кримінальне питання» 97

ПАТЕНТНЕ ПРАВО

Ольга Столярчук «Захист торгових марок в інтернеті» 100

БОРОТЬБА З ТЕРОРИЗМОМ

Леонід Белкін «Юридичні аспекти антитерористичної операції на Донбасі» 106

МЕДИЧНЕ ПРАВО

Олег Рачук «Правові доктрини сурогатного материнства в Україні та Польщі: порівняльний аналіз» 111

МІЖНАРОДНИЙ АРБІТРАЖ

Сергій Войтович «Деякі особливості арбітражної угоди у міжнародному інвестиційному арбітражі» 119

БАНКРУТСТВО

Катерина Чечуліна «Як вийти з ринку? Відступлення прав за кредитом іноземним кредитором» 123

РОЗДІЛ IV. ВСЕ ДЛЯ ЮРИСТА 127

ДЕРЖАВНЕ УПРАВЛІННЯ

Оксана Іжак «Революція в юстиції» 128

ІСТОРІЯ АДВОКАТУРИ

Михайло Петрів «Адвокат – державний діяч Михайло Брацайко: з нагоди 130 років від дня народження» 133



ХАРЧОВА ПРОМИСЛОВІСТЬ: ОСНОВИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ В УКРАЇНІ



На сьогодні харчова промисловість є одним з найбільш конкурентоспроможних секторів економіки України, який стрімко і динамічно розвивається. Будучи високопрофесійним експертом у цій галузі, адвокатське об'єднання Arzinger видало книгу «Харчова промисловість: основи правового регулювання в Україні» у редакціях російською, українською та англійською мовами. Це видання покликане дати загальне уявлення про правове поле, у якому функціонує галузь харчової промисловості в Україні станом на 27.10.2014.

Зараз Україна стоїть на порозі кардинальних змін у сфері регулювання харчової промисловості. У зв'язку з ратифікацією Угоди про асоціацію з ЄС 16 вересня 2014 р. у найближчому майбутньому очікується активна гармонізація українського законодавства, що регулює харчову промисловість, із законодавством ЄС як у окремих сферах (маркування, митне регулювання, фітосанітарні заходи, стандартизація, державні закупівлі, антимонопольне регулювання та ін.), так і стосовно окремих категорій продуктів. Очікується, що це відкриє для українських виробників широкі можливості диверсифікації експорту продукції на міжнародний ринок, а також забезпечить їм можливість участі у державних закупівлях в ЄС.

Книга була створена командою юристів практики харчової промисловості Arzinger під керівництвом керуючого партнера **Тимура Бондарєва** і партнера **Лани Сінічкіної**. Команда налічує більше 10 юристів і патентних повірених, котрі свого часу працювали у провідних компаніях сектору алкогольної промисловості, провідних компаніях-виробниках продуктів харчування, мінеральних вод, у юридичних департаментах великих торгових мереж, а також мають досвід супроводження діяльності ресторанного та готельного бізнесу і регулярно відстежують зміни у законодавстві у сфері харчової промисловості.

НА ДОПОМОГУ УЧАСНИКАМ АТО РОЗРОБЛЕНО ЗБІРНИК НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ ТА ІНФОРМАЦІЙНИХ МАТЕРІАЛІВ



Минулого тижня вийшли друком Методичні рекомендації «Збірник нормативно-правових актів та інформаційних матеріалів на допомогу учасникам антитерористичної операції». Збірник підготовлений Державною службою України у справах ветеранів війни та учасників антитерористичної операції та Радою адвокатів у місті Києві для застосування учасниками антитерористичної операції при наданні їм статусу «учасника бойових дій» та соціальних гарантій. Збірник розповсюджуватиметься безкоштовно.

Jus est ars
boni et
aequi

Право – це наука
про те, що є добрим
і справедливим



*При підготовці розділу
використана база нормативних
актів «ЛІГА ЗАКОН»*



ЮРИДИЧНИЙ СВІТ

«НАРОД МАЄ ЗНОВУ ПОВІРИТИ В СИСТЕМУ ПРАВОСУДДЯ», – ІГОР ФОМІН

«Юридичний журнал» поспілкувався з видатним українським адвокатом та правозахисником Ігорем ФОМІНИМ, який розповів про необхідні зміни для удосконалення інституту української адвокатури, правову реформу та про те, як змінила нашу країну Революція Гідності

– **Пане Ігоре, Ви нещодавно повернулись з Івано-Франківська, де брали участь в організованому Асоціацією правників України круглому столі з приводу реформування системи адвокатури. Якого висновку дійшли учасники заходу? В який бік має рухатись вітчизняна адвокатська спільнота?**

– Я не можу надати відповідь щодо висновків усіх учасників заходу. Моє враження, що більшість адвокатів розуміє суспільну необхідність змін та вимагає їх в законодавчому та практичному полі. Змін потребує правосуддя в Україні та його невід’ємна складова – інститут захисників. Розвиток має відбуватися у бік побудови не формальної, а практичної рівності сторін у процесі, побудови та функціонування справедливого професійного суду та суду присяжних. Також адвокати дуже втомлені від суперечок, що останнім часом точилися при поділі впливу на самоуправління адвокатури, які, на їхню та мою думку, мають негайно припинитись.

– **Наразі в українському адвокатському середовищі тривають дискусії з приводу внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». На Вашу думку, які положення чинного закону варто змінити та чи потребує згаданий документ змін та вдосконалення взагалі?**

– Я впевнений, що зміни необхідні. Більшість положень чинного закону регулює діяльність органів адвокатського самоврядування, процедури навчання адвокатів і претендентів, притягнення адвокатів до дисциплінарної відповідальності тощо. Переконаний, що закон має бути зосереджений на іншому. Насамперед там мають бути найширші права та відповідальність адвоката перед суспільством як складової правосуддя. Більше має бути приділено уваги етиці. Також мають бути зафіксовані можливості для реалізації своїх функцій щодо прямого збору доказів, права в інтересах підозрюваного чи потерпілого, звернення



Тетяна ДАНИЛЕНКО, адвокат, експерт з сімейного права

до суду в будь-якій процесуальній стадії, контролю за захистом їхніх прав та в цій частині за правосуддям.

– **Спілкуючись з адвокатами, помічаємо, що мало хто з них користується положеннями статей 160 та 163 та ч. 2 ст. 166 Кримінального процесуального кодексу України, тобто нормою, що забезпечує адвоката як представника сторони кримінального провадження правом звернутись до слідчого із клопотанням про тимчасовий доступ до речей і документів. Зокрема, брати участь у проведенні обшуку, надавши відповідне клопотання. Як Ви вважаєте, з чим пов’язана така ситуація?**

– Це насамперед пов’язано з психологією адвоката, яка вихована ще за радянських часів та далі живе і процвітає в Україні. Адвокат для радянських слідчих – це був ворог, який заважав засадити за ґрати бандита. Злочинцями були всі ми. Існувала та процвітала презумпція винуватості та цариця доказів визнання вини обвинувачуваним. Ніхто не напружував себе пошуком істини у справі. Внаслідок цього ми отримали і

нині спостерігаємо професійну нездатність реалізувати свої функції правоохоронцями та прокурорами України. Вони скаржаться ЗМІ на те, що не можуть розслідувати злочини, позаяк багаті злочинці наймають хороших адвокатів. Свою професійну недієздатність вони маскують обіцянками та лозунгами.

– На Вашу думку, чому механізм виправдувальних вироків в Україні задіяний не настільки, як цього хотілося б?

– Маємо змінити чинну систему розслідування кримінальних справ. Впевнений, що має припинити своє існування стадія досудового розслідування у тому вигляді, в якому вона зараз є. Народу України не потрібні сотні тонн макулатури, які замість розслідувань злочинів він отримує від правоохоронців. Коли докази кожної сторони надаватимуться безпосередньо до суду, тоді ми і матимемо реальну картину обвинувальних і виправдувальних вироків.

– Одним із наболілих питань вітчизняної правової системи є судова реформа. Яким є Ваш варіант її проведення? Чи має право на життя думка про те, що невдовзі Україна стане державою, правосуддя в якій здійснюється прозоро й справедливо, корупції немає, а верховенство права завжди перемагає?

– Альтернативи немає. Альтернатива правосуддю лише самосуд і хаос. Більшість того, що відбувається зараз в Україні, – це реакція суспільства на відсутність такої невід'ємної частини демократії, як справедлива судова влада. Я маю на увазі не суддю-корупціонера, а систему правоохоронців, обвинувачення і захисту, яка є клапаном, що знижує тиск суспільного напруження та не дає йому вибухнути революцією.

– В одному з інтерв'ю Ви розповідали, що були співавтором концепції правової реформи для ГО «Третя Республіка». Розкажіть більш детально про Ваші напрацювання.

– Мої погляди я вже частково виклав, відповідаючи на ваші попередні запитання. Перекоаний, що система має бути націлена не на виконання наказів президента чи генерального прокурора, а на виконання вимог народу України. Кожен обвинувач, в кожному процесі має починати свій виступ словами: «Народ України представляє прокурор...». Система має бути проста, зрозуміла й ефективна. Детектив, що збирає докази та надає їх прокурору. Прокурор, що вивчає їх та визначає, чи достатньо отриманого для публічного обвинувачення особи. Адвокат, котрий, виконуючи свої функції, має такі

самі можливості, як детектив та прокурор. Якщо обвинувач дійшов висновку про публічне обвинувачення, сторони конкурують в суді, але доказами і здібностями, та отримують відповідне судові рішення. Я за суд присяжних, оскільки вважаю, що народ має право брати безпосередню участь у відправленні правосуддя, а вибір суду – то право людини, а не дарунок незрозумілої влади. Судових гілок має бути лише дві: цивільна та кримінальна. Людина зобов'язана безперешкодно звернутися за захистом порушеного права. Там вже нехай професійні судді спеціалізуються в господарських, адміністративних чи шлюбних справах і, відповідно до цього, отримують позовні вимоги від навченого клерка. Кримінальний суд нічого спільного за своїми суспільними функціями з іншими не має і функціонувати зобов'язаний окремо. Це ключові погляди.

Адвокати дуже втомлені від суперечок, що останнім часом точилися при поділі впливу на самоуправління адвокатури, які, на їхню та мою думку, мають негайно припинились

– У квітні набирає чинності нова редакція Закону України «Про прокуратуру». Ваше ставлення до його норм? Наскільки документ відповідає європейським нормам і стандартам?

– Не хотів би детально оцінювати цей закон. Не бачу в прокуратурі до і після його схвалення якихось суттєвих змін. Додали популізму та все залишилось, як було.

– В Україні вже минула перша річниця Революції гідності. З боку правозахисника скажіть, будь ласка, чи сталися за цей період суттєві зміни у дотриманні прав людини в Україні?

– Це біда. Вбивають людей, кидають в контейнери зі сміттям політиків та суддів, б'ють суддів, порушують проти них справи за ухвалені рішення. Лозунги, піар-акції та жодних змін. Нинішні керівники зобов'язані були насамперед змінити систему правосуддя, народ має знову повірити в неї та звертатися до суду, щоб вирішувати свої спори та проблеми, а не чинити з відчаю бозна-що.

*Інтерв'ю підготувала Анна РОДЮК,
редактор «Юридичного журналу»*

ПРАВНИЧІ НОВИНИ УКРАЇНИ

СЕТАМ ЗАПРАЦЮЄ НА ПОСТІЙНІЙ ОСНОВІ

Про це 5 березня в ході круглого столу «СЕТАМ: перші результати та нові можливості» повідомила Перший заступник Міністра юстиції **Наталія Севостьянова**. За її словами система електронної торгівлі арештованим майном (СЕТАМ) підтвердила свою ефективність і вже найближчим часом перейде зі статусу пілотної програми в статус постійно діючої.

«Ми завершили тестування системи і вона підтвердила свою ефективність. Тож уже найближчим часом ми очікуємо рішення Уряду, яке забезпечить переведення даного проекту на постійну основу», – зазначила Перший заступник Міністра юстиції.

Вона нагадала, що раніше на корупційних схемах при торгівлі арештованим майном наближені до тодішнього Міністра юстиції компанії щорічно заробляли по 300 млн грн. А взяти участь у торгах могли лише «свої» учасники, які за безцінь скуповували цікаві лоти. СЕТАМ же вивів торги у прозору площину. В мережі Інтернет всі можуть бачити лоти, які є в системі, брати участь у торгах, підвищуючи вартість лоту. За результатами 6 місяців роботи пілотного проекту у середньому по системі ціна лотів збільшувалася на 12,1%.

За словами Першого заступника Міністра юстиції, це чудовий показник для громадян, чиє арештоване майно продається. Адже, якщо отриманої від продажу лота суми вистачить, щоб покрити борги, наприклад, перед банком, залишок коштів переходитиме до колишнього власника майна.

Як зазначила Перший заступник голови Державної виконавчої служби **Агія Ахундова**, всі зміни, які вносяться до СЕТАМ, базуються на відгуках та скаргах від експертів та громадян, які користувалися системою.

«За кілька тижнів користувачі зможуть відчутти на собі ефект від нововведень. А за місяць-два ми побачимо, як запропоновані зміни відіб'ються на цифрах статистики», – наголосила Перший заступник голови ДВС. Вона також зазначила: запропоновані зміни не останні, а система буде й далі вдосконалюватися.

Джерело: Прес-служба Міністерства юстиції України

ПРОКУРАТУРА КИЇВСЬКОЇ ОБЛАСТІ ЗАТРИМАЛА ПРАЦІВНИКА ДФУ ЗА ВИМАГАННЯ ХАБАРА В РОЗМІРІ \$100 ТИС.

Прокуратура Київської області спільно з працівниками ГУБОЗ МВС України затримала праців-

ника центрального апарату Державної фіскальної служби України за вимагання неправомірної вигоди у розмірі 100 тис. дол. США. Затримали службовця разом із посередником під час отримання частини хабара у сумі 50 тис. дол. США. Про це повідомили в прес-службі прокуратури.

За їх повідомленням, вказану суму посадовець вимагав від підприємця за усунення проблем, пов'язаних із зупинкою його фірми правоохоронними органами.

Досудове розслідування проводиться за ч. 3 ст. 368 КК України, тобто отримання службовою особою неправомірної вигоди поєднаного з його вимаганням.

На даний час проводяться обшуки за місцем роботи та проживання затриманих осіб та вирішується питання про обрання їм міри запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою.

Джерело: Прес-служба прокуратури Київської області

НАБУВ ЧИННОСТІ ЗАКОН ПРО ДОБРОВІЛЬНЕ ОБ'ЄДНАННЯ ТЕРИТОРІАЛЬНИХ ГРОМАД

Суб'єктами добровільного об'єднання територіальних громад є суміжні територіальні громади сіл, селищ, міст. Об'єднана територіальна громада, адміністративним центром якої визначено місто, є міською територіальною громадою, центром якої визначено селище, – селищною, центром якої визначено село, – сільською. Саме такі положення містить ст. 3 «Суб'єкти добровільного об'єднання територіальних громад» Закону України «Про добровільне об'єднання територіальних громад» від 05.02.2015 р. № 157-VIII, що набув чинності сьогодні, 5 березня 2015 р.

Документ містить розділи про добровільне об'єднання територіальних громад та державну підтримку добровільного об'єднання територіальних громад. Так, передбачається, що добровільне об'єднання територіальних громад сіл, селищ, міст здійснюється з дотриманням таких умов:

1) у складі об'єднаної територіальної громади не може існувати іншої територіальної громади, яка має свій представницький орган місцевого самоврядування;

2) територія об'єднаної територіальної громади має бути нерозривною, межі об'єднаної територіальної громади визначаються по зовнішніх межах юрисдикції рад територіальних громад, що об'єдналися;

3) об'єднана територіальна громада має бути розташована в межах території Автономної Республіки Крим, однієї області;

4) при прийнятті рішень щодо добровільного об'єднання територіальних громад беруться до уваги історичні, природні, етнічні, культурні та інші чинники, що впливають на соціально-економічний розвиток об'єднаної територіальної громади;

5) якість та доступність публічних послуг, що надаються в об'єднаній територіальній громаді, не можуть бути нижчими, ніж до об'єднання.

Адміністративним центром об'єднаної територіальної громади визначається населений пункт (село, селище, місто), який має розвинуту інфраструктуру і, як правило, розташований найближче до географічного центру території об'єднаної територіальної громади. Важливо, що при цьому закон встановлює, що добровільне об'єднання територіальних громад не призводить до зміни статусу населених пунктів як сільської чи міської місцевості. Також встановлюється, що найменування об'єднаної територіальної громади, як правило, є похідним від найменування населеного пункту (села, селища, міста), визначеного її адміністративним центром.

Закон вносить зміни до положень ЗУ «Про місцеве самоврядування в Україні», коригуючи поняття територіальної громади у ст. 6 документу та доповнюючи його новим поняттям у ст. 14-1. «Староста». Зокрема, передбачено, що у селах, селищах, визначених за рішенням місцевої ради об'єднаної територіальної громади, утвореної відповідно до Закону України «Про добровільне об'єднання територіальних громад», за винятком її адміністративного центру, обирається староста на строк повноважень місцевої ради. Староста є посадовою особою місцевого самоврядування. Положення про старосту затверджується сільською, селищною, міською радою відповідної об'єднаної територіальної громади, у якому визначаються права і обов'язки старости, порядок його звітності, інші питання, пов'язані з діяльністю старости.

ПОВІДОМЛЕНО ПРО ПІДОЗРУ ПРОКУРОРАМ, ЯКІ ЗАТРИМУВАЛИ УЧАСНИКІВ АКЦІЙ ПРОТЕСТУ

Управлінням з розслідування особливо важливих справ Головного слідчого управління Генеральної прокуратури України продовжується розслідування за фактами завідомо незаконного затримання та притягнення до кримінальної відповідальності учасників акцій протесту під час Революції Гідності.

Зокрема, 2 березня ц.р. двом слідчим райуправлінь органів внутрішніх справ м. Києва, прокурору прокуратури м. Києва та прокурору районної прокуратури м. Києва повідомлено про підозру у вчинен-

ні злочинів, передбачених ч.ч. 1, 2 ст. 371 (завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою), ч. 2 ст. 372 (притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності), ч. 1 ст. 364 (зловживання владою або службовим становищем) та ч. 1 ст. 366 (службове підроблення) КК України. Про це «Юридичній газеті» повідомили в прес-службі ГПУ.

В ГПУ наголосили, що досудове розслідування за іншими фактами незаконного затримання та притягнення до кримінальної відповідальності, а також постановлення слідчими суддями протягом січня-лютого 2014 завідомо неправосудних рішень про обрання учасникам акцій протесту в м. Києві запобіжних заходів продовжується.

Джерело: Управління зв'язків із громадськістю та ЗМІ Генеральної прокуратури України

П. ПОРОШЕНКО ПІДПИСАВ ЗАКОН, ЯКИЙ СТВОРЮЄ ПЕРЕДУМОВИ ДЛЯ ЛІКВІДАЦІЇ НАЦКОМІСІЇ СУСПІЛЬНОЇ МОРАЛІ

Даним документом вносяться зміни до Закону України «Про захист суспільної моралі».

Згідно з Законом № 173-VIII від 10 лютого, із Закону України «Про захист суспільної моралі» виключаються положення щодо визначення статусу та засад діяльності Національної експертної комісії з питань захисту суспільної моралі.

Зазначається, що контроль за додержанням вимог законодавства у сфері захисту суспільної моралі в межах своєї компетенції здійснюють МВС України, центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері культури, центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері кінематографії, центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну податкову політику, державну політику у сфері державної митної справи, державну політику у сфері боротьби з правопорушеннями під час застосування податкового, митного законодавства, Державний комітет телебачення і радіомовлення України та Національна рада України з питань телебачення і радіомовлення.

Громадський контроль за додержанням вимог законодавства у сфері захисту суспільної моралі здійснюють творчі спілки, які діють у сфері культури та мистецтв, журналістики. Держава забезпечує фінансову підтримку щодо здійснення громадського контролю за додержанням вимог цього та інших законів у сфері захисту суспільної моралі у порядку, визначеному Кабміном.

Джерело: Прес-служба Президента України

ПРАВНИЧІ НОВИНИ СВІТУ

СУД ХОРВАТІЇ ЗАБОРОНИВ СОБАЦІ ГАВКАТИ ВНОЧІ

Собаці хорватського міста Пула суд тимчасовою постановою заборонив гавкати вночі.

Якщо пес Медо не підкориться, його власнику Антону Симуновичу загрожує штраф у 2,8 тис. євро.

Це перший у країні собака, щодо якого застосовано таку заборону. Тепер трирічного пса замикають в сараї з 20:00 до 08:00.

Скаргу на поведінку Медо подала сусідка Симуновича. За словами позивачки, постійний гавкіт пса негативно позначається на її здоров'ї. Власник тварини заявляє: «Медо нормально гавкає, як і будь-який інший собака. Гавкає, коли бачить кішку або якщо хтось незнайомий приходиться на його територію».

Суд ще має ухвалити остаточний вердикт. Сусідка вимагає компенсацію у 1,4 тис. євро.

ВЕРХОВНИЙ СУД КАНАДИ ДОЗВОЛИВ САМОГУБСТВО НЕВИЛІКОВНИХ ХВОРИХ

Канадські прихильники права на добровільний відхід із життя за допомогою медиків смертельно хворих громадян здобули велику перемогу. Верховний суд фактично узаконив «асистоване» самогубство – відповідний закон має з'явитися протягом року.

Вперше Верховний суд Канади розглядав питання про легалізацію допомоги у відході з життя невиліковно хворих ще 22 роки тому.

У 1993 році канадка С'ю Родрігес (Sue Rodriguez) страждала на боковий амиотрофічний склероз, хотіла через суд домогтися, щоб лікарі допомогли їй піти з життя до того, як вона перетвориться на повністю безпорадну людину.

Однак Верховний суд відмовив їй у задоволенні позову, і в 1994 році 44-річна Родрігес покинула життя самогубством без допомоги лікарів.

Тоді служителі Феміди дійшли висновку, що такі пацієнти можуть стати жертвами недобросовісних родичів і медиків, що діють з корисливих мотивів, та заборонили лікарям допомагати смертельно хворим в здійсненні самогубства під страхом суворого покарання.

Наразі за подібне сприяння передбачено тюремне ув'язнення терміном до 14 років.

А прийняте минулої п'ятниці нове рішення Верховного суду Канади дозволяє медикам надавати таку допомогу. Рішення суду пропонує парламенту Країни Кленового Листа і законодавчим органам канадських провінцій протягом року розробити відповідну законодавчу базу.

До ухвалення нових законів діятимуть старі норми.

Приводом для перегляду старого закону стали звернення у Верховний суд ще кілька років тому двох невиліковно хворих жінок.

Одна з них, Глорія Тейлор (Gloria Taylor), як і С'ю Родрігес, мала те саме захворювання, а друга, Кей Картер (Kay Carter) страждала на фунікулярний мієлоз (комбінована дегенерація спинного мозку).

Обидві жінки не дочекалися рішення суду: Тейлор померла в 2012 році, а 89-річна Картер вирушила в швейцарську клініку, де і випила смертельний «коктейль» з седативних і снодійних препаратів.

«АСТОН-МАРТІН» ПОДАВ ДО ЛОНДОНСЬКОГО СУДУ НА ВЛАСНОГО ПОСТАЧАЛЬНИКА, ЗВИНУВАТИВШИ ЙОГО В КРАДІЖЦІ ДИЗАЙНУ

Легендарна англійська компанія «Астон Мартін Лагонда» (Aston Martin Lagonda) заявила до лондонського суду на компанію-постачальника.

Як впливає з позовної заяви виробника суперкарів для зйомок бондіани, Envisage Group незаконно скопіювала дизайн коліс, передніх фар і логотипу.

Торік «Енвісідж груп» розпочала випуск власних зроблених на замовлення автомобілів Speedback GT вартістю 500 тис. фунтів стерлінгів. У них, за твердженням «Астон Мартін», і були використані деталі дизайну класичних автомашин, зокрема емблема з крилами.

Компанія з виробництва спортивних автомобілів була заснована 1913 року Робертом Бемфордом і Лайнелом Мартіном в лондонському районі Челсі.

Перший «Астон» був створений 1915 року. Світове визнання марка здобула після зйомок у стрічках про суперагента 007. В останньому, «Координати «Скайфолл» (2012), Бонд у виконанні Деніела Крейга сідає за кермо сріблястого DB-5.

ТАКСИСТИ В ЄРЕВАНІ ПРОТЕСТУЮТЬ ПРОТИ НОВОГО ПОРЯДКУ ЛІЦЕНЗУВАННЯ

Акція протесту таксистів проти нового порядку ліцензування пасажирських таксомоторних перевезень і форми ліцензії відбулася перед будівлею уряду Вірменії.

Відповідно до нового порядку ліцензування приватні підприємці за наявності у них до чотирьох автомашин зобов'язані щомісячно сплачувати

100 тисяч драмів (близько \$210), або пройти перереєстрацію та оформити ліцензію як фізична особа з оплатою 12 тисяч драмів на місяць (близько \$25). Також новий порядок передбачає скасування жовтих номерів та відмову від щоденного проходження техогляду та медогляду. Поправки до закону набрали чинності 1 січня поточного року.

«Уряд раз на два роки змінює порядок ліцензування, змушують людей працювати за новим порядком, а потім з'ясовується, що ці зміни не дуже ефективні, тож і придумують нові поправки в закон», – заявив в інтерв'ю учасник акції протесту таксист Мхитар Оганян.

Він зазначив, що за старим порядком приватні підприємці платили за ліцензію на рік 25 тис. драмів (близько \$52) і шокварталу 23 тис. драмів (близько \$48). «Якщо раніше ми сплачували 117 тис. драмів (близько \$245) на рік, то за новим порядком ця сума збільшиться до 144 тис. (близько \$302)», – сказав таксист.

Нові поправки до закону можуть спрацювати, якщо таксистам одночасно надати відповідні умови, вважає голова Ліги захисту прав водіїв Тигран Ованесян. За його словами, водії таксі не мають елементарного місця для стоянки, а послуги автострахування дорогі.

«Ситуація може вийти з-під контролю, коли почнуть штрафувати таксистів за відсутність нової ліцензії. У цьому випадку спалахне великий бунт, і Міністерство транспорту і зв'язку постане перед фактом», – сказав Ованесян.

До протестувальників вийшов міністр транспорту і зв'язку Гагік Бегларян. «Закон дуже хороший і дозволяє поставити знак рівності між усіма таксистами», – заявив він. За словами Бегларяна, згідно зі старим законом, таксисти мали різні умови, одні їздили з жовтими номерами, інші – з білими без реєстрації та ліцензії, всі сплачували різні податки.

«Закон підтримує рівність, й відповідно до нього податки скорочені вдвічі. Таксистам залишається лише зареєструватися, отримати ліцензію, яку слід прикріпити на лобове скло, і працювати», – зазначив посадовець.

В грудні 2014 року Союз автоперевізників зажадав від влади доплачувати за перевезення пасажирів у Єревані в зв'язку зі зростанням цін на газ на заправних станціях.

ЗА ДОПОМОГУ БІДНИМ В НОРВЕГІЇ УВ'ЯЗНЮВАТИМУТЬ

Законопроект, згідно з яким будь-хто, хто надає бездомним і жебракам кров, гроші, одяг, їжу або іншу допомогу, може бути засуджений до року тю-

ремного ув'язнення, потрапив на розгляд влади Норвегії.

Спочатку законопроект був спрямований на боротьбу з організованими групами жебраків, однак відтак його рамки розширили. Тепер він передбачає кримінальну відповідальність і для тих, хто пропонує допомогу бездомним.

Необхідність ухвалення такого закону прокоментував держсекретар Мін'юсту країни Відар Брайен-Карлсен: «Ми повинні дати співробітникам поліції законні права, щоб вони могли вжити суворих заходів проти осіб, які сприяють припливу жебраків, часто в складі великих груп».

Член парламенту від Соціалістичної лівої партії Карін Андерсен, коментуючи запропонований документ, звинуватила уряд у криміналізації бідності: «Найбагатша країна Європи криміналізує найбідніші верстви Європи. Більше немає свободи просити про допомогу».

Остаточне рішення щодо законопроекту має бути схвалене до 15 лютого.

У ВЕЛИКІЙ БРИТАНІЇ ПІДТРИМАЛИ ЗАКОН, ЩО ДОЗВОЛЯЄ НАРОДЖУВАТИ «ГЕНЕТИЧНО-МОДИФІКОВАНИХ ДІТЕЙ»

Парламент Великої Британії проголосував закон про можливість народження дитини від трьох батьків. Такий спосіб зачаття має дозволити людям із серйозними дефектами в мітохондріальній ДНК мати здорових дітей. Однак подібне лікування наразі перебуває на стадії вивчення у Великої Британії і США.

Згідно з процедурою, ДНК дитини складатиметься з ДНК матері, батька і жінки-донора. Завдяки комбінуванню лікарі зможуть створювати ембріони, вільні від спадкових захворювань, зокрема, сліпоти й епілепсії. З часом, прогнозують науковці, можуть з'явитися покоління людей без генетичних хвороб.

Раніше, в 2001 році, подібну техніку комбінування ДНК застосували до 30 ембріонів у США, проте перспектива появи на світ дітей, у яких буде одразу троє батьків, здалася тоді американському МОЗ спірною. Тому програму закрили, а за розвитком народжених в результаті експерименту немовлят довгострокового наукового спостереження не велося.

Лобіює цю ініціативу у Великій Британії урядове Управління запліднення людини і ембріології при Департаменті охорони здоров'я. У 2008 році відомство дозволило створення ембріонів-гібридів людини і тварини.

Генетичні модифікації людини, які можуть бути успадковані, заборонені більш ніж у 40 країнах світу.

НОВИНИ ЮРИДИЧНИХ ФІРМ

Asters

ПАРТНЕР АСТЕРС СТАВ ЧЛЕНОМ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ АСОЦІАЦІЇ АВІАЦІЙНОГО ПРАВА ТА ЄВРОПЕЙСЬКОГО АВІАЦІЙНОГО КЛУБУ

Партнер юридичної фірми «Астерс» **Олексій Дем'яненко** став членом Європейської асоціації авіаційного права та Європейського авіаційного клубу. Мета діяльності організацій – просування співпраці між експертами в галузі авіаційного права.

Пан Дем'яненко регулярно супроводжує комплексні проекти у сфері авіації, надавав консультації Державній авіаційній службі України у зв'язку з впровадженням положень Кейптаунської конвенції та розробкою нормативно-правової бази щодо безвідкличних повноважень на зняття з реєстрації та експорт повітряних суден (IDERA) і кодів авторизації, є членом експертної ради з авіації при Міністерстві інфраструктури України, брав участь у підготовці першого видання International Comparative Legal Guide to Aviation Law і Practitioners' Guide to the Cape Town Convention, розробленого організацією Aviation Working Group, а також виступав національним експертом в академічному проекті з Кейптаунської конвенції (Cape Town Academic Project), організованому університетами Оксфорда і Вашингтона.

JURIMEX

LEGAL SOLUTIONS
• SINCE 2003

WORLD TRADEMARK REVIEW 1000 РЕКОМЕНДУЄ ЮК JURIMEX У СФЕРІ МЕДІА ПРАВА

На думку авторитетного міжнародного довідника World Trademark Review 1000, ЮК Jurimex впродовж декількох років входить в «БРОНЗОВУ ЛІГУ» юридичних компаній України.

Юридична компанія Jurimex зайняла одну з лідируючих позицій у сфері медіа права. В довіднику був відзначений індивідуальний підхід і здатність фахівців забезпечити оптимальні рішення будь-яких питань. Також WTR 1000 рекомендує керуючого партнера ЮК Jurimex **Юрія Крайняка** як досвідченого і висококласного фахівця.

Рейтингове видання World Trademark Review 1000 визначає провідних професіоналів, що надають юри-

дичні послуги з питань торговельних марок по всьому світу. Рейтинг складається за результатами якісного дослідження, що охоплює країни Азії, Європи та Америки. WTR 1000 – єдиний у світі довідник, в якому зосереджена інформація виключно про практику в сфері торговельних марок і про практикуючих фахівців у цій сфері.

ВАСИЛЬ КИСИЛЬ І ПАРТНЕРИ

ЮРИДИЧЕСКАЯ ФИРМА

ВКП ВИСТУПАЄ РАДНИКОМ З ПРОДАЖУ JSC LIEPĀJAS METALURGS

ЮФ «Василь Кісіль і Партнери» виступила юридичним радником з питань продажу JSC LIEPĀJAS METALURGS, найбільшого промислового підприємства у Латвії, що має власний порт, та займається виробництвом сталі і експортом продукції до багатьох країн світу.

На кінець 2014 року було підготовлено всі фінансові та юридичні документи з метою переводу активів до латвійської філії KVV Group, провідної української промислової групи, що займається металургійним бізнесом. Загальна сума угоди складає 107 мільйонів євро. «Василь Кісіль і Партнери» виступили в якості консультанта з питань українського законодавства з боку компанії-продавця. Зокрема, юристи брали активну участь у підготовці документів по угоді, провели юридичний аудит та надали юридичні висновки компанії-продавцю JSC LIEPĀJAS METALURGS та її основним кредиторам.

Роботу над проектом вели партнер **Олег Альошин** та радник **Ганна Сісецька**, а також юристи **Олена Ніколенко** та **Дарія Богатчук**.



РWC ВІДКРИВАЄ АДВОКАТСЬКЕ ОБ'ЄДНАННЯ «ПРАЙСУОТЕРХАУСКУПЕРС ЛІГАЛ»

PwC Україна має приємність повідомити, що команда юристів фірми тепер працює як Адвокатське об'єднання «ПрайсуотерхаусКуперс Лігал». Дана зміна розширює спектр послуг, які можуть бути надані клієнтам, та дозволяє ефективніше і більш універсально відповідати сучасним викликам українського ринку.

Адвокатське об'єднання «ПрайсуотерхаусКуперс Лігал» надає інтегрований юридичний супровід у таких сферах як корпоративне право, трудове право, банківське та фінансове право, кримінальне право, антимонопольне право, оподаткування, вирішення спорів.

У складі об'єднання працюють високопрофесійні адвокати з багаторічним досвідом, досконалим знанням вітчизняного та міжнародного законодавства, хорошим розумінням реалій ринку. Об'єднання очолює директор РwС **Андрій Пронченко**. Коментуючи заснування Адвокатського об'єднання «ПрайсуотерхаусКуперс Лігал» Андрій підкреслив: «Створення адвокатського об'єднання є стратегічним кроком з боку РwС. Працюючи у форматі адвокатського об'єднання, ми зможемо ще оперативніше і професійніше знаходити кваліфіковані рішення для наших клієнтів. Ми твердо переконані, що така зміна сприятливо позначатиметься на динаміці зростання нашої фірми».



ЕПАП УКРАЇНА КОНСУЛЬТУЄ ОДИН З НАЙБІЛЬШИХ У СВІТІ ПРОМИСЛОВИХ, ТОРГОВЕЛЬНИХ ТА ІНВЕСТИЦІЙНИХ ХОЛДИНГІВ

ЮБ «Єгоров, Пугінській, Афанасьєв і партнери» Україна виступає юридичним радником свого давнього клієнта – промислового, торговельного та інвестиційного гіганта зі штаб-квартирою в Японії, з різних питань трудового та корпоративного права, нерухомості, а також з регуляторних питань, пов'язаних з діяльністю компанії в Україні.

Команди практик трудового та корпоративного права Бюро надають комплексну юридичну підтримку компанії, зокрема, з питань внутрішніх політик, управління українським підрозділом та найму персоналу, в тому числі й іноземних громадян. Юристи практики нерухомості представляли інтереси клієнта в переговорах щодо оренди комерційної нерухомості. Крім цього, ЕПАП Україна консультувало клієнта з питань регулювання у сфері сертифікації продукції.

Команда ЮБ «Єгоров, Пугінській, Афанасьєв і партнери» Україна працює над проектом під керівництвом партнера, керівника практики злиттів і поглинань та корпоративного права **Оксани Ільченко**, радника, керівника практики нерухомості **Олега Бойчука** та старшого юриста, керівника практики трудового права **Олександри Євстаф'євої**.

AEQUO

ЮФ AEQUO УСПІШНО ЗАХИСТИЛА У ВАСУ ІНТЕРЕСИ ОДНОГО З НАЙБІЛЬШИХ УКРАЇНСЬКИХ МЕДИЧНИХ ЦЕНТРІВ

Команда практики вирішення спорів юридичної фірми Aequo успішно захистила інтереси одного з найбільших українських медичних центрів в податковому спорі.

Предметом спору було оскарження податкового повідомлення-рішення, яким державна податкова інспекція донарахувала підприємству податок на прибуток в розмірі близько 5 млн. гривень. Вищий адміністративний суд України прийняв рішення, яким підтримав правову позицію підприємства і визнав відсутність правових підстав покласти будь-які додаткові податкові зобов'язання на підприємство.

Команда ЮФ Aequo супроводжувала судовий процес у складі радника практики, адвоката **Павла Белоусова**, адвокатів **Євгена Левицького** та **Мирослави Савчук**.



ПАРТНЕР АО ARZINGER МАРКІЯН МАЛЬСЬКИЙ СТАВ ГОЛОВОЮ ПРАВЛІННЯ ЗАХІДНОУКРАЇНСЬКОЇ ФІЛІЇ ЄБА НА 2015 РІК

23 січня 2015 р. керівник Західноукраїнської філії і партнер Адвокатського об'єднання Arzinger **Маркіян Мальський** був обраний Головою Правління філії Європейської Бізнес Асоціації, що знаходиться у Львові. До цього він уже кілька років поспіль обіймав посаду керівника юридичного комітету регіонального офісу Європейської Бізнес Асоціації, а також був членом правління цієї організації. На новій посаді Маркіян продовжить активну діяльність, спрямовану на поліпшення бізнес-клімату західного регіону України.

Західноукраїнська філія Європейської Бізнес Асоціації була створена з метою надання підтримки діяльності компаній з іноземними інвестиціями, що працюють в західному регіоні України, і є лідером серед бізнес-асоціацій регіону. Комітети та робочі групи, що діють на базі асоціації, надають представникам бізнесу можливість обговорювати розвиток цікавих для них галузей і визначати спільну позицію щодо проблемних питань та шляхів їх вирішення. Філія обслуговує більше ста компаній-членів в даному регіоні. Окрім Маркіяна, цього року до регіональної координаційної ради Західноукраїнського офісу асоціації увійшли **Аліна Бойчук** («PZU Україна»), **Олег Дрін** (готель «Леополіс»), **Антон Подільчак** («Advice Group») і **Тарас Юринц** («Guldman-Ukraine»).

НОВИНИ СУДОЧИНСТВА

СТВОРЯТЬ РОБОЧУ ГРУПУ ДЛЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ПОЛОЖЕНЬ ЗАКОНУ ПРО СУДОВУ РЕФОРМУ

Про це стало відомо в ході першої робочої зустрічі з обговорення планів спільної діяльності Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, Ради суддів України та Державної судової адміністрації 6 березня 2015 року.

В зустрічі взяли участь Голова Комісії Козьяков С.Ю., секретар Комісії Щотка С.О., радник Голови Комісії Василенко А.В., керівник секретаріату Комісії Пономаренко О.Г., Голова Ради суддів України Сімоненко В.М. та Голова Державної судової адміністрації Холоднюк З.В.

Йшлося про реалізацію положень Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд», які стосуються кваліфікаційного оцінювання суддів.

Учасники розмови домовились створити спільну робочу групу та затвердити план невідкладних заходів щодо виконання положень Закону.

Джерело: Прес-служба ВККС

24-25 КВІТНЯ 2015 РОКУ З'ЇЗД АДВОКАТІВ УКРАЇНИ ПРИЗНАЧИТЬ ТРЬОХ ЧЛЕНІВ ВРЮ

Як повідомили «Юридичному журналі» в прес-службі Вищої ради юстиції, відповідно до повідомлення Ради адвокатів України, яке надійшло до ВРЮ 6 березня 2015 року, проведення другої частини III з'їзду адвокатів України згідно зі статтею 6-2 Закону України «Про Вищу раду юстиції» призначено на 24-25 квітня 2015 року.

До порядку денного з'їзду включено питання про призначення членів Вищої ради юстиції.

Місце проведення з'їзду: приміщення Будинку кіно за адресою: м. Київ, вул. Саксаганського, 6.

Реєстрація делегатів III з'їзду адвокатів України відповідно до їх мандатів розпочнеться о 10:00. Початок роботи з'їзду об 11:00.

Джерело: Прес-служба Вищої ради юстиції

СУДИ ГОСПОДАРСЬКОЇ ЮРИСДИКЦІЇ МАЮТЬ НАЙБІЛЬШИЙ РІВЕНЬ ДОВІРИ СЕРЕД СУДІВ ІНШИХ ЮРИСДИКЦІЙ

Про це повідомив Голова Вищого господарського суду України Богдан Львов в ході пленуму ВГСУ, що пройшов 5 березня 2015 року. Такі дані очільник ВГСУ надав, посилаючись

на результати кількох останніх соціологічних опитувань.

Участь у пленумі взяли 71 суддя вищого спеціалізованого суду, голови апеляційних та місцевих господарських судів, судді названих судів, Голова Державної судової адміністрації України Зеновій Холоднюк, заступник Генерального прокурора України Віталій Касько, інші.

Пан Львов також відзначив, що попри те, що сьогодні до судової влади загалом та окремих суддів зокрема є особливе ставлення та побуває думка про несприйняття їх діяльності, інші громадяни, громадські організації на адресу суду направляють листи-підтримки та подяки за поновлення законних прав та інтересів громадян та суспільства, відстроювання принципів неупередженості та безсторонності розгляду справ.

Заступник Генпрокурора В. Касько зауважив, що останнім часом склалася тенденція, що судову владу лише сварять, і як це не виглядає парадоксально за винесені судом рішення на користь держави із повернення державної власності висловлюють подяки іншим органам, зокрема й прокуратурі.

Голова Державної судової адміністрації України поінформував присутніх про оплату праці працівників апаратів господарських судів у 2014 році. Зокрема, за рахунок понадпланових надходжень коштів від сплати судового збору до спеціального фонду державного бюджету у 2014 році Міністерством фінансів України за поданням ДСА України судам загальної юрисдикції збільшено фонд оплати праці разом з нарахуванням на більше ніж на 39 млн гривень. Такі зміни дозволили збільшити середню заробітну плату працівникам апаратів господарських судів з 2657 грн до 3815 грн, в апаратах апеляційних судів заробітна плата зросла з 2968 грн до 4061 гривні. Також пан Холоднюк зазначив, що відповідно до змін до бюджету поточного року вдалося здійснити перерозподіл коштів, і за рахунок зменшення поточних видатків вдалося збільшити капітальні видатки на 46 млн гривень. Отож, за словами керівника ДСА України, в квітні-травні поточного року буде погашено кредиторську заборгованість, що сформувалася наприкінці минулого року. Крім того, система органів судової влади додатково матиме 12 млн грн на капітальні видатки за рахунок збільшення планових показників.

Керівник ДСА України також відзначив, що на-

разі напрацьовуються зміни до Закону України «Про судовий збір», зокрема, у частині обмеження пільг щодо сплати судового збору органам державної влади, іншими суб'єктами, а також перегляду розміру ставок судового збору за окремими видами об'єктів справляння судового збору, що дозволить збільшити надходження до спеціального фонду державного бюджету.

Про виконання постанови пленуму Вищого господарського суду України від 10.07.2014 № 2 «Про підсумки роботи господарських судів України у 2013 році, у першому півріччі 2014 року та завдання на друге півріччя 2014 року» доповіла секретар пленуму Вищого господарського суду України Лариса Рогач.

Постановами пленуму затверджено нову редакцію Регламенту пленуму Вищого господарського суду України та Положення про порядок підготовки, прийняття та оприлюднення постанов пленуму Вищого господарського суду України з питань застосування господарськими судами законодавства при вирішенні справ.

Джерело: Судова влада України

РАДА ВИЗНАЧИЛА ВИКЛЮЧНИЙ ПЕРЕЛІК ВИДІВ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ, ЩО ПІДЛЯГАЮТЬ ЛІЦЕНЗУВАННЮ

Відповідний закон був ухвалений парламентарями 2 березня ц.р.

Закон «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» (законопроект №0934) регулює суспільні відносини у сфері ліцензування видів господарської діяльності, визначає виключний перелік видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню, встановлює уніфікований порядок їх ліцензування, нагляд і контроль у сфері ліцензування, відповідальність за порушення законодавства у сфері ліцензування видів господарської діяльності.

Зокрема, згідно із законом, формування та реалізацію державної політики у сфері ліцензування у встановленому цим законом порядку здійснюють: Кабінет Міністрів України – шляхом прийняття нормативно-правових актів у сфері ліцензування; спеціально уповноважений орган з питань ліцензування; органи ліцензування.

Закон ухвалено з урахуванням поправок.

Відповідний законопроект зареєстровано за №0934.

Джерело: Інформаційне управління Апарату Верховної Ради України

ВІДМІНЕНО ОПОДАТКУВАННЯ ВВЕЗЕННЯ ДО УКРАЇНИ ПРОДУКЦІЇ ОБОРОННОГО ПРИЗНАЧЕННЯ

Відповідний закон був підписаний Президентом України Петром Порошенком 1 березня ц.р.

Законом № 168-VIII від 10 лютого 2015 року «Про внесення змін до пункту 2 Закону України «Про внесення змін до Податкового Кодексу України щодо звільнення від оподаткування продукції оборонного призначення» вводиться передумова кваліфікації «країни походження» військової продукції, що усуває потенційну можливість постачання зазначеної продукції з країни, яка визнана державою-окупантом чи державою-агресором стосовно України чи з окупованої території України, визначеної такої згідно з законодавством.

Також документом усуваються нормативні перешкоди для реального безподаткового ввезення продукції оборонного призначення на територію нашої держави шляхом зняття обмежень, які діяли у попередній редакції законів від 2 вересня 2014 року № 1657-VII та № 1658-VII відповідно «Про внесення змін до Митного кодексу України щодо спрощення ввезення продукції оборонного призначення» та «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо звільнення від оподаткування продукції оборонного призначення», які фактично приводили до оподаткування податком на додану вартість зазначеної продукції виробництва США, Канади, Бразилії, Китаю, Індії, більшості європейських держав.

Таким чином, з одного боку Законом вирішується питання безподаткового ввезення продукції оборонного призначення, у тому числі для потреб антитерористичної операції, на територію України та підвищення її обороноздатності. З іншого – унеможливується фінансування військово-промислового комплексу держави-окупанта (агресора).

Джерело: Прес-служба Президента України

СЬОГОДНІ ОПУБЛІКУВАЛИ ЗАКОН ПРО СУДОВУ РЕФОРМУ

26 лютого 2015 р. в парламентській газеті «Голос України» опубліковано закон №192-VIII «Про забезпечення права на справедливий суд». Закон вступає в силу через 30 днів з дня його опублікування. Президент України Петро Порошенко підписав цей закон 24 лютого 2015 р.

Заступник Глави Адміністрації Президента – координатор Ради з питань судової реформи Олексій Філатов, коментуючи підписаний документ, зазначив: «Закон спрямований на очищення суддівського корпусу, підвищення відповідальності суддів,

спрощення доступу громадян до правосуддя, забезпечення передбачуваності судових рішень, удосконалення роботи судової системи в цілому та забезпечення реальної реалізації права громадян на справедливий, чесний та неупереджений суд».

Документ запроваджує прозорий та публічний порядок призначення суддів на будь-які посади виключно на підставі конкурсу. Конкурсна процедура передбачена і при формуванні Вищої кваліфікаційної комісії суддів та Вищої ради юстиції. Законом підвищуються вимоги і до кандидатів на посаду судді, і до кандидатів на посади членів ВККС та ВРЮ.

Суддівська кар'єра залежатиме виключно від професійних якостей судді. Запроваджується інститут суддівського досвіду, в якому зберігатиметься інформація як щодо роботи кожного конкретного судді (як суддя приймає рішення, який відсоток рішень переглядається судами вищих інстанцій, які причини перегляду таких рішень тощо), так і щодо відповідності судді критеріям, які ставить до нього антикорупційне законодавство. Кар'єра судді залежатиме також від відповідності морально-етичним критеріям.

Разом з тим, Законом «Про забезпечення права на справедливий суд» передбачено чітке визначення підстав та порядку здійснення дисциплінарного провадження щодо суддів, розширено перелік дисциплінарних стягнень, встановлено чіткі строки притягнення суддів до відповідальності та строки погашення дисциплінарних стягнень. Водночас встановлюються гарантії захисту прав суддів та змагальності в дисциплінарному провадженні.

Розширюються гарантії рівності громадян перед законом і судом, гласності та відкритості судового процесу, обов'язковості рішень суду. Відкритою стає вся інформація щодо суду, який розглядає справу, стадії її розгляду, місця та часу засідань, забезпечується відкритий доступ до всіх судових рішень. Також законом гарантується право кожного бути присутнім на судовому засіданні, проводити фото- та відеозйомку.

Висновки ВСУ щодо застосування норм права стають обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, а всі суди нижчих інстанцій мають враховувати їх при вирішенні справ. Зазначені зміни спрямовані на однакове застосування судами норм матеріального та процесуального права та забезпечення передбачуваності судових рішень.

У Законі враховано понад 50 рекомендацій Венеціанської комісії, Консультативної ради Європейських суддів та інших міжнародних організацій щодо вдосконалення законодавства України про судоустрій і судочинство.

Нагадаємо, 12 лютого 2015 р. Верховна Рада прийняла судову реформу. За відповідний законопроект № 1656 проголосував 251 нардеп із 226 мінімально необхідних.

Джерело: РБК-Україна

2015 РІК МАЄ СТАТИ РОКОМ ІСТОТНИХ ЯКІСНИХ ПЕРЕТВОРЕНЬ У ГОСПОДАРЬСЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ

Таку думку висловив Голова ВГСУ Богдан Львов в ході чергового засідання пленуму Вищого господарського суду України 05 березня 2015 року. На захід було запрошено керівництво місцевих та апеляційних господарських судів України. У роботі пленуму ВГСУ також взяли участь Голова Державної судової адміністрації України Зеновій Холоднюк, заступник Генерального прокурора України Віталій Касько і заступник начальника управління представництва в суді, захисту інтересів громадян та держави при виконанні судових рішень Генеральної прокуратури України Юрій Капшученко.

Доповідаючи про підсумки роботи господарських судів України у 2014 році та завдання на 2015 рік, Голова ВГСУ Богдан Львов зазначив, що в сучасних складних економічних умовах саме господарські суди є тим стабілізуючим фактором, який має забезпечити функціонування бізнесу, інвестиційну привабливість підприємств, договірну дисципліну, захист прав власності, збереження робочих місць, а також надходження податків у державну казну. Він зауважив, що, незважаючи на «втрачені» навесні 2014 року господарські суди АР Крим і непрацюючі суди Донецька та Луганська, у системі господарського судочинства спостерігалось збільшення кількості справ, а до державного бюджету України та державних цільових фондів за судовими рішеннями спрямовано 1,2 млрд грн.

Водночас очільник ВГСУ наголосив на відсутності належного забезпечення місцевих та апеляційних судів, про яке постійно на всіх державних рівнях опікується ВГСУ спільно з Державною судовою адміністрацією України.

Крім того, було внесено зміни і доповнення до деяких постанов пленуму ВГСУ, затверджено нову редакцію Регламенту пленуму ВГСУ та Положення про порядок підготовки, прийняття та оприлюднення постанов пленуму ВГСУ з питань застосування господарськими судами законодавства при вирішенні справ.

Джерело: Відділ міжнародно-правового співробітництва та зв'язків зі ЗМІ

КОНЦЕПЦІЯ РОЗВИТКУ ІНСТИТУТУ НОТАРІАТУ В УКРАЇНІ



З метою забезпечення подальшого розвитку нотаріату латинського типу в Україні ГО «Інститут теоретико-правових досліджень у сфері юстиції» підготувала концепцію розвитку нотаріату в Україні. «Юридичний журнал» публікує текст концепції для ознайомлення з основними пропозиціями інституту.

РОЗДІЛ 1 ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ

Концепція визначає основні напрями державної політики у сфері нотаріату щодо забезпечення механізму захисту прав і законних інтересів громадян, доступності та якості правової допомоги населенню, яку надають нотаріуси України, правові та економічні шляхи її реалізації.

Концепцію розроблено на засадах Конституції України, ЦК України, Закону України «Про нотаріат», актів КМУ, Указів Президента України та інших законодавчих актів.

Мета Концепції – забезпечити подальший розвиток нотаріату латинського типу в Україні, удосконалити законодавство, що регулює конституційно-правовий статус інституту нотаріату і створити умови для впровадження електронного нотаріату та застосування новітніх ІТ-технологій у нотаріальній діяльності.

Концепція є основою для розроблення відповідних нормативно-правових актів, забезпечення скоординованої діяльності органів державної виконавчої влади та професійного самоврядування нотаріусів із вирішення практичних завдань та викликів сьогодення.

РОЗДІЛ 2 СУЧАСНИЙ СТАН НОТАРІАТУ В УКРАЇНІ

За період з 2010 по 2013 рік Україною було проведено роботу, насамперед на законодавчому рівні щодо забезпечення умов вступу українського нотаріату до Міжнародного союзу Латинського нотаріату (далі – МСЛН).

Після набрання чинності 01 січня 2013 року Закону України «Про нотаріат» щодо державного регулювання нотаріальної діяльності була запроваджена низка нововведень. Зокрема, новели цього Закону надали можливість українським нотаріусам розпочати процедуру вступу до МСЛН та можливість отримати право на професійне самоврядування, що здійснюється через новий орган – Нотаріальну палату України.

Відповідно до ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення та спрощення процедури державної реєстрації земельних ділянок та речових прав на нерухоме майно» на нотаріусів покладаються повноваження у сфері дер-

жавної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їхніх обтяжень як на спеціальних суб'єктів із функціями державного реєстратора.

Створено єдиний орган самоорганізації та регулювання нотаріальної діяльності – Нотаріальну палату України та затверджено Правила професійної етики нотаріусів. Проведено широкомасштабну реформу у сфері реєстрації речових прав за участю нотарів.

Такі дії дістали міжнародне визнання та схвалення з боку світової нотаріальної спільноти.

09 жовтня 2013 року український нотаріат прийнято до лав МСЛН, до якого входять асоціації нотаріусів більшості країн Європи. Міжнародний Союз Нотаріату (UINL) був заснований 1948 року і нині об'єднує нотаріальні корпорації 86 держав.

Водночас основними причинами, які перешкоджають забезпеченню збалансованого розвитку нотаріату латинського типу є:

- відсутність обґрунтованої науково-практичної стратегії державного регулювання у сфері нотаріату;
- недосконалість законодавства, що регулює інститут нотаріату;
- невизначеність критеріїв щодо встановлення граничної чисельності нотаріусів в нотаріальних округах України;
- відсутність законодавчого врегулювання тарифної політики;
- невирішеність проблем соціального, пенсійного забезпечення приватних нотаріусів, недосконалість системи оподаткування їхніх доходів;
- незбалансованість функцій органів, що здійснюють державне регулювання у сфері нотаріату та органів професійного самоврядування;
- недосконалість системи допуску до професії, механізму контролю за організацією нотаріальної діяльності та застосування санкцій за неналежне виконання обов'язків;
- неефективність наявної системи підвищення кваліфікації нотаріусів та їхніх помічників.

РОЗДІЛ 3 ОСНОВНІ ЗАХОДИ З РЕАЛІЗАЦІЇ КОНЦЕПЦІЇ

Концепція затверджується КМУ після її обговорення за участю нотаріальної спільноти, громадськості, науковців та практиків у сфері нотаріату.

ГО «Інституту теоретико-правових досліджень у сфері юстиції та інноваційних проектів» був створений у червні 2014 року

За цей час були підготовлені науково-експертні та юридичні висновки з питань у сфері нотаріату, банкрутства, реєстрації речових прав; про оплату за вчинення нотаріальних дій; про запровадження передумов для створення електронного нотаріату; про встановлення квот приватних нотаріусів в округах; про контроль за роботою нотаріусів та безпеку нотаріальної діяльності; щодо формування Вищої кваліфікаційної комісії нотаріату тощо.

Розроблені та направлені пропозиції: до законопроектів щодо впровадження електронного апостилювання нотаріальних документів, зі створення довірчих центрів, з документування веб-сторінок, із питань захисту нотаріальних документів; до ДФС України щодо проекту Закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України» щодо переходу самозайнятих осіб, які провадять незалежну професійну діяльність, зокрема. нотаріусів на спрощену систему оподаткування; до Мін'юсту України щодо затвердження плану дій установ нотаріату в надзвичайних та екстремальних ситуаціях. Підготовлено аналіз законодавства щодо запровадження та функціонування напрямку «Оцінка для цілей оподаткування та нарахування і сплати інших обов'язкових платежів, які справляються відповідно до законодавства».

Інститут взяв участь у таких заходах: засідання робочої групи «Громадський моніторинг», круглий стіл на тему «Реалізація державної житлової політики в Україні: реалії та перспективи», конференція, присвячена питанням банкрутства та діяльності арбітражних керуючих; громадські слухання законопроекту «Про електронний цифровий підпис».

Громадське обговорення. Інститутом були розроблені і винесені на громадське обговорення такі проекти: Концепція реформування нотаріату; Інструкція про план дій установ нотаріату та органів юстиції на випадок надзвичайних ситуацій щодо захисту людей та збереження нотаріальних документів, яка була схвалена та буде врахована Мін'юстом України при підготовці змін до НПА, які регулюють нотаріальну діяльність; щодо внесення змін до Порядку проведення перевірки організації роботи державних нотаріальних контор, державних нотаріальних архівів, організації нотаріальної діяльності приватних нотаріусів, дотримання державними і приватними нотаріусами порядку вчинення нотаріальних дій та виконання правил нотаріального діловодства.

Членство: Експерти Інституту увійшли до складу Громадської ради при Державній фіскальній службі Укра-

їни та були включені до складу Спеціалізованої вченої ради з правом прийняття до розгляду та проведення захисту дисертацій на здобуття наукового ступеня доктора (кандидата) юридичних наук.

Спільно з Українською асоціацією БТІ «Укртехінвентаризація» підготовлено Меморандум про співпрацю, метою якого є консолідація зусиль сторін, спрямованих на виконання основних завдань цих організацій у сфері технічної інвентаризації нерухомого майна, посвідчення угод та реєстрації речових прав на нерухомість.

Заходи. Інститут провів: Прес-конференцію «Нотаріат в системі захисту прав і свобод громадянина на окупованих територіях України та на територіях дії АТО. Виклики сьогодення», низку науково-практичних конференцій з тем: «Особливості статусу нотаріуса як суб'єкта первинного фінансового моніторингу», «Проблемні питання державної реєстрації речових прав та їхніх обтяжень на земельні ділянки», «Актуальні проблеми реалізації норм чинного законодавства щодо державної реєстрації речових прав на нерухомість та оцінки майна в цілях оподаткування при нотаріальному посвідченні правочинів», «Система оподаткування доходів, отриманих фізичною особою, що провадить незалежну професійну діяльність», «Порядок обрання або переходу на спрощену систему оподаткування, можливість застосування спрощеної системи оподаткування нотаріусами» тощо та міжнародну науково-практичну конференцію «Стратегічні шляхи розвитку нотаріату латинського типу в Європі. Проблеми та перспективи».

Видання: «Один штрих з історії українського нотаріату».

Методичні посібники: «Особливості статусу нотаріуса як суб'єкта первинного фінансового моніторингу», «Спрощення процедури державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень. Аналітика, міжнародний досвід та довідкова інформація», «Довідково-інформаційні матеріали до науково-практичної конференції з питань оподаткування самозайнятих осіб, які провадять незалежну професійну діяльність».

Публікації в ЗМІ: «Назрів час оновити й доповнити стратегічні шляхи розвитку сучасного українського нотаріату» (тижневик «Юридична газета»), «Справжня людина гідна довіри, а справжня людина з кола обраних довірою гідна бути нотарем!» (газета «Правовий тиждень»), «Реформування нотаріату в Україні: бачення та перспективи», «Перехід до єдиного нотаріату є найкращим для розвитку галузі» (журнал «Український юрист») тощо.

Міністерство юстиції України спільно з Нотаріальною палатою України розробляють проекти нормативно-правових актів, в яких мають бути передбачені:

– організаційні питання (норми, які закріплюють загальні засади інституту нотаріату в Україні, регулюють питання доступу до професії, набуття та припинення статусу, відповідальності нотаріуса тощо);

– процедура вчинення нотаріальних дій, (норми, якими регулюються питання реалізації нотаріальної діяльності вчинення нотаріальних дій нотаріусами, а також регламентується процесуальна діяльність посадових осіб органів місцевого самоврядування, керівників лікувальних закладів, установ виконання покарань, морських суден, експедицій тощо, мають бути визначені суб'єкти нотаріального провадження, стадії нотаріального провадження та порядок їхнього документального оформлення, регламентовані процедури та механізми вчинення кожної нотаріальної дії тощо);

– реєстраційне забезпечення нотаріальної діяльності (норми, які регулюють порядок реєстрації нотаріальних дій, ведення, забезпечення доступу до реєстрів, які необхідні нотаріусу для забезпечення якісного вчинення нотаріальних дій).

Особливу увагу має бути приділено нотаріальним актам, зокрема, на законодавчому рівні необхідно подати визначення терміна «нотаріальний акт», розглянути питання його захисту, збереження. Крім того, зважаючи на розвиток міжнародних цивільних та господарських відносин, суб'єктами яких дедалі частіше є фізичні та юридичні особи України, увага, зокрема, має бути приділена й нормам міжнародного права, міжнародним договорам та Конвенціям, ратифікованим Україною.

Запроваджується електронний Реєстр нотаріальних дій, вчинених нотаріусами України.

Розпочинається процес оцифровки документів, що становлять нотаріальний архів нотаріуса та вживаються заходи нормативного і організаційного характеру для функціонування електронного нотаріального архіву.

Держава має забезпечити умови для запровадження єдиного нотаріату, для чого слід вжити заходи поступового переходу державних нотаріусів України на приватну форму діяльності. Вважаємо також за можливе функціонування в подальшому державних нотаріальних контор, але з передачею їх до сфери відання місцевих органів влади. Подібне компромісне положення в частині залишкового існування державного нотаріату породжує низку негативних наслідків, серед яких можна виокремити:

1) непристосованість державного нотаріату до умов сучасного цивільного обороту і ринку;

2) незацікавленість нотаріусів державних нотаріальних контор в результаті своєї роботи;

3) необхідність додаткового бюджетного фінансування державного нотаріату.

На нашу думку, вирішити це питання можна остаточно перейшовши до позабюджетної моделі організації нотаріату на усій території України.

До сфери державного регулювання слід зарахувати питання встановлення граничної чисельності нотаріусів в нотаріальних округах, визначивши в Законі чіткі критерії квотування, гарантуючи при цьому збереження кількості приватних нотаріусів, які працюють нині. Зокрема, такими критеріями є: кількість і густота населення, соціально-економічний стан розвитку відповідного регіону та реальний показник навантаження нотаріуса, який ґрунтується на прогнозуванні динаміки чисельності населення, що обслуговуватиметься.

Справою державного регулювання є також питання тарифної політики та визначення у Законі підходів для встановлення розміру плати за вчинення нотаріальних дій. Пропонується визначити, що нотаріальний тариф має відображати алгоритм дій нотаріуса при вчиненні будь-якої нотаріальної дії, а саме: встановлення особи, перевірка дієздатності, перевірка повноважень представника, з'ясування волевиявлення, перевірка прав і фактів, перевірка наявних обмежень та обтяжень, складання проекту документа, дії, що пов'язані з реєстрацією, нотаріальне посвідчення тощо. Цей перелік не є вичерпним. В кожній нотаріальній дії є певна сукупність перелічених вище дій нотаріуса, кожна з яких повинна мати своє цінове вираження. Сукупність таких цінових елементів і формуватиме нотаріальний тариф.

Реформування системи підвищення кваліфікації кадрів українського нотаріату і, як результат, організації нотаріату не є самоціллю. Важливо те, що воно має здійснюватись системно. Зважаючи на реалії сьогодення, цю роботу має проводити і забезпечувати Нотаріальна палата України спільно з вищими навчальними закладами.

Пропонується шляхом внесення змін до ЗУ «Про нотаріат» закріпити правила про періодичне підвищення кваліфікації нотаріусами, що має відбуватись не менше одного разу на три роки (враховуючи вимоги ч. 8 ст. 10 ЗУ «Про нотаріат»). Таке підвищення кваліфікації потрібне для перевірки професійного рівня в різних сферах нотаріальної діяльності. Тому воно має супроводжуватись складанням заліку у формі тесту, захисту доповіді або в іншій формі, обраній на курсах підвищення кваліфікації. Крім того, має бути розширене коло суб'єктів, які мають право на проведення курсів підвищення кваліфікації для нотаріусів, їхніх

помічників, за рахунок внесення змін до Наказу Міністерства юстиції України «Про затвердження Порядку підвищення кваліфікації нотаріусів, консультантів державних нотаріальних контор, державних нотаріальних архівів, помічників приватних нотаріусів».

Уповноважуючи нотаріат надавати правову допомогу, держава посилює контроль за його діяльністю. В зв'язку з цим постає необхідність створення зрозумілого механізму здійснення цього контролю, який регламентуватимуть не порядки та інструкції органів влади, а виключно норми закону. Пропонуємо законом передбачити загальні засади адміністративного впливу на нотаріальні правовідносини, а методи і принципи роботи державних органів, які співпрацюють з нотаріусами, мають бути закріплені у законодавстві, що регламентує діяльність цих органів.

Слід визначити на рівні Закону види правопорушень та їхні наслідки, які можуть виникати у нотаріальній діяльності, за такими кваліфікаційними ознаками: порушення прав громадян, які були зумовлені причинами, що не мають ознак неправильного вчинення нотаріального провадження або не тягнуть за собою суттєвих правових наслідків – оскарження може здійснюватись як у адміністративному, так і в судовому порядку; правопорушення стало наслідком неправильного застосування норм матеріального або процесуального законодавства і не може бути усунути у безспірному порядку, але не спричинило матеріальних збитків – оскарження може здійснюватись у судовому порядку; правопорушення викликало матеріальні збитки для суб'єктів правовідносин – особи мають звертатися до суду у порядку позовного провадження.

Задля забезпечення доступності населення до нотаріальних послуг потрібно застосовувати такий механізм заміщення приватного нотаріуса – при управліннях юстиції доцільно створити кадровий резерв нотаріусів з осіб, які отримали свідоцтво про право на провадження нотаріальної діяльності і мають намір нею займатися, з якими приватний нотаріус і укладатиме угоду. При цьому, пропонується розробити Типовий проект договору про заміщення, який обидві сторони будуть лише конкретизувати залежно від обставин.

Затвердження Правил професійної етики та контроль за їхнім дотриманням доцільно законом віднести до компетенції Нотаріальної палати України.

Пропонуємо, внівши зміни до законодавства, встановити, що дисциплінарні функції, а саме схвалення рішення про анулювання свідоцтва про право на провадження нотаріальної діяльності, можуть застосовуватись ВКК нотаріату, виключно на підста-

ві відповідних рішень судів за поданням головних управлінь юстиції.

РОЗДІЛ 4

ТЕРМІНИ РЕАЛІЗАЦІЇ 2014–2020 РОКИ

РОЗДІЛ 5

УМОВИ РЕАЛІЗАЦІЇ КОНЦЕПЦІЇ

Пріоритетною умовою ефективної реалізації Концепції є її законодавче врегулювання. Для цього необхідно забезпечити:

- удосконалення нормативно-правової бази у сфері нотаріату;
- підготовку на базі чинного ЗУ «Про нотаріат» та Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України Нотаріального процедурного кодексу;
- імплементацію норм міжнародного права у сфері нотаріату в законодавство України;
- підготовку змін до нормативно-правової бази щодо оподаткування доходів нотаріусів, соціального та пенсійного забезпечення.

Важливими умовами впровадження нотаріату латинського типу в Україні також є:

- забезпечення поступової ліквідації держнотконтор та створення на їхній основі філій держнотархівів;
- належне матеріально-технічне забезпечення установ державного нотаріату;
- модернізація системи захисту, обліку, та контролю за обігом нотаріальних документів;
- запровадження Єдиного реєстру нотаріальних дій, вчинених нотаріусами України;
- створення електронного нотаріального архіву;
- вдосконалення системи підвищення кваліфікації нотаріусів та їхніх помічників;
- ефективне функціонування професійного самоврядування.

РОЗДІЛ 6

ПРОГНОЗ РЕЗУЛЬТАТІВ

Реалізація Концепції сприятиме:

- вдосконаленню та посиленню системи захисту конституційних прав та свобод громадян;
- підвищенню рівня доступності та якості правової допомоги, яку надають нотаріуси;
- зменшенню навантаження на судові органи;
- формуванню зручної системи електронного нотаріату;
- модернізації та заощадженню коштів на ведення єдиних та державних реєстрів у сфері нотаріату;
- уніфікації та систематизації інформації, наявної в кількох реєстрах;
- запровадженню системи ідентифікації нотаріальних документів;
- удосконаленню процедури легалізації нотаріальних актів.

Ubi jus, ibi
remedium

Закон дає і право,
і засіб для його
захисту



ДУМКА НАУКОВЦЯ

ІНСТИТУТ ГЕОГРАФІЧНИХ ЗАЗНАЧЕНЬ В ЄС, США ТА УКРАЇНІ

АВТОР

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



Термін «географічне зазначення» є відносно новим. Зокрема, Всесвітня організація інтелектуальної власності (ВОІВ) вважає, що він призначений для використання в найширшому сенсі. Під його дію підпадають усі наявні способи охорони назв і позначень, незалежно від того, чи зазначають вони, що якості такого виробу, визначаються його географічним походженням (найменування місця походження) чи просто вказують на місце походження (зазначення походження). Цей термін також охоплює зображувальні позначення, оскільки географічні зазначення складаються не лише з назв міст, регіонів чи країн, але можуть складатись також із зображень без словесної назви місця її походження, наприклад такі, як Ейфелева вежа для Парижа, Тауерський міст для Лондона тощо.

Географічні зазначення (ГЗ) як об'єкт інтелектуальної власності тісно пов'язані з правовою культурою різних країн і відрізняються різноманіттям форм і складним характером. Спеціальна (*sui generis*) система охорони ГЗ в ЄС пов'язана з системою цивільного права, прийнятою в країнах континентальної Європи, наприклад у Франції, Італії, Португалії, Іспанії [1]. Мотиви, що спонукають країни або регіони надавати правову охорону географічним зазначенням, можна звести до основних двох:

1) **економічний**: очевидне підвищення знання комерційних переваг географічних зазначень, особливо щодо сільськогосподарських та харчових продуктів, для країн-експортерів, які можуть покластися на додану вартість, яку можуть дати географічні зазначення. Приміром, у Франції налічується понад 113 тис. сільськогосподарських продуктів, що містять найменування місця походження. Вартість лише французьких вин, у назвах яких є найменування місць походження, становить 15,6 млрд або 85% річного виробництва Франції, а бренді – 1,5 млрд. Річний

оборот молочних продуктів, причому здебільшого сирів, становить 2 млрд [2].

2) **місце походження як елемент ідентифікації товару**: найменування місця походження товару або географічне зазначення є найважливішими інструментами розрізнення товарів на світовому ринку. Ці інструменти передають і гарантують споживачу переваги, наявні в товарі, які можуть містити до сотні років традиційної ремісної майстерності та особливих природних характеристик і характеристик довкілля регіону, що закладені в специфічному продукті.

В юрисдикціях загального права, які наслідували британську правову систему, для отримання охорони ГЗ заходи проти недобросовісної конкуренції поєдналися з реєстрацією географічних зазначень в межах законодавства про торговельні марки (у вигляді колективних або сертифікаційних знаків) [3]. У США переважають традиції загального права, і ГЗ охороняються за допомогою законодавства про товарні знаки.

Угода ТРІПС зобов'язує держави-члени (серед яких є країни як цивільного, так і загального права) надавати охорону ГЗ, однак дозволяє їм використовувати конкретні форми охорони на свій розсуд. Цікаво, що Велика Британія, будучи країною загального права, доволі легко прийняла європейську модель охорони ГЗ як особливого виду інтелектуальної власності. Тож можна сподіватися на подальше поширення цього способу охорони ГЗ в країнах загального права.

Наведемо порівняльний аналіз систем охорони ГЗ в ЄС і США та оцінимо перспективи їхнього зближення з урахуванням гострої зацікавленості європейських виробників сільськогосподарської продукції в охороні їх ГЗ на величезному американському ринку.

Європейський Союз. В ЄС загальна кількість зареєстрованих географічних зазначень становить близько 5 тис., з яких основна частина (85%) припадає на зазначення для вин і спиртних напоїв. Система охорони ГЗ у Євросоюзі існує незалежно від товарних знаків. Початок їй було покладено Регламентом ЄС №2081/92 «Про охорону географічних зазначень та зазначень походження для сільськогосподарських продуктів та продуктів харчування». У цьому

документі йшлося про різноманітність національних практик реєстрації зазначень походження товарів в ЄС і необхідність однакового підходу до їхньої охорони. Єдина система охорони ГЗ має забезпечити добросовісну конкуренцію виробників продуктів, зазначених вказуванням їхнього походження, і збільшити довіру до них з боку споживачів.

Регламент ЄС № 2081/92 щодо правової охорони географічних зазначень та зазначень місць походження для сільськогосподарських продуктів та продуктів харчування був прийнятий Радою Європейських співтовариств 14 липня 1992 року і набув чинності 26 липня 1993 року. Дія цього документа поширюється лише на сільськогосподарські продукти й продукти харчування. Йдеться про такі продукти, як: пиво, природні мінеральні води та джерельні води, напої, вироблені з екстрактів рослин, хліб, кондитерські вироби, цукерки, торти, печиво та інші пекарські товари, а також натуральні гуми та смоли. Найважливіше, що Регламент не застосовується до вин і спиртних напоїв, які регулюються іншими законодавчими актами, як зазначалось раніше.

Розширити сферу правової охорони географічних зазначень Європейський Союз спонукає ціла низка чинників. Певна річ, основними є *економічні*, такі як запровадження в рамках ЄС спільної сільськогосподарської політики та забезпечення назвою, що охороняється, гарантій вищої якості продукту для споживачів. Однак є й інші причини, зокрема, бажання гарантувати споживачу точність інформації, що вказується як географічне зазначення та запровадження для співтовариства єдиної стандартизованої системи правової охорони. Регламент вимагає, щоб географічне зазначення було зареєстроване на рівні співтовариства, щоб воно отримало правову охорону в усіх державах-членах. Для того щоб географічне зазначення або зазначення місця походження відповідало умовам реєстрації, продукти, що охороняються таким зазначенням, мають відповідати визначеній кількості вимог, що перераховані в специфікації продукту.

Зазначення місця походження та географічне зазначення. У ст. 2 Регламенту розмежовані поняття «місце походження» та «географічне зазначення». *Місце походження* визначено як *назва регіону, особливого місця або, у виняткових випадках, країни, що використовується для визначення сільськогосподарського продукту або продукту харчування та відповідає трьом кумулятивним умовам:*

(1) продукт повинен походити з цієї географічної місцевості;

(2) якість або характеристики продукту мають бути в основному або виключно обумовлені географічним навколишнім середовищем, включаючи природний та людський чинники;

(3) виробництво, обробка та підготовка продукту мають здійснюватись у визначеній географічній місцевості.

Географічне зазначення визначене як назва регіону, особливого місця або, у виняткових випадках, країни, що використовується для визначення сільськогосподарського продукту або продукту харчування та відповідає трьом кумулятивним умовам:

(1) продукт має походити з цієї географічної місцевості;

(2) специфічна якість, репутація або характеристики повинні приписуватись такому географічному походженню;

(3) виробництво та/або обробка та/або підготовка продуктів має здійснюватись у визначеній географічній місцевості.

Грунтуючись на визначеннях, наведених у ст. 2, можна зробити висновок, що *поняття «географічне зазначення» є ширшим порівняно із поняттям «зазначення місця походження».* Воно не вимагає, щоб якість або характеристики продукту містили в собі людський чи природний чинники і крім того не вимагає, щоб продукт був вироблений, оброблений та підготовлений у певній географічній місцевості. Французьке визначення АОС подібне до європейського визначення географічного зазначення і передбачає також, щоб якість або характеристики продукту містили в собі обидва чинники – людський і природний. Прикладом найменування місця походження продукту може слугувати Proscuitto di Parma – Parma Ham (прошутто ді Парма – пармська шинка), в той час, як прикладом географічного зазначення – Scottish Lamb (шотландське ягня).

Однак труднощі з реєстрацією ГЗ, що походять зі США, в рамках європейської системи спонукали США в 2005 році подати до СОТ скаргу. Сполучені Штати заявили, що Регламент ЄС №2081/92 є дискримінаційним, що порушує Угоду ТРІПС і змушує треті країни приймати європейський стиль охорони ГЗ. У результаті 2006 року був прийнятий Регламент №510/2006 про охорону географічних зазначень та зазначень походження для сільськогосподарських продуктів та продуктів харчування, який замінив редакцію 1992 року. Відповідно до цього документа була спрощена

система подання заявок на реєстрацію ГЗ для країн, які не є членами ЄС.

Регламент №510/2006 визначив два типи реєстрованих ГЗ: *охоронювані найменування (вказівки) місця походження (PDO)* та *охоронювані географічні зазначення (PGI)*. Останні охороняють більш широке коло продуктів, властивості яких меншою мірою пов'язані з географічним місцем походження, ніж властивості продуктів, які маркуються PDO.

Крім того, цей регламент встановив спеціальну процедуру подачі заявок на реєстрацію PGI і PDO, доступну як для виробників країн ЄС, так і для виробників інших країн.

США. Хоча Угода ТРІПС визнає ГЗ як окрему форму інтелектуальної власності, в Законі про товарні знаки США не йдеться про ГЗ як такі. В Америці ГЗ охороняються як різновид товарних знаків, як сертифікаційні знаки, що засвідчують походження товарів або послуг з якогось регіону. Сертифікаційні знаки реєструються, як і інші товарні знаки. Індивідуальні географічні найменування вважаються споконвічно позбавленими розрізняльної здатності, і для їхньої реєстрації необхідно доводити набуття ними розрізняльної здатності в процесі використання. Для сертифікаційних знаків такої вимоги не встановлено. Знаки можуть бути зареєстровані на ім'я будь-якої людини, муніципального органу, штату, держави, навіть якщо заявник не має ділового чи торговельного підприємства.

Географічні зазначення та сертифікаційний знак. Обидва ці позначення призначені для інформування споживачів про те, що маркований ними продукт відповідає певним стандартам. Обидва вони використовуються особами, які не є їхніми власниками, за умови виконання ними стандартів виробництва продуктів.

У разі PDO і PGI роль групи виробників, продукти яких маркуються цими позначеннями, полягає в контролі їхнього використання і підтримці системи перевірки, що забезпечує постійну відповідність продукції стандартам, встановленим специфікацією. У США сертифіковані стандарти якості, безпеки та інших характеристик продуктів визначає власник знака, він же здійснює контроль за використанням знака особами, що випускають сертифіковані продукти. Права на сертифікаційні знаки часто належать державним організаціям, які за своїми функціями близькі до ліцензіарів товарних знаків. Наприклад, «Картопляна» комісія штату Айдахо (Idaho Potato Commission) відповідальна за рекламу,

маркування, упаковку картоплі, а також за ліцензування сертифікаційного знака картоплі Айдахо і здійснення прав на нього. Дія сертифікаційного знака має поновлюватися кожні 10 років. PGI і PDO діють безстроково за умови відповідності маркованих ними продуктів встановленим критеріям.

Проблема географічних найменувань, що стали родовими позначеннями. Розвиток міжнародної торгівлі, формування глобального ринку, поширення ринкових технологій, заснованих на географічному брендингу (зокрема, у зв'язку з популярністю європейських брендів у іммігрантів Нового світу), загострили конкурентну боротьбу між виробниками сільськогосподарської продукції. Наприклад, у США сир пармезан став родовим позначенням для витриманих твердих сирів. Тим часом у ЄС назва сиру Parmigiano Reggiano («Парміджано реджано») охороняється як PDO і використовується виключно для сирів, вироблених за спеціальною технологією в регіоні Парми (Італія) [4]. Цей конкретний приклад засвідчує принципову відмінність між європейським і американським підходами до питання охорони географічних найменувань, що перетворилися на родові позначення

Світове співтовариство зробило кілька спроб запобігти незаконному використанню ГЗ. Приміром, Мадридська угода про припинення неправдивих або таких, що вводять в оману, зазначень джерела походження на товарах 1891 року заборонила країнам – членам допускати перетворення ГЗ на родові позначення без рішення національного суду. Лісабонська угода про охорону найменувань походження і їхню міжнародну реєстрацію 1958 року зобов'язала країни-члени охороняти найменування місць походження як такі в країні походження і реєструвати їх в Міжнародному бюро ВОІВ. Після реєстрації найменування місць походження охороняються в інших країнах-членах і не можуть вважатися родовими позначеннями, доки вони охороняються у країні походження.

Слід зазначити, що США не приєдналися ні до Мадридської, ні до Лісабонської угоди. Водночас Італія та Франція з їхніми традиціями охорони ГЗ, вже понад півстоліття є членами цих угод.

Спроби ВОІВ виробити єдину позицію до охорони ГЗ і укласти багатосторонню угоду в цій сфері, здійснені протягом останніх десятиліть XX століття, не мали успіху. Положення Угоди ТРІПС з цього питання між країнами цивільного права та загального права також

неоднозначні. Якщо ст. 22 передбачає загальні зобов'язання країн-членів з охорони ГЗ, то у ст. 24 перераховані винятки з цих зобов'язань, зокрема такий, що допускає вільне використання найменувань, які стали родовими в країні-члені, і виняток, що допускає співіснування ідентичних чи подібних товарного знака та ГЗ. Більш детально дивись матеріали окремого дослідження [5, 6].

Одна з пропозицій ЄС полягала у створенні багатостороннього реєстру ГЗ. ЄС запропонував вважати всі географічні найменування, охоронювані як ГЗ в країнах-членах СОТ, такими, що спочатку мають юридичну силу і можуть бути зареєстровані в багатосторонньому реєстрі. Якщо країна – член СОТ протягом 18 місяців не бажає або не здатна оцінити повідомлення про конкретне ГЗ, погодитися з його охороною або ж відкинути її, вона не може більше наполягати на тому, що таке найменування стало в ній родовим. Найменування буде включене до багатостороннього реєстру й охоронятиметься як ГЗ від несанкціонованого використання у всіх країнах – членах СОТ.

Регламент ЄС №510/2006, як і закон про товарні знаки, забороняє реєстрацію географічних найменувань, які стали родовими позначеннями як ГЗ. Однак, на відміну від закону про товарні знаки, найменування, зареєстроване як ГЗ, ніколи не втрапить охороноздатності внаслідок перетворення на родові позначення. Крім того, європейська система охорони ГЗ залишає більше шансів на повернення охорони географічних найменувань, які набули родового характеру.

Для оцінки родового характеру найменування Регламент №510/2006 передбачає урахування судами низки підстав, зокрема, ситуацію в країнах-членах, масштаби споживання, сприйняття ГЗ споживачами, а також національні закони і закони ЄС. Ґрунтуючись на Регламенті №510/2006, Європейський суд, правомочний ухвалювати остаточне рішення про статус ГЗ, постановив, наприклад, що назви Feta, Parmesan, Bayerisches Bier, які тривалий час вважалися родовими, охороняються згідно з Регламентом ЄС №510/2006. Суд вказав, що найменування, яке зберігає асоціації з місцем виробництва, має шанси на повернення йому статусу реєстрованого ГЗ.

Менш певна ситуація з сертифікаційними знаками в США. Зареєстрованому сертифікаційному знакові має бути властива певна розрізняльна здатність, щоб відкинути звинувачення в недійсності. Якщо знак відомий у США, його можна захищати від ослаблення розрізняль-

ної здатності. Встановлення популярності вимагає врахування багатьох чинників, зокрема терміну використання, територіального охоплення, обсягу продажу товарів, маркованих знаком, розміру витрат на рекламу. Загалом можна сказати, що обсяг охорони сертифікаційних знаків у США більш обмежений і невизначений, ніж обсяг охорони ГЗ в ЄС, який іноді поширюється навіть на інші товари та послуги (тобто інші, ніж ті, для яких використовується зареєстроване ГЗ).

Згідно з вимогами Євросоюзу виключне право на використання назви «пармезан» належить сироварам з італійського міста Парма, споконвічно грецький м'який сир «фета» може бути зроблений тільки в Греції, сир «ґрюйер» – в однойменному місті Швейцарії. Крім того, обмеження на використання найменувань поширюються на низку німецьких продуктів: шварцвальдської шинки, сардельок братвурст, октоберфестівського пива тощо.

З таким підходом і можливими втратами для національної економіки, категорично не згодні американські виробники і чиновники. За розрахунками сироварів зі США, вимушена зміна найменувань призведе до \$4 млрд збитків у галузі (у т.ч. витрати на розробку нових етикеток і маркетингове просування продуктів з новими назвами). Нещодавно група сенаторів із Демократичної і Республіканської партій (40 осіб) підготували лист на адресу міністра сільського господарства і торговельного представника США, які ведуть переговори про умови зовнішньої торгівлі з Євросоюзом. *«Ми закликаємо відхилити будь-які вимоги в рамках Трансатлантичного торговельного та інвестиційного партнерства (ТАІП), які в той чи інший спосіб обмежать права американських виробників на використання загальноприйнятих назв продуктів харчування»*, – сказано в листі [7].

Здійснення прав на географічні зазначення в ЄС. Здійснення прав на ГЗ в ЄС можливе в рамках як приватного, так і публічного права.

Приватне право. Приватна особа може порушити в суді справу про незаконне (пряме чи непряме) комерційне використання ГЗ, зареєстрованого для ідентичних чи подібних товарів. Вона має право заперечувати проти недозволеного використання ГЗ для вказівки справжнього місця походження товару, проти його використання в супроводі таких виражень, як стиль, тип, спосіб, а також проти використання перекладу ГЗ іншою мовою.

Регламент Ради Європейських співтовариств №3897/91 від 16 грудня 1991 року вніс зміни до

Регламенту №2392/89, відобразивши відповідь на справу іспанського виноробника Мігеля Торреса (Miguel Torres). Ці зміни дали змогу продовжувати використання торговельної марки, якщо вона була зареєстрована за 25 років до визначення країною-членом географічної назви як ГЗ і постійно використовувалась з того часу. Такі торговельні марки, проте, не можуть перешкодити використанню більш пізнього ГЗ. Мігель Торрес зареєстрував торговельну марку TORRES для вина в усьому світі і був власником португальської торговельної марки з 1962 року. В 1989 році португальський уряд ухвалив законодавчий акт про визначення нового виноробного регіону – долини на півночі від Лісабона, TORRES VERDAS. Деякі португальські виробники використовували на своїх етикетках єдине слово TORRES. Мігель Торрес подав скаргу до Європейської комісії, оскільки, згідно з Регламентом, іспанський винороб 2002 року мав припинити використання торговельної марки TORRES. У результаті Європейська комісія внесла зміни до відповідних положень, передбачивши такий вид торговельної марки, яка вже довго існує [8].

ГЗ, зареєстроване раніше, ніж чинний на тому ж ринку товарний знак, що включає позначення, ідентичне ГЗ, має щодо товарного знаку перевагу, засновану на пріоритеті. Більше того, Регламент ЄС №510/2006 забороняє те, що допускається законом про товарні знаки, а саме недозволене використання ГЗ для опису виду, якості або призначення конкуруючого продукту. Сказане може бути проілюстровано такими прикладами.

У 1996 році найменування Grana Padano було зареєстровано як PDO для італійського твердого сиру. У 1998-му компанії Biraghi SpA вдалося зареєструвати словосполучення Grana Biraghi як товарний знак товариства для сирів. Італійський консорціум, що володіє правами на PDO Grana Padano, подав позов про визнання знака недійсним і виграв справу. Консорціум посилався на ст. 14 (1) Регламенту №510/2006, що вимагає визнання недійсним товарного знака, що порушує PDO.

Найменування Сognaс (коньяк) охоронялося в ЄС як ГЗ з 1989 року. У 2008-му Асоціація виробників коньяку успішно опротестувала реєстрацію двох фінських товарних знаків, що містили найменування Сognaс і його переклад фінською мовою. Вона відстояла право на використання цього найменування виключно для своєї продукції, незважаючи на те, що його включення до фінських товарних знаків не ма-

ло за мету введення споживачів в оману щодо походження продукції.

Складним залишається питання про співіснування раніше зареєстрованого товарного знака та ГЗ. При конфлікті між товарним знаком і пізніше зареєстрованим ГЗ останнє перебуває в привілейованому становищі щодо товарного знаку. Згідно зі ст. 3(4) Регламенту №510/2006 *власник пізніше зареєстрованих PGI або PDO може оскаржити товарний знак – за винятком тих випадків, коли товарний знак настільки добре відомий, що споживачі будуть введені в оману використанням відповідного найменування як ГЗ.*

Допускається подання заявки на ГЗ, що конфліктує з раніше зареєстрованим товарним знаком, за умови, що заявка подана з добрими намірами. Європейське законодавство передбачає в таких випадках співіснування товарних знаків і ГЗ. Наочним прикладом реалізації цієї правової норми є рішення Європейського суду у справі Bavaria NV і Bavaria Italia Srl проти Bayerischer Brauerbund (2009). Нідерландська пивоварна компанія Bavaria NV використовувала слово Bavaria з 1925 року, в 1930-му воно стало частиною її фірмового найменування. Bavaria NV володіла кількома міжнародними товарними знаками (що діяли, зокрема, в Італії), до складу яких входило слово Bavaria. Найбільш рання реєстрація знаків відбулася 1947 року. Проте 2001-го асоціація баварських пивоварів Bayerischer Brauerbund зареєструвала PGI Bayerisches Bier і порушила справу проти італійської філії Bavaria NV, попросивши суд заборонити нідерландській компанії використовувати найменування Bavaria в Італії та анулювати її права на товарні знаки з цим словом.

Апеляційний суд Турина звернувся до Європейського суду з питанням про допустимість співіснування товарних знаків нідерландської компанії і PGI баварських пивоварів. Європейський суд підтвердив таку можливість в такому випадку. Він ухвалив, що реєстрація PGI виправдана необхідністю запобігти зникненню репутації найменування Bavaria в результаті «популяризації за допомогою загального використання за межами географічного походження».

«Нова Баварія» в Україні. Цікава ситуація склалася в Україні. У середині XIX століття група баварських пивоварів приїхала до Харкова з метою створити пивоварне виробництво. Вони довго шукали джерело води, яке б відповідало жорстким вимогам технології. Таке місце було знайдено.

В 1872 році німецьким пивоваром Францем Гершгаймером в селі Григорівка Харківського повіту був побудований завод «Нова Баварія». В останні роки XIX століття – найбільший пивоварний завод Харківської губернії. У 1920-1930-ті роки завод входив до Держспивтресту «Українська Нова Баварія» як «Пивзавод №3 Нова Баварія». Після війни завод вважався одним із найбільших в СРСР. Зазначимо, що це один із трьох пивоварних заводів Російської імперії, які варили пиво і не міняли назви з 1917 року. На підприємстві й досі виробляють десятки видів, виготовленого за класичною технологією, якісного пива з торговими марками «Нова Баварія» і «Баварія».

Загалом правовий клімат ЄС прихильний до ГЗ, однак привілеї ГЗ щодо товарних знаків не завжди діють автоматично. Вони мають місце, коли використання ГЗ відповідає певним критеріям. Про це йдеться у рішенні Європейського суду в справі Anheuser-Busch Inc проти Budejovicky Budvar (2011). У цій справі виробник пива Anheuser-Busch Inc подав заявки на кілька товарних знаків Співтовариства, що містять слово Bud. Його конкурент Budejovicky Budvar опротестував заявки на підставі раніше існуючих прав на позначення (зокрема, найменування місця походження товарів), у яких це саме слово вже є. Протест був відхилений, але Budejovicky Budvar подав апеляцію до Європейського суду загальної юрисдикції, який підтримав її. В свою чергу, Anheuser-Busch Inc подав апеляцію до Європейського суду справедливості (СЈЕУ). Останній скасував рішення попередньої інстанції на підставі ст. 8 (4) Регламенту ЄС №40/94 про товарний знак Співтовариства, що вимагає від раніше існуючих позначень, не зареєстрованих як товарні знаки, використання в процесі торгівлі «більш ніж місцевої значущості» (more than mere local significance). На думку СЈЕУ, ця фраза означала не лише використання позначення на значній території (у декількох країнах), а й популярність позначення постачальникам і конкурентам (крім споживачів), чого не врахував Європейський суд загальної юрисдикції.

Загалом географічне зазначення «Чеське пиво», що перебуває під охороною, нині використовують 16 пивоварень для 77 марок пива, що становить приблизно 75% чеського пивного ринку. З аналізу цих даних можна стверджувати, що кількість марок пива з цим позначенням за рік збільшилася на дві третини, а пивоварень, що його використовують, – на третину [9]. З жовтня 2008 року позначення «Чеське пиво»

є офіційним географічним зазначенням, що охороняється, зареєстрованим у Європейській комісії. Система охорони назв сільськогосподарських і харчових продуктів була започаткована в ЄС ще 1992 року.

Інший приклад стосується географічного зазначення Palinc(k)a для сливової горілки. Залежно від країни походження розрізняються навіть написання: з «к» для Угорщини і з «с» для Румунії. Зазначимо, що виробництво палінки є традиційним і для нашого Закарпаття.

Тривалий час точиться словацько-угорська суперечка, пов'язана з використанням назви торгової марки вина «Токай». Адже Токай – король вин і вино королів. Винороби, що виробляють відповідні сорти вин з винограду, вирощуваного на південному сході Словаччини, отримали право використовувати назву «Токай» для позначення своєї продукції. Словацький парламент ухвалив відповідну поправку до закону. Суперечка спалахнула після того, як Угорщина в липні 2009 року, попри домовленість, змінила в своєму законодавстві обговорену назву «Токаї» (в кінці слова літера «і») на «Токај». Одночасно Угорщина подала заяву до Європейської комісії, в якій вимагала зареєструвати торгову марку «Токај». Єврокомісія в грудні 2009-го в своєму Збірнику опублікувала цю заяву. Своєю чергою, Словаччина звернулася з вимогою включити назву «Токај» до відповідного реєстру. Але Єврокомісія не задовольнила вимогу Словаччини. Словацьке міністерство землекористування звернулося до єврокомісара з питань сільського господарства з проханням надати сприяння у вирішенні цієї проблеми. В результаті Словаччина отримала можливість реєстрації торгової марки «Виноградарська область «Токај» [10]. Зазначимо, що вино «Токай» тривалий час виробляється і в Україні. То ж ці питання також мають бути врегульовані.

Публічне право. Права на ГЗ можуть здійснюватися за допомогою адміністративних процедур з перевірки відповідності продуктів їхнім специфікаціям. Перевірки проводять компетентні державні чи приватні організації. Країни-члени можуть здійснювати адміністративну перевірку використання зареєстрованих найменувань продуктів у процесі контролю за виконанням європейських законів про продукти харчування. Володільці ГЗ мають право подавати судові позови у зв'язку з порушенням специфікацій товарів, які маркуються ГЗ.

Справа Consorzio del Prosciutto di Parma проти Asda Stores Ltd (2004) ілюструє спосіб здійснення прав на ГЗ за допомогою специфікації. Consorzio del Prosciutto di Parma – асоціація, яка контролює PDO Prosciutto di Parma, зареєстроване для сиров'яленої шинки, пред'явила претензії оператору мережі супермаркетів у Великій Британії Asda Stores Ltd. Останній купував шинку в іншого відповідача у цій справі в нарізаному вигляді в пакетах, на яких було написано Genuine Italian Parma Ham («справжня італійська пармська шинка»). Другий відповідач купував шинку у італійського виробника, члена згаданої асоціації, потім нарізав її, упакував і маркував упаковку.

Діяльність відповідачів порушувала специфікацію шинки Prosciutto di Parma, згідно з якою нарізка і упаковка шинки мають бути зроблені виключно в регіоні виробництва з дотриманням певних умов і під контролем виробника. Асоціація подала судові позови у Великій Британії, вимагаючи судової заборони діяльності відповідачів. Палата лордів призупинила ці судові процеси, поставивши питання про здійснення специфікації CJEU. Останній підтвердив правомірність претензій позивача.

Особливості використання зазначень походження товарів в Європейському Союзі. В 2005 році Європейський Союз своїм рішенням повернув всесвітньовідомі зазначення походження товарів споконвічним власникам, заборонивши іншим країнам випускати продукти з такими назвами. Зокрема, назви продуктів, що виробляються в Україні як географічні зазначення, належать таким країнам: «багет» – Франція; «водка» – заявка була подана Польщею, яка обійшла Росію (хто б міг подумати; добре, що ми маємо власну українську назву – «горілка»); «коньяк»; «шампанське» – Франція; «портвейн» – Португалія; «лате» – Італія; «йогурт» – Болгарія (останнім часом на полицях українських магазинів цю молочну продукцію все частіше можна зустріти під назвою «закваска», а не «йогурт!»); «мисливські ковбаски» – Польща; «салімі» – Італія; «шинка» – Польща; «шпикачки» – Чехія; «чедер» – Велика Британія; «фета» – Греція; «пармезан» – Італія; «спагеті» – Італія тощо.

Першими відчули на собі жорсткі правила ЄС українські експортери алкогольних напоїв, які були вимушені перейти на нові назви. Наприклад, щоб експортувати свій продукт до Європи український виробник перестав називати «Коктебель» коньяком, замінивши його

на бренд. Наразі обмеження для українських товарів, чії назви збігаються з вказівками походження товарів ЄС, діють лише на території країн – членів ЄС. А з моменту підписання Україною договору про зону вільної торгівлі з Європою, така адаптація чекає і внутрішніх українських постачальників.

У 2012 році Молдова і Європейський союз підписали Угоду про охорону географічних зазначень сільськогосподарської та харчової продукції. Після Грузії Молдова є другою державою на пострадянському просторі, яка підписала такий документ. Процес національної самоідентифікації товарів з Молдови розпочато. У квітні 2013-го взаємні зобов'язання захищати об'єкти інтелектуальної власності один одного набули чинності. За Угодою з ЄС Молдова захищає понад 3200 найменувань харчових продуктів, вин і спиртних напоїв з країн Євросоюзу.

Правова охорона географічних зазначень в Україні. Спеціальним законом щодо географічних зазначень є Закон України «Про охорону прав на зазначення походження товарів» (далі – *Закон*), ухвалений Верховною Радою України 16 червня 1999 року, який набув чинності 20 січня 2000-го. Цей документ регулює відносини, пов'язані з набуттям та здійсненням права власності на зазначення походження товарів в Україні. Положення щодо географічних зазначень є також у інших спеціальних законах, зокрема в ЗУ «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», ЗУ «Про захист від недобросовісної конкуренції». Крім того, в Україні положення щодо набуття прав на географічні зазначення встановлені правилами, виданими на підставі Закону, що визначають механізми реалізації законодавчих норм.

На виконання вказаного Закону було прийнято розпорядження Кабінету Міністрів України «Про спеціально уповноважені органи для визначення та контролю особливих властивостей та інших характеристик товарів» від 23.04.01р. №149-р⁷, Положення про Перелік видових назв товарів, затверджене наказом Міністерства освіти і науки України від 12.12.2000 №583, Положення про Державний реєстр України назв місць походження та географічних зазначень походження товарів і прав на використання зареєстрованих кваліфікованих зазначень походження товарів, затверджене наказом Міністерства освіти і науки України від 13.12.2001 №798.

Водночас Цивільним кодексом України та Господарським кодексом України до національного

Таблиця 1. Відомості про зареєстровані в Україні кваліфіковані зазначення походження товарів

Номер реєстрації	Дата реєстрації	Зареєстроване кваліфіковане зазначення походження товару	Назва товару, для якого реєструється кваліфіковане зазначення походження товару
1.	15.03.2007	Миргородська	Мінеральна вода
2.	15.03.2007	Сонячна долина	Десертне марочне вино
3.	15.03.2007	Східницька	Мінеральна вода
4.	25.02.2008	Ессентуки	Мінеральна вода
5.	25.02.2008	Нагутская	Мінеральна вода
6.	25.02.2008	Славяновская	Мінеральна вода
7.	10.09.2009	Новий світ	Вина ігристі
8.	10.09.2009	Поляна квасова	Мінеральна природна вода
9.	10.09.2009	Менська Остреч	Мінеральна природна вода
10.	12.10.2009	Царичанська	Мінеральна природна вода
11.	11.05.2010	Трускавецька	Мінеральна природна вода
12.	10.02.2011	Збручанська	Мінеральна природна вода
13.	26.09.2011	Золота балка	Вина, вина ігристі
14.	26.09.2011	Таврія	Вино, коньяк України
15.	26.09.2011	Меганом	Вино
16.	26.12.2011	Балаклава	Вина, вина ігристі
17.	10.02.2012	Prosciutto di Parma (Прошутто ді Парма)	Витримана сира шинка
18.	26.03.2012	Русская водка	Горілка
19.	25.06.2012	Parmigiano Reggiano (Парміджано Реджано)	Сир
20.	25.07.2013	Магарач	Вино

законодавства був введений термін «*географічне зазначення*». Тож в Україні слід вживати саме термін «*географічне зазначення*», а до Закону слід внести відповідні зміни [11]. Крім того, главами 35 та 45 ЦК України запроваджені загальні положення щодо набуття, здійснення та захисту прав на географічне зазначення. У ст. 420 ЦК України встановлено, що географічне зазначення є одним із об'єктів права інтелектуальної власності. Згідно зі ст. 501 зазначеного Кодексу право інтелектуальної власності на географічне зазначення виникає

з дати державної реєстрації цього права, якщо інше не встановлено законом. Обсяг правової охорони географічного зазначення визначається характеристиками товару (послуги) і межами географічного місця його (її) походження, зафіксованими державною реєстрацією права інтелектуальної власності на географічне зазначення.

Частиною національного законодавства є також норми міжнародних договорів України, зокрема такими є Паризька конвенція про охорону промислової власності й Угода ТРІПС.

Хоча в Україні вже тривалий час діє спеціальний Закон і розроблено відповідні підзаконні акти, він практично не працює. В Державному реєстрі України «Відомості про зареєстровані в Україні кваліфіковані зазначення походження товарів» [12] за цей час зареєстровано лише 20 об'єктів! (див. табл. 1).

Серед зареєстрованих об'єктів в основному мінеральні води «Миргородська», «Східницька», «Трускавецька», «Царичанська», «Збручанська», «Ессентуки», «Нагутская», «Славяновская» і вина «Новий світ», «Золота балка», «Таврія», «Балаклава», «Сонячна долина», «Меганом», «Магарач». А «Миргородська», «Новий Світ» та «Магарач» є одночасно зазначеннями походження товарів, знаками для товарів і послуг та добре відомими знаками.

Слід зауважити недоліки експертизи при реєстрації географічних зазначень, що дало змогу, зокрема, зареєструвати в Україні таке позначення, як «Русская водка». Це позначення вже давно стало видовою назвою. Випуск горілки з єдиною етикеткою і під єдиною назвою «Русская» на лікєро-горілочаних заводах СРСР розпочався ще 1968 року. Конкретного географічного місця або підприємства-виробника цієї горілки не було. Тому головну функцію зазначення походження це позначення тривалий час не виконує. Воно практично втратило розрізняльну здатність і не асоціюється у споживача з конкретною місцевістю або виробником [13].

Водночас десятки зазначень походження товарів України ще раніше були зареєстровані як словесні або комбіновані торговельні марки. Приміром, кількість зареєстрованих знаків для товарів і послуг, пов'язаних зі згаданими назвами мінеральних вод, сягає понад 80 реєстрацій!?. В будь-який момент ці засоби індивідуалізації – унікальне національне надбання можуть бути передані, відчужені на користь інших осіб.

Слід зазначити, що майже 100 сторінок з 800 Угоди про асоціацію між Україною та ЄС містять перелік назв, які охороняються в країнах Євросоюзу. Є в ньому сидр, саламі, сир брі. Європейські фахівці у сфері інтелектуальної власності ретельно готувалися до переговорного процесу. Проте цього не можна сказати про українських переговорників. Вони залишили за Україною такі «видатні» географічні позначення, як Бурдей, Пила, Баба-Даг, Їжаківка тощо. Все це виглядає анекдотично, якщо, звісно, не зважати на значні економічні втрати для держави від такого легковажного підходу до інституту географічних зазначень.

У п. 3 ст. 208 Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом і його державами надається 10-річний перехідний період на використання таких зазначень походження виноробної продукції, як «шампанське», «коньяк», «портвейн», «херес», «мадера» тощо. В документі не передбачається надання раніше обумовлених під час переговорів компенсацій чи технічної допомоги виробникам виноробної продукції України у разі відмови від вживання географічних зазначень в назвах українських вин і коньяків. Водночас, на думку експертів, відмова від вживання географічних зазначень країн Європи в назвах вітчизняної виноробної продукції може призвести до стагнації виноградно-виноробної галузі країни і стати загрозою для її подальшого існування.

З метою вирішення цієї проблеми на міжнародному міжгалузевому рівні представники галузі протягом 2010-2011 років провели зустрічі та переговори з представниками виноградно-виноробної галузі країн Європи, зокрема, Європейського комітету виробників вин (CEEV), Європейської організації алкогольних напоїв (CEPS), Федерації вина та алкогольних напоїв Франції (FEVS), Міжпрофесійного комітету виробників вин Шампані (CIVC) та Національного міжпрофесійного бюро Коньяку (BNIC).

У результаті переговорного процесу був узгоджений і підписаний 19.05.2011 року протокол зустрічі представників виноробної промисловості України та ЄС. В цьому документі, зокрема, було визначено, що «...під час обговорення представники промисловості ЄС визнали історичну спадщину, культурні традиції української виноробної промисловості і погодились, що на даний момент Україна може використовувати кириличні транслітерації деяких чутливих географічних зазначень ЄС (зокрема «Херес» (Херес, Jerez/Sherry/Xerez), «Порто» (Порто, Porto), «Мадера» (Мадейра, Madeira), «Кагор» (Каор, Cahors), «Коньяк» (Коньяк, Cognac) та «Шампанське» (Шампань, Chashpragne) на внутрішньому ринку в межах міжнародного права...»

Однак у Додатку ХХІІ-А «Географічні зазначення – законодавство сторін та елементи реєстрації і контролю» до Угоди залишилась лише спільна декларація щодо назви «Кагор», яку Україна може продовжувати вживати на власній території для українських кріплених вин, вироблених відповідно до основних вимог.

Право української сторони на використання цих назв впливає зі ст. 24, параграфів 4 та 6

Угоди ТРІПС. Це закріплено також у законодавстві України. Відповідно до положень Угоди ТРІПС про «дідівське право» (grandfather law) країни, що виробляли продукцію до 1994 року, мають право продовжувати виробляти її на своїй території. Отже, відповідно до міжнародної практики і внутрішнього законодавства, Україна має право зберегти використання назв для продукції, що реалізується на внутрішньому ринку. І тут міжнародне право повністю на нашому боці: закарпатський коньяк випускається з 1962 року, марочний закарпатський коньяк «Карпати» роблять з 1970 року, радгосп – завод «Таврія» працює з 1965-го.

До списку географічних зазначень вин України, що мають бути захищені в ЄС, який поданий у цьому Додатку, внесено лише дві назви «Сонячна долина» (для десертного марочного вина) та «Новий світ» (для вин ігристих). На жаль, така мізерна кількість зареєстрованих географічних зазначень зумовлена тим, що через специфічність охорони географічних зазначень деякі відомі українські виробники алкогольної продукції вирішили питання охорони своєї продукції не шляхом визнання позначення географічним зазначенням, а через реєстрацію торговельної марки. Таким шляхом пішли, зокрема, відомі виноробні компанії як «Масандра», «Магарач», «Коктебель», «Коблево», «Шабо».

Маємо ще один казус: рішенням Апеляційної палати від 04.05.2007, затвердженим наказом Держдепартаменту від 18.07.2007 №88 позначення «Новий Свет» визнано добре відомим знаком в Україні від 24.08.1991. Власник – Державне підприємство «Завод шампанських вин «Новий Свет» (м. Судак, Автономна Республіка Крим). Тобто позначення «Новий Свет» є водночас знаком для товарів і послуг, добре відомим знаком і географічним зазначенням.

Однак не враховані такі важливі географічні зазначення, як Масандра, Магарач, Коктебель та інші.

Крім того, слід зауважити, що наведена в цьому Додатку Спільна декларація щодо права використання назв, які Україна зберігає за собою для вживання у торгівлі, складена безсистемно, хаотично без урахування важливих географічних зазначень, що є важливим національним надбанням. До таких об'єктів, зокрема, належать херсонські кавуни, ялтинська цибуля, ніжинські огірки, петриківський розпис, якому нещодавно присвоєно статус нематеріальної культурної спадщини ЮНЕСКО [14], опішнянські глиняні

вироби, барановицький фарфор, житомирський граніт, донецьке коксівне вугілля, назви мінеральних вод – «Поляна квасова», «Трускавецька», «Східницька», «Миргородська», «Царичанська», «Збручанська» та інші.

Зауважимо, що перехід підприємств вітчизняної виноробної галузі на нові найменування буде пов'язаний зі значними фінансовими втратами для виноробів. За оцінками фахівців, обсяги реалізації українських напоїв відразу скоротяться на дві третини. Зменшення виробництва тільки виноробної продукції з географічним найменуванням на 50% призведе до втрат надходжень до держбюджету близько 400 млн грн на рік внаслідок зменшення акцизних надходжень і ПДВ.

Інститут географічних зазначень є важливою складовою економічного розвитку держави. Неврахування важливості значення цього інституту в Угоді про асоціацію між Україною та Європейським Союзом несе економічні збитки та становить загрозу економічній безпеці держави.

Висновок. Система ГЗ має перевагу перед системою товарних знаків, оскільки стосується відшкодування витрат інтелектуального капіталу, вкладеного в родові географічні найменування. Групам виробників легше відстоювати свої інтереси відповідно до Регламенту №510/2006. Будучи зареєстрованим, найменування захищено від перетворення на родові позначення продукту. Система ГЗ надає ширшу охорону від прямих конкурентів, забороняючи навіть недозволені згадки зареєстрованих ГЗ.

Система товарних знаків здатна надати еквівалентну охорону лише найбільш відомим ГЗ, таким як чай Darjeeling (дарджилінг) або сир Roquefort (рокфор). Охорона від послаблення розрізняльної здатності позначень, яку можуть надати географічні сертифікаційні знаки, менш певна.

У випадках зіткнень ГЗ і товарних знаків часто діє виняток із класичного правила пріоритету, і найменування, що з'явилося пізніше ідентичного або подібного товарного знака, може бути зареєстроване як ГЗ; власникові товарного знаку доведеться змиритися з вимушеним співіснуванням свого знака і цього ГЗ. З боку закону про товарні знаки, навпаки, позначення, які можуть служити для вказівки географічного походження продуктів, повинні залишатися загальнодоступними. Тож система товарних знаків більшою мірою враховує інтереси конкурентів.

Потенційні економічні вигоди від охорони географічних зазначень такі: *по-перше*, за відсутності підробки законні виробники мають змогу розширити виробництво, що дозволить їм використовувати переваги економіки масштабу. *По-друге*, географічні зазначення сприяють посиленню системи безпеки продукції, оскільки виробники можуть бути легко встановлені та притягнуті до відповідальності за свій продукт. *По-третє*, географічні зазначення заохочують здійснення неформальних інвестицій. Підприємці, які мають репутацію виробників високоякісної продукції, найімовірніше, будуть готові до постійних інвестицій в удосконалення своєї продукції для підтримання на належному рівні конкурентних переваг.

Згідно з експертними оцінками, практика правової охорони зазначень походження та географічних зазначень сприяла збільшенню доходів європейських фермерів, які зареєстрували географічні зазначення своїх товарів, від 2% до 150%, порівняно з незареєстрованими [15]. Продажі легендарної грузинської «Боржомі», наприклад, забезпечують майже 10% ВВП Грузії! Це саме той випадок, коли мінеральна вода стає не лише частиною історії, символом, брендом країни, а й стратегічним ресурсом і національним надбанням [16].

В будь-якому разі географічні зазначення слугують для захисту нематеріальних активів, таких як, стандарти якості, репутація та місце на ринку. Вони підвищують вартість національних багатств країни та вмінь населення, що надає місцевому виробнику відмінних характеристик. Вони не є просто засобами закріплення доброї репутації для споживачів, а засобом збереження високих стандартів якості та задоволення прагнень споживачів

Відмінності двох систем охорони географічних найменувань виникають здебільшого з економічних підстав, різних правових традицій, різного ставлення до сільського господарства і землекористування. З боку загального права в товарних знаках є важливий елемент промислової політики, інструмент масового виробництва і організованого поширення споживчих товарів. З боку цивільного права ГЗ відіграють вагомий роль у збереженні традицій сільської праці, підтримці соціокультурних аспектів національної сільськогосподарської спадщини. Саме економіко-правовий конфлікт є перешкодою для подальшої гармонізації в галузі охорони ГЗ. Однак у процесі постійної взаємодії обидві

правові системи поступово змінюватимуться, як положення їхніх законів, так і інтерпретація законів судами.

Список використаних джерел:

1. Evans G. E. The protection of geographical indications in the European Union and the United States under sui generis and trade mark systems: signs of harmonisation? // Intellectual Property Quarterly. – 2013. – №1. – P. 18–46.
2. L'Institute National des Appellation d'Origine [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.agriculture.gouv.fr>
3. Кларк Лакерт Географічне зазначення: минуле, сьогодення, майбутнє // Захист прав інтелектуальної власності: досвід Сполучених Штатів Америки. – 36. документів, матеріалів, статей. – К.: Видавничий дім «Ін Юре», 2003, – С. 205-234.
4. Андрощук Г.О. «Сендвіч – сир з пармезаном» – без пармезану!? / Г. Андрощук // Інтелектуальна власність в Україні. – 2013.- № 7 – С.50-54.
5. Андрощук Г.О. Правова охорона географічних зазначень і найменувань місць походження товару за Регламентом ЄС / Г. Андрощук // Інтелектуальна власність, 2003. № 7. – С. 26-32.
6. Андрощук Г.О. Географічне зазначення: характер прав, існуючі системи охорони та захист. / Г. Андрощук // Інтелектуальна власність. – 2005. – №11-12. – 2006 – №1.
7. Европа запрещает «пармезан» и другие свои продукты в США [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.retail.ru/news/79888/>
8. Bertold Schwab, The Protection of Geographical Indications in the European Union, E.I.P.R. 1995, 17(5), 242-246;
9. Количество марок с охраняемым товарным знаком «Чешское пиво» растет [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://420on.cz/news/economics/34974-kolichestvo-marok-s-ohranyaemym-tovarnym-znakom-cheshskoe-pivo-rastet>
10. Кому принадлежит Tokaj? [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://vinoclub.ru/news/2758.html>
11. Тверезенко О. Развитие законодательства в сфере охорони географічних зазначень / О. Тверезенко [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/4495>
12. Відомості про зареєстровані в Україні кваліфіковані зазначення походження товарів [Електронний ресурс] // Режим доступу: http://sips.gov.ua/ua/kzpt_Uk
13. Андрощук Г. Водка «Русская»: наименование места происхождения, общеизвестный знак или наименование, вошедшее во всеобщее употребление?! / Г. Андрощук // Інтелектуальна власність. – 2011. – №6. – С. 11–19.
14. Петриковскую роспись включили в наследие ЮНЕСКО [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://www.unian.net/news/609912-petrikovskuyu-rospis-vklyuchili-v-nasledie-unesko.html>
15. Evaluation of the CAP policy on protected designations of origin (PDO) and protected geographical indications (PGI). London Economics, November 2008.
16. Ляшенко С. Охорона прав інтелектуальної власності, які стосуються природних мінеральних вод // Інтелектуальна власність. – 2011. – №8. – С. 20-27.

КЛЮЧОВІ ПИТАННЯ ЗАХИСТУ ДІТЕЙ В ІНТЕРНЕТІ В ЄВРОПІ

АВТОР

Яна РОГІНСЬКА,
директор ГО «Інститут
дослідження адаптації
законодавства»



КОНФІДЕНЦІЙНІСТЬ, НАГЛЯД І МОНІТОРИНГ

Ряд ключових питань щодо захисту прав в інтернеті є домінуючими на європейській політичній сцені. Одним з основних є напад на інтернет-права на приватне життя, що відбувається в ім'я боротьби з кіберзлочинністю і (віднедавна) «війни проти терору». Окремими державами-членами ЄС у деяких випадках вже застосовувалась неприйнятна практика перевірки поштових скриньок та користування інтернетом. Страждає від неї загальна громадськість, тоді як хакери та терористи можуть швидко знайти спосіб уникнути такого нагляду з боку держави.

Основним засобом для реалізації цього нагляду є конвенція Ради Європи щодо кіберзлочинності. Вона може служити класичним прикладом одностороннього процесу, що веде до незбалансованого результату, адже аргументи правоохоронних органів при її прийнятті повністю домінували в дебатах, залишаючи мало місця для протилежних думок.

Проте дебати щодо кіберзлочинності в Європейському Союзі були більш прозорими. Європейська комісія та Європарламент мають сильну точку зору щодо захисту приватності громадян у кіберпросторі. Особливого розголосу набули спроби з боку Ради міністрів на чолі з Великобританією повалити законодавство ЄС, що обмежують збереження особистих даних онлайн, окрім як для здійснення розрахунків.

Європейський парламент відіграє особливу роль у захисті прав громадян в інтернеті, особливо щодо збереження конфіденційності і приватності користування всесвітньою мережею.

ЗАХИСТ ПРАВ ДІТЕЙ В ІНТЕРНЕТІ

У Європейському Союзі питання захисту дітей у віртуальному середовищі (англ. digitalworld) регулюються кожною державою-членом відповідно до рекомендацій Європарламенту та Ради Європи. Звіт Європейської комісії Європарламенту, Раді, економічному та соціальному комітету та комітету регіонів від 13.09.2011 «Захист дітей у віртуальному середовищі» містить заходи, які мають бути здійснені державами-членами для захисту дітей в інтернеті. Це випливає з рекомендацій 2006 р. про захист неповно-

літніх при наданні їм аудіовізуальних та інформаційних послуг та 1998 р. про захист неповнолітніх та людської гідності.

У доповіді комісії міститься огляд прийнятих державами-членами ініціатив, спрямованих на боротьбу з дискримінаційним, незаконним або шкідливим контентом в інтернеті. Це стосується в основному зобов'язань та кодексів поведінки. Наприклад, вони передбачають, що відповідний ярлик буде відображатися на інтернет-сайтах.

Крім того, Цифрова повістка дня для Європи (the Digital Agenda for Europe) передбачає встановлення до 2013 р. гарячих ліній, які дозволяють повідомляти про шкідливий контент. Для інтернет-провайдерів (ISP) були запроваджені процедури для видалення будь-якого незаконного контенту (інформації) та для повідомлення про це через гарячу лінію. При цьому провайдерам пропонується стати більш активними у захисті неповнолітніх та застосуванні кодексів поведінки, а асоціаціям ISP рекомендується включати захист неповнолітніх в політику своєї діяльності та забезпечувати, щоб їхні учасники дотримувались цієї мети. Більш широке залучення споживачів і органів влади до розробки кодексів поведінки має гарантувати, що громадськість дійсно реагує на те, як швидко розвивається віртуальний світ.

Інтернет-провайдерам рекомендується поширити застосування кодексів поведінки і включити питання захисту неповнолітніх у свої програми. Один із способів, описаних у доповіді Комісії з питань протидії ризиковому контенту з соціальних мереж (такому як незаконний зміст інформації, віковий небажаний контент, неналежний контакт і неналежна поведінка), може бути розробка керівних принципів для постачальників соціальних мереж. Комісія має намір збільшити кількість точок звітності та встановити добре функціонуючі бек-офіси, які будуть розгорнуті в соціальних мережах.

КЛАСИФІКАЦІЯ КОНТЕНТУ

Обмеження доступу неповнолітніх до інтернет-контенту включає необхідність встановлення вікового обмеження та класифікації контенту. На даний час існують системи класифікації аудіовізуального контенту, які деякі держави-члени ЄС вважають достатніми та ефективними, тоді як інші впевнені, що їх слід поліпшувати. Технічні системи, такі як фільтрація, системи перевірки віку і батьківського контролю можуть бути корисні, але не можуть гарантувати повне обмеження доступу неповнолітніх до небажаного контенту. Неповнолітні абоненти все краще інформовані про існування фільтрації

і контролю, а також про перевірку віку програмним забезпеченням.

Проте держави-члени ЄС, як і раніше, розділені у своїх точках зору щодо використання (з урахуванням права на інформацію і ризик цензури), технічної спроможності та надійності технічних систем. Більш того, вони підкреслюють необхідність прозорості щодо включення певного змісту в «чорний список» і можливості його видалення. Більшість держав-членів бачать можливості для поліпшення вікового обмеження і систем класифікації, але єдиної думки щодо системи класифікації медіа-контенту на загальноєвропейському рівні поки що немає.

Всі держави-члени за винятком Німеччини використовують загальноєвропейську інформаційну систему щодо азартних ігор (Pan European Games Information System), спрямовану на захист неповнолітніх у сфері відеоігор. У своєму звіті Європейська комісія пропонує збільшити число інформаційно-просвітницьких заходів з цього питання з метою профілактики, особливо в школах.

Крім того, директива ЄС щодо аудіовізуальних послуг містить конкретні правила захисту неповнолітніх, програма безпечного інтернету сприяє більш безпечному використанню всесвітньої мережі і нових інтернет-технологій, особливо для дітей. На додаток Єврокомісія опублікувала конкретне повідомлення до держав-членів ЄС щодо відеоігор.

20 листопада 2012 р. Європейський парламент прийняв резолюцію щодо захисту дітей у віртуальному світі (resolution on Protecting children in the digital world). У доповіді з цього приводу підкреслюються три основних елементи такого захисту: навчання новим медіа-ресурсам, запровадження віртуального громадянства і захист від протизаконного контенту. Автори доповіді підтримують думку щодо використання технологій, призначених для захисту дітей від доступу до контенту, що є незаконним і не відповідає віковим обмеженням, і рекомендує установам і операторам поліпшити координацію на європейському рівні через використання гарячих ліній для звітності щодо нелегального контенту.

Привітав Європарламент і нове пропонуване положення про захист персональних даних (СОМ (2012) 0011), включаючи його спеціальні розділи про дитячу згоду і право бути забутим, яке забороняє збереження онлайн-інформації про персональні дані неповнолітніх, які можуть становити ризик для їх особистого та професійного життя, нагадавши, що сталість інформації в інтернеті і даних, що стосуються дітей, може бути направлена на шкоду їх гідності та соціальній інтеграції.

Одним з прикладів заходів країн-членів ЄС задля захисту дітей в інтернеті може бути Британська рада з дитячої інтернет-безпеки, яка розробила керів-

ні принципи для батьків про те, як захистити своїх дітей у цифровому світі, і запровадила такі коди, як Click Clever, Click Safe для допомоги дітям при користуванні інтернетом.

РОЗШИРЕННЯ ЄС: КЛЮЧОВІ ПИТАННЯ ДЛЯ КРАЇН-КАНДИДАТІВ

Окремим рядком у формуванні здорового способу життя вважається, як правило, висвітлення відпо-відних питань у ЗМІ. Тому радіо, телебачення і газети повинні не тільки публікувати необхідну для здорового способу життя інформацію, але й нести відповідальність за продукти, що суперечать цій меті. Для реалізації цього складного завдання держава повинна знайти динамічну рівновагу між свободою висловлювання думок, права на інформацію та ефективним використанням такої інформації. Для досягнення цього балансу громадські організації, державні і незалежні ЗМІ мають розробити правила саморегулювання в галузі інформації і чітко їх дотримуватись.

Захист дітей від шкідливого контенту і заохочення їх активної участі в інформаційно-комунікаційному середовищі є головним обов'язком держави. Тому членам медіа-ринку слід також розробити всеосяжну стратегію по боротьбі з насильством у ЗМІ для захисту неповнолітніх від шкідливої інформації. Це може бути реалізовано шляхом видалення або блокування доступу до шкідливих матеріалів, або шляхом розробки автоматизованої класифікації контенту, в також надання користувачам можливості подавати скарги з приводу якості змісту інтернет-сторінок.

Для того, щоб відповідати очікуванням дітей і сімей в отриманні доступних, надійних і безпечних інтернет-послуг, слід заохочувати провайдерів забезпечувати своїм клієнтам інформацію про потенційні ризики, безпеку та конфіденційність, які існують у цифровому середовищі. Це може бути досягнуто шляхом соціального консенсусу між урядом і представниками медіа-бізнесу, експертами, політиками, соціальними службами, правоохоронними органами з метою розвитку, реалізації та контролю за застосуванням нових технологій щодо захисту дітей від ризиків, пов'язаних з використанням онлайн-мереж. І, звичайно ж, слід підвищувати поінформованість громадян про права дітей у віртуальному світі.

Законодавство України про захист дітей у цифровому середовищі містить основні принципи відповідного законодавства ЄС і не містить ніяких суперечливих положень. Проте український уряд повинен приділяти більше уваги проблемі захисту дітей, бути більш активним у просуванні інформації щодо захисту дітей в інтернеті, у вихованні з питань користування новими медіа, в запровадженні цифрового громадянства і захисту від протизаконного контенту, а також у захисті неповнолітніх відносно відеоігор.

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПОТРЕБ У ВІЛЬНОМУ ДОСТУПІ ДО ТВОРІВ ОСІБ З ВАДАМИ ЗОРУ: ДОСВІД ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

АНОТАЦІЯ	АННОТАЦИЯ	ANNOTATION
Стаття присвячена дослідженню правових аспектів регулювання правовідносин, пов'язаних зі сферою вільного використання творів для потреб осіб із вадами зору.	Статья посвящена исследованию правовых аспектов регулирования правоотношений в сфере свободного использования произведений для потребностей лиц с недостатками зрения.	The article is devoted the research the legal aspects of regulation in the area of the free use of works for people with disabilities.
КЛЮЧОВІ СЛОВА	КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА	KEYWORDS
авторське право, вільне використання творів, особи з вадами зору, баланс соціальних інтересів, виплата авторської винагороди	авторское право, свободное использование произведений, лица с недостатками зрения, баланс социальных интересов, выплата авторского вознаграждения	the copyright, a free use, people with disabilities, balance social interests, payment of remuneration to author

Валентина ТРОЦЬКА,

старший науковий співробітник Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності Національної академії правових наук України

Відображенням високого рівня розвитку суспільства вважається належна підтримка та захист прав мало захищених верств населення, до яких, зокрема, належать й особи з вадами зору. За даними дослідження, проведеного Всесвітнім союзом сліпих, у світі налічується 285 млн сліпих та слабозрячих осіб, більшість із яких проживають у країнах, що розвиваються, та для яких лише 5% опублікованих книг доступні в спеціальному форматі [1]. Без сумніву, соціальний захист прав осіб з вадами зору полягає в створенні необхідних умов, які дають їм можливість вести повноцінний спосіб життя згідно з індивідуальними можливостями, здібностями й інтересами шляхом усунення перепон і бар'єрів, що перешкоджають забезпеченню прав і задоволенню потреб. Зокрема, одним із проблемних питань, що може виникати на практиці, є дотримання виключних прав авторів при використанні їхніх творів, що полягають у отриманні будь-якою особою дозволу та виплати авторської винагороди за кожне використання твору. Винятками з цих прав є випадки так званого вільного використання творів. Саме з метою визначення таких випадків для потреб осіб з вадами зору Всесвітньою організацією інтелектуальної власності 2013 року був укладений Марракеський договір про

полегшення доступу до опублікованих творів особам із порушенням зору та особам із обмеженими можливостями читати друкований текст [2] (далі – *Марракеський договір, договір*). Станом на 1 листопада 2014 року Договір підписала 81 країна¹ [3]. На сьогодні до цього переліку не входить Україна. Норми вітчизняного законодавства у сфері авторського права і суміжних прав мають бути приведені у відповідність до положень цього Договору з метою врахування потреб у вільному доступі до творів осіб з вадами зору, особливо в умовах стрімкого розвитку цифрових технологій, коли з'являються все нові можливості відтворення творів. З метою вивчення іноземного досвіду та його застосування при удосконаленні вітчизняного законодавства актуальним є дослідження правових аспектів регулювання правовідносин, пов'язаних зі сферою вільного використання творів для потреб осіб з вадами зору в частині визначення шляхів удосконалення нинішньої системи їхнього соціального захисту в контексті вільного доступу до творчого надбання.

Аналіз наукових публікацій свідчить, що попри інтерес, що зростає, до порушеного питання, ступінь вивчення та дослідження науковцями не можна вважати достатнім. У вітчизняній науковій літературі аспекти соціального захисту інтересів осіб із вадами зору в контексті вільного використання творів залишаються малодослідженими. Серед зарубіжних вчених слід звернути увагу на роботи Брука К. Бейкера

¹ Договір набере чинності після ратифікації 20 державами – учасниками ВОІВ. Станом на 1 листопада 2014 року першими країнами, які ратифікували Договір стали: ОАЕ, Індія, Сальвадор.

(Brook K. Baker), Деніза Розмарі Ніколсона (Denise Rosemary Nicholson), Майкла Грейді (Michael Grady).

Метою статті є дослідити правові аспекти регулювання правовідносин, пов'язаних зі сферою вільного використання творів в інтересах інвалідів у частині визначення шляхів модернізації наявної системи їхнього соціального захисту у контексті вільного доступу до творчого надбання, з врахуванням досвіду зарубіжних країн, а також надання пропозицій щодо удосконалення вітчизняного законодавства.

У конституціях багатьох демократичних держав подане визначення держави як «соціальної держави» (Німеччина, Франція, Іспанія, Італія, Данія, Греція, Нідерланди) або як «держави благоденства» (Норвегія, Швеція, Швейцарія). За своїм змістом ці конституційні положення означають, що держава несе відповідальність за забезпечення в країні соціальної справедливості і соціальної захищеності. Конституція України теж визначає нашу державу як соціальну (ст. 1) [4].

Поняття правової держави нерозривно пов'язане з урахуванням соціальних інтересів різних осіб, в рамках пропонованого дослідження це можуть бути як інтереси авторів, які своєю творчою працею створюють твори, так і інтереси особливо вразливих верств населення, зокрема осіб із вадами зору. Одні потребують захисту авторських прав, другі – захисту соціальних інтересів. Оптимального співвідношення публічних і приватних інтересів можна досягти, упорядкувавши правовідносини через передбачення в законодавстві правових норм, спрямованих на обмеження прав одних осіб в інтересах інших, зокрема шляхом бездозвольного використання творів для потреб осіб з вадами зору, з виплатою винагороди авторам чи без такої виплати. В останньому випадку виплата авторської винагороди дає можливість з одного боку забезпечити фінансову підтримку авторів, а з іншого – вільний доступ осіб з вадами зору до знань, інформації та культурної спадщини. У такому разі спостерігається найбільш повне досягнення балансу соціальних інтересів у значенні «рівноваги, урівноваження» [5] чи «гармонії в частині цілого» [6], що здійснюється шляхом одночасного врахування потреб кожної сторони (наприклад, так зване право на винагороду за приватні копії, встановлене у ст. 25 Закону, згідно з якою можливе вільне використання творів будь-якими особами в особистих цілях без дозволу автора, проте з виплатою йому винагороди через уповноважені організації колективного управління (ст. 42 Закону)). Однак не завжди це може бути виправданим, тоді встановлюється більш гнучкий підхід до пошуку компромісних рішень, коли можливе вільне використання творів без дозволу та без виплати авторської винагороди (наприклад, вільне використання творів у спеціальних випадках, визначених

ст. 21–24 Закону). В такий спосіб обмежуються виключні майнові права авторів в інтересах інших осіб, які використовують твори з відповідною метою (інформаційною, навчальною, адміністративною тощо). При цьому, обмеження прав спричинено виключно необхідністю вільного використання творів у певних спеціальних випадках, визначених законом.

Як наведено вище, на міжнародному рівні охорона прав осіб з вадами зору (бенефіціарів) встановлена Марракеським договором, згідно з нормами якого визначені винятки та обмеження з виключного майнового права авторів на використання творів такими способами як відтворення, розповсюдження, доведення до загального відома та публічного виконання творів з метою забезпечення осіб з вадами зору примірниками творів у доступному форматі у формі тексту, нотного запису і (або) пов'язаних з ними ілюстрацій, опублікованих або в інший спосіб доведених до загального відома за допомогою будь-яких засобів інформації (ст. 2, ст. 4 Договору). Це можуть бути аудіокнижки й інші аудіозаписи творів (примітка до ст. 2 Договору). При цьому допустимим є без дозволу суб'єкта авторського права виготовлення примірників твору безпосередньо особами з вадами зору в особистих цілях або уповноваженим органом. Останній означає організацію чи заклад, визначений урядом, що надають на некомерційній основі послуги доступу до творів осіб із вадами зору. Це може бути урядова установа або некомерційна організація, що займаються наданням зазначеним особам послуг як одного зі своїх основних видів діяльності або інституційних зобов'язань.

Нині за допомогою комп'ютерних технологій можна отримувати доступ до творів різними способами. Зокрема, можливо слухати, а не читати, за допомогою голосових команд, або читати з екрана комп'ютера твори у вигляді шрифту Брайля в електронному форматі. Однак суб'єктами авторського права мають змогу обмежити доступ до творів, застосувавши технічні засоби захисту. Ці заходи фактично блокують доступ до творів, не залежно від того, чи підпадає їхнє використання під вільне чи ні. У зв'язку з цим у ст. 7 Договору встановлені важливі норми, згідно з якими передбачено, що правова охорона не може перешкоджати вільному використанню творів для потреб осіб із вадами зору. Тобто обхід технічних засобів захисту в разі їхнього застосування при використанні правомірних отриманих творів для потреб зазначених осіб не вважатиметься порушенням авторського права в окремо передбачених випадках.

Окрім того, в контексті розгляду питань соціального балансу інтересів при вільному використанні творів, важливими є норми ст. 4 Договору, згідно з якими на розсуд держав покладається необхідність визначення виплати винагороди в певних випадках.

Норма є факультативною, а тому країни, відповідно до національного законодавства, можуть визначати чи не визначати виплату винагороди за відповідне використання творів уповноваженими органами. Яка ж світова законодавча практика з цього питання? Як враховані норми Договору, зокрема, щодо виплати авторської винагороди в законах різних країн.

Слід розпочати розгляд з країн, згідно з законодавством яких встановлено високий рівень правової охорони в досліджуваній сфері. Наприклад, Австралії та Великої Британії.

Законом Австралії «Про авторське право» (ст. 200 АВ) [7] передбачені спеціальні випадки вільного використання творів для потреб осіб із вадами зору. Визначено, що такими особами можуть бути ті, хто має «труднощі в читанні, перегляді або слуху», тобто перелік поширюється не лише на осіб з вадами зору, а й слуху. Забезпечення їхніх потреб у вільному доступі до творів може бути здійснено способами відтворення літературних, драматичних, музичних або творів образотворчого мистецтва, телерадіопередач у вигляді звукозапису, а також перекладу творів [8]. При цьому, вільне використання творів має відповідати вимогам трьохступеневого тесту, а саме: дозволено відтворювати твір у певних спеціально визначених законом випадках, за умови, що таке відтворення не завдає шкоди нормальному використанню твору (наприклад, порушенням вважатиметься, якщо книжка доступна у спеціальному форматі, проте розповсюджується з комерційною метою) та не зачіпає будь-яким необґрунтованим способом законні інтереси автора (наприклад, особа відтворює та надає доступ до творів у мережі інтернет не лише для потреб осіб з вадами зору, а й будь-кому іншому). Відтворення творів може бути здійснено безпосередньо особами з вадами зору в особистих цілях або за допомогою уповноважених органів, до яких належать навчальні заклади, бібліотеки чи інші некомерційні організації, що визначаються Міністерством генерального прокурора (the Commonwealth Attorney-General). При цьому, бібліотека може бути визначена уповноваженою, за умови, що заклад надає в тимчасове користування книжки в навчальному закладі чи в організації особам з вадами зору, а навчальні заклади – за умови, що вони відтворюють і розповсюджують твори з метою навчання серед зазначених осіб. Крім того, Законом встановлено, що автори творів мають право на винагороду за використання їхніх творів (так звані примусові ліцензії). Виплата винагороди здійснюється уповноваженими органами через організації колективного управління (ст. 135 ЗР Закону). Такими організаціями в Австралії є: Агентство з авторських прав (Copyright Agency) щодо виплати винагороди за використання літературних і художніх творів; Авторське товариство з аудіовізуальних творів (Screenrights) – за використання

телерадіопередач відповідно. На практиці збір авторської винагороди поки не здійснювався, принаймні про це свідчать дані останніх звітів організацій колективного управління, розміщені на їхніх офіційних веб-сайтах (www.copyright.com.au; www.screenrights.org). Крім того, досить детально в Законі регламентовані положення щодо застосування технічних засобів захисту. Так уповноважені органи з метою переведення в спеціальний формат і надання доступу до творів в інтересах осіб з вадами зору можуть здійснювати обхід технічних засобів захисту, що не вважатиметься порушенням авторського права.

Іншою країною, де встановлено високий рівень правової охорони у досліджуваній сфері, є Велика Британія. З 1 жовтня 2014 року набрали чинності зміни до Закону Великої Британії «Про авторське право, дизайн і патенти» [9], згідно з якими уточнені положення щодо вільного використання творів, зокрема, в інтересах осіб з вадами зору (ст. 31 А, ст. 31 В). Подібно до Закону Австралії визначені норми щодо можливості вільного використання творів безпосередньо особами з вадами зору в особистих цілях або уповноваженими органами, до яких належать навчальні заклади чи організації, що діють без мети отримання прибутку, наприклад благодійні організації. Уповноважений орган визначається Державним секретарем. Найбільш детально в Законі регламентовані положення, що стосуються повноважень навчальних закладів. Останні мають право надавати примірники творів (літературних, драматичних, музичних творів, творів образотворчого мистецтва та баз даних) особам з вадами зору для освітніх цілей без комерційної мети та вести облік відтворених примірників. Законом Великої Британії, подібно до Закону Австралії, передбачено право авторів на винагороду за використання творів уповноваженими органами для потреб осіб з вадами зору. Водночас встановлено, що мінімальний розмір авторської винагороди не має перевищувати витрат на виготовлення та розповсюдження примірників творів. Однак механізму виплати наведеної винагороди, на відміну від Закону Австралії, Законом Великої Британії не встановлено, що не заважає практиці його застосування. Так, виплата винагороди здійснюється за тією самою схемою, що й в Австралії, а саме: через організації колективного управління. Такими організаціями є: Агентство з ліцензування авторських прав (the Copyright Licensing Agency); Асоціація музичних видавців (the Music Publishers' Association). На офіційному веб-сайті першої організації наведені правила відтворення творів для потреб осіб з вадами зору та виплати авторської винагороди, так звані ліцензійні схеми (далі – *Правила*) [10]. Згідно з Правилами виплата винагороди авторам має здійснюватися відповідно до ліцензії (the CLA PD Licence), укладеної між уповноваженим навчальним закладом

та організацією колективного управління. При цьому зазначено, що заклад не має отримувати ліцензію в разі, коли робить доступними примірники творів лише для використання своїми співробітниками та студентами, й не розповсюджує їх іншим особам (п. 10 Правил), оскільки ліцензія може покриватися іншим укладеним договором, наприклад ліцензійним договором про надання дозволу на використання творів (ксерокопіювання, сканування чи інше відтворення творів в електронній формі). Водночас на офіційному веб-сайті другої організації колективного управління (Асоціації музичних видавців) розміщена інформація щодо укладення ліцензії на відтворення музичних творів навчальним закладом для потреб осіб з вадами зору, а також наведений приклад договору, що може бути взятий за основу [11].

На прикладі законів Австралії та Великої Британії бачимо, наскільки повно враховані положення Договору, що відповідає досягненню балансу соціальних інтересів осіб з вадами зору та авторів шляхом вільного доступу до творів та виплати винагороди їхнім авторам, що можливо в умовах:

- 1) високого економічного розвитку країни;
- 2) ефективної системи охорони та захисту авторського права і суміжних прав, зокрема, колективного управління майновими правами суб'єктів авторського права і суміжних прав;
- 3) високого ступеня соціального забезпечення різних верств населення в аспекті створення широких можливостей для життєдіяльності осіб з вадами зору нарівні з іншими людьми в різних сферах.

Поряд з тим, згідно із нормами законів інших країн, положення щодо вільного використання творів для потреб осіб із вадами зору, визначені Договором, переважно стосуються можливості перетворення творів на доступний формат, визначення умов їхнього вільного використання, а також діяльності уповноважених органів. У законах норми щодо виплати авторської винагороди уповноваженими органами відсутні, що дає підстави припускати, що практика цих країн складається так, що можливе вільне використання творів для потреб осіб з вадами зору в окремих спеціально визначених законом випадках без дозволу авторів та без виплати їм винагороди. Наприклад, у Законі Чорногорії «Про авторське право і суміжні права» (ст. 48) [12], Законі Словаччини «Про авторське право і суміжні права» (ст. 29) [13] встановлені умови вільного використання творів: таке використання має бути пов'язане з потребами осіб із вадами зору; обмежене рамками особливих потреб цих осіб; не має передбачати прямої чи опосередкованої комерційної мети. Разом із тим, при використанні творів обов'язковим є зазначення імені автора та джерела запозичення. В Законах інших країн норми доповнені положеннями щодо діяльності конкретно

встановлених уповноважених органів, як, наприклад, у Законі Швеції «Про авторське право на літературні і художні твори» (ст. 17) [14], це можуть бути бібліотеки, визначені згідно з рішенням уряду, чи ширше коло уповноважених органів як, приміром, у Законі Фінляндії «Про авторське право» (ст. 17) [15], Законі США «Про авторське право» (ст. 121 розділу 17) [16], де повноваження виготовляти та розповсюджувати для осіб із вадами зору твори в доступному форматі, що передбачає видання та відтворення творів шрифтом Брайля, веб-шрифтом Брайля, у вигляді аудіозапису, а також інше відтворення в електронній формі, покладені на заклади, до функцій яких належить забезпечення спеціалізованими послугами осіб в галузі підготовки, освіти чи доступу до інформації. Зокрема, в США в бібліотечній сфері такими уповноваженими органами є: Національна бібліотечна служба для сліпих та осіб з вадами зору (NLS) та цифрова бібліотека HathiTrust [17]. Щодо останньої бібліотеки є цікава судова практика (справа «Authors Guild Inc vs HathiTrust»). Гільдія авторів у 2011 році подала позов до цифрової бібліотеки HathiTrust, звинувачуючи її в неправомірному використанні книжок, авторами яких є учасники організації – позивача [18]. У 2004 році низка вищих навчальних закладів США дозволили в рамках проекту Google Books відтворити (оцифрувати) книжки зі своїх колекцій. Однак це було зроблено без дозволу суб'єктів авторського права – учасників Гільдії авторів. Книжки в електронному форматі були пізніше використані цифровою бібліотекою HathiTrust, зокрема для надання їх у тимчасове користування особам з вадами зору. В результаті судового розгляду справи 2012 року винесено рішення Округного суду США на користь цифрової бібліотеки HathiTrust, в якому зазначено, що відтворення книжок в електронній формі для потреб осіб з вадами зору не є порушенням авторського права, оскільки підпадає під добросовісне використання (ст. 107 розділу 17 Закону США «Про авторське право»). В червні 2014-го наведене рішення підтримав і Апеляційний суд США.

Отже, закони наведених країн, а також судова практика засвідчує, що забезпеченню вільного доступу до творів для потреб осіб з вадами зору в світі приділяється особлива увага.

Без сумніву, досвід іноземних країн може бути корисним при удосконаленні положень ЗУ «Про авторське право і суміжні права» (далі – *Закон*). Єдиною нормою, що стосується забезпечення потреб осіб з вадами зору, крім загальних положень щодо вільного використання творів для навчання (п. 1 ст. 23 Закону), в особистих цілях (ст. 25 Закону), є положення ч. 6 ст. 21 Закону, а саме: вільне використання творів дозволено в разі видання випущених у світ творів рельєфно-крапковим шрифтом для сліпих. Вочевидь,

відмінність між наведеними нормами Закону та законів іноземних країн, є така різниця, що не вбачається за доцільне здійснювати порівняльно-правовий аналіз. З огляду на це удосконалення норм Закону щодо вільного використання творів з метою посилення соціального захисту прав осіб з вадами зору, є нагальним питанням.

Підсумовуючи, варто зауважити таке.

1. Положення ЗУ «Про авторське право і суміжні права» потребують удосконалення з врахуванням норм Марракеського договору про полегшення доступу до опублікованих творів особам із порушенням зору та осіб з обмеженими можливостями читати друкований текст.

2. Проведений аналіз свідчить, що в законах одних іноземних країн встановлено високий рівень правової охорони, що полягає в забезпеченні балансу соціальних інтересів між авторами та особами з вадами зору шляхом встановлення бездозвільного використання творів для потреб зазначених осіб, за умови виплати уповноваженими органами авторської винагороди. Відповідно до законів інших країн вільне використання творів можливе без дозволу авторів і без виплати їм винагороди. Вибір першої чи другої схеми залежить від того, наскільки: високим є економічний розвиток країни; ефективною є система охорони та захисту авторського права і суміжних прав, зокрема, колективного управління майновими правами суб'єктів авторського права і суміжних прав; високим є ступінь соціального забезпечення різних верств населення. Вважається, що для України на нинішньому етапі, більш прийнятною є друга схема, оскільки зобов'язання щодо виплати винагороди навчальними закладами, бібліотеками та іншими організаціями (наприклад, УТОС та інші громадські об'єднання) при наданні ними послуг для осіб з вадами зору, не може бути виправданим заходом в умовах економічної ситуації в країні.

Врахування наданих пропозицій надасть можливість удосконалити законодавство України в сфері авторського права і суміжних прав, що відповідатиме не лише нормам зазначеного міжнародного договору, а й положенням Конвенції «Про права інвалідів», Закону України «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні», Указу Президента України «Про першочергові заходи щодо поліпшення становища осіб з вадами зору» щодо зобов'язання держави створити умови для реалізації особами з вадами зору прав нарівні з іншими громадянами та забезпечити їхній соціальний захист, зокрема, щодо вільного доступу до творчого надбання.

Список використаних джерел:

1. European Commission. Press release Brussels, 27 June 2013. Commissioner Barnier welcomes new Treaty ensuring equal access to books for

visually impaired and print disabled persons [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.copyright.ru/news/main/2013/07/09/WIPO_dogovor.

2. WIPO. Marrakesh Treaty to Facilitate Access to Published Works for Persons Who Are Blind, Visually Impaired or Otherwise Print Disabled. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/marrakesh>.

3. WIPO-Administered Treaties. Contracting Parties. Marrakesh VIP Treaty (Treaty not yet in force). [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=843.

4. Рагозін М.П. Вчимося демократії. Уроки громадянської освіти. – Донецьк, Видавництво «Донбас», 2000. – 150 с. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://iem.donntu.edu.ua/doc/soz/ragozin_uchim_demokr/part43.htm

5. Словник АБВУД Lingvo (Uk-Uk) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.lingvo.ua/uk/Interpret/uk-ru/%D0%B1%D0%B0%D0%BB%D0%B0%D0%BD%D1%81>

6. Dictionary «Reverso» [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://dictionary.reverso.net/english-definition/interest%20balance>.

7. Australia. Copyright Act 1968 (consolidated as of 24 June 2014) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.wipo.int/wipolex/en/results.jsp?countries=AU&cat_id=11.

8. Australian Copyright Council 2014. Disabilities: Copyright Provisions. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.copyright.org.au/news-and-policy

9. Copyright, Designs and Patents Act, 1988. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/part/I/chapter/III/crossheading/visual-impairment>.

10. CLA print disability licensing scheme. Guidelines for Licensees [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.cla.co.uk/data/pdfs/print_disability/cla_guidelines_for_the_pdl_aug10.pdf

11. Music Publishers' Association. Visually impaired Licence application. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.mpaonline.org.uk/content/visually-impaired-licence-application>.

12. Montenegro. Law No. 07-1/11-1/15 of July 12, 2011, on Copyright and Related Rights (promulgated by Decree No. 01-933/2 of July 25, 2011) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=189475.

13. Slovakia. Copyright and Related Rights [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=189475.

14. Sweden. Copyright and Related Rights [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.wipo.int/wipolex/en/results.jsp?countries=SE&cat_id=11.

15. Finland. Copyright Act (Act No. 404 of July 8, 1961, as amended up to April 30, 2010) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=7512>.

16. U.S. Copyright Law, 17. U.S.C. §§ 101 et seq. (Consolidated Copyright Laws as of December 2011) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=15060>.

17. Copyright law of the United States. [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://en.wikipedia.org/wiki/Copyright_law_of_the_United_States.

18. Authors Guild Inc vs Hathitrust: Does transformative use = fair use? [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.copyright.org.au/news-and-policy/details/id/2234>.

ЗАПОБІГАННЯ ЗЛОЧИННОСТІ ГРОМАДСЬКІСТЮ В РЕСПУБЛІЦІ КАЗАХСТАН: СУЧАСНИЙ СТАН І ФОРМИ

АНОТАЦІЯ	АННОТАЦИЯ	ANNOTATION
Стаття присвячена вивченню сучасного досвіду участі громадськості у запобіганні злочинності в Республіці Казахстан на підставі аналізу тенденцій злочинності та нормативно-правового забезпечення діяльності цього суб'єкта в цій країні.	Статья посвящена изучению современного опыта участия общественности в предупреждении преступности в Республике Казахстан на основе анализа тенденций преступности и нормативно-правового обеспечения деятельности этого субъекта в данной стране.	The article is devoted to the study of contemporary experience of public participation in crime prevention in the Republic of Kazakhstan on the basis of analysis of crime trends and the legal provision of this subject in this country.
КЛЮЧОВІ СЛОВА	КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА	KEYWORDS
запобігання злочинності, протидія злочинності, профілактика злочинності, громадськість, народні дружини, Республіка Казахстан	предупреждение преступности, противодействие преступности, профилактика преступности, общественность, народные дружины, Республика Казахстан	crime prevention, counteraction criminality, prophylaxis of criminality, public, folk wives, Republic of Kazakhstan

АВТОР

Максим КОЛОДЯЖНИЙ,
к.ю.н., старший науковий співробітник,
старший науковий співробітник сектора
дослідження проблем запобігання
злочинності Науково-дослідного
інституту вивчення проблем злочинності
імені академіка В.В. Шашиса НАПрН України

Актуальність статті полягає в тому, що в сучасній кримінологічній науці бракує порівняльно-правових досліджень, які стосуються вивчення сучасного міжнародного досвіду запобігання злочинності із застосуванням нестандартних і певною мірою інноваційних підходів. У зв'язку з цим науковий інтерес становить не лише практика розвинених західних держав світу, а й роботи деяких країн пострадянського простору, зокрема Республіки Казахстан.

Підставами для вивчення антикриміногенного потенціалу громадського впливу на злочинність в Казахстані є: 1) стабільний соціально-економічний розвиток протягом останніх років; 2) закладення правового підґрунтя для діяльності недержавних суб'єктів запобігання злочинності; 4) відродження старих і створення нових форм участі громадськості в охороні громадського порядку тощо. Для нашої країни, попри її проєвропейський вектор розвитку, казахський досвід запобігання злочинності цікавий як із суто ґносеологічного, так і правозастосовного підходів.

Дослідженню міжнародної практики запобігання злочинності, зокрема й із залученням громадськості, присвятили свої праці такі кримінологи, як: М.А. Білоконь, В.В. Василевич, О.М. Ведернікова, В.В. Голіна, С.Ф. Денисов, О.М. Джу́жа, О.Г. Кальман, О.Г. Кулик, В.В. Лунеев, О.Ю. Шостко та ін.

Метою наукової статті є узагальнення сучасної стану і форм діяльності громадськості у запобіганні злочинності в Казахстані.

Виклад основного матеріалу. Для формування загального уявлення про тенденції, які сформувались протягом останнього часу в Казахстані, наведемо офіційну інформацію, розміщену на сайті Комітету статистики цієї держави (див. табл. 1).

Показники сучасного стану злочинності свідчать, що, починаючи із 2009 року, загальний рівень злочинності в Казахстані зріс майже утричі (+295,8%). Це щодо абсолютних показників. Відносні показники злочинності також свідчать про посилення криміногенності в цій державі, оскільки лише за період 2009–2011 рр. коефіцієнт інтенсивності злочинності зріс з 77 до 125 (+62,3%). Осіб, які вчинили злочини, побільшало з 2007 р. до 2011 р. на 5,1%. Рівень реєстрації основних видів корисливих та корисливих насильницьких злочинів вказує на їхнє певне скорочення. Протягом 2007–10 місяців 2010 рр. крадіжок поменшало на 3,6%, грабежів – на 18,5 %, розбоїв – на

Таблиця 1. Стан злочинності у Казахстані протягом 2007–2013 років [1]

Параметри	Роки	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Всього зареєстровано злочинів		128064	127478	121667	131896	206801	287681	359844
Рівень злочинності на 10 тис. населення		83	81	77	81	125	–	–
Кількість осіб, які вчинили злочини, з них неповнолітніх		79641	78078	78673	84411	83703	–	–
Кількість осіб, засуджених за вчинення злочинів, з них неповнолітніх		8344	7519	6651	6070	6362	–	–
Кількість осіб, засуджених за вчинення злочинів, з них неповнолітніх		35497	36351	39400	31968	26219	–	–
Зареєстровано крадіжок*		2680	2853	–	1940	1355	–	–
Зареєстровано крадіжок*		51482	52696	49004	49625	–	–	–
Зареєстровано грабежів*		10930	11231	9274	8913	–	–	–
Зареєстровано розбоїв*		1994	1950	1623	1357	–	–	–
Зареєстровано угонів автотранспорту*		2411	2134	1930	1837	–	–	–

* Дані отримано із Галузевої програми профілактики правопорушень у Республіці Казахстан на 2011–2013 роки, затвердженої постановою уряду Республіки Казахстан від 21 грудня 2010 р. № 1390, і наводяться за період 2007–10 місяців 2010 р.

третину (–31,9%), угонів автотранспорту – на чверть (–23,8 %).

Однак, за даними Генеральної прокуратури Республіки Казахстан, за п'ять місяців 2014 р., порівняно із аналогічним періодом попереднього року, зафіксоване зниження рівня всіх категорій злочинів. Зокрема, загальний рівень злочинності за 5 місяців 2014 р. скоротився на 3,9%, кількість злочинів загальнокримінальної спрямованості зменшилася на 4,5%. За цей період часу особливо тяжких злочинів поменшало на 22%, тяжких злочинів – на 25,4%, злочинів середньої тяжкості – на 0,9%, невеликої тяжкості – на 1,7%). Крім цього, відбулось і зниження кримінальних посягань, які мали аналогічну тенденцію за попередні роки: убивства (–20,2%), тяжкі тілесні ушкодження, що потягнули смерть потерпілого (–5,1%), крадіжки (–2,7%), грабежі (–27,9%), розбої (–47,9%), хуліганства (–12,8%) [2]. Звідси постає запитання: за рахунок яких саме злочинів злочинність в цій державі значно зросла? Адже за основними групами найбільш поширених злочинів простежується зниження їхнього рівня. Напевно, рівень злочинності збільшується за рахунок інших злочинів, що мають переважно економічну та корупційну спрямованість.

За усередненими показниками кожний сьомий злочинець в цій країні вчинив злочин у ста-

ні алкогольного сп'яніння, кожний четвертий – у складі групи, більшість злочинців (77,4%) на момент вчинення кримінального посягання були безробітними [3].

З'ясуємо, чи є в даній країні вагомі соціально-економічні підстави для стрімкого підвищення протягом 2009–2013 рр. рівня злочинності, а відтак її поступового скорочення, починаючи із 2014 р. Для цього проаналізуємо офіційну інформацію Комітету статистики цієї держави щодо показників соціального та економічного розвитку у 2009–2013 рр. Вони свідчать про таке:

- номінальні грошові доходи населення у місяць у середньому на особу (2009 р. – 232,4 дол. США, 2013 р. – 371,5 дол. США);

- частка населення із доходами нижче прожиткового мінімуму (2009 р. – 8,2%, 2013 р. – 2,9%);

- розмір прожиткового мінімуму (2009 р. – 85,8 дол. США, 2013 р. – 116,9 дол. США);

- економічно активне населення (2009 р. – 8,5 млн осіб, 2013 р. – 9 млн осіб);

- кількість офіційно безробітних (2009 р. – 554,5 тис. осіб, 2013 р. – 470,7 тис. осіб);

- середньомісячна номінальна заробітна плата (2009 р. – 456 дол. США, 2013 р. – 717 дол. США);

– ВВП на особу (2009 р. – 7 165 дол. США, 2013 р. – 13 611 дол. США) [1].

Вказані цифри однозначно свідчать про те, що в цій державі з 2009 р. по 2013 р. спостерігається достатньо стабільна соціально-економічна ситуація. Основні її показники за вказаний проміжок часу збільшились у середньому у 1,5–2 рази. Це, зокрема, свідчить і про те, що в Казахстані наразі відсутні соціально-економічні підстави для значного збільшення рівня злочинності. Звідси можна зробити висновок, що вагомими детермінантами злочинності в цій країні є не соціально-економічні, а здебільшого ті, які мають організаційно-управлінський характер. Вони пов'язані із неправильною організацією державної політики щодо вироблення правильної правоохоронної стратегії на середньострокову перспективу, яка б відповідала сучасному рівню криміногенності у казахському суспільстві. Суттєвою обставиною суб'єктивного характеру, яка сприяє збільшенню злочинності в цій країні, можна також назвати зміну порядку реєстрації злочинів. Відповідно до розпорядження керівництва МВС Республіки Казахстан, віднедавна ведеться облік дріб'язкових кримінальних посягань. Це, звичайно, спричинило й підвищення рівня злочинності в даній країні.

Розглянемо ще один методологічний блок – форми участі громадськості у запобіганні злочинності в Казахстані та відповідно дослідимо, наскільки вона використовується в охороні громадського порядку.

Правовою основою залучення недержавних структур до протидії злочинності в цій країні є Закон Республіки Казахстан «Про профілактику правопорушень» від 29.04.2010 р. № 271-IV ЗРК. У ст. 17 цього нормативно-правового акта передбачається участь громадян і організацій у профілактиці правопорушень шляхом: організації правової пропаганди; участі в роботі консультативно-дорадчих й експертних органів; сприяння іншим суб'єктам профілактики [4].

Спеціальним законодавчим документом у цій сфері є Закон Республіки Казахстан «Про участь громадян у забезпечення громадського порядку» від 09.07.2004 р. № 590-ІІ. Цей Закон має лише дев'ять статей, які дуже обмежено висвітлюють основні положення участі громадян у запобіганні злочинності. У ст. 7 цього нормативно-правового акта вказується, що громадяни, які беруть участь в охороні правопорядку, мають право:

а) допомагати органам внутрішніх справ у заходах із забезпечення громадського порядку,

не пов'язаних із контрольними та наглядовими функціями;

б) відвертати і припиняти злочини й адміністративні правопорушення;

в) для припинення злочинів застосовувати фізичну силу та інші засоби, якщо у інший спосіб досягти вказаної мети неможливо;

в) затримувати та доправляти до правоохоронних та інших органів державної влади осіб, які вчинили злочини чи адміністративні правопорушення; в окремих випадках обшукувати таких осіб для вилучення в них вогнепальної зброї та небезпечних предметів;

г) здійснювати роз'яснювальну та правову роботу із профілактики правопорушень, алкоголізму, наркоманії й токсикоманії;

д) вимагати від громадян дотримання громадського порядку тощо.

У ст. 8 цього закону навіть закріплено низку заходів заохочення громадян, які беруть активну участь у запобіганні злочинності. Серед них: оголошення подяки; нагородження грамотою; надання грошової премії; інші заходи, які визначаються органами місцевої влади [5].

Слід зазначити, що найбільш популярною та поширеною в цій країні формою роботи громадськості із протидії злочинності є робота добровільних народних дружин (далі – ДНД). В деяких областях Казахстану дружини функціонували ще до набрання чинності вищезгаданим законом, який регламентує участь громадян в охороні правопорядку. Так, наприклад, ще у 2001 р. у деяких районах країни діяли кілька сотень дружинників, які звітували про розкриття десятків злочинів та сотень адміністративних правопорушень [6]. Але із прийняттям цього законодавчого акта робота недержавних правоохоронних структур – ДНД набула системного характеру та поширилась на більшість регіонів країни. Станом на 2013 р. у Казахстані діють 4,5 тис. громадських формувань правоохоронної спрямованості загальною чисельністю майже 27 тис. осіб. Вони у 2012 р. розкрили понад 1,7 тис. злочинів та виявили понад 20 тис. адміністративних правопорушень [7].

В Казахстані діяльність дружин відбувається, як, до речі, й у Республіці Білорусь, переважно за галузево-виробничим принципом. Це означає, що формування добровільних дружин здійснює керівництво відповідних підприємств, організацій, навчальних закладів. Зокрема, в лютому 2013 р. у м. Актобе у присутності голови Управління внутрішніх справ відбулась нарада керівників найбільших

підприємств та ВНЗ цього міста. В результаті було ухвалене рішення про розширення лав дружинників за рахунок робочих та студентів. Для цього з боку казахської поліції надаватиметься організаційна, матеріальна та інша підтримка у вигляді: навчання дружинників методам боротьби із правопорушниками; методичної допомоги; проведення інструктажів та спільних заходів з охорони громадського порядку [7].

Питанням залучення свідомих казахів серйозно займаються у південній столиці Казахстану – Алмати. Станом на 2013 р. в цьому місті нараховується 165 громадських формувань правоохоронної спрямованості чисельністю майже 1,8 тис. осіб. Більше того, в Алмати та інших казахських містах активно функціонують ради громадськості. До їхнього складу, окрім представників громадськості, входять: дільничні інспектори поліції, інспектори у справах неповнолітніх, місцеві депутати, представники місцевих органів влади тощо. Ці органи спільно вирішують не лише можливість розширення роботи ДНД, а й інші, не менш важливі, соціальні проблеми, що стосуються, зокрема, покращення освітлення вулиць, ушляхетнення місць відпочинку тощо. В Алмати нині поширена практика матеріального заохочення громадян за їхній внесок у справу запобігання злочинності. За підсумками 2012 р. преміями відзначені 820 членів громадських формувань на суму 12 млн тенге (близько 66 тис. дол. США) [8]. Високі показники діяльності роботи дружинників привернули увагу керівництва органів місцевої влади Алмати. З метою упорядкування їхньої роботи та підвищення ефективності діяльності у 2014 р. було прийнято рішення розробити й прийняти Регіональну програму розвитку дружин. Для стимулювання дружинників пропонується навіть оплачувати за рахунок державних коштів телефонні картки учасників ДНД та надавати їм проїзні квитки для більш оперативного переміщення кварталами міста [9].

Досвід роботи ДНД є й в інших областях Казахстану. Нині у Карагандинській області діють 850 громадських помічників-добровольців. З їхньою допомогою у 2012 р. розкрито майже 100 злочинів та виявлено понад 1,5 тис. правопорушень. На території цієї області працюють вісім студентських добровільних загонів, 45 рад громадськості, які створені при відділках дільничних інспекторів поліції. У 2013 р. керівництвом місцевих органів влади цієї області виділено понад 3 млн тенге (16,5 тис. дол. США)

для заохочення найбільш відповідальних членів ДНД [10].

Активність залучення казахських добровольців можна відзначити у Павлоградській області. Наприклад, позаштатні помічники поліції у 2012 р. виявили майже 50 злочинів, затримали 450 осіб, які вчинили адміністративні правопорушення. В цій області функціонують 182 формування сприяння поліції (студентські загони, дружинники, об'єднання «Сарбаз»). Всього павлоградським поліцейським допомагають виконувати їхні обов'язки понад 3 тис. добровольців. У 2012 р. за допомогу в охороні правопорядку було відзначено 189 осіб на суму 1,4 млн тенге (7,7 тис. дол. США) [11].

За загальним правилом, дружинники в цій країні здійснюють патрулювання безкоштовно на визначених органами внутрішніх справ маршрутах. Останні пролягають через найбільш густонаселені мікрорайони, де відбувається скупчення молодих людей та можливі різні конфлікти. Члени громадських формувань охороняють правопорядок, як правило, не більше 2 годин на тиждень, переважно у вечірній час та у святкові дні. Членам ДНД керівництвом підприємств, де вони працюють, за їхню позаурочну роботу правоохоронної спрямованості може бути надано додаткові 3 дні до основної відпустки [12].

Як бачимо, законодавча норма про матеріальне заохочення громадян, які беруть активну участь в охороні правопорядку, яка міститься у ст. 8 Закону Республіки Казахстан «Про участь громадян у забезпеченні громадського порядку» від 09.07.2004 р. № 590–ІІ, набуває дедалі ширшого впровадження у різних регіонах цієї держави. Така практика набирає обертів й у сфері боротьби з корупцією. За інформацією Агентства Республіки Казахстан з боротьби з економічною та корупційною злочинністю, лише протягом 2013 р. у країні було заохочено 229 громадян, які повідомили органи влади про факт вчиненого злочину корупційної спрямованості з боку іншої особи. Сума матеріальної винагороди становить 25 млн тенге (137,3 тис. дол. США). Взагалі відповідно до Правил заохочення осіб, які повідомили про факт корупційного правопорушення чи які в інший спосіб сприяють боротьбі з корупцією, затверджених постановою Уряду Республіки Казахстан від 23.08.2012 р. № 1077, грошова винагорода за таку інформацію встановлюється в таких розмірах:

– за адміністративними справами про корупційні правопорушення – 30 місячних розрахунко-

вих показників (далі – МРП), де 1 МРП дорівнює 1 852 тенге (10,2 дол. США). Ця сума є еквівалентом 305,3 дол. США;

– за кримінальними справами про корупційні злочини невеликої тяжкості (40 МРП, або 407 дол. США);

– за кримінальними справами про корупційні злочини середньої тяжкості (50 МРП, або 508,8 дол. США);

– за кримінальними справами про тяжкі корупційні злочини (70 МРП, або 712,4 дол. США);

– за кримінальними справами з особливо тяжких корупційних злочинів (100 МРП або 1017,6 дол. США) [13].

Поступово у Казахстані звертається увага й на прогресивний досвід західних країн світу щодо запобігання злочинності. Зокрема, йдеться про впровадження програм під назвою «Сусідський догляд» [14]. Суть подібних профілактичних проектів полягає у підвищенні взаємодії мешканців вулиці, кварталу чи окремого будинку як між собою, так і з органами казахської поліції. Для цього сусіди мають повідомляти один одному про те, що в їхніх помешканнях нікого не буде деякий час у зв'язку з від'їздом, відпусткою та з інших сімейних обставин. В цьому випадку небайдужі сусіди доглядають за порожнім сусідським житлом та повідомляють до правоохоронних органів у разі незаконних посягань на чуже майно.

Вивчення сучасного стану злочинності та форм залучення громадськості до справи запобігання злочинності у Республіці Казахстан дає підстави зробити такі **висновки**:

1) відсутність системності та прорахунки у державній політиці боротьби зі злочинністю на тлі сталого економічного розвитку призвели до суттєвого збільшення рівня злочинності у цій країні протягом 2009–2013 рр.;

2) існування галузевого законодавства правоохоронної спрямованості заклало фундамент для діяльності деяких громадських формувань у сфері запобігання злочинності;

3) найбільш поширеною формою залучення приватного сектору до охорони правопорядку є робота ДНД, чисельність якого зростає, а географія – постійно розширюється;

4) активізації казахського суспільства у добровільній допомозі в охороні громадського порядку сприяє їхнє матеріальне заохочення;

5) орієнтиром для формування державної політики участі громадян у протидії злочинності є модель передусім Російської Федерації, де запровадження тих чи інших видів громадського впливу на злочинність відбувається з певним випередженням у часі.

Література:

1. Комитет по статистике Республики Казахстан [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.stat.gov.kz/faces/wcnav_externalId/homeNumbersOffences?_afLoop=245196295345739#%40%3F_afLoop%3D245196295345739%26_adf.ctrl-state%3D9gjeu9297_90. – Загол. с экрана.
2. В Казахстане снижается уровень преступности [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.easttime.ru/news/kazakhstan/v-kazakhstane-snizhaetsya-uroven-prestupnosti/7216>. – Загол. с экрана.
3. В Казахстане растет уровень преступности [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://allbanks.kz/news/view/V-Kazhastane-rastet-uroven-prestupnosti>. – Загол. с экрана.
4. О профилактике правонарушений : Закон Республики Казахстан от 29.04.2010 г. № 271-IV ЗРК [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://online.zakon.kz/document/?doc_id=30657323. – Загол. с экрана.
5. Об участии граждан в обеспечении общественного порядка : Закон Республики Казахстан от 9.07.2004 г. № 590-II [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1049312# pos=30;12&sel_link=1000308988. – Загол. с экрана.
6. Лебедев В. ДНД – полиции опора / В. Лебедев // Казахстанская правда. – 2001. – 3 авг. – С. 5.
7. В Актобе обсудили формирование народных дружин [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.meta.kz/novosti/kazakhstan/777191-v-aktobe-obsudili-formirovanie-narodnyh-druzhin.html>. – Загол. с экрана.
8. В Алматы патрулируют улицы будут общественные помощники полиции [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://meta.kz/novosti/kazakhstan/770504-v-almaty-patrulirovat-ulicy-budut-obschestvennye-pomoschniki-policii.html>. – Загол. с экрана.
9. Патрулировать улицы Алматы будут народные дружинники [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://today.kz/news/life/2014-04-23/patrulirovat-ulicy-almaty-budut-narodnye-druzhinniki/>. – Загол. с экрана.
10. В Карагандинской области помощь полиции оказывают 852 добровольца [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://meta.kz/novosti/kazakhstan/775028-v-karagandinskoy-oblasti-pomosch-policii-okazyvayut-852-dobrovolca.html>. – Загол. с экрана.
11. Более трех тысяч человек стали добровольными помощниками полиции в Павлодарской области [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://meta.kz/novosti/kazakhstan/744094.html>. – Загол. с экрана.
12. В Казахстане собирают отряды дружинников [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://profinance.kz/news/novosti_dlya_koshelka/v_kazhastane_sobirayut_otryady_d. – Загол. с экрана.
13. Правила поощрения за оказание содействия в борьбе с коррупцией : постановление Правительства Республики Казахстан от 23.08.2012 г. № 1077 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://finpol.gov.kz/rus/soobshi_o_korrupcii/pravila_poohreniya/. – Загол. с экрана.
14. В СКО возрождают отряды добровольных общественных дружин [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://meta.kz/novosti/kazakhstan/775036-v-sko-vozrozhdayut-otryady-dobrovolnyh-obschestvennyh-druzhin.html>. – Загол. с экрана.

НАЙМ ІНОЗЕМНОЇ РОБОЧОЇ СИЛИ: ВСЕ ЩЕ ШИРОКЕ ПОЛЕ ДЛЯ ВДОСКОНАЛЕННЯ

АВТОР

Олександра ЄВСТАФ'ЄВА,
старший юрист практики
еліттив і поглинань
та корпоративного права,
керівник практики трудового
права ЮБ «Єгоров,
Пугінській, Афанасьєв
і партнери» Україна



Попри вкрай складну ситуацію у нашій країні, для трудових мігрантів вона досі залишається привабливою, зокрема топ-сектор. Позитивним моментом останніх років стала певною мірою уніфікована процедура залучення іноземної робочої сили та оформлення її тимчасового перебування в Україні. Проте «головного болю» у процедурі все ще вистачає.

Перший стосується найму іноземного топ-менеджменту, і від нього потерпають усі компанії, які наважились запросити іноземця на посаду керівника.

Особливістю посади керівника компанії є те, що така посада одна. Водночас процедура отримання дозволу на працевлаштування передбачає наявність вакантної посади, яку ще потрібно заздалегідь заявити (шляхом подачі до органів зайнятості інформації про попит на робочу силу). Це змушує роботодавців вдаватися до складних маніпуляцій сумнівної доцільності, а саме заздалегідь звільняти попереднього керівника (створивши таким чином вакансію) і призначати тимчасового. Зрештою компанія залишається без постійного керівника принаймні на місяць (час, необхідний для заявлення вакансії та отримання дозволу на працевлаштування), та ще й змушена вдаватися до численної бюрократії: реєстрація тимчасового керівника у держреєстрі, акредитація у банку і на митниці тощо, а після отримання дозволу на працевлаштування – ті самі маніпуляції щодо нового іноземного керівника.

У цьому випадку доцільно спростити процедуру отримання дозволу для керівника, скасувавши вимогу щодо попереднього заявлення вакансії на цю посаду. Вочевидь, держава, яка передусім піклується про працевлаштування власних громадян, навряд чи буде зацікавлена у такому послабленні, адже воно «закриє» ці посади для безробітних українців. За таких обставин компромісним варіантом могла б бути спеціальна процедура подання інформації про

попит на робочу силу – без необхідності створення вакансії, тобто без необхідності звільняти поточного директора під час розгляду питання дозволу на працевлаштування нового. Це, з одного боку, дасть змогу зберегти нерозривність управлінського процесу у компанії, а з іншого, не завадить органам зайнятості направляти до компанії на співбесіду українських кандидатів, які, на їхню думку, відповідають заявленим вимогам (у цьому аспекті, роботодавцеві слід приділити особливу увагу вимогам до кандидата, які зазначаються в інформації про попит на робочу силу: чим чіткішими і специфічнішими вони будуть, тим меншою буде черга кандидатів від служби зайнятості).

Процедура видачі дозволів на працевлаштування вже містить виняток щодо необхідності заявлення вакансій на посаду керівника, і сфера застосування цього винятку занадто вузька, адже стосується лише випадків, коли кандидат на посаду топ-менеджера одночасно є і співвласником компанії-роботодавця. Такі випадки є рідкими, а тому наявність цього винятку не вирішує проблеми, яка описана вище.

Ще одним слабким місцем процедури отримання дозволів на працевлаштування є регулювання секондменту. Під секондментом тут маються на увазі внутрішньогрупові ротації у рамках транснаціонального холдингу, в результаті чого іноземний працівник однієї з компаній холдингу тимчасово переводиться на роботу до української компанії. До того ж зазвичай сторони зацікавлені, щоб і трудовий договір, і заробітна плата такого «відрядженого» іноземця залишалися на його закордонному роботодавцеві. Така модель звична для багатьох країн світу. В Україні вона пов'язана з купою складнощів, про які йтиметься нижче.

Слід зазначити, що чинна процедура отримання дозволів на працевлаштування визнає можливість секондменту і навіть спробувала встановити спеціальний порядок отримання дозволу на працевлаштування на цій підставі. Саме «спробувала», оскільки повноцінним регулюванням це назвати важко: без відповіді залишаються важливі питання, наприклад, чи необхідно укласти трудовий договір також і з українським роботодавцем? Як відомо, чинний порядок передбачає обов'язок українського роботодавця подавати до центру зайнятості

копію трудового договору з іноземцем, а невиконання цієї вимоги є підставою для анулювання виданого дозволу на працевлаштування (що тягне також анулювання посвідки на тимчасове проживання, якщо таку вже було видано на підставі дозволу). Винятків з цієї вимоги (щодо подачі копій договору) для випадків, коли іноземець працює на підставі секондменту, чинним порядком не встановлено. Отже, однозначно стверджувати про те, що у випадку секондменту укладення трудового договору з українським роботодавцем не вимагається, не можна.

Ще однією складністю секондменту є те, що цей новий для України сценарій найму не дуже відповідає чинному, але застарілому регулюванню трудових відносин. Наприклад, якщо іноземець не є у штаті української компанії, незрозуміло, чи застосовувати і як застосовувати до нього вимоги щодо техніки безпеки і охорони праці, правила внутрішнього трудового розпорядку тощо. Адже людина перебуває в офісі української компанії, бере участь у робочих

процесах, тому природно було б поширити на неї той самий режим дисципліни, техніки безпеки і охорони праці, гарантії і компенсації, що і на решту працівників. Але без трудових відносин між сторонами запровадження такого режиму є проблематичним.

Щодо керівника компанії, сценарій секондменту у його чистому вигляді (тобто без укладення трудового договору з українським роботодавцем), взагалі, не може бути застосований. Це не пов'язано з якоюсь конкретною заборонаю чи обмеженням, але зумовлено безліччю перепон майже технічного характеру: без пред'явлення наказу про прийняття на роботу керівника не «проведуть» по реєстру юридичних і фізичних осіб – підприємців, не акредитують в банку, який обслуговує компанії, чи на митниці тощо.

Отже сценарій секондменту іноземних працівників поки що в українських реаліях не прижився. Роботодавці віддають перевагу класичним сценаріям найму іноземців.



ДО ПИТАННЯ ПРО ПРИПИНЕННЯ ПОРУКИ ТА ІПОТЕКИ

АВТОР

Олена БЕЛЯНЕВИЧ,
д.ю.н., професор



Важливим елементом правового механізму захисту прав кредитора у зобов'язанні є акцесорні (додаткові) зобов'язання, призначені захистити майновий (грошовий) інтерес кредитора у випадку неплатоспроможності боржника. Поручка та іпотека – доволі поширені в діловій практиці види забезпечення зобов'язань, що виникають з кредитних договорів, отже, від правильного застосування норм, які регулюють відносини поручки та іпотеки, значною мірою залежить нормальне функціонування фінансової системи країни, зокрема, банківського сектору.

Основу правового режиму цих видів забезпечення виконання зобов'язання становлять норми насамперед глави 49 Цивільного кодексу та Закону України «Про іпотеку». Водночас в сучасних умовах саме договір є основним регулятором цивільних та господарських відносин і диспозитивність регулювання майнових відносин, закладена в ЦК, свідчить про широкі межі та пріоритетність договірної саморегуляції відносин поручки та іпотеки.

Зокрема, це виявляється у встановленні:

– обсягу забезпечення майнових інтересів кредитора, який може бути узгоджений сторонами у відповідному договорі: поручкою може забезпечуватися виконання зобов'язання частково або у повному обсязі (ч. 2 ст. 553 ЦК), за рахунок предмета іпотеки іпотекодержатель має право задовольнити свою вимогу за основним зобов'язанням у повному обсязі або в частині, встановленій іпотечним договором, що визначена на час виконання цієї вимоги (ч. 1 ст. 6 Закону «Про іпотеку»), та

– строку акцесорного зобов'язання (поручки, іпотеки), протягом якого може бути здійснено суб'єктивне цивільне право кредитора та виконано обов'язок поручителя чи іпотекодавця.

Посилення договірних засад у регулюванні відносин поручки та іпотеки породжує певні проблеми правозастосування, однією з яких є визначення моменту припинення поручки та іпотеки.

За загальним правилом, яке впливає з призначення цих акцесорних зобов'язань, і поручка, і іпотека припиняються із припиненням забезпеченого ними зобов'язання (ч. 1 ст. 559 ЦК, п. 1 ч. 1 ст. 593

ЦК). Перелік підстав припинення поручки, визначений в ст. 559 ЦК, є вичерпним, і однією з них є припинення поручки після закінчення строку, встановленого в договорі поручки (ч. 4 ст. 559 ЦК). В ст. 593 ЦК серед підстав припинення права застави аналогічного правила про припинення застави у зв'язку із закінченням строку дії договору застави немає, втім, цей перелік не є вичерпним, і право застави може припинятися також в інших випадках, встановлених законом (ч. 1 ст. 593 ЦК). Таким випадком є закріплене в ч. 1 ст. 17 ЗУ «Про іпотеку» правило про припинення іпотеки у разі припинення основного зобов'язання *або* закінчення строку дії іпотечного договору.

Отже, в динаміці акцесорних зобов'язань поручки та іпотеки закінчення строку договору, який узгоджується сторонами, розглядається законодавцем як факт, що припиняє право.

В цивілістичній літературі звертається увага на те, що строки є часовою формою розвитку цивільних правовідносин, формою існування і здійснення (виконання) суб'єктивних прав та обов'язків, які становлять зміст правовідносин (див.: Луць В.В. Строки і терміни у цивільному праві: монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2013. – С. 18). Одним зі способів визначення строку або терміну є вказівка на подію, яка має неминуче настати. Причому, як зазначає В.В. Луць, строковою можна назвати ту подію, настання якої є неминучим, на відміну від події, що використовується в ст. 212 ЦК при укладенні умовних правочинів [конструкції відкладальної та скасувальної обставини] і характеризується тим, що вірогідність її настання невідома (там само, с. 21).

На цей час склалася однакова і послідовна практика застосування вищими судовими інстанціями статей 251, 252 ЦК при розгляді справ, пов'язаних із відносинами поручки. Зокрема, в постанові Верховного Суду України від 21.05.2012 р. у справі 6-68цс11 зазначено: «Відповідно до ч. 1 ст. 251 та ч. 1 ст. 252 ЦК України строком є певний період у часі, зі спливом якого пов'язана дія чи подія, яка має юридичне значення, і визначається він роками, місяцями, тижнями, днями або годинами, а не посиланням на подію, яка має настати. Вказівкою на подію, яка має неминуче настати, визначається термін – певний момент у часі, з настанням якого пов'язана дія чи подія, яка має юридичне значення (ч. 2 ст. 251, ч. 2 ст. 252 ЦК України). Отже, умова договору поручки про припинення поручки після повного виконання позичальником своїх зобов'язань за кредитним договором не може вважатися встановленим сторонами договору поручки строком

припинення поруки». Ця правова позиція відтворена й у низці інших постанов ВСУ (зокрема, від 21.05.2012 р. у справі № 6-48цс11, від 23.05.2012 у справі № 6-33цс12).

Такими самими є і роз'яснення вищих спеціалізованих судів України, викладені в постановах пленумів (див. п. 4.1.7. постанови пленуму Вищого Господарського Суду України від 24.11.2014 р. №1 «Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з кредитних договорів», п. 24 постанови пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 30.03.2012 р. № 5 «Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин»).

На підтримку такої практики можемо додати й те, що:

1) строки (терміни) та припинення зобов'язання є самостійними правовими інститутами із власним місцем в структурі ЦК: це, відповідно, Розділ V «Строки та терміни. Позовна давність» Книги першої «Загальні положення» та Розділ I «Загальні положення про зобов'язання» Книги п'ятої «Зобов'язальне право», тому ототожнювати строки (терміни) із підставою припинення зобов'язання в розумінні Книги п'ятої кодексу, на нашу думку, немає підстав;

2) за визначенням ст. 631 ЦК строком договору є саме час, протягом якого сторони можуть здійснити свої права і виконати свої обов'язки відповідно до договору, а не настання чи ненастання певної дії та події. Повне виконання зобов'язання не є часовою формою зобов'язання (ані його строком, ані терміном).

Для практики правозастосування є актуальним питання про те, чи можна застосовувати наведене вище тлумачення вищими судовими інстанціями норм статей 251, 252 ЦК до інших, ніж порука, акцесорних зобов'язань, зокрема, відносин іпотеки.

Вважаємо, що, оскільки норми статей 251, 252 ЦК, які містяться в Книзі першій «Загальні положення», мають універсальний характер для всіх норм Цивільного кодексу, строк дії іпотечного договору так само не може встановлюватися шляхом вказівки на «повне виконання позичальником своїх зобов'язань за кредитним договором».

Припускаючи можливість припинення іпотеки у зв'язку із закінченням строку дії іпотечного договору (який може бути меншим, ніж строк дії основного договору, зобов'язання з якого забезпечене заставою), законодавець визнає, що:

1) на певний період часу зобов'язання з основного договору може залишитися незабезпеченим;

2) сторони мають узгодити строк дії іпотечного договору.

Важливо, що законодавець імперативно не визначає, що строк дії іпотечного договору є його істотною умовою, що є логічним з огляду на те, що сутність іпотечного зобов'язання як акцесорного полягає саме в забезпеченні майнових інтересів кредитора у випадку невиконання основного зобов'язання за рахунок майна боржника.

Як впливає з переліку істотних умов іпотечного договору, такими умовами є, зокрема, зміст і розмір основного зобов'язання, строк і порядок його виконання та/або посилання на правочин, у якому встановлено основне зобов'язання (ч. 1 ст. 18 ЗУ «Про іпотеку»). У разі відсутності в іпотечному договорі однієї з визначених в цій статті істотних умов він може бути визнаний недійсним на підставі рішення суду (ч. 2 ст. 18 Закону). Таким чином, Закон не пов'язує будь-яких правових наслідків із відсутністю в іпотечному договорі умови про строк його дії. Тому за відсутності в іпотечному договорі строку його дії до відносин іпотеки має застосовуватися загальне правило про те, що право іпотеки припиняється у разі припинення основного зобов'язання.

Якщо ж сторони домовилися про припинення іпотеки у зв'язку із закінченням строку дії іпотечного договору, цей строк має бути узгоджений сторонами відповідно до правил ст. 251, 252, 631 ЦК (зазвичай, у вигляді календарної дати), що надаватиме відносинам сторін визначеності та передбачуваності.

Оскільки норми глави 18 «Визначення та обчислення строків» ЦК є загальними при визначенні та обчисленні строків у будь-яких цивільних правовідносинах, зокрема, й у акцесорних зобов'язаннях, умова договору іпотеки про його дію до повного припинення всіх зобов'язань боржника за основним зобов'язанням не є умовою про строк дії іпотечного договору і не може розглядатися як встановлена договором іпотеки підстава припинення іпотеки.

Узгоджений сторонами строк договору іпотеки, з огляду на значення, яке надається законодавцем закінченню цього строку (підстава припинення права іпотеки), є строком існування (здійснення) суб'єктивного цивільного права іпотекодержателя (кредитора за основним зобов'язанням).

З огляду на те, що Закон «Про іпотеку» прямо пов'язує припинення права іпотеки із закінченням строку дії договору іпотеки, цей строк є присічним (преклюзивним), він не відновлюється, незалежно від виконання забезпеченого іпотекою основного зобов'язання із його закінченням право іпотекодержателя та кореспондуючий йому обов'язок іпотекодавця припиняються як такі, що обмежені в часі цим присічним строком.

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ СФЕРИ ДЕРЖАВНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ І ПІДХОДИ ДО ЇХНЬОГО ВИРІШЕННЯ

АВТОР

Андрій ОЛЕФІР,
к.ю.н., асистент кафедри
цивільного, господарського
та екологічного права
Полтавського юридичного
інституту Національного
юридичного університету
імені Ярослава Мудрого



Попри ухвалення нової редакції Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 10.04.2014 р., сучасний стан законодавства про державні закупівлі є перехідним, оскільки внесені зміни радше є косметичними і недостатніми, свідченням чого є неусунення, а подекуди навіть посилення проблем, що існували тривалий час. Слід усвідомлювати, що в ЄС також є зловживання у сфері державних закупівель. Зокрема, наприкінці 2013 р. екс-міністр оборони Греції був засуджений до 20 років позбавлення волі за закупівлю систем повітряної оборони, підводних човнів, а в квітні того самого року його засудили до 8 років позбавлення волі, наклавши штраф 0,5 млрд євро і конфіскувавши майно за надання неправдивих відомостей у декларації про доходи. Тому необхідно орієнтуватися насамперед на національно специфічні інструменти вдосконалення нормативно-правового регулювання.

В Україні доречно виокремити дві найбільш проблемні сфери здійснення державних закупівель: охорону здоров'я, національну безпеку та оборону, дисфункції в яких є загалом однотипними. З ідеєю вдосконалення тендерного законодавства дисонує курс на дерегуляцію дозвільних та контрольних функцій держави в економіці, що сприймається як основна умова розвитку підприємництва, коли відповідні повноваження перейдуть до недержавних саморегульованих організацій, адже кожне регуляторне правило – це додаткова витрата, яка в підсумку перекладається на споживача. Визнаючи доречність подолання забюрократизованості, зауважимо, що це питання має два нюанси: по-перше, до кого перейде делегована державою економічна влада і, по-друге, які саме повноваження мають стати об'єктивно необхідним предметом дерегуляції? Зокрема, у сфері державних закупівель дерегуляція призведе (навіть уже призвела) до нівелювання потужного регулятора економіки. Натомість про раціональну відмову від наглядових (контрольних) функцій не йдеться: МЕРТУ, з одного боку, регулює цю сферу, а з другого – контролює під час здійснення моніторингу закупівель шляхом

надання рекомендацій з усунення та недопущення правопорушень. В умовах деіндустріалізованої та імпортозалежної економіки дерегуляція може проводитися лише вибірково, щоб функції держави як регулятора не перейшли до транснаціональних підприємств-монополістів або вітчизняних олігархічних груп. На нашу думку, більш правильно сформулювати вимогу про те, що держава має працювати ефективно. Інакше будуть максимально гарантовані приватні інтереси великих підприємств, натомість ігноруватимуться публічні інтереси. Особливо занепокоєння виникає у зв'язку з тим, що в Україні система захисту економічної конкуренції, на жаль, імітує роботу. Тому тотальна дерегуляція суперечить національним економічним інтересам України, для якої безальтернативною є змішана модель. Тим більше, є вдалі приклади сильних держав, як-от: Німеччина, Австрія, Швеція, США.

В цьому контексті доволі симптоматичною є активність громадських організацій, притаманна саме так званому тендерному сезону. З огляду на популяризацію останнім часом інститутів громадського контролю на увагу заслуговує правовий статус Тендерної палати України, визначений у Законі України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» від 22.02.2000 р., та яка фактично мала правовий статус самостійного контролюючого органу у сфері закупівель. Тому, попри демократизм і «незалежність» правового інституту громадського контролю, під час їхнього функціонування можуть виникати суттєві проблеми: не слід переоцінювати його регуляторні можливості, оскільки та практиці проявляється схильність до маніпулювання інститутом громадського контролю, використання громадських організацій для тиску на ухвалення індивідуальних чи загальнодержавних рішень.

Тендерні зловживання у сфері національної безпеки та оборони фактично мають ті самі причини, що й у сфері охорони здоров'я. Це завищення контрактних цін, затримки в поставках продукції, що стали відомими з часу початку воєнних дій на Донбасі, коли МОЗ України здійснювало закупівлі бронезилетів за незрозумілою ціновою політикою в одного учасника, аргументуючи це «складною ситуацією» в країні.

По-перше, необхідно удосконалити систему планування державних закупівель, забезпечити контроль за раціональним використанням коштів. Ці дисфункції мають значну кількість практичних проявів. Приміром, державне підприємство «Укрінмаш», що

входить у концерн «Укроборонпром», уклало договір про закупівлю 75 бронемашин «Saxon AT-105» (розробка 60-х рр. ХХ ст.) ціною 2,075 млн фунтів стерлінгів з британським підприємством. Окрім того, що їхні аналоги виробляються в Україні і МОУ та Національна гвардія укомплектовані такою технікою, британські бронемашини є неефективними в умовах бойових дій, а в Україні є потреба саме у високоточній балістичній зброї. Також у рамках різних тендерів МОУ бронезилети однакового рівня захисту закуповувалися за ціною від 2 494,8 до 5800 грн за одиницю у підприємства «Темп-3000». Тобто державні кошти були використані нераціонально. Це відбувається при тому, що в сфері оборонного замовлення прибуток постачальника визначається за погодженням з державним замовником залежно від частки у загальних витратах матеріальних витрат, витрат на оплату праці, витрат на утримання та експлуатацію устаткування або на основі розрахованої величини прибутку (прибуток у складі ціни, залежно від предмета закупівлі, не може перевищувати 1%, 10% чи 25%). Можна також навести низку прикладів зі сфери охорони здоров'я, коли купується кілька одиниць медичної техніки, для експлуатації кожної з яких, відповідно до технічного паспорта, щорічно потрібно витратних матеріалів і реагентів на тисячі гривень. Як наслідок, техніка не вводиться в експлуатацію протягом кількох років з моменту придбання, оскільки відсутні (не були заплановані) кошти на закупівлю цих витратних матеріалів. Або коли однією з причин затримок у закупівлях є відсутність у МОЗ України реальної інформації про потреби закладів охорони здоров'я.

До правових засобів, що мотивуватимуть суб'єктів господарювання до конкурентоспроможної участі в закупівлях, а отже, підвищать стабільність ринку товарів і послуг охорони здоров'я, належить запровадження у рамках системи єдиного реєстру державних закупівель реєстрів замовників і учасників конкурсних процедур на веб-сайті МЕРТУ. Реєстр учасників доцільно організувати за двоскладовим принципом: (1) реєстр добросовісних учасників, до якого включаються документально підтверджені відомості про учасників на підставі їхнього звернення (процедури закупівель, в яких учасник брав участь; виконані своєчасно та у повному обсязі договори про закупівлю); (2) реєстр недобросовісних учасників, до якого включаються документально підтверджені відомості про учасників на підставі мотивованого рішення суду або АМКУ, за наявності однієї з таких умов: (а) невиконання (порушення) договору про закупівлю, в тому числі затримки у поставках, постачання товарів, виконання робіт і надання послуг неналежної якості; (б) з учасником розірвано договір про закупів-

лю у зв'язку з суттєвими порушеннями ним умов договору без відповідних підстав; (в) безпідставна відмова учасника – переможця закупівлі від укладення договору; (г) учаснику відмовлено в участі у процедурі закупівлі або замовником відмінено торги з вини учасника; (д) учасник надавав у конкурсних пропозиціях будь-яку недостовірну інформацію; (е) учасник порушив норми законодавства про захист економічної конкуренції у сфері державних закупівель. Окрім цього, в єдиному реєстрі державних закупівель мають обліковуватися укладені всіма замовниками господарські договори про закупівлі та відомості про істотні умови контрактів, їх зміну та особливості виконання сторонами, а також надані учасниками гарантії забезпечення пропозицій конкурсних торгів і виконання договорів про закупівлю (це унеможливить практику фіктивного фінансового забезпечення).

Окрім запровадження в Україні стратегічного планування державних закупівель, створення спеціальної інфраструктури державних закупівель у сфері охорони здоров'я, доцільно внести зміни до ЗУ «Про здійснення державних закупівель» від 10.04.2014 р., якими надати замовникам право укладати договори про закупівлю строком на 5 років (не ототожнювати з рамковими угодами, які також потребують суттєвої дебіюрократизації), що передбачатимуть можливість щорічного коригування обсягів замовлення в межах загальної ціни контракту.

Особливістю господарських відносин закупівель, яка має правове значення в контексті оптимізації мережі замовників у сфері охорони здоров'я, є те, що певні органи публічної влади в організаційно-господарських відносинах виступають як регулятор, а в майново-господарських – як замовник. Таке ускладнення правового статусу не є позитивним, оскільки неможливо ставити знак рівності між діяльністю держави як виразника публічного інтересу і власника майна: на відміну від приватного сектора економіки, органи публічної влади зобов'язані ефективно здійснювати покладені на них завдання, а саме: представляти інтереси суспільства, прагнути досягнути соціального добробуту. Зокрема, однією з причин дискримінації підприємств є поєднання в одному органі функцій державного управління та здійснення господарської діяльності. За таких умов природним є бажання цих органів створити своїм підрозділам привілейовані умови порівняно з іншими суб'єктами господарювання. Тому з метою унеможливлення конфліктів інтересів у діяльності органів публічної влади в процесі здійснення адміністративно-господарських і майново-господарських функцій на часі створення спеціалізованих замовників, діяльність яких забезпечить концентрацію досвіду здійснення закупівель і уніфікацію

практик їхнього проведення, дасть змогу решті замовників, насамперед органам публічної влади, раціоналізувати власну діяльність. Також слід запропонувати, по-перше, заборонити здійснення непрофільних закупівель товарів і послуг сфери охорони здоров'я на централізованому рівні, по-друге, створити постійні робочі групи з питань профільного супроводу державних закупівель у структурі всіх замовників сфери охорони здоров'я, по-третє, встановити обов'язковість оприлюднення експертних висновків робочих груп з профільного супроводу державних закупівель на веб-сайті МЕРТУ, що дасть змогу господарській спільноті отримувати більший обсяг об'єктивної інформації про проведені тендери.

Спеціалізованих (професійних) замовників доцільно було б заснувати на централізованому рівні органами публічної влади за погодженням з МЕРТУ в організаційно-правовій формі суб'єктів некомерційного господарювання публічного права, з метою задоволення потреб певних галузей народного господарства (на правах галузевих або міжгалузевих господарських організацій) або придбання груп товарів, робіт і послуг. Мережа цих замовників може формуватися й у рамках іншого підходу: як суб'єкти господарювання приватного права, до управління якими на паритетних засадах залучатимуться різні групи учасників господарських відносин (представники громадських організацій, замовників, суб'єктів господарювання (виробників і постачальників), органів публічної влади), що забезпечить збалансований захист законних публічних і приватних інтересів, мінімізує ризики формування складу комітетів з конкурсних торгів в одному відомстві, не ставитиме участь підприємців у конкурсах у залежність від отримання певної адміністративної послуги. Щодо зарубіжного досвіду, то в Канаді Міністерство соціальних робіт і служб, як уповноважений орган у сфері закупівель, здійснює закупівлі для понад ста відомств, в ЄС закупівлі, як правило, проводять спеціалізовані закупівельні організації, а у Великій Британії Служба забезпечення національної системи охорони здоров'я купує різні види як основного, так і допоміжного предмета для медичних закладів усіх рівнів, що дає змогу уникати комплексу логістичних проблем і зайвого навантаження на фонд заробітної плати. В РФ крім державних і муніципальних замовників здійснювати закупівлі мають право спеціально уповноважені органи, створені органами державної влади і місцевого самоврядування для виконання цих функцій.

На практиці у замовників часто виникають труднощі, пов'язані з закупівлею робіт у порядку, визначеному п. 3 наказу МЕРТУ «Про затверджен-

ня Порядку визначення предмета закупівлі» від 26.07.2010 р., оскільки перелік видів робіт, необхідних для будівництва, наприклад, лікарні, замовнику необхідно придбати в рамках однієї процедури закупівлі, розподіливши їх на лоти. Але такий підхід, з огляду на загрозу зривів у закупівлях, а також з урахуванням того, що на різних етапах будівництва, що не збігаються в часі, треба проводити різні види робіт, не завжди відповідає інтересам замовників, адже з погляду раціонального й ефективного використання державних коштів певні види робіт доречно купувати в різний час. З одного боку, недотримання цього правила, встановленого підзаконним актом, не суперечить ЗУ «Про здійснення державних закупівель» від 10.04.2014 р., принципам плановості, недискримінації, іншим засадам закупівельного законодавства, нормативним правилам визначення предмета закупівель. Зокрема, в п. 33 ст. 1 Закону визначено, що лот – це визначена замовником частина робіт, хоча в нашому випадку йдеться про різні види робіт. З другого боку, в п. 21 ст. 1 Закону зазначено, що предмет закупівлі визначається замовником у порядку, встановленому уповноваженим органом. Тому зазначену норму наказу МЕРТУ треба узгодити з нормами закону. На відповідні порушення може вказати як Державна фінансова інспекція, так і суб'єкти фінансового контролю, відмовивши в оплаті за договором.

На сучасному етапі загальний обсяг державних закупівель скорочується, що відбувається на тлі масових неплатежів замовників (за три квартали 2014 року обсяг фактичних бюджетних видатків на покриття тендерних договорів становив лише 23%). За результатами 9 місяців 2014-го за показником фактичні видатки на державні закупівлі, з урахуванням зміни валютних курсів і інфляції, у 2014 р. – це 22 млрд грн, для порівняння в 2010 р. – 48 млрд грн, 2011 р. – 73 млрд грн, 2012 р. – 138 млрд грн, 2013 р. – 55 млрд грн. За таких умов навіть добросовісні замовники вимушені вступати фактично в корупційні відносини з постачальниками. Щодо сфери охорони здоров'я, то в 2014 р. до лікувальних установ України поставлено медпродукції на суму 92 млн грн (4,3% загального плану закупівель на 2014 рік), до об'єктивних причин цього належить насамперед нестабільність на валютному ринку. Зазначеній кризі державних фінансів суперечить тенденція до лібералізації законодавства про здійснення попередньої оплати товарів, робіт і послуг, що закуповуються за бюджетні кошти, що задовольняє інтереси «постійних» постачальників МОЗ України, які прагнуть максимально подовжити термін легальної 100-відсоткової попередньої оплати за державними контрактами. Згідно з постановою КМУ «Про здійснення попередньої оплати товарів, робіт і послуг, що

закуповуються за бюджетні кошти» від 23.04.2014 р., до які вже 6 разів вносилися зміни, попередня оплата проводиться в разі закупівлі: на строк не більше 6 міс.: лікарських засобів і виробів медичного призначення; на строк не більше 1 р.: вакцин для профілактичних щеплень людей. При цьому, вимоги щодо попередньої оплати тільки тих товарів, робіт і послуг, що згідно з договорами про закупівлю передбачається поставити, виконати і надати протягом поточного бюджетного періоду, не поширюється на вакцини для профілактичних щеплень, лікарські засоби і вироби медичного призначення, медичне обладнання. Хоча, наприклад, у попередній постанові КМУ «Питання попередньої оплати товарів, робіт і послуг, що закуповуються за бюджетні кошти» від 09.10.2006 р. стосовно лікарських засобів і виробів медичного призначення строк мав становити не більше 1 міс. Якщо ж іде мова про оборонне замовлення, то цей строк становить 1,5 р. чи визначається розпорядниками бюджетних коштів, виходячи з необхідності задоволення нагальних потреб, наявності фінансування витрат та обґрунтування проведення такої оплати постачальниками товарів, виконавцями робіт, надавачами послуг.

Крім того, антикорупційна політика, як гарантія цільового використання внутрішніх і зовнішніх інвестицій, в державних закупівлях передусім пов'язана з забезпеченням ефективного кваліфікаційного добору учасників.

У сфері державного оборонного замовлення контракти укладаються з обмеженою кількістю учасників і шляхом проведення процедури переговорів: поставки пального в основному здійснюють «Укртатнафта», «ОККО-бізнес», «Елемент ойл» і «Перша компанія максимум»; тендер на поставку рюкзаків вартістю 11 млн грн одержало підприємство, зареєстроване в серпні поточного року, засновником якої є колишній директор підприємства, яке неодноразово штрафували за невиконання тендерних умов; для постачання техніки (86 вантажівок, самоскидів і евакуаторів) у переговорному порядку було визначене підприємство «Дозор Авто», яке є торговельним посередником; бронезилети та захисні шоломи вже традиційно закуповуються у компанії «Темп-3000»; одним із постачальників спеціалізованої апаратури для аеронавігації, GPS-навігації та здійснення радіолокації і радіозв'язку стало підприємство «Банкомзв'язок», власником якого є кіпрська компанія; поряд із виконавцями оборонного замовлення легалізованою є участь співвиконавців, які беруть участь у виконанні оборонного замовлення на підставі відповідних договорів (контрактів), укладених з виконавцями.

З метою усунення названих негативних явищ на ринку варто запропонувати такі комплексні зміни

до ЗУ «Про здійснення державних закупівель» від 10.04.2014 р.: (1) замовники зобов'язані встановлювати відповідність кожного учасника всім законодавчо встановленим кваліфікаційним критеріям, що має підтверджуватися офіційною господарською та фінансовою документацією суб'єктів господарювання; (2) для закупівель у сферах охорони здоров'я та національної безпеки і оборони передбачити можливість встановлення додаткових кваліфікаційних вимог (досвід провадження діяльності з виробництва та реалізації товарів, виконання робіт і надання послуг, які є предметом закупівлі; наявність сертифікатів відповідності суб'єкта господарювання вимогам належної виробничої практики чи практики дистрибуції; інші критерії, які мають бути однозначними і вичерпно визначеними); (3) учасники зобов'язані надавати замовнику інформацію про склад осіб, які володіють істотними частками (25%) в статутному фонді господарської організації, що є учасником процедури закупівлі, з закріпленням гарантій зі збереження конфіденційності цих відомостей; (4) встановити як підставу для відмови в участі у процедурі закупівлі подання пропозиції конкурсних торгів учасником, який є пов'язаною особою з іншими учасниками процедури закупівлі, генеральним замовником, замовником, його працівниками, уповноваженими на вчинення юридично-значущих дій від імені організації, членами комітету з конкурсних торгів, особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування та прирівняними до них; (5) встановити такі вимоги до членів комітету з конкурсних торгів замовників: особа перед призначенням на посаду члена комітету з конкурсних торгів зобов'язана надати замовнику декларацію, в якій вказати суб'єктів господарювання, яких безпосередньо чи через пов'язаних осіб контролює ця особа та члени її сім'ї; члени комітету з конкурсних торгів, які підпадають під поняття «пов'язана особа», визначене в цій статті, зобов'язані негайно повідомляти замовнику обставини, що свідчать про їхню зацікавленість в укладанні договорів про закупівлю з певними учасниками, а також про інші випадки участі пов'язаних осіб у закупівлях; (6) для створення гарантій належного виконання договірних зобов'язань торговельними і комерційними посередниками було розроблено проект змін до законодавства, зміст якого може бути узагальнений до трьох основних положень: (1) замовник зобов'язаний з'ясувати, чи здійснює учасник процедури закупівлі господарську діяльність з виробництва товарів, виконання робіт або надання послуг, що є предметом його пропозиції; (2) учасник зобов'язаний документально підтвердити спроможність безпосереднього виконавця за

договором про закупівлю належно виконати взяті зобов'язання, при цьому змістові вимоги до такого підтвердження диференційовані залежно від предмета закупівлі; (3) після укладання господарського договору про закупівлю учасник не має права без згоди замовника (у формі додатка до договору) залучати до поставки товару, виконання роботи чи надання послуги, що є предметом закупівлі, інших суб'єктів господарювання (субпідрядників), участь яких не обумовлена в договорі.

Незважаючи на надану на початку позитивну оцінку припису ст. 17 Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 10.04.2014 р., відповідно до якого замовник може прийняти рішення про відмову учаснику в участі у процедурі закупівлі, якщо він зареєстрований в офшорних зонах, перелік яких встановлюється КМУ, аналіз розпорядження КМУ «Про перелік офшорних зон» від 23.02.2011 р. свідчить про формалізм зазначеної новації. По-перше, цим документом затверджено перелік із 40 офшорних зон (у світі їх близько 200, зокрема, до списку не належать такі популярні, як Панама, Кіпр, Бруней, ОАЕ, Ліберія, Коста-Ріка). По-друге, станом на 01.04.2014 р. за показником «прямі іноземні інвестиції (акціонерний капітал) з країн світу в економіці України» перше місце посідає Кіпр (32, або 52,2 млн дол. США), якого немає в списку.

По-третє, забезпечення своєчасного задоволення державних потреб, поряд зі спеціальними скороченими строками для придбання лікарських засобів, виробів медичного призначення, харчових продуктів (ст. 21 ЗУ «Про здійснення державних закупівель» від 10.04.2014 р.), може досягатися як шляхом проведення якісно підготовленої закупівлі, так і за допомогою переговорної процедури. Негативний характер з погляду ефективного виконання мобілізаційних завдань має втрата чинності ЗУ «Про державне замовлення для задоволення пріоритетних державних потреб» від 22.12.1995 р., що означає скасування права уповноважених замовників встановлювати обов'язкові для виконання замовлення для суб'єктів господарювання, заснованих повністю або частково на державній власності, зокрема орендних підприємств, а також для суб'єктів господарювання всіх форм власності – монополістів на відповідному ринку продукції, на поставку продукції, якщо виконання не спричиняє збитків виконавцям. Водночас відповідно до ЗУ «Про державне оборонне замовлення» від 03.03.1999 р. замовники здійснюють відбір виконавців з постачання (закупівлі) продукції, робіт і послуг: якщо їх закупівля за оборонним замовленням становить державну таємницю, – у порядку переговорів без конкурентних процедур; в інших випадках – у по-

рядку, визначеному законодавством про державні закупівлі (ця інформація про віднесення закупівлі тієї чи іншої продукції за державним оборонним замовленням до такої, що становить державну таємницю, міститься у основних показниках державного оборонного замовлення). Специфіка підготовки, погодження істотних умов і виконання визначається постановою КМУ «Питання державного оборонного замовлення» від 27.04.2011 р.

Згідно з законодавством термін, протягом якого можливо здійснити закупівлю за умови неоскарження та неблокування процесу зацікавленими сторонами, сягає не менше 30 робочих днів (1,5 міс.): (а) публікація пропозицій та рішення комітету про початок процедури тендерних торгів – 13 робочих днів; (б) розгляд та оцінка пропозицій за скороченою процедурою – до 10 робочих днів; (в) акцептування та підписання договорів – близько 14 днів; (г) реєстрація в казначействі – близько 3 робочих днів. Натомість строк проведення процедури переговорів становить щонайменше 17 днів, а на практиці – від 20 до 35 днів (без урахування строку оскаржень до АМКУ). Зокрема, це стосується підстави, закріпленої в п. 3 ч. 2 ст. 39 ЗУ «Про здійснення державних закупівель» від 10.04.2014 р. Відповідно до листа МЕРТУ «Щодо надання методологічної допомоги стосовно порядку закупівлі озброєння та військової техніки» № 3302-05/28041-03 від 13.08.2014 р., якщо переговорна процедура застосовується у разі нагальної потреби у здійсненні закупівлі у зв'язку з виникненням особливих економічних чи соціальних обставин, які унеможливають дотримання замовниками строків для проведення процедур конкурсних торгів, а саме пов'язаних з особливим періодом, то Міністерство оборони України, Міністерство внутрішніх справ України, Служба безпеки України, Національна гвардія України, Державна прикордонна служба України, Служба зовнішньої розвідки України, Державна служба спеціального зв'язку та захисту інформації України, Державна служба України з надзвичайних ситуацій можуть здійснювати закупівлю озброєння та військової техніки на підставі п. 3 ч. 2 ст. 39 Закону.

Поряд зі строками, закріпленими в тендерному законодавстві, замовники зобов'язані дотримуватися спеціальних адміністративних процедур, передбачених фармацевтичним правом. Тому на позитивну оцінку заслуговує ЗУ «Про внесення змін до Закону України «Про лікарські засоби» щодо удосконалення порядку забезпечення населення лікарськими засобами, призначеними для лікування соціально небезпечних і тяжких хвороб» від 12.08.2014 р., згідно з яким за окремим рішенням МОЗ України дозволяється ввезення незареєстрованих в Україні лікарських засобів іноземних

держав з метою медичного забезпечення військовослужбовців, осіб рядового, начальницького складу, які виконують завдання під час проведення антитерористичної операції, під час дії надзвичайного стану, особливого періоду, за наявності документів, що підтверджують реєстрацію і використання лікарських засобів у таких державах. Проблеми можуть виникати лише стосовно контролю за законності обсягів і призначення імпорту.

Попри роз'яснення МЕРТУ і специфіку застосування неконкурентної процедури закупівлі, з часу затвердження п. 3 ч. 2 ст. 39 ЗУ «Про здійснення державних закупівель» від 10.04.2014 р. в чинній редакції абсолютна більшість закупівель у сфері національної безпеки та оборони проводиться в порядку переговорів, тобто коли для цього немає реальних підстав. Хоча в попередні роки закупівля в одного учасника проводилася всемеро рідше, ніж на відкритих торгах, але з погляду вартісної оцінки витрат бюджетних коштів це співвідношення становило 1 до 2,55. Водночас не можна не звернути увагу на проблему, пов'язану з тим, що законодавець, з одного боку, в загальних положеннях наголошує на винятковості підстав для проведення закупівлі за процедурою переговорів і фактично орієнтує практичних працівників на мінімальне використання такого правового засобу, а з другого, конкретизуючи етапи організації та проведення цієї процедури, не посилює гарантії дотримання цього підходу спеціальними нормативними приписами. У цьому контексті на позитивну оцінку заслуговує нормативний припис ст. 151 Угоди про асоціацію між Україною та ЄС, згідно з яким застосування переговорної процедури дозволяється за дотримання, зокрема, таких умов: (а) добросовісне вжиття замовником усіх можливих заходів для успішного проведення конкурентної процедури, цілі якої не було досягнуто з незалежних від замовника причин, внаслідок чого з метою належного задоволення державних потреб він зобов'язаний проводити закупівлю в одного учасника, (б) існування необхідності в невідкладному (в більш короткий строк, аніж встановлений для проведення інших процедур) гарантуванні певного публічного інтересу, більш суттєвого в конкретній ситуації, ніж захист конкуренції. Крім цього, у ст.ст. 30, 31 Директиви 2004/18/ЄС зазначене таке обмеження: коли не було отримано жодної тендерної пропозиції, або жодної відповідної тендерної пропозиції, або жодного запиту на участь під час відкритих чи обмежених торгів за умови, що початкові умови договору залишилися без суттєвих змін та за умови, що до комісії надіслано звіт, якщо така умова є необхідною. Тому, беручи до уваги корупційні ризики переговорної процедури, її застосування необхідно об-

межувати, принаймні за допомогою запровадження дозвільного порядку експертизи наявності фактичних підстав для її проведення, яка здійснюватиметься МЕРТУ.

Альтернативою переговорній процедурі в контексті оперативності проведення можуть стати електронні торги, з урахуванням уже зроблених застережень. В електронній формі може застосовуватися як відкритий формат пропозиції (голландський аукціон, на якому торги починаються з найвищої ставки і понижуються до тих пір, поки не буде визначений покупець), так і закритий (аукціон одночасної пропозиції, в цьому разі покупці одночасно визначають ціни, не знаючи про пропозиції конкурентів; аукціон закритих пропозицій, коли продавці роблять по одній секретній пропозиції протягом встановленого часу).

По-четверте, негативне стимулювання до порушень закупівельного законодавства здійснює чинна система господарсько-правової відповідальності в зазначеній сфері. За порушення порядку організації та проведення державних закупівель замовники і учасники можуть притягатися до загальних і спеціальних видів юридичної відповідальності. Наприклад, влітку 2014 р. ГПУ до ЄРДР внесла відомості за ч. 2 ст. 367 (службова недбалість) та ч. 2 ст. 425 (недбале ставлення до військової служби) ККУ за фактом зволікання службовими особами Міністерства оборони та Генерального штабу Збройних сил України під час закупівлі засобів індивідуального захисту. Щодо спеціальних видів, то в КУпАП закріплені склади правопорушень для посадових осіб замовників: ст. 164-14 («Порушення законодавства про здійснення закупівлі товарів, робіт і послуг за державні кошти») і ст. 166-2 («Неправомірні угоди між підприємцями»). В ЗУ «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 07.06.1996 р. це досягнення неправомірних переваг у конкуренції шляхом порушення чинного законодавства, поширення неправдивої інформації для одержання неправомірних переваг у конкуренції, а також розголошення замовниками комерційної таємниці «своїм» учасникам. Відповідно до ЗУ «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 р., на ринках державних закупівель вчиняються антиконкурентні узгоджені дії суб'єктів господарювання, що передбачають спотворення результатів торгів, аукціонів, конкурсів, тендерів; зловживання монополієм становисем і антиконкурентні узгоджені дії у формі встановлення цін чи інших умов придбання або реалізації товарів; антиконкурентні дії органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю. Проте зазначені заходи юридичної відповідальності є недостатніми для

гарантування правопорядку. Тому для недопущення протиправних змов, зривів виконання контрактів, поряд із посиленням мір відповідальності за порушення законодавства про захист економічної конкуренції, господарсько-правові санкції доцільно встановити в ЗУ «Про здійснення державних закупівель» від 10.04.2014 р. Для прикладу, постановою КМУ «Питання державного оборонного замовлення» від 27.04.2011 р. передбачається здійснення контролю за виконанням державних контрактів, складення звіту про виконання оборонного замовлення.

У зв'язку з цим слід запропонувати такі зміни до законодавства: (1) запровадити спеціальну форму звітності для замовників на етапі виконання господарських договорів про закупівлю, на підставі якої буде проводитися проміжний і підсумковий аналіз ефективності розміщення замовлення; (2) для підвищення фінансової відповідальності постачальників, за умови зниження очікуваної (початкової) ціни контракту більше, ніж на 30%, розмір забезпечення пропозиції конкурсних торгів і виконання договору про закупівлю такого учасника повинні збільшитися на 50%, що не стосується суб'єктів господарювання, які мають бездоганну ділову репутацію, згідно з даними реєстру добросовісних учасників процедур закупівель; (3) у формі засобу заохочення підприємців до належного виконання державних контрактів, стосовно добросовісних учасників процедур закупівель варто закріпити спеціальну вимогу щодо надання фінансових забезпечень узятих зобов'язань у зменшеному розмірі; (4) прямо закріпити, що розміщення інформації про закупівлі на веб-порталі МЕРТУ здійснюється безоплатно; (5) для врівноваження інтересів замовників і учасників передбачити спеціальні заходи впливу до замовників, які прострочують виконання зобов'язань за договорами про закупівлю, що часто трапляється на практиці (прострочка платежів до півроку), внаслідок чого в умовах недоступності кредитних ресурсів і фактичної відсутності державної підтримки, виникає загроза неплатоспроможності постачальників; (6) визначити законодавчо закритий перелік формальних порушень у закупівлях і вказати, що лише на підставі їхнього допущення належно підготовлена конкурсна пропозиція не може бути відхилена замовником; (7) передбачити накладення АМКУ на замовників адміністративно-господарських штрафів за непроведення конкурсних процедур за наявності на те підстав чи проведення з порушеннями законодавства; (8) заборонити укладання додаткових угод до договору про закупівлю, за якими передбачається збільшення видатків державних коштів; (9) надати замовникам право в односторонньому порядку

відмовлятися від виконання контракту, якщо це передбачено конкурсною документацією, в таких випадках: (9.1) за контрактами на постачання товарів: (а) поставка товарів неналежної якості з недоліками, які не можуть бути усунуті у встановлений замовником розумний строк; (б) одноразове порушення строків поставки товарів; (в) поставка некомплектних товарів у випадку, якщо постачальник, отримавши повідомлення замовника, у встановлений замовником розумний строк не виконав вимоги про доукомплектування товарів чи не змінив їх комплектними; (9.2) за контрактами на надання послуг: (а) якщо виконавець не розпочав у встановлений контрактом строк його виконання або надає послугу так, що завершення виконання у строк, передбачений контрактом, є неможливим, або під час надання послуги стало очевидним, що вона не буде надана належно у строк, встановлений договором; (б) одноразове порушення строків надання послуг; (в) якщо під час надання послуги порушені умови виконання контракту і у визначений замовником для усунення порушень розумний строк такі порушення виконавцем не усунуті, або якщо порушення є суттєвими і такими, що не можуть бути усунені.

Адміністративне оскарження закупівельних процедур є поширеною причиною необгрунтованих затягувань у поставках продукції для суспільних потреб. У вересні – жовтні 2014 р. для потреб державного оборонного замовлення було проведено понад 600 тендерів, 150 з яких було скасовано. Оскарження закупівель триває близько 3 міс. Наприклад, одним із активних скаргників було підприємство «Нафтоперспектива» (засноване за 20 днів до проведення тендеру, основним видом діяльності є торгівля твердим, рідким, газоподібним паливом), яке стосовно закупівлі медичних препаратів посилалося на те, що замовник, об'єднавши всі препарати в один лот – і вітчизняні, і виробництва іноземного – тим самим дискримінує його як учасника. Часто недобросовісні замовники власні помилки в організації закупівлі пов'язують із оскарженням процедур закупівель, що є законним правом зацікавлених осіб. Отже, з метою удосконалення порядку оскарження процедур закупівлі варто сформулювати такі пропозиції до законодавства: (1) встановити пільги зі сплати збору за подання скарги до АМКУ для малих підприємств; (2) поняття «суб'єкт оскарження» в органі оскарження звузити до замовників чи учасників конкретної процедури закупівлі, яка є предметом оскарження; (3) для розгляду скарг на порушення проведення процедур закупівель у сферах державного оборонного замовлення і охорони здоров'я закріпити максимально скорочені строки.



«Юстиніан»
Видавництво
юридичної літератури

Видавнича організація «Юстиніан» надає ексклюзивні послуги з агрегації статей для публікації у наукових зарубіжних виданнях (**Польща**).

Вимоги до статей, що подаються для публікації у науковому зарубіжному виданні:

- відповідність статті стандартним вітчизняним («ВАКівським») вимогам до наукових публікацій;
- наявність анотації польською та англійською мовами;
- наявність наукової рецензії.

За більш докладною інформацією звертайтеся до офісу **Видавництва «Юстиніан»**.



04050, м. Київ, вул. Герцена, 17/25, оф. 91
тел.: +38 (044) 230-01-72, факс: +38 (044) 230-01-74
e-mail: journal@justinian.com.ua, edit@justinian.com.ua
www.justinian.com.ua

Контактні особи: Сергій Козлов, головний редактор;
Світлана Максимова, шеф-редактор «Юридичного журналу»;
Ірина Омельченко, генеральний директор видавництва «Юстиніан»

Pax orbis
ex jure

Світом має керувати
право, а не сила



ПОГЛЯД ПРАКТИКА

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ РОБОТОДАВЦЯ НА ОБ'ЄКТИ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ, СТВОРЕНІ ПРАЦІВНИКАМИ

АВТОР

Наталія СПИРИДОНОВА,
юрист практики злиттів і
поглинань та корпоративного
права ЮБ «Єгоров,
Пугінській, Афанасьєв
і партнери» Україна



Законодавство України містить численні прогалини та суперечності у сфері регулювання прав інтелектуальної власності (ІВ) роботодавця на трудову інтелектуальну власність, тобто об'єкти інтелектуальної власності (ОІВ), створені працівниками у зв'язку з виконанням трудового договору. Це важливо пам'ятати при оформленні трудових відносин з відповідним працівником.

Особливо доречна ця рекомендація для бізнесу, основним активом якого є трудова інтелектуальна власність, адже брак уваги до цього питання на етапі встановлення трудових відносин у подальшому може значним чином ускладнити використання роботодавцем ОІВ, створених працівниками за його рахунок та у зв'язку з виконанням трудового договору, втягнути в обтяжливі переговори з працівниками та судові спори.

Дійсно, якщо роботодавець не має трудових або цивільно-правових договорів зі своїми працівниками, а процес створення ОІВ не формалізований належним чином (відсутні робочі завдання, посадові інструкції й т.п.), працівники можуть претендувати:

- на спільне з роботодавцем використання ОІВ, створеного їх творчою працею, якщо такий об'єкт буде віднесений до ОІВ, створених у зв'язку з виконанням трудового договору, або
- на всі виключні майнові права на ОІВ, якщо він буде визначений як такий, що створений не у зв'язку з виконанням трудового договору.

В обох випадках працівники можуть висувати вимоги щодо виплати їм винагороди за створення та/або використання ОІВ та/або припинення використання ОІВ роботодавцем або третіми особами, яким таке право було надано роботодавцем без згоди працівників.

Також слід пам'ятати, що неналежне правове оформлення прав ІВ на рівні «роботодавець – працівники» може зашкодити використанню прав на цей ОІВ на рівні «роботодавець – клієнти».

ОБ'ЄКТ, СТВОРЕНИЙ У ЗВ'ЯЗКУ З ВИКОНАННЯМ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ

Спочатку слід з'ясувати, на які саме створені працівником ОІВ може претендувати роботодавець, оскільки відповідно до законодавства України не всі створені працівником ОІВ будуть вважатися створеними у зв'язку з виконанням трудового договору. Якщо, наприклад, розробник комп'ютерних програм намалює картину, роботодавець не буде мати ніяких прав на цей твір.

Комплексний аналіз норм загального та спеціального законодавства, а також відповідної судової практики дозволяє виділити такі основні ознаки, притаманні ОІВ, створеному у зв'язку з виконанням трудового договору (спеціальні закони у сфері інтелектуальної власності в цьому контексті здебільшого оперують поняттями «службовий твір» або «службовий винахід»):

- працівник створив ОІВ протягом строку дії трудового договору з роботодавцем та за його рахунок (в т.ч. наприклад, з використанням матеріалів та інформації роботодавця),
- створення ОІВ входило до трудових обов'язків цього працівника, визначених трудовим договором посадовими інструкціями, або відповідно до письмового службового доручення (завдання) роботодавця, яке має безпосереднє відношення до специфіки діяльності роботодавця.

Певні додаткові ознаки прямо передбачені законодавством для службового винаходу. Так, службовий винахід повинен бути створений з використанням досвіду, виробничих знань, секретів виробництва та обладнання роботодавця.

Окремо варто нагадати, що результат праці працівника буде вважатися ОІВ, якщо він є результатом саме творчої праці. Так, технічна або організаційна допомога працівника при створенні ОІВ не буде вважатися творчою і, відповідно, не призведе до виникнення прав ІВ на результат цієї роботи.

ПРАВОВА КОЛІЗІЯ

Працівник створив ОІВ у зв'язку з виконанням трудового договору. Постає питання, який обсяг прав ІВ буде мати роботодавець на цей ОІВ.

Майнові права на ОІВ сторони можуть розподілити на власний розсуд, хоча у більшості випадків роботодавець залишає всі виключні майнові права

ІВ за собою. Якщо сторони не визначили умови розподілу між собою майнових прав ІВ у договорі, застосуванню підлягають відповідні норми законодавства.

Цивільний кодекс

Цивільний кодекс України передбачає, що майнові права інтелектуальної власності на ОІВ, створений у зв'язку з виконанням трудового договору, належать працівникові, який створив цей об'єкт, та юридичній або фізичній особі, де або у якої він працює, спільно, якщо інше не встановлено договором. Проте особливості здійснення майнових прав інтелектуальної власності на ОІВ, створений у зв'язку з виконанням трудового договору, можуть бути встановлені законом.

Спеціальні закони у сфері ІВ

У той же час, спеціальні закони у сфері ІВ визначають, що виключне майнове право на ОІВ належить роботодавцю, якщо інше не передбачено трудовим договором (контрактом) та (або) цивільно-правовим договором між працівником і роботодавцем. Разом з тим, певні особливості здійснення цього права встановлені для окремих ОІВ, таких як винаходи, корисні моделі, промислові зразки тощо. Так, відповідно до спеціальних законів у сфері промислової власності, право на отримання патенту на об'єкт промислової власності має роботодавець працівника-винахідника, але це право переходить до працівника-винахідника, якщо роботодавець протягом 4 місяців від дати отримання від винахідника повідомлення про створення ОІВ не направить заявку на отримання патенту чи не передасть це право іншій особі, або не прийме рішення про збереження ОІВ як конфіденційної інформації. Важливо, що строк збереження роботодавцем ОІВ як конфіденційної інформації у разі його невикористання не повинен перевищувати 4 років. У іншому випадку право на отримання патенту на відповідний ОІВ переходить до працівника.

Вирішення колізії

Таким чином, спеціальні закони та Цивільний кодекс зовсім по-різному регулюють розподіл майнових прав ІВ на ОІВ, створений у зв'язку з виконанням трудового договору, між роботодавцем та працівником. «Різnobій» у регулюванні ускладняється також особливими правилами здійснення прав ІВ для деяких категорій ОІВ. Та оскільки Цивільний кодекс є вищим актом в ієрархії законів порівняно з іншими законами, що регулюють цивільні відносини, та був прийнятий пізніше, на мою думку, ця колізія має вирішуватись на користь Цивільного кодексу відповідно до принципів *lex superior* та *lex posterior* з урахуванням особливих правил здійснення прав ІВ для деяких категорій ОІВ.

Такої позиції (принаймні, відносно об'єктів авторського та суміжних прав) притримуються вищі суди, намагаючись у своїх роз'ясненнях уніфікува-

ти судову практику у вирішенні спорів щодо авторських і суміжних прав на ОІВ, які створені у зв'язку з виконанням трудового договору. Хоча на практиці такі роз'яснення залишаються на рівні принципів (рекомендацій), як правило, суди України керуються ними при вирішенні відповідних спорів.

СПІЛЬНІ ПРАВА

На практиці встановлений Цивільним кодексом України правовий режим володіння спільними майновими правами інтелектуальної власності на ОІВ, створений у зв'язку з виконанням трудового договору, означає, що жодна зі сторін не має права здійснювати майнові права на службовий твір без згоди іншої сторони. Іншими словами, кожна зі сторін має право користуватися відповідними правами щодо ОІВ самостійно або надавати/відчужувати такі права третім особам лише зі згоди іншої сторони. Також це означає, що роботодавець та працівник мають спільне право на отримання відповідних речистрійних документів на ОІВ (свідоцтв, патентів).

Також слід враховувати, чи був створений ОІВ одним працівником чи колективом. У більшості випадків, коли йдеться про ОІВ, створений у зв'язку з виконанням трудового договору, йдеться про колективну працю кількох працівників. У такому випадку необхідно отримувати згоду не від одного працівника, а від кількох (за умови, що їх участь у створенні ОІВ була творчою).

Очевидно, що такий порядок може значно ускладнити користування ОІВ для роботодавця, оскільки йому доведеться кожного разу отримувати відповідну згоду від працівника. А той може обумовити надання такої згоди отриманням відповідної винагороди за кожне використання ОІВ. А наскільки цей процес може ускладнитись при звільненні працівника, можна тільки уявити, адже припинення трудового договору не припиняє відповідні майнові права роботодавця або працівника на ОІВ. На практиці це означає, що навіть при припиненні трудових відносин роботодавець не зможе самостійно користуватися своїми правами і буде вимушений отримувати згоду колишнього працівника, якщо не домовиться з ним про відчуження усіх прав на ОІВ раз та назавжди на користь роботодавця.

ЗАРОБІТНА ПЛАТА VS. ВІНАГОРОДА ЩОДО ОІВ

Ще одним проблемним аспектом у сфері трудової інтелектуальної власності, який не врегульований чітко законодавством та навколо якого на практиці виникає багато питань, є виплата працівнику винагороди за створення та/або використання ОІВ.

На практиці склався підхід, відповідно до якого заробітна плата, що сплачується працівнику за

виконання його трудових обов'язків, пов'язаних зі створенням ОІВ, включає в себе також винагороду за створення ОІВ (за умови, що відповідне застереження передбачене трудовим договором), тому додатково та окремо така винагорода працівнику може не виплачуватися.

Такий підхід має певне підґрунтя, особливо в тих випадках, коли створення ОІВ є основним профілем діяльності роботодавця та основною трудовою функцією працівника, задля здійснення якої він, власне, й наймався. Та оскільки такий підхід не зовсім відповідає вимогам діючого законодавства, його застосування на практиці є певною мірою ризикованим. З огляду на те, що суди при вирішенні спорів за участю працівників найчастіше приймають їх сторону, рекомендується сплачувати таку винагороду працівнику хоча б за особливого цінні та прибуткові для роботодавця ОІВ.

Відповідно до спеціальних законів у сфері інтелектуальної власності, працівник має право вимагати виплату роботодавцем винагороди за створення та/або використання ОІВ. Причому хоча законодавець прямо не забороняє включити таку винагороду до складу заробітної плати, аналіз норм відповідного законодавства приводить до висновку, що винагорода не є тотожною заробітній платі, та її виплата не залежить від того, кому належать виключні майнові права ІВ на ОІВ.

Розмір та критеріїв для обчислення такої винагороди законодавством не встановлені. Сторони можуть узгодити їх самостійно, орієнтуючись при цьому на мінімальні ставки, передбачені чинним законодавством для різних ОІВ, якщо прибуток від використання конкретного ОІВ незначний (або взагалі відсутній), або на розмір отриманого прибутку, якщо він є істотним. Такий підхід загалом буде відповідати приписам спеціальних законів у сфері промислової власності, відповідно до яких розмір винагороди має бути співставним з економічною цінністю ОІВ та/або іншої вигоди, яка може бути отримана або вже отримана роботодавцем.

ОСОБИСТІ НЕМАЙНОВІ ПРАВА ІВ НА ОІВ

Особисті немайнові права інтелектуальної власності на ОІВ, створений у зв'язку з виконанням трудового договору, належать працівникові, який створив цей ОІВ. Такі права складаються з двох основних груп:

- право на визнання особи творцем (автором, винахідником тощо) ОІВ та
- право на недоторканність ОІВ.

Ці права не залежать від розподілу майнових прав ІВ і назавжди залишаються за працівником, навіть якщо всі виключні майнові права на ОІВ належать або передані роботодавцю. Особисті немайнові пра-

ва не можуть бути відчужені, але деякі з них (наприклад, право на недоторканність твору) можуть належати також спадкоємцям працівника.

Необхідність дотримання таких прав може становити певну незручність для роботодавця, проте сторони можуть у договірному порядку домовитися про певний порядок користування ними, децю оптимізувавши користування ОІВ роботодавцем. Такі домовленості буде доречно закріпити у трудовому або у відповідному цивільно-правовому договорі з працівником. Наприклад, це можна зробити щодо права на ім'я – відносно ОІВ, що належать до об'єктів авторського права, працівник може заборонити роботодавцю зазначати ім'я автора при кожному використанні ОІВ роботодавцем або третьою особою, оскільки автор бажає залишитися анонімом.

РЕКОМЕНДАЦІЇ

Позитивним є те, що законодавство України передбачає певну диспозитивність – можливість роботодавця та працівника домовитися у відповідному договорі про інший розподіл виключних майнових прав, ніж той, що закріплений законодавством. Така можливість встановлена як спеціальними законами у сфері ІВ, так і Цивільним кодексом. Користуючись цією можливістю, сторони можуть домовитися про належність роботодавцю навіть усіх виключних майнових прав ІВ на ОІВ з моменту його створення.

При цьому вибір того чи іншого договірного механізму значним чином залежить від того, чи планується оформити права роботодавця на вже створений ОІВ *postfacto*, або щодо ОІВ, які можуть бути створені працівниками в майбутньому.

Оформлення прав на ОІВ, які вже створені працівниками

З метою оформлення усіх виключних майнових прав ІВ на вже створений працівником ОІВ рекомендується укладати договори передання (відступлення) усіх таких прав між роботодавцем та відповідними працівниками, які своєю творчою працею брали участь у створенні ОІВ.

Серед умов, які має містити такий договір відповідно до законодавства України, окрему увагу слід звернути на наступні:

- опис та деталізація відповідних ОІВ у тій мірі, що дозволить легко ідентифікувати ці об'єкти та виключити в майбутньому спори, щодо яких саме ОІВ передаються права;

- перелік усіх майнових прав інтелектуальної власності на ОІВ, які будуть відступлені, та перелік усіх можливих способів використання ОІВ. Не зазначені права та способи будуть вважатися не переданими;

– розмір (або порядок обчислення) та порядок виплати винагороди за передання усіх виключних майнових прав ІВ. Ця умова є обов'язковою для таких договорів.

Важливо!

1) Якщо права на ОІВ вже надані третім особам

Не рекомендується укладати договори про передачу виключних майнових прав від працівника(ів) до роботодавця на стадії користування правами на ОІВ, тобто коли роботодавець уже без згоди працівника, який створив ОІВ, розпорядився цими правами на користь третіх осіб. У такому випадку укладення такого договору може виявитись неналежним механізмом для оформлення прав. Більше того, воно може бути підставою для визнання недійсними вже укладених угод про розпорядження роботодавцем правами на відповідний ОІВ на користь третіх осіб, оскільки підтвердить, що на момент укладення договорів з третіми особами роботодавець не мав відповідних прав.

У такому випадку можна порадити роботодавцю або узгодити з працівником отримання від нього заяви про відсутність заперечень/претензій, якою працівник підтвердить, що не заперечує проти такого розпорядження правами, або укласти між роботодавцем та працівником або між працівником та третьою особою, якій були передані права, договори про визнання працівником прав третьої особи на відповідні ОІВ.

2) ОІВ, створені працівниками у співавторстві

Якщо ОІВ був створений кількома працівниками, роботодавцю необхідно отримувати згоду на розпорядження ним від колективу таких працівників, укладаючи один договір зі всіма працівниками або окремий договір з кожним. Плата за передання прав розподіляється між працівниками або в рівних частках, або залежно від участі кожного у створенні ОІВ.

3) Дотримання особистих немайнових прав

Автор (розробник) у договорі з роботодавцем може заборонити згадувати своє ім'я (ім'я автора) під час використання ОІВ роботодавцем або будь-якою третьою стороною, посилаючись на те, що автор хоче залишитися анонімом.

Оформлення прав на ОІВ, які будуть створені працівниками в майбутньому

З метою належного оформлення прав ІВ роботодавця щодо ОІВ, які будуть розроблені працівниками в майбутньому, рекомендується, щоб трудові договори закріплювали наведені нижче положення. Це може бути зроблено шляхом внесення відповідних змін до вже укладених договорів або укладення трудових договорів у письмовій формі, якщо раніше вони уклалися лише в усній формі. Серед таких положень:

– належність роботодавцю усіх виключних майнових прав інтелектуальної власності на ОІВ, створений працівником у зв'язку з виконанням трудового договору;

– розмір винагороди за створення та/або користування ОІВ або порядок її розрахунку та виплати;

– трудові обов'язки працівника, які чітко передбачають створення ОІВ. Вони можуть бути або прямо передбачені у трудовому договорі, або закріплені у посадових інструкціях цього працівника;

– обов'язок працівника негайно повідомляти роботодавця про створення ОІВ з наданням всіх необхідних матеріалів, що його стосуються;

– відповідні умови про збереження працівником конфіденційності матеріалів, пов'язаних з ОІВ.

Важливо!

1) *Дотримання законодавства про працю*

Доповнення вже існуючих трудових договорів положеннями про ОІВ або укладення письмових трудових договорів з відповідними положеннями, якщо раніше такі договори були укладені в усній формі, може розглядатися як зміна істотних умов праці відповідно до законодавства про працю. У зв'язку з цим рекомендується дотримуватися процедури зміни істотних умов праці, встановленої відповідним законодавством, включаючи завчасне повідомлення працівника.

2) *Розподіл прав*

Важливо використовувати відповідні формулювання, що передбачають саме розподіл прав інтелектуальної власності, а не їх передачу (відчуження), для уникнення ризику віднесення таких договорів до договорів про передачу прав, для яких законодавством встановлені певні додаткові вимоги, недотримання яких може призвести до визнання договору недійсним. Наприклад, предметом договору про передачу прав на використання твору не можуть бути права, яких не було на момент укладення договору.

3) *Перелік майнових прав інтелектуальної власності*

Додатково до положень про належність усіх виключних майнових прав роботодавцю рекомендується визначити перелік прав ІВ, які будуть належати роботодавцю, а також вичерпний перелік можливих способів використання ОІВ для уникнення в майбутньому спорів, щодо яких прав та способів здійснено розподіл між сторонами.

Враховуючи численні «білі плями» в законодавстві, що регулює трудову інтелектуальну власність, для роботодавця дуже важливо, застосувавши певний творчий підхід, з самого початку належним чином документально оформити як процес створення ОІВ, так і розподіл виключних майнових прав на них. В майбутньому така обачність допоможе уникнути тривалих переговорів та судових спорів з працівниками.

ЧИ ПОТРІБНО ЖУРНАЛІСТУ ПОГОДЖУВАТИ ІНТЕРВ'Ю З РЕСПОНДЕНТОМ?

АВТОР

Антон КОВАЛЬ,
адвокат, патентний
повірений України, партнер
патентно-юридичної агенції
«Дубинський і Ошарова»



Чинне законодавство України надає чітку відповідь на це запитання, захищаючи права обох співавторів – інтерв'юера та респондента.

Так, згідно з ч.1 ст.13 Закону України №3792-ХІІ від 23.12.1993 «Про авторське право і суміжні права» зі змінами і доповненнями, «співавторами є особи, спільною творчою працею яких створено твір. Авторське право на твір, створений у співавторстві, належить усім співавторам незалежно від того, чи утворює такий твір одне нерозривне ціле, чи складається з частин, кожна з яких має самостійне значення. Відносини між співавторами визначаються угодою, укладеною між ними.

Право опублікування та іншого використання твору в цілому належить усім співавторам. Якщо твір, створений у співавторстві, утворює одне нерозривне ціле, жоден із співавторів не може без достатніх підстав відмовити іншим у дозволі на опублікування, інше використання або зміну твору. У разі порушення спільного авторського права кожен співавтор може доводити своє право в судовому порядку».

При цьому ч.3 ст.13 названого Закону закріплює, що «співавторством є також авторське право на інтерв'ю. Співавторами інтерв'ю є особа, яка дала інтерв'ю, та особа, яка його взяла. Опублікування запису інтерв'ю допускається лише за згодою особи, яка дала інтерв'ю».

У свою чергу, згідно ч.1 ст.15 Закону України «Про авторське право і суміжні права», «до майнових прав автора (чи іншої особи, яка має авторське право) належать:

- а) виключне право на використання твору;
- б) виключне право на дозвіл або заборону використання твору іншими особами».

Таким чином, інтерв'ю вважається створеним у співавторстві інтерв'юером та респондентом, і згідно з вимогами чинного законодавства, журналісту обов'язково потрібно погоджувати його текст з тим, у кого він брав інтерв'ю. Не слід забувати, що в силу вимог ст.52 Закону України «Про авторське право і суміжні права», відповідальність за порушення авторського права респондента, в т.ч. опублікування журналістом інтерв'ю без отримання на це згоди респондента, тобто в порушення його майнових авторських прав, може включати не лише відшкодування завданої моральної шкоди, але й виплату респонденту компенсації у розмірі від 10 до 50 тис. мінімальних заробітних плат замість відшкодування збитків або стягнення доходу».



ВИСНОВОК ЕКСПЕРТА ЯК ОДИН ІЗ ДОКАЗІВ В МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ

АВТОР

Юрій ОХРОМЕЄВ,
завідувач лабораторії права
промислової власності
Науково-дослідного центру
судової експертизи з питань
інтелектуальної власності
Міністерства юстиції України,
судовий експерт, оцінювач



На сьогоднішній день існує достатньо статей та думок щодо способів фіксування доказів в мережі Інтернет. Всі пропозиції сходяться до двох основних способів – це фіксування сторінки в мережі російським нотаріусом та висновок експерта у сфері телекомунікацій. Зазвичай ці види доказів ототожнюють, але необхідно все ж наголосити на їх відмінностях.

Спершу розглянемо огляд веб-сторінки російським нотаріусом, оскільки, відповідно до ст.12 Конвенції про правову допомогу і правові відносини в цивільних, сімейних та кримінальних справах від 7.10.2002, такі протоколи огляду визнаються і в Україні. Відповідно до ст.102, 103 Закону Російської Федерації «Основи законодавства про нотаріат», нотаріус на прохання зацікавлених осіб забезпечує докази, необхідні у разі виникнення справи в суді або адміністративному органі, якщо є підстави вважати, що подання доказів згодом стане неможливим або складним. У таких випадках нотаріус вправі забезпечувати докази шляхом допиту свідків, огляду письмових і речових доказів, призначення експертизи. Та він може здійснювати такі нотаріальні дії тільки тоді, коли ще немає справи в суді. Винятком з цього правила є лише випадок, коли докази забезпечуються для подання їх у закордонні судові органи.

Під час фіксації веб-сторінок російськими нотаріусами відбуваються наступні дії:

- перевірка доменного імені, встановлення DNS-серверів;
- перевірка відповідності IP-адреси;
- перевірка достовірності відображення вмісту сайту;
- відображення головної сторінки, переходів на сторінки, що цікавлять заявника.

При цьому кожен крок фіксується в описовій частині протоколу, результати огляду (веб-сторінки, фотографії, скріншоти тощо) роздруковуються і підшиваються до протоколу.

Якщо проаналізувати викладені норми, стає зрозуміло, що на відміну від експертного висно-

ву, російські нотаріуси мають обмеження у часі проведення таких дій, а саме до судової справи (за винятком фіксування доказів для подання їх у закордонні суди), тоді як щодо проведення експертного дослідження у сфері телекомунікацій такі обмеження відсутні. Але основна відмінність між двома видами доказів полягає зовсім у іншому.

При проведенні експертного дослідження у сфері телекомунікацій проводяться такі дії:

- перевірка доменного імені (експерт встановлює, чи існує Web-сайт із відповідним доменним ім'ям в мережі Інтернет на дату проведення дослідження та чи коректно здійснюється з'єднання з ним);
- фіксація редиректа на інше доменне ім'я (якщо таке має місце);
- фіксація даних, отриманих за допомогою сервісу Whois (експерт встановлює дані про дату реєстрації доменного імені, дату внесення останніх змін, про адміністратора домену і т.д.);
- визначення IP-адреси, якій відповідає доменне ім'я;
- фіксація даних про компанію, що надає послуги хостингу для даного доменного імені;
- перевірка коректності відображення вмісту Web-сайту;
- відображення головної сторінки;
- переходи на сторінки, на яких розміщені об'єкти інтелектуальної власності чи інформація, що мають значення для дослідження, та їх фіксація;
- фіксація аудіо, відео або текстових файлів, розміщених на Web-сайті, що мають значення для дослідження (такого роду дослідження вкрай актуальні при порушенні авторських прав в мережі Інтернет);
- фіксація всього Web-сайту, якщо це необхідно.

При порівнянні даних дій стає зрозуміло, що експертне дослідження відображає веб-сторінку і її технічні параметри значно детальніше. Більше того, під час дослідження можлива фіксація аудіо та/або відео файлів, чого нотаріус у деяких випадках не зможе зробити без спеціального обладнання.

Виникає питання: чому ж тоді ці два види доказів ототожнюють? Адже експертне дослідження є більш детальним та відображає значний перелік технічних показників. На мою думку, відповідь на



це питання полягає у меті проведення такого дослідження. Зазвичай як до нотаріуса, так і до експерта звертаються з проханням зафіксувати веб-сторінку, оскільки є підозри щодо її зникнення у мережі Інтернет. Для проведення таких дій не потрібно ані спеціальних знань судового експерта, ані спеціальних навичок російського нотаріуса. Будь-яка особа може це зробити самостійно, скориставшись функцією Print Screen. Проблема полягає лише у легалізації такого доказу.

Якщо розглянути процедуру фіксації російським нотаріусом, то його дії направлені саме на легалізацію даного доказу. У випадку ж з висновком експерта дослідження відбувається саме у сфері телекомунікацій, і бажає того замовник чи ні, експерт буде досліджувати всі технічні параметри, зазначені вище. Тому, якщо порівняти ці два види доказів через призму поставленої мети (зафіксувати сторінку), то вони дійсно є тотожними, оскільки виконують функцію легалізації доказу. Але за суттю та процедурою проведення експертне дослідження у сфері телекомунікацій є значно складнішим і таким, що надає відповіді на інші запитання, як то відслідковування перенаправлення сторінки, у який спосіб відбувається перенаправлення тощо.

На мій погляд, від процедури легалізації фіксації веб-сторінки взагалі слід відмовитись, оскільки це є вчорашнім днем і невиправданим витрачанням коштів. Більше того, українськи-

ми юристами описаний метод фіксування веб-сторінок, при якому виключається можливість їх фальсифікації, як то одночасне зберігання веб-сторінок на декількох незалежних інтернет-ресурсах (<http://www.peeer.us>, <http://archive.today>, <http://www.freeze-page.com/> тощо). Більш детально ця процедура описана Т. Жуковським у «Юридичній газеті» №39 за 2013 р., стор.40–41.

Проблема полягає у оцінці доказів, зібраних у такий спосіб, судом. На сьогоднішній день у більшості випадків такі докази не сприймаються достатньо вагомо у порівнянні із висновками експертів чи фіксаціями російських нотаріусів. На мій погляд, необхідно провести низку семінарів для суддівського корпусу з метою роз'яснення технічного функціонування таких ресурсів. При розумінні того, що відомості, зібрані за допомогою цих засобів, підробити неможливо, такі дані більш позитивно будуть сприйматись судом у якості доказів, оскільки суд оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному, об'єктивному та безпосередньому дослідженні наявних у справі доказів.

За таких умов потреба у фіксації (легалізації) веб-сторінки російським нотаріусом відпаде взагалі, а висновок експерта у сфері телекомунікацій дійсно стане таким по своїй суті, оскільки для проведення такого дослідження будуть звертатись саме з метою дослідження телекомунікаційних засобів.

ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ АВТОРСЬКИХ ПРАВ У ФАЙЛООБМІННИХ МЕРЕЖАХ, АБО ТАКЕ СОЛОДКЕ СЛОВО «ПІРАТСТВО»

АВТОР

Анна ЛЯШЕНКО,
юрист компанії IPStyle

Коли студенту Північно-Східного університету Шону Феннінгу було 19 років і він створював першу в світі файлообмінну платформу Napster, ніхто не уявляв, що це стане одним з найбільших випробувань в історії захисту авторського та суміжних прав. Однак все, що нас не вбиває, робить нас сильнішими. IT-генії на зразок Феннінга є найкращим стимулом для перегляду традиційних уявлень, позицій, прецедентів щодо захисту авторського права.

Питання, що порушені в цій статті, а саме захист авторських прав у файлообмінних мережах, старі як світ, однак не втрачають актуальності й сьогодні. Тож звернемось до питання технічної суті файлообмінних платформ та захисту авторського/суміжного права.

Файлообмінна мережа (пірингова мережа, або мережа типу peer-to-peer (скорочено – P2P) – це мережа, призначена для обміну файлами (цифровим контентом), в основі якої лежить особлива архітектура, що дозволяє рівноправним вузлам (вузлом у даному випадку є комп'ютер користувача, який приєднаний до мережі і називається піром) виступати як у ролі клієнта, тобто отримувача, так і в ролі сервера, тобто постачальника інформації.

Першою файлообмінною платформою стала пірингова мережа Napster, створена у 1998 р. Її архітектура складалася з клієнтів-користувачів і центрального сервера, призначеного для адміністрування інформації стосовно клієнтів і файлів, які вони надають для обміну. Принцип роботи Napster був наступний: клієнт завантажував на свій ПК програму, яка внаслідок її запуску встановлювала з'єднання з центральним сервером, надсилаючи на нього відомості про себе і файли, запропоновані клієнтом для обміну, у вигляді списку. Далі клієнт міг у вікні «пошук» знайти певний файл, який його цікавив (пошук здійснювався програмою по центральному серверу), обрати його, і програма з'єднувала його з іншим клієнтом (пошук знову відбувався через центральний сервер), який пропонував цей файл для обміну. Napster була першою і останньою файлообмінною мережею, що

координувалась через центральний сервер, що власне, і було її основною проблемою.

Ця соціальна мережа стала предметом судового розгляду у США (справа A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.). Позивачами виступили 18 компаній звукозапису (A&M Records, Sony Music Entertainment, Atlantic Records, Universal Records, Arista Records, Warner Bros. Records та ін.), інтереси яких представляла Recording Industry Association of America (RIAA). Відповідачем була компанія Napster, яка звинувачувалась у непрямому порушенні авторських прав (вторинна відповідальність) внаслідок використання користувачами однойменної пірингової мережі для поширення незаконного контенту, який порушував авторські права позивачів, за принципами «співучасті у порушенні» (contributory liability) і «відповідальності за дії інших осіб» (vicarious liability). Справа розглядалась у двох інстанціях, наслідком чого було визнання компанії Napster винною за двома зазначеними вище принципами.

Принцип «співучасті у порушенні» передбачає, що особа визнається винною в порушенні, якщо вона, знаючи про дії, спрямовані на порушення прав, сприяла правопорушенню. Отже, першим питанням у цьому аспекті було те, чи знали працівники компанії, що дії користувачів мережі Napster порушували авторське право правовласників.

В аспекті обізнаності щодо такої діяльності слід також розглянути аргументи, які наводив Napster, посиляючись на рішення у справі Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc (далі – *справа Sony Betamax*). Відповідно до обставин справи, рекламна стратегія Sony стосовно домашніх магнітофонів Betamax полягала в тому, що власник такого пристрою може записати програми на відеомагнітофон і переглянути їх пізніше. Це стало причиною подачі проти Sony позову з боку корпорації Universal City Studios спільно з корпорацією Walt Disney стосовно порушення авторських прав.

Основне питання цього 8-річного судового процесу було наступним: чи можна притягти компанію до відповідальності за дії власників відповідного обладнання за принципом «співучасті у порушенні». Суд дійшов з цього питання висновку, що відеомагнітофон може бути використаний не лише для порушення авторського права, але й для законних цілей, таких як перегляд, запис без порушення авторського права тощо. Крім того, суд вказав, що компанія не була

обізнана з незаконною діяльністю, яка стосувалась порушення авторських прав, а оскільки йдеться про багатофункціональний характер застосування відповідного обладнання, то, як наслідок, наявний баланс інтересів правласників і виробників Betamax. Отже, вирішальним фактором щодо «співучасті у порушенні» авторських прав стало те, чи можна відповідний прилад використати для законних цілей.

Повертаючись до справи Napster і оцінюючи посилення компанії на справу Sony Betamax, суд вказав, що немає підстав для застосування тесту, передбаченого цією справою, тобто оцінки того, наскільки легітимним можна вважати використання файлообмінної мережі, оскільки Napster як власник центрального сервера, на відміну від Sony, володів реальною і специфічною інформацією про неправомірні дії користувачів.

Що ж стосується другого елементу, «співучасті у порушенні», тобто сприяння користувачам стосовно порушення, то суд дійшов висновку, що дії Napster можна розцінювати як сприяння, оскільки «розробка програми для скачування, пошукової системи, впровадження центрального сервера, встановлення зв'язку з користувачами є нічим іншим, як сприяння, без цього користувачі були б нездатні здійснити правопорушуючі дії».

Тепер перейдемо до «відповідальності за дії інших осіб», суть якої полягає в тому, що особа визнається винною, якщо «право і здатність контролювати діяльність інших осіб співпадає з очевидним фінансовим інтересом у використанні об'єктів авторського права». Тобто першим елементом у даному аспекті було те, чи здатен Napster контролювати діяльність порушників авторського права. І суд надав щодо цього ствердну відповідь, аргументувавши це тим, що архітектура мережі дозволяла не лише виявляти відповідні матеріали внаслідок використання центрального сервера, а й блокувати доступ чи видаляти їх.

До речі, цей аспект також відрізняв справу Napster від справи Sony Betamax, оскільки компанія Sony не могла контролювати способи використання обладнання, придбаного користувачем. Що ж стосується другого елементу, матеріальної вигоди від порушення, то хоча Napster надавав право користування файлообмінною мережею на безоплатній основі, суд вказав, що така незаконна діяльність сприяла збільшенню кількості користувачів мережі, що означало матеріальну зацікавленість компанії («фінансовий інтерес у використанні об'єктів авторського права»).

Отже чуд дев'ятого округу штату Каліфорнія визнав компанію Napster винною у непрямому (вторинному) порушенні авторського права за принципами «співучасті у порушенні» і «відповідальності за дії інших осіб».

Однак згодом помилка, що призвела до можливості визнання компанії Napster винною за зазначеними принципами, була виправлена програмістами, які видалили центральний сервер з системи обміну файлами. Так, розробники пірингових мереж другого покоління створили файлообмінну мережу Gnutella і ряд подібних мереж, які вже функціонували без участі центрального сервера.

Принцип роботи Gnutella наступний. Користувач встановлює програму для файлообміну у мережі на свій ПК. Після її запуску відбувається з'єднання, однак тепер не з центральним сервером, а з сервісною службою (за адресою www.gnutella-hosts.com), де міститься перелік клієнтів мережі. При цьому служба не пропонує перелік файлів для скачування. Далі клієнт, отримавши від служби перелік клієнтів, може встановити з декількома з них пряме з'єднання і надіслати запит про наявність певних файлів. Ці клієнти надсилають цей запит іншим клієнтам (звичайно, якщо у них ці файли відсутні), з якими встановлюють з'єднання. Після того, як інформація про необхідний файл знайдена, клієнту направляється IP-адреса комп'ютера, де міститься відповідний файл. Клієнт може прямо з'єднатися з цим комп'ютером і завантажити на свій ПК потрібний файл. Згодом ідея щодо рівності вузлів була модифікована, і Gnutella перейшла на систему, запропоновану мережею Fast Track, де одні більш потужні вузли обирались перед вузлами з меншою потужністю.

Зміна технології стала епічною для зазначених вище правових принципів, використаних у справі Napster, що найкраще продемонструвала справа Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd. Ця справа була порушена корпорацією Metro-Goldwyn-Mayer Studios проти компанії Grokster, яка володіла однойменною мережею, заснованою на протоколі FastTrack. Мова йшла вже про порушення авторського права внаслідок використання децентралізованої пірингової мережі, однак, як і в попередньому випадку, відповідач не міг бути притягнутий до прямої відповідальності – оцінювалась його непряма (вторинна) відповідальність за двома зазначеними вище принципами.

За принципом «співучасті у порушенні» відповідача не можна було притягти до відповідальності, оскільки він не володів специфічними знаннями щодо наявних порушень у зв'язку з відсутністю центрального сервера. Це робило непридатним до застосування тест, розроблений у справі Sony Betamax. Що ж стосується «відповідальності за дії інших осіб», то її також не можна було встановити – знову ж таки, через відсутність центрального сервера, що свідчило про відсутність контролю за з'єднаннями, які встановлювались між клієнтами мережі. Не міг

Grokster контролювати і сам процес обміну незаконним контентом.

Справа була розглянута у судах першої і апеляційної інстанцій, і рішення прийняте на користь Grokster. Однак далі справа дійшла до Верховного Суду США, перед яким постала складна дилема. Прийняти позицію, яка підтримала б Grokster, означало повне нівелювання авторського права в децентралізованих системах типу P2P. Рішення ж прийняте на користь Metro-Goldwyn-Mayer Studios, означало б необхідність перегляду прецеденту по справі Sony Betamax, а також заперечення чи принаймні зміни теорії вторинної відповідальності за принципом «співучасті у порушенні».

Як наслідок, Верховний Суд США прийняв інше рішення, запроваджуючи новий принцип «відповідальності за заохочення» до вчинення правопорушень (inducement liability). Автором цього принципу виступив суддя Соутер, який виголосив: «Ми визнаємо, що той, хто розповсюджує пристрій з метою заохочення його використання для порушення авторського права, доказом чого є чітке вираження і інші кроки, вжиті для стимулювання правопорушень, відповідальний за правопорушення, вчинені внаслідок цього третіми особами». Елементи даної теорії, тобто критерії оцінки дій компанії, які означатимуть відповідне заохочення, визначено наступні:

1) «відповідальність за заохочення» не може базуватись виключно на характеристиках продукту, які свідчать про фактичну можливість його використання для незаконних цілей, чи на відомостях, що такий продукт може бути використано для порушення авторського права. Натомість для притягнення до «відповідальності за заохочення» вимагається «твердження чи дії, спрямовані на сприяння порушенням»;

2) навіть якщо продукт може бути використаний для вчинення правопорушень, надання користувачам технічної підтримки чи оновлень продукту та інші подібні дії не означатимуть заохочення до порушень авторського права;

3) базовий імунітет, встановлений в справі Sony Betamax, залишається в силі;

4) оцінюючи суб'єктивний умисел відповідача, якого звинувачено за принципом «відповідальності за заохочення», суд повинен встановити внутрішні комунікації, бізнес-модель відповідача, рекламу, прес-релізи, підтримку дій користувачів щодо надання відповіді на питання, як використовувати технологію для вчинення порушень авторського права, а також в'яснити, чи вжиті відповідачем кроки щодо зменшення чи ліквідації можливості використання пропонованої технології з метою вчинення правопорушень;

5) якщо відсутній умисел щодо заохочення, питання, чи може дизайн чи зміна дизайну технології зупинити чи перешкодити використанню продукту для порушення авторського права, не повинне виникати – звичайно, якщо технологія може використовуватись для законної, тобто такої, що не спрямована на порушення авторського права, діяльності;

6) традиційні тести щодо притягнення до вторинної відповідальності за принципами «співучасті у порушенні» і «відповідальності за дії інших осіб» залишаються в силі.

Після винесення рішення Верховним Судом США по даній справі компанія Grokster звернулась до Metro-Goldwyn-Mayer Studios з пропозицією про врегулювання і виплатила правовласнику \$50 млн. Таким чином Сполучені Штати стали хедлайнером боротьби з піратством з боку файлообмінних платформ і довели, що така боротьба може бути ефективною.

Однак щодо ефективності цієї боротьби у справі Grokster і подальших подібних справах є певні сумніви, оскільки фактично Верховним Судом вказано, що не технологія повинна бути змінена чи заборона, а політика компанії в просуванні продукту має бути обережною для того, щоб уникнути «відповідальності за заохочення». Тобто файлообмінні платформи досі залишаються однією з найбільших загроз для творців і правовласників.

В Україні проблема порушення авторських прав піринговими мережами постала внаслідок скандалу з файлообмінником EX.UA, який був закритий за рішенням суду з 31 січня 2012 р. у зв'язку з розслідуванням кримінальної справи за ч.2 ст.176 Кримінального кодексу України, а вже 3 лютого 2012 р. сайт знову з'явився в мережі, проте велика кількість контенту була недоступною. У грудні 2012 р. урядом США EX.UA було внесено в список «Сумнозвісних ринків» (Notorious Markets). Цей список є частиною спеціального огляду (Out-of-Cycle review) в рамках «Списку 301». Причиною включення EX.UA до нього стала практична відсутність законного контенту на сайті (у звіті наповнення даного сайту описано як «повний спектр незаконного контенту»).

Слід відзначити, що в Україні відсутні такі концепції притягнення до відповідальності, які були наведені вище, і якими оперує судова система США. Також відсутні законодавчі норм з даного приводу, тому для власників ресурсу будь-яка відповідальність виключається, і злочини залишаються безкарними. Однак надія є. Прогресивний досвід судів найбільш розвинених країн, а також бажання знайти компроміс передусім у судовій залі (укладення ліцензійних договорів, часткове видалення контенту, система вільних ліцензій) зробить можливим вихід з кризи захисту авторського/суміжних прав на файлообмінних платформах.

ЩОДО ВПРОВАДЖЕННЯ ДОДАТКОВИХ МЕХАНІЗМІВ З ЛІЦЕНЗУВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ТУРОПЕРАТОРІВ УКРАЇНИ В РАЗІ ТРАНСКОРДОННОГО НАДАННЯ ПОСЛУГ В ІСПАНІЇ

АВТОР

Олександра ПРОЦЮК,

молодший юрист юридичної компанії Jurimex

Постановка проблеми. Верховною Радою України 16 вересня 2014 року був ухвалений Закон України № 1678-VII «Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони». Відповідно до ч.2 ст.476 ратифікованої Угоди, остання набирає чинності в перший день другого місяця, що настає після дати здачі на зберігання в Генеральний Секретаріат Ради Європейського Союзу (Депозитарій Угоди) останньої ратифікаційної грамоти або останнього документа про затвердження кожною зі сторін Угоди, що визначені в її преамбулі. Із цієї ж статті зрозумілим є те, що на сучасний період Угода може застосовуватися тимчасово, якщо ЄС письмовим повідомленням визначить сферу її тимчасової дії, а Україна надішле Депозитарію ратифікаційну грамоту [12].

Очевидним є те, що нині, а тим паче після набрання чинності Угодою, в полі діяльності вітчизняних нормотворців постане значна кількість завдань, пов'язаних із приведенням національного законодавства у відповідність із нормами права ЄС в цілому та деяких країн, що є сторонами цієї Угоди зокрема. Необхідно зазначити, що Україна вже розпочала нормотворчу діяльність щодо оперативного транспонування положень Угоди в національне законодавство, адже Кабінет Міністрів України 17 вересня 2014 р. видав розпорядження № 847-р «Про імплементацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони», яким затвердив план заходів з імплементації Угоди на 2014-2017 роки [10].

Одним із важливих секторів економіки, який регламентується нормами Угоди та зазначений

у ч.ч. 354-358 згаданого вище плану заходів, є **туризм**, а тому глобалізаційні процеси інтеграції вітчизняного туризму у світову систему туристичної індустрії повинні найближчим часом активізуватися. Отже, відповідно до ст.ст. 92-96 Угоди та Додатків XVI-B та XVI-E до неї між сторонами може здійснюватися транскордонне надання послуг, зокрема, послуг із туризму і пов'язаних з ним, а у ст.ст. 399-402 Угоди зазначені різновиди, принципи та мета співробітництва в галузі туризму.

Мета статті. Дослідити норми Угоди, українського та європейського (зокрема, іспанського, адже саме в цій державі міжнародний туризм є одним із основних джерел валютних надходжень) законодавства в аспекті регулювання професійної діяльності туроператорів.

Аналіз останніх публікацій. Загальні питання організації туризму та функціонування ринків окремих його видів висвітлені в роботах закордонних та вітчизняних науковців та аналітиків, серед яких варто виокремити Баженову С., Мальську М., Антонюк Н., Кифяка В., Селіна В., Холлоуей Дж. К., Тейлора Н. та ін. Тим не менше, комплексного аналізу та порівняння на науковому рівні норм Угоди, українського та іспанського законодавства наразі виконано не було. Тому проведення пропонованого дослідження є актуальним.

Виклад основного матеріалу. За загальним правилом ст. 93 Угоди сторони в аспекті доступу до ринку послуг можуть застосувати щодо послуг та постачальників послуг України режим, що є **не менш сприятливим, ніж той**, що передбачений в спеціальних зобов'язаннях. Відповідно до ч.1 Додатка XVI-B Угоди та п.9 (В) таблиці, вміщеної в цьому Додатку, особливих вимог та застережень, окрім горизонтальних та секторальних, що можуть в цілому застосовуватися Європейським Союзом, до послуг бюро подорожей та туристичних агентів (включаючи турменеджерів) (СРС 7471)¹ немає, а застереження Болгарії та Угорщини є непов'язаними.

¹ Відповідно до Угоди про вільну торгівлю між Україною та державами ЄАВТ, ратифіковану Законом України № 4091-VI від 07.12.2011 року код СРС 7471 включає туроператорську діяльність, про що в Додатку XVI-B Угоди окремо не зазначено [13].

Тим не менше, у ч.3 Додатка XVI-B йдеться про те, що усе зазначене в згаданій таблиці **не стосується, зокрема, вимог і процедур ліцензування** (необхідності отримання ліцензії), яких мають дотримуватися постачальники послуг з України або іноземні інвестори, якщо такі вимоги не становлять обмеження доступу до ринку чи обмеження національного режиму в значенні статей 93 і 94 Угоди.

Тож можемо стверджувати, що в разі наявності в державі, що є стороною Угоди, конкретних норм, які містять особливий механізм ліцензування діяльності туроператорів (далі – *ліцензування ТО*), то такий механізм все-таки застосовуватиметься до українських туроператорів, що бажають реалізовувати свій турпродукт на закордонному ринку [11, 5].

Загальні положення про ліцензування, яке впливає на транскордонне надання послуг туроператорами України, регламентоване у ст.ст.103-105 Угоди. Зокрема, в аб.4 ст.103 Угоди під ліцензуванням мається на увазі процес, за яким постачальник послуг або інвестор в разі необхідності вживає заходів для того, щоб отримати від компетентного органу рішення про дозвіл на надання послуг, у тому числі шляхом заснування підприємства, або про дозвіл на

Невід'ємною складовою ліцензування турфірми в Іспанії є обов'язкове страхування її діяльності для покриття відповідальності як за свої дії, так і за дії третіх осіб

заснування економічної діяльності, іншої, ніж надання послуг, зокрема, рішення про внесення змін або продовження терміну дії такого дозволу. Крім того, Угода визначає критерії, на основі яких має здійснюватися ліцензування і які не дають можливості компетентним органам реалізовувати свої повноваження з оцінювання на власний розсуд (ст.104 Угоди). Ліцензія видається після того, як буде встановлено за результатами належної перевірки, що умови для отримання ліцензії були виконані.

Залишається недослідженим питання, чи відповідають затверджений в Україні порядок ліцензування ТО тим, які встановлені в державах – сторонах Угоди і чи створюватимуться додаткові умови і чи виникатимуть труднощі для тур-

операторів України, якщо останні забажають здійснювати транскордонне надання турпослуг.

З'ясуємо, чи відповідає законодавство України щодо ліцензування ТО в Україні законодавству в Іспанії. На сьогодні основи порядку ліцензування діяльності туроператорів на території України визначають такі акти: ЗУ «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» від 01.06.2000 р., ЗУ «Про туризм» від 15.09.1995 р., наказ Міністерства інфраструктури України від 10.07.2013 № 465, яким затверджені Ліцензійні умови провадження туроператорської діяльності (далі – *Умови*) [4], [5], [6].

Отже, видача ліцензії туроператору здійснюється на підставі подання до компетентного органу держави² заяви та документів, перелік яких затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 04.07.2001 р. № 756 [8].

Це, зокрема, відомості за підписом заявника – суб'єкта господарювання про наявність власного або орендованого службового приміщення (офісу); нотаріально засвідчена копія довідки банківської або іншої кредитної установи про підтвердження фінансового забезпечення відповідальності суб'єкта господарювання у розмірі грошової суми, що в еквіваленті становить не менше ніж 20 000 євро або не менше ніж 10 000 євро для туроператора, який надає послуги виключно з внутрішнього та в'їзного туризму (ст.15 ЗУ «Про туризм»); засвідчена в установленому порядку копія договору, укладеного зі страховою компанією, про обов'язкове страхування (медичне та від нещасного випадку) туристів, що здійснюють туристичні подорожі.

Основи процесу одержання ліцензії на надання туристичних послуг в Іспанії регламентується такими актами, як: закон «Про компетенцію в галузі туризму» № 48\1963, декрет «Про діяльність приватних підприємств» від 14.01.1965 року та постанова Міністерства транспорту, туризму та комунікації Іспанії від 14.04.1988 р. (далі – *постанова від 14.04.1988 р.*) [2], [3], [9].

Слід зазначити, що, попри наявність комбінованого Міністерства промисловості, енергетики і туризму, його повноваження в галузі туризму дуже обмежені. Зокрема, такі важливі функції, як ліцензування, сертифікація послуг, розробка стратегії розвитку туристичної індустрії, є прерогативою місцевої влади: в 52 іспанських провінціях засновані управління з туризму.

² Відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України від 10.09.2014 р. № 442 функцію з ліцензування туроператорської діяльності повинне виконувати Міністерство економічного розвитку і торгівлі України [6].

В Іспанії повинні мати ліцензію на право провадження туристичної діяльності такі суб'єкти: **майоріста** – туроператори, що виробляють турпродукт і формують пакет турпослуг для подальшої передачі агентствам (міноріста), але не безпосередньо туристам (далі – *суб'єкти 1*); **міноріста** – дистриб'ютори, що займаються комерціалізацією продукту, виробленого агентствами першої категорії, пропонуючи його безпосередньо клієнту (туристу), а також самостійно організують і (або) продають турпослуги прямо туристу, але не іншому агентству (далі – *суб'єкти 2*); **майоріста-міноріста** – агентства, які можуть одночасно займатися діяльністю, передбаченою для кожної з перших двох груп (далі – *суб'єкти 3*)³.

Заявка на отримання ліцензії має бути підтверджена такими документами: статутними документами турфірми; довідками з фінансових органів про статутний капітал агентства; гарантійним депозитом встановленого розміру; страховим полісом; копіями договорів про

оренду приміщення під офіс; договором з особою, яка очолюватиме агентство; бізнес-планом діяльності агентства.

Із переліку очевидно, що, як і в Україні, в Іспанії обов'язковим є фінансове забезпечення туристичної фірми. Постановою від 14.04.1988 р. визначений мінімальний розмір статутного капіталу суб'єкта надання туристичних послуг, що встановлюється з метою захисту кредиторів – споживачів цих послуг. Для суб'єктів 1 повністю оплачений статутний капітал повинен бути не менше 60 000 євро, для суб'єктів 2 – 120 000 євро, для суб'єктів 3 – 180 000 євро.

Крім того, невід'ємною складовою ліцензування турфірми в Іспанії є обов'язкове страхування її діяльності для покриття відповідальності як за свої дії, так і за дії третіх осіб. Страхування включає в себе: публічну відповідальність (*public liability*), що впливає з підприємницької діяльності; відповідальність за дії третіх осіб (*secondary liability*); відповідальність за шкоду, заподіяну власності. Розмір страхового відшкодування за кожним видом страхування не може бути меншим ніж 150 000 євро і повинен покривати шкоду, заподіяну здоров'ю фізичної особи, реальний збиток і фінансові втрати.

³ Поняття «туроператор», закріплене чинним законодавством України, відповідає іспанському поняттю «майоріста-міноріста». На відміну від України в Іспанії ліцензуванню підлягає діяльність усіх суб'єктів, що реалізують турпродукт.



Для забезпечення інтересів споживачів в Іспанії діє **спеціальна гарантія (infra)**. Кожна турфірма має надати уповноваженому державному органу з туризму фінансову гарантію. Гарантія може бути видана готівкою, наприклад, у вигляді банківської гарантії або страхового полісу, або як депозит – вкладенням грошей в державні цінні папери. Закон «Про компетенцію в галузі туризму» № 48\1963 встановлює два види гарантії: **індивідуальну** або **колективну**. Розмір індивідуальної гарантії повинен становити 60 000 євро для суб'єктів 1, 120 000 євро – для суб'єктів 2 і філій іноземних юридичних осіб та 180 000 євро – для суб'єктів 3. Колективна гарантія оформляється асоціаціями турагентств, які є самостійними юридичними особами і які створили спільний компенсаційний фонд. Розмір такої гарантії становить 50% суми індивідуальної на одного члена асоціації. Мінімальний розмір загальної суми від однієї асоціації повинен дорівнювати 2,4 млн євро, незалежно від території її діяльності (місцевої або загальнонаціональної). Надання вищевказаних гарантії дозволяє компанії відкрити шість структурних підрозділів на території країни. Кожне додаткове представництво вимагає збільшення розмірів гарантії на 12 000 євро для індивідуальної та 6 000 євро для колективної.

Висновки. Загалом Угода про асоціацію не закріплює додаткових обтяжливих механізмів для туроператорів України в разі виявлення останніми бажання здійснювати транскордонне постачання послуг. Проте в аспекті ліцензування ТО Угода надає право країні, до якої постачаються послуги українського туроператора, вимагати дотримання тих механізмів, які обов'язкові для туроператорів держави-сторони на території цієї країни (ч.3 Додатка XVI-В до Угоди), навіть якщо такі механізми будуть додатковими, обтяжливими, не передбаченими законодавством України. Зокрема, якщо вітчизняний туроператор здійснює транскордонне постачання послуг до Іспанії, то Міністерство промисловості, енергетики і туризму Іспанії має право зобов'язати внести відповідний гарантійний депозит, вимагати, щоб розмір його фінансового забезпечення був не меншим ніж 180 000 євро, а також висунути особливі вимоги щодо договору зі страховою компанією та бізнес-плану діяльності.

Список літератури:

1. Декрет Іспанії «Про діяльність приватних підприємств» від 14.01.1965 року [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.tourvest.ru/articles/article0009/>.
2. Закон Іспанії «Про компетенцію в галузі туризму» № 48\1963 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.tourvest.ru/articles/article0009/>.
3. Закон України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» від 1 червня 2000 року [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної ради України. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1775-14>.
4. Закон України від 16 вересня 2014 року № 1678-VII «Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони»
5. Закон України «Про туризм» від 15 вересня 1995 року [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/324/95-вр>.
6. Наказ Міністерства інфраструктури України від 10.07.2013 № 465 «Про затвердження Ліцензійних умов провадження туроператорської діяльності» [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z1275-13>.
7. Постанова Кабінету Міністрів України від 10 вересня 2014 р. № 442 «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади» [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/442-2014-п>.
8. Постанова Кабінету Міністрів України від 4 липня 2001 р. № 756 «Про затвердження переліку документів, які додаються до заяви про видачу ліцензії для окремого виду господарської діяльності» [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/756-2001-п>
9. Постанова Міністерства транспорту, туризму та комунікації Іспанії від 14 квітня 1988 року [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.tourvest.ru/articles/article0009/>.
10. Розпорядження Кабінету Міністрів України від 17 вересня 2014 р. № 847-р «Про імплементацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони» [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної ради України. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/847-2014-р>
11. Туроператорська та турагентська діяльність: правничі засади : навч. посіб. для студ.; [упоряд. С. Е. Баженова]. – Кам'янець-Подільський : [б. в.], 2012.
12. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Кабінету Міністрів України. – Режим доступу: http://www.kmu.gov.ua/control/publish/article?art_id=246581344.
13. Угода про вільну торгівлю між Україною та державами ЄАВТ [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/998_456.

ЗАПРОВАДЖЕННЯ МЕХАНІЗМУ ВИТІСНЕННЯ МІНОРИТАРНИХ АКЦІОНЕРІВ: ЯК ВИТРИМАТИ БАЛАНС ІНТЕРЕСІВ?

Центр комерційного права

22 серпня ц.р. у Верховній Раді зареєстровано проект Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення рівня корпоративного управління в акціонерних товариствах» (р. №4534а, суб'єкт законодавчої ініціативи – Кабінет міністрів України) (далі – *законопроект*), яким передбачається запровадити обов'язковий продаж акцій акціонерами на вимогу акціонера-власника 95 і більше відсотків акцій публічного акціонерного товариства, за акціями якого розраховується біржовий курс у встановленому законодавством порядку.

ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД

У зарубіжному законодавстві досить поширений підхід, за яким особа, яка набула певної, дуже значної частки акцій компанії, має право вимагати від міноритарних акціонерів продажу акцій, що у них залишилися, за справедливою ціною. Мета запровадження такого механізму – вдосконалення управління акціонерними товариствами. Правило витіснення міноритарних акціонерів (*squeeze-out*) обґрунтовується тим, що «у суспільних інтересах вартість триваючого захисту прав міноритарних акціонерів стає непропорційною витратам та ризикам мажоритарного акціонера, коли меншість, що залишилася, скорочена до дуже низького рівня».

Такими витратами є, наприклад, витрати на проведення загальних зборів акціонерів. Адже якщо, скажімо, 5% акцій товариства розпорошені серед тисяч акціонерів, для проведення зборів необхідно надіслати їм усім повідомлення, при тому, що така меншість фактично не впливатиме на прийняття рішень на зборах. До того ж, це може створити ризики для бізнесу, оскільки якщо власник навіть однієї акції доведе, що його не повідомили про проведення зборів, з'являться підстави для визнання рішень таких зборів недійсними. В таких випадках не виключені і недобросовісні дії з боку міноритаріїв.

Напевне, найбільш дискусійним питанням при запровадженні такого механізму є питання гарантій права власності. У звіті створеної Європейською комісією групи експертів вищого рівня з права компаній (далі – *Група експертів*) «Щодо питань, які стосуються пропозицій про поглинання» відзначається, що право власності захищається у більшості держав-членів ЄС на конституційному рівні та, до того ж, гарантується Європейською конвенцією з прав людини. Захист, який забезпечують ці положення, надає можливість позбавити особу її власності, лише якщо це обумовлено суспільними інтересами, та з виплатою належної компенсації.

Ряд судів у державах-членах ЄС встановили, що право squeeze-out не повинне тлумачитися як таке, що не відповідає цим захисним положенням, тому що таке право застосовується не лише у приватних інтересах. Вочевидь, існує суспільний та публічний інтерес в ефективному управлінні компаніями з одного боку та достатній ліквідності ринку цінних паперів з іншого. Доки право squeeze-out застосовується, лише коли меншість акціонерів є дуже незначною, та пропонується належна компенсація, використання squeeze-out з огляду на зазначені суспільні інтереси є прийнятним.

Для прикладу можна навести:

- рішення Верховного суду Німеччини від 7.08.1962, Feldmühle;
- рішення Верховного суду Франції від 29.04.1997, Association de défense des actionnaires minoritaires et autres against Société Générale et autres;
- рішення Верховного суду Німеччини від 27.04.1999, DAT/Altana;
- рішення Верховного суду Німеччини від 23.04.2000, Moto Meter.

Подібної позиції дотримується і Конституційний Суд Російської Федерації: «*Определив, что принудительное отчуждение имущества при условии предварительного и равноценного возмещения возможно не только для государственных нужд, но и в случаях, когда оно осуществляется в целях «общего для акционерного общества блага», и что в этих случаях вмешательство в право собственности акционеров открытого акционерного общества носит оправданный, не противоречащий Конституции Российской Федерации характер и*

допускается только при наличии эффективных правовых средств, направленных на преодоление конфликта интересов преобладающего и миноритарных акционеров, Конституционный Суд Российской Федерации, таким образом, расширил границы применения гарантий права частной собственности, содержащихся в статье 35 (часть 3) Конституции Российской Федерации».

СИМЕТРИЧНИЙ ПІДХІД

Виходячи з тих засад, що правило витіснення забезпечує не лише приватний, але й публічний інтерес, у 2004 р. було прийнято директиву 2004/25/ЄС Європейського парламенту та Ради щодо пропозицій про поглинання (далі – *Директива 2004/25/ЄС*). Проте таке право витіснення (squeeze-out) розглядається у нерозривному зв'язку з кореспондуючим правом міноритарних акціонерів вимагати від контролюючого акціонера викупу в них акцій, що залишилися, за справедливою ціною (sell-out). При цьому розмір контрольного пакета, який надає таке право для обох сторін, є однаковим.

5% акцій товариства розпорошені серед тисяч акціонерів, для проведення зборів необхідно надіслати їм усім повідомлення, при тому, що така меншість фактично не впливатиме на прийняття рішень на зборах

Так, ч.2 ст.15 та ч.2 ст.16 Директиви 2004/25/ЄС передбачене право як обов'язкового продажу (squeeze-out), так і обов'язкового викупу (sell-out) за справедливою ціною акцій міноритарних акціонерів у разі, якщо особа є власником або набуде внаслідок акцепту пропозиції про поглинання не менше ніж 90% прав голосу у компанії, що поглинається. Держави-члени ЄС можуть встановити вищий поріг, який, проте, не може перевищувати 95% прав голосу.

Правило sell-out було включено до Директиви 2004/25/ЄС за рекомендаціями Групи експертів з таких міркувань:

1) після набуття контролю шляхом публічної пропозиції про поглинання контролюючий акціонер може вчиняти дії, що не співпадають з інтересами міноритарних акціонерів, зокрема вчиняти правочини з пов'язаними з ним особа-

ми на неринкових умовах, змінювати дивідендну політику товариства, пристосовувати стратегію компанії до цілей групи компаній, яка ним контролюється, тощо. При цьому можливості міноритарних акціонерів захищати свої інтереси обмежуються. Для визначення міноритарних акціонерів у компанії, де значна більшість акцій контролюється однією особою, деякі дослідники використовують термін «мікрориторитарії», оскільки, перебуваючи навіть міноритарними акціонерами, вони могли утворювати альянси та хоч якимось чином відстоювати свої інтереси, а після поглинання ця можливість зникає;

2) при зосередженні в руках одного акціонера великого пакета акцій ліквідність міноритарного пакета може знизитись, і міноритаріям буде складно реалізувати свої акції за вигідною ціною на відкритому ринку;

3) правило продажу міноритарними акціонерами своїх акцій доповнює правило витіснення міноритарних акціонерів, балансуючи права контролюючого та міноритарних акціонерів.

Російська Федерація також імплементувала підхід, передбачений Директивою 2004/25/ЄС. Аналогічні правила у разі набуття контролюючим акціонером більше 95% акцій встановлено змінами до Федерального закону Російської Федерації «Про акціонерні товариства» від 5.01.2006 (ст.84-7 «Выкуп лицом, которое приобрело более 95 процентов акций открытого общества, ценных бумаг открытого общества по требованию их владельцев» та ст.84-8 «Выкуп ценных бумаг открытого общества по требованию лица, которое приобрело более 95 процентов акций открытого общества»).

SELL-OUT ЧИ ОBOB'ЯЗKOBA ПPOПOЗИЦІЯ?

У пояснювальній записці до законопроекту №4534а зазначається, що у Законі України «Про акціонерні товариства» sell-out уже передбачений у ст.65, а також що міжнародний досвід свідчить про можливість передбачення декількох порогових значень для застосування sell-out.

Слід зазначити, що у зарубіжному законодавстві про поглинання компаній використовуються процедури «обов'язкова пропозиція про поглинання (mandatory bid/offer)» та «обов'язковий викуп (sell-out)». Відмінність полягає у тому, що правило обов'язкової пропозиції застосовується до завершення поглинання, а правило sell-out може бути застосоване лише після його завершення.

Так, згідно з ч.1 ст.5 Директиви 2004/25/ЄС, якщо фізична або юридична особа в результаті

Таблиця 1. Мінімальні та додаткові пороги для обов'язкової пропозиції, пороги для squeeze-out та sell-out у країнах ЄС, Росії та Україні

Країна	Мінімальний поріг для обов'язкової пропозиції, % голосуючих акцій	Додаткові пороги або крок (додаткове придбання акцій понад встановлений поріг – creeping-in) для обов'язкової пропозиції	Поріг для sell-out, % голосуючих акцій	Поріг для squeeze-out, % голосуючих акцій
Австрія	30	Придбання додатково 2% і більше протягом будь-якого 12-місячного періоду до досягнення 50%	90	90
Бельгія	30	Придбання додатково більше 2%	95	90
Болгарія	50	Придбання додатково більше 3% протягом будь-якого 12-місячного періоду; 66%	95	95
Хорватія	25	Придбання додатково 10% і більше до досягнення 75%	95	95
Чехія	30	Придбання додатково 1% і більше, але статутом компанії може бути передбачено крок у 5% і більше	90	90
Франція	30	Придбання додатково 2% і більше протягом будь-якого 12-місячного періоду до досягнення 50%	95	95
Німеччина	30	У разі порушення вимоги розкриття інформації про наступні придбання	95	95
Угорщина	33 (25, якщо жоден інший акціонер не має більше 10%)	Вимога розкриття інформації про наступні придбання	90	90
Італія	30	Придбання додатково 5% і більше протягом будь-якого 12-місячного періоду до досягнення 50%	95	95
Нідерланди	30	Відсутні	95	95
Польща	33	Придбання додатково 5% і більше протягом будь-якого 12-місячного періоду; 66%	90	90
Румунія	33	Відсутні	95	95
Словаччина	33	Відсутні	95	95
Словенія	25	Придбання додатково 10% і більше до досягнення 75%	90	90
Іспанія	30	Придбання додатково 5% і більше протягом будь-якого 12-місячного періоду до досягнення 50%	90	90
Велика Британія	30	Будь-яке додаткове придбання до досягнення 50%	90	90
Росія	30	50%; 75%	95	95
Україна (поточний стан)	50	Відсутні	Відсутній	Відсутній
Україна (згідно з законопроектom)	50	75%	Відсутній	95

самостійного придбання або придбання особами, що діють з нею спільно, володіє цінними паперами компанії, як вказано у ст.1(1), що у сукупності з цінними паперами, якими вона вже володіє, та з цінними паперами, якими володіють особи, що діють з нею спільно, безпосеред-

ньо або опосередковано надають їй певний відсоток голосуючих прав у цій компанії, надаючи їй контроль над компанією, держави-члени мають забезпечити, щоб така особа зобов'язана була надати пропозицію про поглинання як засіб захисту міноритарних акціонерів цієї компанії.

Отже, Директива 2004/25/ЄС надає державам-членам ЄС можливість самостійно визначати контролюючий поріг, при досягненні якого в акціонера виникає обов'язок надіслати пропозицію про придбання акцій. Водночас правило sell-out встановлюється ст.16 Директиви 2004/25/ЄС: поріг не може бути меншим 90% та більшим 95% голосуючих акцій.

У таблиці 1 наводиться огляд мінімальних та додаткових порогів для обов'язкової пропозиції, а також порогів для squeeze-out та sell-out у країнах ЄС, Росії та Україні.

Доцільно зупинитися на підставах запровадження механізму обов'язкової пропозиції про придбання акцій, адже на перший погляд може видатися, що зобов'язувати особу, яка вже набула достатній для контролю над компанією пакет акцій, витратити додаткові кошти на викуп акцій міноритарних акціонерів, які акцептували обов'язкову пропозицію, означатиме утискати її права.

За загальним правилом, усі акціонери мають рівний обсяг прав, незалежно від частки у статутному капіталі. Між тим, набуття певної частки у статутному капіталі (а у товариствах з високим ступенем розпороченості акціонерного капіталу розмір такої частки може бути порівняно невеликим) фактично призводить до збільшення обсягу прав. Маючи контрольний або блокуючий пакет акцій, акціонер отримує можливість впливати на формування органів акціонерного товариства, його господарську діяльність, розпорядження майном тощо. Отже, чим більша частка акцій належить акціонеру, тим більшу економічну владу він має у товаристві.

Відповідно, окрім своєї ринкової вартості, акції, що становлять контрольний пакет, у сукупності набувають додаткової цінності, яка відповідає збільшеному обсягу прав контролюючого акціонера. У зарубіжній літературі з корпоративного права таке додаткове благо отримало назву «контрольна премія».

Міноритарні акціонери позбавлені контрольної премії, а значить, їх інтереси при перерозподілі корпоративного контролю утискаються. Для дотримання балансу інтересів між всіма акціонерами набувач контролю має «ділитися» контрольною премією, що втілюється у зобов'язуванні його надати пропозицію про придбання акцій. Можливе збільшення його витрат на набуття корпоративного контролю більшість правопорядків вважають обґрунтованим та співрозмірним. При цьому встановлення декількох порогових значень є формалізо-

ваним виразом зростання контрольної премії зі збільшенням консолідації акцій в одній особі.

Як видно з таблиці 1, декілька порогових значень (або крок) передбачаються саме для обов'язкової пропозиції. Для sell-out та squeeze-out зазвичай встановлюється єдиний та однаковий розмір контрольного пакета.

Вочевидь, у ст.65 Закону України «Про акціонерні товариства», якою передбачено обов'язок власника більше ніж 50% простих акцій акціонерного товариства надіслати публічну безвідкличну пропозицію (оферту) про придбання акцій, йдеться саме про обов'язок надання пропозиції, а правило sell-out чинним законодавством не передбачене.

Законопроектом передбачається доповнити Закон України «Про акціонерні товариства» ст.651, яка запроваджує механізм обов'язкового продажу акцій акціонерами на вимогу акціонера-власника 95% і більше акцій публічного акціонерного товариства, а також внести зміни до ст.65, якими власник пакета акцій акціонерного товариства у розмірі більше 75% простих акцій зобов'язується запропонувати всім акціонерам цього товариства придбати у них прості акції.

Видається, що підхід, за якого право squeeze-out мажоритарного акціонера кореспондує його обов'язок надати пропозицію про придбання акцій при досягненні пакета 75%, не є адекватним механізмом захисту прав міноритарних акціонерів. У звіті Групи експертів зазначається: «Висловлювалася точка зору про відсутність підстав для права sell-out у ситуації, коли мала місце пропозиція про поглинання, оскільки міноритарні акціонери мають можливість продати акції, прийнявши цю пропозицію. Група експертів не поділяє таку точку зору та вважає, що міноритарні акціонери можуть мати обґрунтовані підстави (неприваблива ціна, обнадійливі перспективи для компанії) не продавати акції під час дії пропозиції про поглинання, проте повинні мати право змінити своє рішення з огляду на результати прийняття пропозиції про поглинання».

Коментар до ст.28 Модельних законодавчих положень для держав-учасниць СНД про захист прав інвесторів на ринку цінних паперів наголошує: «Придбання понад 90% голосуючих акцій перешкоджає акціонерам реалізувати деякі колективні права, наприклад, право скликати загальні збори акціонерів чи вимагати проведення позачергового аудиту фінансово-господарської діяльності товариства».

Дійсно, Законом України «Про акціонерні товариства» передбачено такі права акціонерів

(акціонера), які сукупно є власниками 10% і більше простих акцій товариства:

- призначати своїх представників для нагляду за реєстрацією акціонерів для участі у загальних зборах, проведенням загальних зборів, голосуванням та підбиттям його підсумків (ч.4 ст.40);

- вимагати скликання позачергових загальних зборів акціонерного товариства (п.4 ч.1 ст.47);

- вимагати проведення аудиторської перевірки діяльності акціонерного товариства (ч.5 ст.75);

- вимагати проведення спеціальної перевірки фінансово-господарської діяльності акціонерного товариства (ст.76).

У разі набуття контролюючим акціонером понад 90% акцій міноритарні акціонери втрачають навіть ці можливості, тому мотивація для продажу ними акцій мажоритарному акціонеру вочевидь відрізнятиметься від випадку набуття ним 75% акцій.

Отже, механізм, запропонований у законопроекті, порушуватиме права тих міноритарних акціонерів, які не прийняли з тих чи інших причин пропозицію про придбання акцій при досягненні пакетом мажоритарного акціонера 75%, проте вважають за доцільне продати свої акції з огляду на набуття ним 95% акцій.

Передбачене законопроектом доповнення до ст.68 Закону «Про акціонерні товариства», яким запроваджується додаткова підстава для викупу товариством акцій на вимогу акціонерів – голосування акціонером проти рішення загальних зборів про надання акціонеру-власнику 95 і більше відсотків акцій публічного акціонерного товариства права скористатися процедурою, передбаченою ст.651, також не виглядає еквівалентним з таких міркувань:

- 1) міноритарний акціонер може скористатися таким правом лише у разі винесення цього питання на розгляд загальних зборів, тоді як за Директивою 2004/25/ЄС право sell-out виникає вже за фактом набуття контролюючим акціонером 90 (95)% акцій;

- 2) якщо міноритарний акціонер голосував проти прийняття такого рішення загальними зборами, вочевидь, він не бажає продавати свої акції, тому надання йому права вимагати їх викупу не виглядає адекватним механізмом захисту його інтересів;

- 3) якщо загальними зборами прийняте таке рішення, надання міноритаріям права вимагати викупу акцій є радше декларативним, адже рішення про викуп і так фактично прийняте.

ВИСНОВКИ

Підтримуючи запровадження додаткового порога у 75% для надання обов'язкової пропозиції, з огляду на поширеність такої практики у зарубіжних країнах (таблиця 1), для адекватного захисту прав міноритарних акціонерів вважаємо доцільним доповнити проект Закону механізмом реалізації права міноритарних акціонерів вимагати при досягненні пакетом контролюючого акціонера 95% викупу в них акцій, що залишилися, за справедливою ціною (sell-out).

Право sell-out «*ex quid pro quo* (еквівалентом) для міноритарного акціонера права squeeze-out для мажоритарного акціонера». Отже, з метою збалансування інтересів великих та дрібних акціонерів та приведення Закону у відповідність із Директивою 2004/25/ЄС видається доцільним застосувати симетричний підхід, встановивши для обох випадків поріг у 95% акцій. Вважаємо, що без урахування наведеного вище концептуального підходу законопроект може не досягти тих цілей регулювання, на які він спрямований.

Додаток XXXIII до гл.13 «Законодавство про заснування та діяльність компаній, корпоративне управління, бухгалтерський облік та аудит» розділу V «Економічне і галузеве співробітництво» Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом і його державами-членами передбачає перелік директив ЄС щодо права компаній, до яких Україна зобов'язується поступово наблизити своє законодавство впродовж 2–4 років з дати набуття чинності Угодою. Директива 2004/25/ЄС також міститься у цьому переліку. Видається, що без урахування вимог ст.16 Директиви 2004/25/ЄС законопроект цій Директиві не відповідатиме.

У минулому вже здійснювалися спроби прийняти закон, який передбачав би обов'язковий продаж акцій акціонерами на вимогу лише акціонера – власника 95 і більше відсотків акцій товариства. Проте у пропозиціях Президента України до проекту Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про акціонерні товариства» щодо вдосконалення механізму діяльності акціонерних товариств» (р. №6216) пропонувалося виключити відповідні положення. Не знайшли вони підтримки і під час розробки проекту закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення діяльності акціонерних товариств» (р. №2037).

Проте встановлення симетричного підходу із дотриманням балансу інтересів усіх акціонерів видається тим підходом, який може сприяти прийняттю цього законопроекту.

ЗНАКИ БУВАЮТЬ РІЗНИМИ

АВТОР

Олександр ЯНЄВ,
юрист ЮК «Правовий Альянс»

Буває так, що взявши товар у руки, ми не можемо належним чином розтлумачити те чи інше позначення на його упаковці. Звісно, надаючи перевагу одному товару перед іншим, ми найперше думаємо про його безпечність та якість. Саме цю інформацію, як правило, можна отримати безпосередньо з належного маркування продукції.

У цій статті ми спробуємо розкрити деякі аспекти маркування продукції знаками відповідності, порядок та підстави їх застосування, а також відмінності між ними.

РІЗНОВИДИ ЗНАКУ ВІДПОВІДНОСТІ

Як вже зрозуміло, знаки відповідності бувають різними, і на різних товарах можна зустріти, наприклад, такі позначення:



Малюнок 1.
Національний знак відповідності



Малюнок 2.
Знаки відповідності державної системи сертифікації



Малюнок 3.

Насамперед відзначимо, що фактично на законодавчому рівні встановлені два різновиди знаку відповідності:

- 1) національний знак відповідності (далі – *НЗВ*); та
- 2) знак відповідності державної системи сертифікації (далі – *ЗВ*),

хоча відповідно до ДСТУ 2296-93, застосовується термін «Національний знак відповідності».

Згідно ст. 33 Закону України «Про стандарти, технічні регламенти та процедури оцінки відповідності», Кабінет міністрів України визначає зразок (опис) та затверджує правила застосування Національного

знака відповідності, що використовується для засвідчення відповідності технічним регламентам.

Відповідно ж до ст. 16 декрету КМУ «Про стандартизацію і сертифікацію», під час проведення сертифікації та у разі позитивного рішення органу з сертифікації заявникові видається сертифікат та право маркувати продукцію спеціальним знаком відповідності. Форма, розміри і технічні вимоги до такого знаку визначаються національним стандартом.

Крім того, опис та правила застосування цих знаків регламентуються різними нормативними актами: НЗВ – постановою КМУ №1599 від 29.11.2001 «Про затвердження опису та правил застосування національного знака відповідності» (далі – *Правила*), а ЗВ – державним стандартом України (ДСТУ 2296-93).

МЕТА ЗАСТОСУВАННЯ

НЗВ засвідчує відповідність позначеної ним продукції вимогам технічних регламентів, які поширюються на неї, тоді як ЗВ призначений для позначення сертифікованої продукції з метою інформування споживачів про те, що її сертифіковано згідно з правилами Системи сертифікації УкрСЕПРО.

Слід зазначити, що ЗВ має два варіанти зображення (див. Малюнки 2 та 3). Для продукції, яка відповідає обов'язковим вимогам нормативних документів та вимогам, що передбачені чинними законодавчими актами України, за якими встановлено обов'язкову сертифікацію, використовується знак, що зображений на Малюнку 2, а для продукції, яка відповідає усім вимогам нормативних документів, що поширюються на дану продукцію – зображений на Малюнку 3. Такий же знак (Малюнок 3) застосовується для позначення продукції, яка не підлягає обов'язковій сертифікації, проте сертифікована з ініціативи виробника (виконавця), продавця (постачальника) чи споживача (добровільна сертифікація).

Обов'язковим реквізитом знаків є ідентифікаційний код органу з оцінки відповідності.

МІСЦЕ НАНЕСЕННЯ ЗНАКІВ

Згідно з Правилами (з урахуванням змін від 15.08.2014 відповідно до постанови КМУ №312 від 06.08.2014), цей знак наноситься на виріб або на етикетку, тару, упаковку, експлуатаційну та товаросупровідну документацію у разі неможливості або невиправданості його нанесення безпосередньо на виріб, якщо інше не передбачено відповідним технічним регламентом. Місце та спосіб нанесення знака відповідності (друкування, наклеювання,

гравірування, травлення, штампування, лиття тощо) визначається виробником продукції.

Попередня редакція Правил визначала, що НЗВ міг наноситися на виріб та/або етикетку, тару, упаковку, експлуатаційну та товаросупровідну документацію тощо, якщо інше не передбачено технічним регламентом. Тепер же НЗВ наноситься на перелічені складові лише у випадках, якщо безпосередньо на виріб його наносити або неможливо, або невиправдано. Але ключовими у вирішенні питання щодо місця нанесення НЗВ все ж є положення відповідних технічних регламентів на той чи інший вид продукції.

Наприклад, технічним регламентом мийних засобів передбачається нанесення НЗВ на зовнішню поверхню упаковки чи етикетку мийного засобу, а згідно з технічним регламентом медичних виробів, цей знак наноситься за рішенням виробника на медичний виріб або його упаковку, а також на інструкцію із застосування медичного виробу, якщо така інструкція є обов'язковою.

Майже подібні правила передбачені для ЗВ, який наносять на частину виробу, що не знімається, і/або на тару, упаковку, експлуатаційну та товаросупровідну документацію. Місце нанесення ЗВ на продукцію, тару, упаковку та документацію встановлює підприємство, що одержало право на його застосування. При неможливості нанесення ЗВ безпосередньо на продукцію його наносять на найменшу споживчу упаковку, в якій ця продукція реалізується (ДСТУ 2296-93). Буквальне тлумачення цієї норми дає змогу зробити висновок про диспозитивне право суб'єкта наносити ЗВ або на частину виробу, що не знімається, або на тару, або на упаковку, або на експлуатаційну/товаросупровідну документацію.

ПІДСТАВИ ДЛЯ НАНЕСЕННЯ ЗНАКІВ

Ст.16 Декрету КМУ «Про стандартизацію і сертифікацію» передбачено, що у разі позитивного рішення органу з сертифікації заявникові видається сертифікат та надається право маркувати продукцію спеціальним знаком відповідності. Згідно з положеннями державного стандарту України «Порядок проведення сертифікації продукції» (ДСТУ 3413-96), право маркування продукції ЗВ надається на підставі ліцензійної угоди.

У свою чергу, НЗВ наноситься тільки на ті види продукції, опис яких міститься в технічних регламентах. При цьому нанесення НЗВ є обов'язковим.

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА НЕПРАВОМІРНЕ ВИКОРИСТАННЯ ЗНАКІВ

У цьому контексті слід відзначити, що відповідно до ч.1 ст.15 Закону України «Про захист прав

споживачів», стосовно продукції, яка підлягає обов'язковій сертифікації, споживачеві повинна надаватися інформація про її сертифікацію. Така інформація зазвичай надається шляхом маркування продукції, зокрема нанесення ЗВ. Відповідно, відсутність необхідної, доступної, достовірної та своєчасної інформації про продукцію, в т.ч. відсутність ЗВ, може бути кваліфіковано як порушення п.6 ч.1 ст.23 названого закону з накладенням штрафних санкцій у розмірі 30% вартості одержаної для реалізації партії товару, виконаної роботи, наданої послуги, але не менше 5 НМДГ, а у разі, коли суб'єкт господарської діяльності, відповідно до закону, не веде обов'язковий облік доходів і витрат – у розмірі 5 НМДГ.

Відповідно до Закону України «Про державний ринковий нагляд і контроль нехарчової продукції», за порушення цього Закону суб'єкти господарювання несуть відповідальність згідно з законами України цивільну, адміністративну або кримінальну відповідальність.

Зокрема, цей Закон передбачає відповідальність особи, яка ввела продукцію в обіг, та розповсюдjuвача. До першої застосовуються штрафні санкції за нанесення НЗВ на продукцію з порушенням вимог технічних регламентів – від 500 до 1500 НМДГ (8500 – 25500 грн). Повторне протягом 3 років вчинення такого порушення, за яке на особу вже було накладено штраф, карається сумою у розмірі від 1000 до 3000 НМДГ (17000 – 51000 грн).

До розповсюдjuвачів законодавець дещо по-блажливіший. Зокрема, за розповсюдження продукції, на якій відсутній НЗВ, якщо його нанесення на продукцію передбачено технічним регламентом на відповідний вид продукції, штраф коливатиметься від 150 до 250 НМДГ (2550 – 4250 грн), а за повторне протягом 3 років вчинення такого самого порушення – від 200 до 350 НМДГ (3400 – 5950 грн).

Неналежне застосування НЗВ карається штрафом від 1275 до 2550 грн (повторне – до 4250 грн). Крім того, Кодексом України про адміністративні правопорушення передбачена відповідальність посадових осіб підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, громадян-власників підприємств чи уповноважених ними осіб, громадян, які займаються підприємницькою діяльністю, за неправомірне застосування НЗВ у вигляді штрафу в розмірі від 3 до 88 НМДГ.

Як бачимо штрафні санкції є досить значними, що вимагає особливої уваги суб'єктів господарювання до правильного застосування знаків у відповідності до встановлених чинним законодавством України вимог.

ЧИ МОЖЕ АРБІТРАЖНИЙ КЕРУЮЧИЙ МАТИ СВОГО ПРЕДСТАВНИКА ЗА ДОВІРЕНІСТЮ?

АВТОР

Наталія ОПРЯ,
керуючий партнер
Адвокатського об'єднання
«МАСТЕРС»



Суперечки з приводу того, чи може арбітражний керуючий (розпорядник майна, керуючий санацією, ліквідатор) уповноважувати іншу особу на виконання певних дій чи зобов'язаний виконувати покладені на нього законом обов'язки самостійно, тривають вже давно, та, на жаль, до цього часу немає єдиної відповіді на це запитання. Чинне законодавство про банкрутство прямо не наділяє арбітражного керуючого таким правом, утім, і прямо не забороняє арбітражному керуючому мати свого представника за довіреністю. В зв'язку з цим більшість арбітражних керуючих з мотивів зручності схильються до першого варіанта та обґрунтовують свою позицію принципом «дозволено все, що не заборонено законом». Однак не все так однозначно, якщо проаналізувати чинне законодавство.

Стаття 19 Конституції України визначає, що правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. При цьому, органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їхні посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

Отже, фізичні і юридичні особи здійснюють свої права за принципом «дозволено все, що не заборонено законом», а органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їхні посадові особи здійснюють свої повноваження за принципом «дозволено лише те, що передбачено законом».

Постає запитання, до кого з зазначених осіб належить арбітражний керуючий? Згідно з визначеннями, поданими в чинному законодавстві, арбітражний керуючий є не просто фізичною особою. Арбітражний керуючий зобов'язаний мати повну вищу юридичну або економічну освіту, стаж роботи за фахом не менше трьох років або одного року на керівних посадах після отримання повної вищої освіти, пройшов навчання та стажування протягом шести місяців, володіє держав-

ною мовою, склав кваліфікаційний іспит, отримав свідоцтво арбітражного керуючого та внесений до Єдиного реєстру арбітражних керуючих (розпорядників майна, керуючих санацією, ліквідаторів) України.

Стаття 98 Закону наділяє арбітражного керуючого переліком прав та обов'язків та визначає, що під час реалізації своїх прав та обов'язків арбітражний керуючий зобов'язаний діяти добросовісно, розсудливо, з метою, з якою ці права та обов'язки надано, обґрунтовано, на підставі, у межах та спосіб, що передбачені Конституцією та законодавством України про банкрутство.

Отже, арбітражний керуючий (так само, як і посадові особи органів державної влади та місцевого самоврядування) обмежений чинним законодавством у своїх діях та не може діяти інакше, ніж на підставі, у межах та спосіб, що передбачені цим законодавством, а отже, не може виходити за межі наданих йому повноважень та мати інші, ніж визначені законодавством права.

Право арбітражного керуючого делегувати свої повноваження представнику за довіреністю законодавством не визначено. В той же час серед прав, якими наділений арбітражний керуючий, Закон передбачає право арбітражного керуючого мати на підставі трудового договору або контракту помічника або помічників. При цьому, для таких помічників встановлені відповідні й кваліфікаційні вимоги, а саме: наявність громадянства України, повної вищої юридичної або економічної освіти та володіння державною мовою. Крім кваліфікаційних вимог визначені й права, які можуть бути надані помічнику арбітражного керуючого. Зокрема, помічник арбітражного керуючого надає допомогу арбітражному керуючому під час здійснення ним заходів щодо відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом та виконує доручення арбітражного керуючого для забезпечення реалізації його повноважень. Вказані права можуть бути конкретизовані в трудовому договорі, укладеному між арбітражним керуючим та помічником.

Отже, Закон надає право арбітражному керуючому мати на підставі трудового договору помічника з чітко визначеними цим Законом та трудовим договором повноваженнями.

В той же час в чинному законодавстві не передбачене право арбітражного керуючого мати окрім помічника ще й представника за довіреністю. Слід

погодитися, що в чинному законодавстві не зазначено й зворотного, а загальні норми цивільного законодавства про представництво ніхто не відміняв. А тому слід розглянути питання представництва в господарському процесі.

Відповідно до положень ст. 28 Господарського процесуального кодексу України справи юридичних осіб в господарському суді ведуть їхні органи, що діють у межах повноважень, наданих їм законодавством та установчими документами, через свого представника. Представниками юридичних осіб можуть бути також інші особи, повноваження яких підтверджуються довіреністю від імені підприємства, організації. Довіреність видається за підписом керівника або іншої уповноваженої ним особи та посвідчується печаткою підприємства, організації (за наявності). Громадяни можуть вести свої справи в господарському суді особисто або через представників, повноваження яких підтверджуються нотаріально посвідченою довіреністю.

Однак, як ми вже визначились вище, арбітражний керуючий – це не просто фізична особа, яка може вести свої справи в суді через представників. Відповідно до визначення, поданого в Податковому кодексі України, арбітражний керуючий є самозайнятою особою, а його діяльність, як і діяльність адвокатів, приватних нотаріусів, оцінщиків та аудиторів належить до незалежної професійної діяльності. Діяльність самозайнятих осіб врегульована спеціальним законодавством (Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»,

ЗУ «Про нотаріат», ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» тощо), яке наділяє таких осіб чітко визначеним колом прав та обов'язків.

Отже, в чинному законодавстві розмежовуються поняття фізичної особи та самозайнятої особи, яка безперечно є фізичною особою, але такою, що наділена особливим статусом, обмежена в своїй діяльності чітко визначеними правами та обов'язками та має відповідати встановленим законодавством кваліфікаційним вимогам. Тому цілком логічно, що самозайнята особа не може, якщо це не передбачено законодавством, перекласти виконання своїх прав та обов'язків або їхню частину за довіреністю на іншу фізичну особу. Інакше було б дивно бачити, наприклад, в суді представника адвоката за довіреністю замість самого адвоката, який, не маючи спеціальної підготовки, досвіду тощо, здійснював би захист прав обвинуваченого. Так само дивно і нелогічно було б посвідчувати договір не у нотаріуса, а у його представника, наділеного відповідно до довіреності правом посвідчувати на час тимчасової відсутності нотаріуса такий договір.

Це стосується і арбітражного керуючого як самозайнятої особи. В той же час вважаємо, що арбітражний керуючий може мати свого представника, що не є його помічником, саме як фізична особа на підставі нотаріально посвідченої довіреності та наділяти такого представника будь-якими правами, належними арбітражному керуючому як людині, але не пов'язаними з діяльністю арбітражного керуючого, його правами та обов'язками.



ПИТАННЯ ДОСУДОВОЇ САНАЦІЇ КРИЗЬ ПРИЗМУ СУДОВОЇ НОРМОТВОРЧОСТІ НОВАЦІЇ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО БАНКРУТСТВО

АВТОР

Олег МАЛІНЕВСЬКИЙ,
партнер FCLEX

Особливістю Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (далі – *Закон про банкрутство*) є надання Вищому господарському суду України нормотворчих повноважень щодо врегулювання цілої низки важливих питань господарського процесу. Так, крім затвердження порядку відбору кандидатів на призначення розпорядника майна (постанова пленуму ВГСУ №1 від 16.01.2013), порядку офіційного оприлюднення відомостей про справу про банкрутство (постанова пленуму ВГСУ №16 від 17.12.2013), на виконання вимог ст.5, 6 Закону про банкрутство пленум Вищого господарського суду України своїм рішенням №15 від 17.12.2013 затвердив положення про порядок проведення санації до порушення провадження у справі про банкрутство (далі – *Положення*).

Не заглиблюючись у дискусію щодо обґрунтованості надання судовому органу нормотворчої функції, відповідності здійснення ним такої функції положенням ст.6 Конституції України, ст.32, 36 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», ст.2 Закону про банкрутство, усе ж зазначимо, що логічнішим вбачається передання повноважень щодо врегулювання зазначених питань до компетенції Державного органу з питань банкрутства. Саме цей орган, відповідно до ст.3 Закону про банкрутство, серед іншого сприяє створенню організаційних, економічних, інших умов, необхідних для реалізації процедур відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом; готує та затверджує типові документи стосовно проведення процедур банкрутства, методичні рекомендації тощо.

Аналізуючи зміст та правозастосовчі наслідки вказаного Положення, варто зазначити, що окрім дублювання існуючих законодавчих норм

щодо питання досудової санації боржника, воно містить низку нових положень, які доповнюють зміст існуючої нормативно-правової бази.

По-перше, Положення визначає судову санацію як систему заходів щодо відновлення платоспроможності боржника, які може здійснювати засновник (учасник, акціонер) боржника, власник його майна (орган, уповноважений управляти майном), його кредитор, інші особи з метою запобігання банкрутству боржника шляхом вжиття організаційно-господарських, управлінських, інвестиційних, технічних, фінансово-економічних, правових заходів відповідно до законодавства до порушення провадження у справі про банкрутство.

Крім того, Положенням встановлено мету досудової санації, яка включає:

- добровільне врегулювання питань погашення заборгованості між кредиторами та боржником, між незабезпеченими кредиторами, а також між незабезпеченими та забезпеченими кредиторами;
- досягнення взаємовигідних (паритетних) умов щодо врегулювання заборгованості;
- використання недорогої процедури врегулювання заборгованості;
- забезпечення процесуально економного механізму врегулювання заборгованості боржника;
- забезпечення справедливого задоволення вимог кредиторів;
- запобігання порушенню прав кредиторів під час погашення їхніх грошових вимог;
- встановлення додаткових гарантій для кредиторів щодо задоволення їх грошових вимог;
- збереження господарюючого суб'єкта та його господарської діяльності.

Варто зазначити, що більшість складових визначення та мети досудової санації мають суто декларативний характер та позбавлені будь-якого правозастосовного значення.

По-друге, на відміну від Закону про банкрутство, Положення встановлює нову обов'язкову підставу для ініціювання процедури досудової санації – наявність ознак неплатоспроможності боржника або її загрози. Під поняттям «загроза неплатоспроможності» у Положенні вбачається «виникнення конкуренції грошових вимог

кредиторів у виконавчому провадженні, унаслідок якої задоволення вимог одного або декількох кредиторів у розмірі не менше ніж триста мінімальних розмірів заробітної плати призведе до неможливості виконання грошових зобов'язань боржника в повному обсязі перед іншими кредиторами». При цьому дотримання заявником тримісячного строку, передбаченого ч.3 ст.10 Закону про банкрутство, не вимагається.

До документів, які, за логікою Положення (абз.10 п.5.4), свідчать про неплатоспроможність боржника або її загрозу, належать рішення судів про задоволення вимог кредиторів, що набрали законної сили, відповідні постанови органів державної виконавчої служби про відкриття виконавчого провадження з виконання вимог кредиторів. Таким чином, підстави для ініціювання процедури досудової санації уніфікуються з підставами для порушення провадження у справі про банкрутство, що визначені в ст.11 Закону про банкрутство, і потребують наявності грошових вимог кредиторів у розмірі не менше ніж 300 мінімальних розмірів заробітної плати, підтверджених судовими рішеннями, переданими на виконання до державної виконавчої служби.

По-третє, Положення визначає спосіб встановлення відомостей про забезпечених кредиторів – на підставі даних державних реєстрів відповідних прав.

По-четверте, Положення доповнює Закон про банкрутство та встановлює порядок проведення загальних зборів кредиторів щодо затвердження плану санації, зокрема:

а) 10-денний строк попереднього повідомлення кредиторів про збори на офіційному веб-сайті Вищого господарського суду України (при цьому для персонального письмового повідомлення кожного кредитора строки не встановлені);

б) кворум загальних зборів кредиторів за присутності кредиторів, що мають не менш ніж 2/3 голосів; при цьому визначено, що кредитори мають на загальних зборах кредиторів кількість голосів, пропорційну сумі вимог кредиторів за даними бухгалтерського обліку боржника та кратну одній тисячі гривень;

в) що право вирішального голосу на загальних зборах кредиторів мають кредитори, крім забезпечених, з грошовими вимогами, що виникли до прийняття рішення власником (органом, уповноваженим управляти майном) боржника про надання згоди на проведення досудової санації боржника.

По-п'яте, п.5.4 Положенням значно розширено порівняно із Законом про банкрутство (ч.5 ст.6) перелік обов'язкових документів, які додаються до заяви про затвердження плану санації – його доповнено наступним:

– документи, які підтверджують наявність заборгованості боржника;

– докази письмового повідомлення кредиторів про проведення загальних зборів кредиторів (належним чином завірені копії повідомлення та описи вкладення в поштове відправлення);

– рішення власника майна (органу, уповноваженого управляти майном) боржника про надання згоди на проведення процедури досудової санації;

– рішення забезпеченого кредитора про погодження плану досудової санації (у разі незазначення на плані досудової санації);

– документи, які свідчать про неплатоспроможність боржника або її загрозу (рішення судів про задоволення вимог кредиторів, що набрали законної сили, відповідні постанови органів державної виконавчої служби про відкриття виконавчого провадження з виконання вимог кредиторів);

– докази сплати судового збору за подання заяви.

На відміну від Закону про банкрутство, який не встановлює будь-яких наслідків неповноти пакета документів, доданих до заяви, Положення зобов'язує суди у 5-денний строк з дня отримання заяви повертати її без розгляду, про що винести ухвалу.

По-шосте, на відміну від Закону про банкрутство, який не визначає наслідків пропуску 5-денного строку на подання заяви про затвердження плану досудової санації, Положенням (п.5.3) встановлено, що в цьому випадку така заява повертається господарським судом без розгляду.

По-сьоме, серед наслідків введення процедури досудової санації абз.3 п.6.2 Положення встановлюється заборона на порушення справи про банкрутство боржника за його заявою або за заявою будь-кого з кредиторів, вимоги яких виникли до затвердження судом плану досудової санації, на строк, передбачений цим планом.

Така норма безпідставно звужує зміст відповідної законодавчої норми, передбаченої ч.9 ст.6 Закону, яка встановлює абсолютну заборону на порушення провадження у справі про банкрутство боржника за його заявою або за заявою будь-кого з кредиторів (безвідносно до часу виникнення таких вимог).

По-восьме, на відміну від Закону про банкрутство, Положенням (п.7.1) передбачена можливість

та встановлено вичерпний перелік підстав для дострокового припинення процедури досудової санації, зокрема:

а) розірвання мирової угоди, умови якої містяться в плані досудової санації;

б) визнання недійсною мирової угоди, умови якої містяться в плані досудової санації;

в) порушення справи про банкрутство боржника за заявою боржника або кредиторів на підставі заборгованості, яка виникла після затвердження судом плану досудової санації.

Незважаючи на затвердження Вищим господарським судом України цілої низки положень нормативного характеру, які змінюють (доповнюють) регулювання, встановлене Законом про банкрутство, ціла низка питань, пов'язаних зі здійсненням санації до порушення провадження у справі про банкрутство, залишилася неврегульованою. Особливої актуальності в контексті правозастосовної практики, на нашу думку, набувають такі неврегульовані питання:

1) оскарження дій керуючого санацією або інших учасників досудової санації (суб'єкти, підстави та порядок такого оскарження). У зв'язку з цим варто зазначити, що відповідно до інформаційного листа Вишого господарського суду України №01-06/606/2013 від 28.03.2013 «Про Закон України «Про віднов-

лення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (у редакції Закону України №4212-VI від 22.12.2011)» план досудової санації підлягає затвердженню господарським судом, проте його виконання відбувається поза контролем суду.

2) можливість і порядок внесення змін до плану досудової санації, змін у складі учасників досудової санації;

3) порядок вирішення спорів, пов'язаних із реалізацією плану санації;

4) необхідність і порядок складення звіту чи іншого документа, який засвідчував би повноту виконання плану санації.

Зважаючи на вказані прогалини, співвідношення кредиторів та боржника є незбалансованим, а позиція кредитора – менш захищеною. Позбавлений можливості оперативного впливу на процедуру санації згідно з планом, розробленим боржником, кредитор наражається на приховані ризики, які важко прогнозувати на етапі затвердження плану санації та важко виправити за існуючого регулювання.

Отже, правове регулювання процедури досудової санації потребує подальшого вдосконалення та доопрацювання, в т.ч. за рахунок внесення доповнень до Положення та формування судової практики щодо його застосування.





Інститут теоретико-правових досліджень у сфері юстиції

ВІДПОВІДІ НА ЗАПИТАННЯ ЗА РЕЗУЛЬТАТАМИ ПРОВЕДЕННЯ НАУКОВО-ПРАКТИЧНИХ КОНФЕРЕНЦІЙ (ЩОДО ДЕРЖАВНОЇ РЕЄСТРАЦІЇ ПРАВ)

Скорочення:

1. Державний реєстр – Державний реєстр речових прав на нерухоме майно;
2. ЦК України – Цивільний кодекс України;
3. Закон про державну реєстрацію – Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень»;
4. Порядок державної реєстрації прав – Порядок державної реєстрації прав на нерухоме майно та їх обтяжень, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 2013 року № 868;
5. Порядок вчинення нотаріальних дій – Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затверджений наказом Міністерства юстиції України від 22 лютого 2012 року № 296/5, зареєстрованим в Міністерстві юстиції України 22 лютого 2012 року за № 282/20595;

ПОДІЛ – ВИДІЛ – ВИЗНАЧЕННЯ (ЗМІНА) ЧАСТОК

1. В Державному реєстрі зареєстровано право спільної сумісної власності на земельну ділянку на підставі свідоцтва про право власності. Як зробити зі спільної сумісної власності спільну часткову?

В такому разі сторони можуть укласти договір про визначення часток у праві на спільне нерухоме майно. У ЦК України в частинах першій та другій ст. 357 встановлено, що частки у праві спільної часткової власності вважаються рівними, якщо інше не встановлено за домовленістю співвласників або законом.

Якщо розмір часток у праві спільної часткової власності не встановлений за домовленістю співвласників або законом, він визначається з урахуванням вкладу кожного зі співвласників у придбання (виготовлення, спорудження) майна.

І хоча наведене положення стосується спільної часткової власності, тим не менше, ст. 6 та 627 ЦК України дають право співвласникам, що володіють об'єктом нерухомості на праві спільної сумісної власності, також укласти відповідний договір.

2. Яка послідовність дій нотаріуса при посвідченні договору про зміну розміру часток?

Це питання переважно стосується випадків зміни правового режиму спільної власності зі спільної сумісної на спільну часткову, наприклад коли чоловік і дружина, яким об'єкт нерухомості належить на праві власності, бажають визначити свої частки у праві на такий об'єкт.

В такому разі послідовність дій має бути такою:

- 1) реєстрація спільної сумісної власності подружжя (відкриття розділу Державного реєстру) – здійснює нотаріус перед вчиненням правочину або орган державної реєстрації прав;
- 2) посвідчення договору про визначення часток нотаріусом;
- 3) реєстрація спільної часткової власності.

Якщо право спільної часткової власності вже зареєстроване у Державному реєстрі, послідовність скорочується до двох дій:

- 1) посвідчення договору про визначення часток нотаріусом;
- 2) реєстрація спільної часткової власності.

3. Чи є договір про визначення часток у праві спільної сумісної власності без подальшого відчуження будь-якої частки підставою для проведення державної реєстрації прав?

У результаті визначення часток у спільній власності відповідна дія фактично перетворює спільну часткову власність на спільну сумісну, тобто змінюється правовий режим спільного майна. Оскільки частки визначаються за нотаріально посвідчуваним договором, то він, відповідно, є підставою для реєстрації спільної часткової власності на нерухоме майно.

ВНЕСЕННЯ ЗМІН ДО ЗАПИСІВ ДЕРЖАВНОГО РЕЄСТРУ

4. Якщо розділ Державного реєстру відкривав нотаріус, кому належить право внесення змін до такого розділу у зв'язку зі зміною площ, яку здійснено вже новим власником?

На практиці такі ситуації доволі поширені та зазвичай пов'язані з тим, що після придбання житла новий власник робить перепланування в квартирі або житловому будинку, в результаті чого змінюється площа відповідного об'єкта.

У ст. 18 Закону про державну реєстрацію не передбачено видачі свідоцтва про право власності на відповідний об'єкт, оскільки положення законодавства розмежовують реконструкцію і перепланування. У першому випадку видається новий правостановлювальний документ, у другому – ні.

Відповідна процедура врегульована положеннями Порядку прийняття і розгляду заяв про внесення змін до записів, внесення записів про скасування державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень та скасування записів Державного реєстру речових прав на нерухоме майно, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 12 грудня 2011 року № 3502/5, зареєстрованим в Міністерстві юстиції України 12 грудня 2011 року за № 1429/20167.

Пунктом 2.1 зазначеного Порядку чітко визначено, що, зокрема, для внесення змін до записів Державного реєстру заявник подає органу державної реєстрації прав, держреєстратором якого було проведено державну реєстрацію прав, або нотаріусу, яким проведено державну реєстрацію прав, заяву та документи, визначені цим Порядком.

У разі ліквідації державної нотаріальної контори, зупинення або припинення нотаріальної діяльності приватного нотаріуса заява подається до органу державної реєстрації прав за місцем розташування нерухомого майна.

Заява подається щодо кожного об'єкта нерухомого майна окремо.

Отже, у випадку, описаному в поставленому запитанні, відповідні зміни до записів мають вноситися саме нотаріусом, який робив відповідні записи.

Окремо слід зазначити, що у нотаріальній сфері це питання стоїть досить гостро, адже нотаріуси звертаються до абз. 3 ч. 5 ст. 3 Закону про державну реєстрацію, відповідно до якої державна реєстрація прав у результаті вчинення нотаріальної дії з нерухомим майном, об'єктом незавершеного будівництва проводиться нотаріусом, який зробив таку дію.

Тобто, якщо нотаріус не вчиняє нотаріальну дію, то він, відповідно, не може проводити і реєстрацію.

Однак, на користь можливості нотаріусів вносити зміни до записів Державного реєстру слугує

щонайменше та обставина, що внесення таких змін не визначається законодавством як державна реєстрація.

ЩОДО ЗЕМЕЛЬНИХ ДІЛЯНОК, ПРАВОЧИНИ З ЯКИМИ ВЧИНЕНО ДО 01 СІЧНЯ 2014 РОКУ

5. Земельна ділянка придбана за договором купівлі-продажу в 2001 році. В договорі вказано, що право власності виникає з моменту отримання акта, а сам договір є підставою для його отримання. Покупець донині не отримав державний акт, однак бажає продати земельну ділянку. Чи має право нотаріус зареєструвати відповідні права перед вчиненням правочину?

З цього питання Укрдержреєстр в листі від 06 серпня 2013 року № 2950/05-15-13 надав роз'яснення, в якому зазначалося, що такі договори є підставою для реєстрації прав.

Наведені роз'яснення можна знайти на сайті Укрдержреєстру за посиланням <http://www.drso.gov.ua/show/10396>. Називаються вони: «Щодо державної реєстрації прав на земельну ділянку та їх обтяжень на підставі документів, за якими перехід права власності на нерухоме майно розпочався, проте відповідно до законодавства, яке діяло до 1 січня 2013 року, не завершена процедура його оформлення чи реєстрації».

Логіка тут проста. Договір купівлі-продажу є двостороннім – кожна особа має права і обов'язки. Фактично він складається з двох зобов'язань: зобов'язання продавця та зобов'язання покупця. Кожен є кредитором в одному зобов'язанні і боржником в другому. В ст. 599 ЦК України встановлено, що зобов'язання припиняється виконанням, проведеним належно. Тож зобов'язання, в якому покупець є боржником, припиняється з передачею ним боржнику вартості ділянки. Зобов'язання, в якому продавець є боржником, припиняється з набуттям покупцем права власності на земельну ділянку. При цьому, на відміну від штучно створених нерухомих речей, права на земельну ділянку, на момент вчинення правочину, виникали з моменту реєстрації державного акта, а не з моменту реєстрації правочину.

Отже, в наведеній у питанні ситуації, зобов'язання покупця припинилося, оскільки він передав необхідні кошти продавцю, а зобов'язання продавця – ні, оскільки формально покупець так і не отримав державний акт на землю, а тому і не набув права власності на неї. Так сторони договору купівлі-продажу перебували у юридичному зв'язку між собою.

З 01 січня 2013 року набрав чинності Закон про державну реєстрацію у новій редакції, в результаті

чого державні акти на землю перестали видаватися, а його положеннями (що дублюють відповідні положення ЦК України та ЗК України) чітко встановлюється, що права на землю виникають з моменту їхньої державної реєстрації (а не реєстрації акта).

Виникла ситуація, за якої сам договір купівлі-продажу ділянки став самостійним правостановлювальним документом. Однак права власника так і не зареєстровані, а відповідно до законодавства, що діяло на момент вчинення правочину, права виникали з видачею та реєстрацією державного акта.

При цьому, слід зазначити, що ч. 6 ст. 3 Закону про державну реєстрацію встановлюється, що *будь-які правочини щодо нерухомого майна (відчуження, управління, іпотека тощо) вчиняються, якщо право власності чи інше речове право на таке майно зареєстровано згідно з вимогами цього Закону, крім випадків, передбачених ч. 4 цієї статті та ст. 4-1 цього Закону.*

Однак відповідно до ч. 4 ст. 3 зазначеного вище Закону *права на нерухоме майно та їх обтяження, що виникли до набрання чинності цим Законом, визнаються дійсними у разі відсутності їхньої держреєстрації, передбаченої цим Законом, за таких умов:*

якщо реєстрація прав та їх обтяжень була проведена відповідно до законодавства, що діяло на момент їхнього виникнення, або

якщо на момент виникнення прав та їх обтяжень діяло законодавство, що не передбачало обов'язкової реєстрації таких прав та їх обтяжень.

При цьому, в абз. 2 ч. 5 ст. 3 Закону про державну реєстрацію передбачено, що *державна реєстрація прав власності, реєстрація яких проведена відповідно до законодавства, що діяло на момент їхнього виникнення, під час вчинення нотаріальної дії з нерухомим майном, об'єктом незавершеного будівництва проводиться нотаріусом, який вчиняє таку дію.*

Зважаючи на це, можна стверджувати, що нотаріус не може провести реєстрацію прав власності на земельну ділянку під час вчинення нотаріальної дії, оскільки такі права не зареєстровані. При цьому, не можна чітко встановити, чи визнаються такі права державою, адже на момент вчинення правочину (2001 рік) передбачалося, що вони виникають з отриманням новим власником державного акта та його реєстрацією (ст. 125 ЗК України). Формально можна говорити про те, що на момент вчинення правочину реєструвалися не права, а державний акт, а тому вони визнаються на підставі ч. 4 ст. 3 Закону про державну реєстрацію, оскільки

на момент їхнього виникнення діяло законодавство, що не передбачало обов'язкової реєстрації таких прав та їх обтяжень. У зв'язку з цим нотаріус може вчиняти правочини щодо такого майна без їхньої реєстрації перед вчиненням правочину. Однак, якщо перед вчиненням правочину покупець звернеться до органу реєстрації прав за реєстрацією права власності на земельну ділянку, то такий крок надасть максимум юридичних гарантій для подальшого вчинення щодо нього будь-яких юридичних дій.

ДЕРЖАВНА РЕЄСТРАЦІЯ ВИНИКНЕННЯ/ ПРИПИНЕННЯ ІПОТЕКИ ТА ОБТЯЖЕНЬ

6. Хто проводить державну реєстрацію припинення іпотеки, накладеної нотаріусом м. Донецька?

На вирішення відповідних питань було прийнято наказ Міністерства юстиції України «Про тимчасові заходи щодо надання послуг з державної реєстрації речових прав на нерухоме майно, розташоване в межах територій Луганської та Донецької областей» від 15 серпня 2014 року № 1354/5, зареєстрованим в Міністерстві юстиції України 20 серпня 2014 року за № 992/25769.

У п. 1 зазначеного наказу визначено, що заяви про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно, що зведене в межах територій Луганської та Донецької областей, можуть подаватися як до будь-якого органу державної реєстрації прав на території області, в межах якої розташоване нерухоме майно, так і до органів державної реєстрації прав Харківської, Полтавської, Дніпропетровської, Запорізької, Житомирської, Сумської та Чернігівської областей.

Із зазначеного наказу не можна чітко встановити, чи поширюється його дія на реєстрацію обтяжень речових прав на нерухоме майно, адже цей документ встановлює лише порядок подачі та розгляду заяв про державну реєстрацію прав.

Тому необхідно звертатися до Порядку державної реєстрації прав і Порядку вчинення нотаріальних дій.

Зокрема, в п. 71 Порядку державної реєстрації прав встановлено, що держреєстрація припинення обтяження нерухомого майна іпотекою проводить нотаріус одночасно зі зняттям заборони, накладеної під час посвідчення договору іпотеки.

При цьому, слід зазначити, що наведене положення не встановлює чітко, що це має бути саме той нотаріус, яким накладалася заборона, а тому слід звернутися до абз. 14 п. 5.1 глави 15 Порядку вчинення нотаріальних дій, відповідно до якого *якщо нотаріус, який наклав заборону, позбавлений можливості зняти її (у разі смерті,*

заміщення нотаріуса, у разі неможливості виконання ним своїх обов'язків, припинення нотаріусом діяльності, передачі документів до державного нотаріального архіву або з будь-яких інших причин), заборона може бути знята іншим нотаріусом. При цьому, таким нотаріусом направляється за місцем зберігання справи, що містить відомості про накладання заборони, повідомлення про зняття заборони.

Окремо слід зазначити, що у нотаріальній сфері це питання стоїть гостро, адже нотаріуси звертаються до абз. 3 ч. 5 ст. 3 Закону про державну реєстрацію, відповідно до якої державну реєстрацію прав у результаті вчинення нотаріальної дії з нерухомим майном, об'єктом незавершеного будівництва проводить нотаріус, який вчинив таку дію.

Тобто, якщо нотаріус не вчиняє нотаріальну дію, то він, відповідно, не може проводити і реєстрацію. При цьому загальнопоширеною є думка, що зняття заборони не є нотаріальною дією.

Однак положення Порядку державної реєстрації прав щодо цього доволі однозначні і

покладають відповідні обов'язки саме на нотаріусів.

7. Чи може нотаріус, який вчиняє нотаріальну дію (посвідчення договору купівлі-продажу земельної ділянки) зняти заборону і припинити іпотеку, накладену на цю земельну ділянку іншим нотаріусом?

8. Хто реєструє припинення іпотеки в Державному реєстрі, якщо заборона не накладалась, а було зареєстровано лише іпотеку? Чи мають право нотаріуси проводити реєстрацію такого припинення, якщо вони не вчиняють нотаріальної дії?

Відповіді на ці запитання надані у відповіді на запитання № 6.

Слід лише доповнити, що відповідно до п. 78 Порядку державної реєстрації прав державну реєстрацію припинення обтяжень речових прав на нерухоме майно у результаті зняття нотаріусом заборони проводить нотаріус, який зняв заборону.



ПЕРСПЕКТИВИ РОЗШИРЕННЯ ПОВНОВАЖЕНЬ НОТАРІУСІВ: СУЧАСНІ ІНФОРМАЦІЙНІ ТЕХНОЛОГІЇ – ЕЛЕКТРОННИЙ АПОСТИЛЬ

АВТОР

Дмитро ЖУРАВЛЬОВ,
директор Інституту
теоретико-правових
досліджень у сфері юстиції та
інноваційних проєктів, д.ю.н.



Як свідчить статистика, здебільшого обіг інформації та документів нині здійснюється саме в електронному форматі. Використання електронного цифрового підпису (далі – *ЕЦП*) і електронного документообігу сприяють актуалізації та зростанню економічних показників, поширенню інформаційно-комунікаційних технологій на всі сфери суспільного життя, заощадженню коштів.

Міжнародний досвід переконує, що запровадження електронних та інформаційних технологій в нотаріальний процес України на часі, зокрема, важливим є надання адміністративних послуг щодо апостилювання офіційних документів (використання електронного підпису як невід'ємної складової електронного документа).

Приміром, нотаріус, посвідчуючи юридичну достовірність документів, викладених на папері, використовує різноманітні бази даних (реєстри), формуючи витяги з них, використовує та скріплює їх ЕЦП, який за юридичною силою рівнозначний власноручному підпису. Згадані правила визначені у ст. 3 Закону України «Про електронний цифровий підпис». Разом з тим у ЗУ «Про електронні документи та електронний документообіг» наголошено на необхідності наявності ЕЦП в електронному документі для визнання його дійсності.

Зокрема, міжурядові організації, учасником яких є Україна, також активно закликають використовувати електронні засоби зв'язку та інструменти ІКТ в нотаріальній діяльності.

У квітні 2006 року Постійне бюро Гаазької конференції з міжнародного приватного права і Національна асоціація нотаріусів Сполучених Штатів Америки розпочали експериментальну програму з електронного апостилю (*e-apostil*). В рамках цієї моделі використання *e-apostil* передбачає надання апостилів в е-формі з цифровим підписом органу, що володіє компетенцією, необхідною для цілей Гаазької конвенції про апостиль. При цьому, кожен компетентний орган має вести електронний реєстр, який забезпечує можливість перевірки виданих апостилів.

Грунтуючись на матеріалах, підготованих ЮНСІТРАЛ (Комісія ООН з права міжнародної торгівлі), під назвою «Сприяння зміцненню довіри до електронної торгівлі: правові питання міжнародного використання електронних методів посвідчення дійсності та підписання» (2009), ми проаналізували практику використання електронних засобів зв'язку, інструментів ІКТ в нотаріальній діяльності та виокремили такі напрями: використання інформаційних технологій (електронний документообіг, ЕЦП, інформаційні та інформаційно-реєстраційні системи тощо) для організації нотаріальної діяльності; надання окремих видів нотаріальних послуг в електронному вигляді, зокрема, фіксація і посвідчення: авторства; надання інформації, яка викладеної на сайтах і інтернет-сторінках; відправка електронного листа (*e-контент*); електронний апостиль.

Щодо електронного апостилю Комісія Гаазької конференції визначила чотири етапи апостилювання, щодо яких вдосконалення інформаційних технологій є ефективним з боку часових і матеріальних витрат:

1. Створення захищених електронних баз даних, що містять підписи для підтвердження їхньої автентичності на офіційній документації, для якої запитаний апостиль.
2. Застосування електронного редагування тексту для заповнення штампа «Апостиль».
3. Використання електронних підписів посадових осіб організації, проставляючи апостиль для відтворення їх електронними захищеними засобами і роздруківки безпосередньо на апостиль.
4. Зміст електронного реєстру.

Нині є 17 країн-учасниць Гаазької конвенції, які ведуть електронний реєстр апостилів: Андорра, Бельгія, Болгарія, Колумбія, Коста Ріка, Домінікана, Грузія, Ірландія, Мексика, Нова Зеландія, Перу, Республіка Молдова, Росія, Словенія, Іспанія, Уругвай, США (штати Каліфорнія, Колорадо, Північна Кароліна, Род-Айленд, Техас, Східна Вірджинія, округ Вашингтон). Україна має всі можливості найближчим часом реалізувати цей проєкт і стати 18-ю країною світу, що запровадила сучасні електронні технології з електронного апостилювання офіційних документів.

Слід зазначити, що відповідно до Гаазької конвенції про апостиль правом проставлення апостилю володіє виключно компетентний орган, визначений державою, в якому затверджений відповідний

офіційний документ. Апостилі посвідчують справжність підпису, якості, в якій виступала особа, що підписала документ, а також справжність печатки або штемпеля, що скріпили документ, але не стосуються змісту самого документа.

Наразі Міністерство юстиції проставляє апостилі на офіційних документах, призначених для використання на території іноземних держав, що видаються органами юстиції та судами, а також на документах, що оформлюють нотаріуси. Апостилі проставляється безпосередньо на вільному від тексту місці документа або на його зворотному боці чи на окремому аркуші та посвідчується підписом і печаткою посадової особи компетентного органу. Вище наведена схема потребує безпосередньої присутності заявника (громадянина) та є незручною та не вигідною з матеріального боку заощадливою для громадян, які мешкають поза межами міста Києва.

З метою забезпечення більш вільного доступу громадян до процедури проставлення апостилю та покращення якості обробки документів, що потребують апостилювання, варто запровадити систему електронного апостилювання документів в Україні за таким алгоритмом:

Надання державним та приватним нотаріусам повноважень:

1. Прийом та перевірка документів, що потребують апостилювання, від громадян.
2. Перетворення документів, що потребують апостилювання, на електронний документ шляхом сканування його в електронний файл у форматі PDF.
3. Накладання ЕЦП нотаріуса на PDF, відправка електронною поштою до Департаменту нотаріату та банкрутства.

4. Отримання Департаментом нотаріату та банкрутства електронного файлу з ЕЦП нотаріуса та перевірка справжності ЕЦП нотаріуса.

5. Друк надісланих документів формату PDF, проставлення апостилю, внесення до відповідного реєстру.

6. Розсилка документів нотаріусу або громадянину (за згодою), завірених апостилем документів рекомендованим листом засобами поштового зв'язку.

Зрозуміло, що застосування електронного апостилю має суттєві переваги, зокрема такі, як:

- доступність для громадян електронних сервісів з проставлення апостилю;
- відсутність необхідності громадянам звертатися до Міністерства юстиції особисто та приїжджати до Києва;
- зменшення транспортних витрат;
- заощадження особистого часу;
- покращення якості обробки документів, що потребують апостилювання;
- використання сучасних інтернет-технологій;
- використання ЕЦП;
- спрощення надання послуг.

Поза сумнівом, застосування нових електронних технологій та запровадження зазначеного алгоритму проставлення апостилю в Україні потребує ретельного опрацювання та вивчення міжнародного досвіду з відповідного напрямку. Крім того, використання електронного апостилю дасть змогу громадянам країни та юридичним особам безперешкодно і безпечно обмінюватися важливими документами з упевненістю в їхній достовірності, що безперечно є позитивним кроком в євроінтеграційних процесах.



ЕФЕКТИВНІСТЬ ВИКОНАВЧОГО ПРОВАДЖЕННЯ: РЕАЛІЇ ТА ШЛЯХИ ДОСЯГНЕННЯ

АВТОР

Віталій ПОЛЯНОВСЬКИЙ,
адвокат



Чинним законодавством України встановлений обов'язок державного виконавця вживати передбачених законом заходів примусового виконання рішень, неупереджено, своєчасно і в повному обсязі вчиняти виконавчі дії. Державний службовець зобов'язаний використовувати надані йому права відповідно до закону і не допускати у своїй діяльності порушення прав та законних інтересів фізичних і юридичних осіб (ст.ст. 6, 11 Закону України «Про виконавче провадження» № 606-XIV від 21.04.1999 р., ст.ст. 6, 7 ЗУ «Про державну виконавчу службу» № 202/98-ВР від 24.03.1998 р., ст. 5 ЗУ «Про державну службу» № 3723-XII від 16.12.1993 р., п. 2.1 Інструкції з організації примусового виконання рішень, затвердженої наказом Міністерства юстиції України № 512/5 від 02.04.2012 р.).

Ні для кого в Україні не є великою таємницею, що вищенаведені норми мають здебільшого декларативний характер і не мають майже нічого спільного з фактичними умовами здійснення виконавчого провадження. Внаслідок чого ефективність більшості виконавчих проваджень є вкрай низькою, що не відповідає основному завданню державного виконавця – забезпечити реальне примусове виконання судового рішення, виходячи із самого змісту терміна «виконавче провадження» (ст.ст. 1, 11 однойменного закону).

Причин для цього чимало, як об'єктивного, так і суб'єктивного характеру. Приміром, державні виконавці, виправдовуючись, посилаються на низьку заробітну плату і велику завантаженість, яка сягає сотень виконавчих проваджень на одного посадовця. Адвокати, представляючи у виконавчому провадженні одну зі сторін і усвідомлюючи об'єктивні проблеми державних виконавців, часто надають їм усляку організаційну допомогу, іноді фактично виконуючи обов'язки кур'єрів чи секретарів. Натомість та обставина, що це далеко не завжди сприяє просуванню виконавчого провадження у необхід-

ному напрямку, дає підстави стверджувати, що проблема полягає не лише в зарплаті і робочому графіку.

Пропонований матеріал покликаний висвітлити погляд на проблему з боку адвоката, який виступає у виконавчому провадженні на боці стягувача або боржника і має власні практичні напрацювання в цій сфері правозастосування.

НАЙПОШИРЕНІШІ ПОРУШЕННЯ З БОКУ ДЕРЖАВНИХ ВИКОНАВЦІВ

Зазвичай державні виконавці вдаються до нестосування, неповного або неправильного застосування тих своїх повноважень і механізмів, які передбачені законодавцем з метою проведення примусового виконання судових рішень. Як-то:

1. Нездійснення чи надто повільне здійснення пошуку ліквідного майна і грошових коштів боржника, що надає можливість останньому вивести їх із «зони ризику», переписавши на третіх осіб чи знявши з рахунків.

2. Ненадіслання чи несвоєчасне надіслання компетентним державним органам постанови і відображення в державних реєстрах інформації про накладені обтяження на майно боржника.

3. Зволікання з виїздом за місцем проживання боржника.

4. Незвернення чи звернення стягнення у меншому розмірі, ніж передбачено законом, на заробітну плату боржника у передбачених випадках, ненаправлення або несвоєчасне відправлення відповідної постанови за місцем роботи боржника, відсутність контролю за її виконанням.

5. Відсутність контролю за виконанням органами ДАІ постанов про оголошення в розшук транспортних засобів боржників.

6. Неохоче і несвоєчасне застосування державним виконавцем до боржника заходів реагування у випадку його неявки на виклик чи невиконання ним інших обов'язків (примусове приведення через органи внутрішніх справ, накладення штрафу, складання протоколу про адміністративне правопорушення).

7. Неохоче і несвоєчасне звернення державного виконавця до суду з поданнями про встановлення тимчасового обмеження у праві виїзду боржника – фізичної особи або керівника боржника – юридичної особи за межі України,

про примусове проникнення до житла або іншого володіння боржника, про розшук боржника – навіть за наявності підстав. Про гостроту проблем у практичному застосуванні відповідних норм законодавства з питань виконавчого провадження йшлося 11 липня 2014 р. на організованій ДВС України тематичній зустрічі правників – учасників виконавчого провадження, в якій взяв участь і автор цих рядків. На жаль, висловлені на заході розумні ідеї щодо вдосконалення положень законодавства не знайшли свого практичного втілення.

8. Проведення виконавчих дій без залучення понятих, коли їхня участь є обов'язковою відповідно до вимог законодавства, або незабезпечення їхньої відстороненості від обставин справи і учасників провадження.

9. Деякі державні виконавці з метою затягування часу вдаються до ігнорування документів про повноваження адвоката у виконавчому провадженні (ордер і витяг з договору про надання правової допомоги, завірений сторонами, як цього вимагає ст. 9 ЗУ «Про виконавче провадження»), безпідставно заявляють про їхню відсутність у матеріалах справи, їхню недостатність, неналежне оформлення, відсутність у адвоката необхідних повноважень тощо.

10. Ігнорування клопотань сторін виконавчого провадження, які залишаються навіть без формальних відповідей і не відпрацьовуються по суті (не проводяться відповідні виконавчі дії).

11. Деякі державні виконавці припускаються систематичних помилок при оформленні документації, не включають обов'язкових реквізитів тощо.

12. Більшість проблемних виконавчих проваджень провадяться з перевищенням термінів, відведених ст. 30 ЗУ «Про виконавче провадження».

13. Несумлінне ставлення державних виконавців до відображення проведених виконавчих дій в Єдиному державному реєстрі виконавчих проваджень (ЄДРВП), хоча закон вимагає робити це одночасно з виготовленням документа, на підставі якого вчиняється виконавча дія, та у будь-якому випадку не пізніше 2 робочих днів (п. 1.12.1 Інструкції № 512/5 від 02.04.2012 р., п.п. 3.1, 3.3 Положення про ЄДРВП, затвердженої наказом Міністерства юстиції України № 43/5 від 20.05.2003 р.). В результаті відомості з реєстру не завжди відповідають фактичному стану провадження, внаслідок чого не виконується його мета – здійснення контролю за дотриманням державними виконавцями вимог

законодавства під час здійснення виконавчих дій, надання оперативного доступу сторонам до його матеріалів (ст. 4 ЗУ «Про виконавче провадження»).

14. Матеріали виконавчих проваджень в активній їхній фазі не прошиваються і не нумеруються, внаслідок чого у сторін немає можливості ефективно контролювати їхню комплектність, відповідність реєстру й інформації виконавця.

РЕАГУВАННЯ АДВОКАТА В УМОВАХ ЧИННОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Чинним законодавством України з питань виконавчого провадження передбачено кілька шляхів, якими адвокат може досягти дотримання інтересів свого клієнта. Інші диктує саме життя. До них можна зарахувати:

1. Подання письмових клопотань про проведення конкретних виконавчих дій. Наявність таких клопотань з відмітками про їхнє отримання державним виконавцем або канцелярією органу ДВС відіграє свою позитивну роль, якщо справа дійде до стадії оскарження рішень, дій, бездіяльності посадовця.

2. Направлення адвокатських запитів. З деяких питань це – інструмент, за допомогою якого можна суттєво допомогти державному виконавцеві отримати необхідні відомості чи документи.

3. Допомога державному виконавцю з організаційних питань (завезти адресату чи забрати документ, допомогти в підготовці документа тощо).

4. Заявлення відводів державному виконавцю або оскарження його рішень, дій, бездіяльності його безпосередньому керівнику чи вищому за рівнем органу ДВС. Практика свідчить, що в більшості випадків ці заходи не мають бажаного результату. Заява про відвід задовольняється лише у виняткових випадках (наприклад, за наявності судового рішення, що набрало чинності, про задоволення скарги, поданої проти державного виконавця). Скарги прирівнюються до звернень громадян під приводом недотримання форми (якої, як правило, немає) і їх формальне вирішення розтягується на місяць – максимально допустимий термін.

5. Оскарження рішень, дій, бездіяльності державного виконавця в суді (для боржника суд – єдиний адресат оскарження). В сучасних умовах це найкращий спосіб фіксації порушень, допущених державним виконавцем, хоча іноді його реалізація й займає чимало часу. Скарга подається до суду, який видав виконавчий

документ, або до адміністративного суду у формі позову (зокрема, якщо виконавчий лист був виданий на виконання вироку суду у кримінальному провадженні у частині задоволеного цивільного позову). Треба мати на увазі, що за результатами розгляду скарги (позову) суд не має права зобов'язувати посадових осіб органу ДВС до вчинення конкретних виконавчих дій, які уповноважена здійснювати тільки така особа (п. 7 постанови Пленуму Верховного суду України № 14 від 26.12.2003 р., п. 18 постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ № 6 від 07.02.2014 р.). На практиці суд зазначає про виявлені порушення закону в мотивувальній і описовій частинах рішення, а в резолютивній, окрім визнання рішень, дій і бездіяльності державного виконавця протиправними, зобов'язує державного виконавця здійснити виконавчі дії «відповідно до закону». Як приклади таких рішень можна навести ухвалу Дніпровського районного суду м. Києва від 14.06.2013 р. (справа № 755/7666/13-ц), залишену чинною ухвалою Апеляційного суду м. Києва від 20.11.2013 р., та постанову Київського апеляційного адміністративного суду від 01.10.2014 р. (справа № 753/6299/14-а).

Адвокати, представляючи у виконавчому провадженні одну зі сторін і усвідомлюючи об'єктивні проблеми державних виконавців, часто надають їм усіляку організаційну допомогу

6. З 14 жовтня 2014 р. прокурор може вступити у виконавче провадження, навіть відкрите не за його заявою, за умови, що він здійснював представництво інтересів громадянина або держави в суді у відповідній справі, зокрема у порядку нагляду за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах (ч. 1 ст. 7, ст. 86-1 ЗУ «Про виконавче провадження»). Втім, наразі органи прокуратури не виявляють особливого бажання реалізувати це своє право, навіть якщо прокурор підтримував державне обвинувачення і заявлений цивільний позов при розгляді відповідного кримінального провадження у суді.

ЩО ТРЕБА ЗМІНИТИ

Напевно, покращити ефективність виконавчого провадження можна виключно за допомогою системних змін у законодавстві. Необхідно впровадити положення, якими забезпечуватиметься не декларативна, а фактична невідворотність відповідальності державних виконавців за недотримання ними порядку здійснення виконавчого провадження, реальний вплив стягувача та боржника на хід провадження, а також передбачатимуться заходи, спрямовані на заохочення (стимулювання) повного, об'єктивного і своєчасного виконання посадовими особами органів ДВС своїх обов'язків. Такі зміни, зокрема, мають стосуватись:

1. Спрощення і пришвидшення виконавчого провадження за рахунок ліквідації недієвих інститутів, з його розбивкою на етапи і встановленням чітких і розумних строків їхнього проходження.

2. Посилення відповідальності недобросовісних боржників за невиконання обов'язків, зокрема, шляхом збільшення штрафів і прив'язки їх до суми стягнення (у відсотках).

3. Встановлення чітких строків розгляду клопотань сторін виконавчого провадження, наслідків їхнього недодержання.

4. Встановлення дієвого механізму відводу державного виконавця через зазначення в законі безумовних підстав для нього (зміни до узагальнених формулювань ст. 16 ЗУ «Про виконавче провадження»).

5. Вирішення організаційних питань, направлених на зменшення навантаження на державних виконавців.

6. Забезпечення гідного рівня заробітної плати для працівників органів ДВС.

7. Збільшення розміру винагороди, яку може отримати державний виконавець при повному виконанні ним судового рішення (ст. 46 ЗУ «Про виконавче провадження», п. 10.1 Інструкції № 512/5 від 02.04.2012 р.).

8. Забезпечення належної матеріальної бази органів ДВС (комп'ютерів, канцелярського приладдя, друкарсько-копіювальних матеріалів тощо).

9. Посилення відповідальності державних виконавців за неналежне здійснення виконавчого провадження.

Етап історії, на якому нині перебуває Україна, дає нам унікальний шанс нарешті побудувати по-справжньому демократичну державу. Шлях до цього пролягає через рішучі зміни в усіх сферах життя. І досягнення високих показників фактичного виконання судових рішень є одним із орієнтирів.

ПРОБЛЕМИ СОЦІАЛЬНИХ ВИПЛАТ НА ДОНБАСІ В КОНТЕКСТІ РІШЕННЯ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

АВТОР

Леонід БЄЛКІН,
правознахисник, к.т.н.

Згідно з п. 2 Тимчасового порядку фінансування бюджетних установ, здійснення соціальних виплат населенню та надання фінансової підтримки окремим підприємствам і організаціям Донецької та Луганської областей, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 07.11.2014 р. № 595, у населених пунктах Донецької та Луганської областей, на території яких органи державної влади тимчасово не здійснюють або здійснюють не в повному обсязі свої повноваження (далі – *тимчасово неконтрольована територія*), видатки з державного бюджету, бюджету Пенсійного фонду України та бюджетів інших фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування здійснюються лише після повернення згаданої території під контроль органів державної влади.

Фактично це означає, зокрема, припинення соціальних виплат громадянам на тимчасово неконтрольованих територіях.

Таке припинення, певна річ, створює проблеми громадянам України, які мешкають на цих територіях, що спричинило численні дискусії у суспільстві та політичні спекуляції. Водночас стало відомо, що це питання із суто політичної площини переходить у правову, оскільки подана низка позовів до української влади¹. Тому необхідний серйозний юридичний аналіз цього питання.

Вочевидь, у раніше спокійній Україні це питання належно не регулювалося. Тому судовий розгляд, якщо він відбудеться, буде вимушений спиратися на норми міжнародного права у цій сфері.

Згідно з ч. 1 ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику ЄСПЛ як джерело права. Тому доцільно розглянути позицію Європейського суду з прав людини в аналогічних обставинах.

У цьому сенсі дуже важливим є рішення ЄСПЛ від 08.07.2004 р. у справі «Ілашку та інші проти

Молдови та Росії»² (скарга № 48787/99). Справа розглянута за заявою, поданою до ЄСПЛ проти Республіки Молдова та Російської Федерації чотирма громадянами Молдови і переважно стосується дій, вчинених владою Республіки Придністров'я, регіоном Молдови, який проголосив свою незалежність 1991 року, але не був визнаний міжнародною спільнотою. Заявники вказували, що вони були засуджені Придністровським судом, який не мав відповідних повноважень. Заявники вказували, що молдовська влада відповідальна за Конвенцією про захист прав людини та основних свобод 1950 р. (далі – *Конвенція*) за вказані порушення прав, оскільки вона не вживала жодних заходів для їхнього припинення. Заявники, зокрема, вказували, що РФ несе солідарну відповідальність, оскільки територія Придністров'я була і перебуває під фактичним контролем Росії на тій підставі, що російські війська і військова техніка базувалися на цій території, і що, імовірно, Росія підтримувала сепаратистський режим в цьому регіоні.

Отже, ключовою проблемою у спорі було питання про те, яка країна – член Ради Європи несе відповідальність за порушення прав громадян на території незвіданої держави. З цього приводу ЄСПЛ зазначив таке.

1. Стаття 1 Конвенції передбачає: «Високі договірні сторони гарантують кожному, хто перебуває під їхньою юрисдикцією, права і свободи, встановлені в розділі 1 Конвенції». Зі ст. 1 Конвенції випливає, що держави-учасники повинні нести відповідальність за будь-які порушення прав і свобод стосовно індивідів, котрі перебувають під їхньою юрисдикцією. Юрисдикція – необхідна умова для договірних держав для того, щоб нести відповідальність за дії або бездіяльність, що призвели до порушення прав, встановлених Конвенцією. Суд посилається на своє прецедентне право в обґрунтування того, що мається на увазі під терміном «юрисдикція» в сенсі ст. 1 Конвенції – в міжнародно-правовому значенні цього поняття. Стандартне міжнародно-правове значення терміна «в рамках юрисдикції» пов'язується з територією держави, проте також юрисдикція може здійснюватися і за рамками території держави або не здійснюватися в межах загальновизнаної території держави. Це може бути тоді, коли держава не здійснює влади над частиною своєї території, така ситуація може скластися внаслідок збройної

¹ <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41476782>

² http://sutyajnik.ru/rus/echr/judgments/ilascu_rus.htm

окупації з боку іншої держави, яка контролює цю територію (п.п. 310-313 рішення).

2. Для того щоб з'ясувати, чи має місце таке виняткове становище, суд повинен, з одного боку, дослідити всі факти, пов'язані з обмеженням можливості держави здійснювати владу на цій території, і, з іншого, – поведінку самої держави. Суд визнав, що у виняткових обставинах дії, вчинені державою за межами її території, можуть підпадати під її юрисдикцію в значенні ст. 1. Відповідно до принципів міжнародного права відповідальність держави може мати місце за дії військового характеру, – і правомірних і неправомірних, – якщо на практиці держава здійснює ефективний контроль на території за межами національної території. Зобов'язання забезпечувати права і свободи людини на цій території випливає з самого факту такого контролю через перебування збройних сил на цій території або органів управління. Коли держава здійснює контроль за межами своєї національної території, її відповідальність не обмежується діями солдатів і офіцерів, але також пов'язана з діями місцевої адміністрації. Держава також може нести відповідальність, навіть якщо її агенти діють всупереч її інструкцій. Відповідно до Конвенції, влади високих договірних сторін суворо відповідальні за будь-яку поведінку своїх підлеглих, вони зобов'язані стежити за тим, як виконуються їхні доручення і не можуть посылатися на нездатність гарантувати їхнє виконання (п.п. 313, 314, 316, 319 рішення).

3. ЄСПЛ зазначає, що Молдова не здійснювала контролю над частиною своєї національної території, зокрема, регіоном Придністров'я. У цій справі ЄСПЛ зазначає, що з моменту проголошення суверенітету парламентом 23 червня 1990 року, Молдова була охоплена сепаратистським рухом в Придністров'ї. Рух посилювався в грудні 1991-го при організації місцевих виборів, які були визнані незаконними молдовською владою. Наприкінці 1991-го розв'язалася громадянська війна між владою Молдови та придністровськими сепаратистами, яких підтримували принаймні частина службовців 14-ї армії РФ. У березні 1992-го було оголошено надзвичайний стан. На основі всіх матеріалів, наявних у його розпорядженні, суд вважає, що молдовський уряд, єдиний легітимний уряд Республіки Молдова, з боку міжнародного права, не здійснював влади на частині своєї території, яка перебувала під контролем республіки Придністров'я (п.п. 323, 325, 330 рішення).

3. Суд вважає, що коли держава не може забезпечити дію своєї влади на частині своєї території згідно з фактичною ситуацією (наприклад, **сепаратистський режим**, військова окупація), держава не перестає нести відповідальність і здійснювати юрисдикцію. Вона повинна всіма доступними

дипломатичними і правовими засобами із залученням іноземних держав та міжнародних організацій продовжувати гарантувати права і свободи, передбачені Конвенцією. На думку, ЄСПЛ, **у Молдови було мало шансів встановити контроль над Придністров'ям, враховуючи те, що режим підтримувався РФ економічно, політично і військовими засобами** (п.п. 333, 341, 381 рішення). (381, 382, 394)

4. В ході зіткнень між молдовською владою і придністровськими сепаратистами лідери РФ підтримували сепаратистів своїми політичними заявами. Росія підготувала основні положення Угоди про припинення вогню і більше того, підписала їх як сторона (угода 21 липня 1992). **У світлі всіх обставин суд вважає, що відповідальність РФ настає у зв'язку з незаконними діями придністровських сепаратистів, враховуючи підтримку цих дій з боку Росії.** Тож РФ зробила свій внесок в утвердження сепаратистського режиму в Придністров'ї, частині території Молдови, підтримуючи його політичними економічними та військовими засобами. Відповідно заявники підпадали під юрисдикцію РФ в цілях ст. 1 Конвенції.

Цитовані частини рішення ЄСПЛ свідчать про те, що:

1. Навіть лише підтримка Росією придністровських (у нашому випадку – донбаських) сепаратистів робить її відповідальною за дії цих сепаратистів.

2. Молдова (у нашому випадку – Україна) як жертва сепаратистів і Росії, яка їх підтримує, мала «мало шансів встановити контроль над Придністров'ям (у нашому випадку – частиною Донбасу), враховуючи те, що режим підтримувався РФ економічно, політично і військовими засобами». При цьому, зауваження ЄСПЛ про обов'язок докладати дипломатичні та правові зусилля Україною цілком виконуються.

3. Отже, саме Росія, а не Україна несе практичну відповідальність за забезпечення прав та свобод громадян, зокрема, соціальних, на території, яку Україна не контролює, а фактично контролюють сепаратисти, підтримувані РФ. Зазначимо, що саме про неконтрольовані території йде мова у Постанові Кабінету Міністрів України від 07.11.2014 р. № 595. Отже, влада України не є належним відповідачем у справах про соціальні виплати на територіях, які вона не контролює. При цьому, ЄСПЛ не спирався на фактичну участь військових РФ у придністровському конфлікті, – достатньо було встановлення фактів підтримки з боку РФ дій сепаратистів.

Вважаю, що наведені правові позиції ЄСПЛ, викладені у рішенні від 08.07.2004 р. у справі «Ілашку та інші проти Молдови та Росії», можуть слугувати підставою для ухвалення відповідних рішень українськими судами.

ПОДАТКОВО-КРИМІНАЛЬНЕ ПИТАННЯ

Чи є вирок у кримінальній справі за ст. 205 КК України щодо контрагента «вироком» для платника податків при проведенні позапланової перевірки?

АВТОР

Ганна ОЛІФІРЕНКО,
радник «Ел Сі Еф»

Не є новиною, що одна з розповсюджених підстав для збільшення податкових зобов'язань платників податків за результатами позапланових документальних перевірок – посилення на розслідування кримінальної справи за ст. 205 Кримінального кодексу України (фіктивне підприємництво) або на набрання законної сили обвинувальним вироком за цією статтею відносно контрагента платника податків. Як наслідок, податківці зазвичай роблять висновки про нікчемність або недійсність усіх укладених таким контрагентом угод із посиланням на ст. 228 та/або ст. 203 ЦК України, ст. 207, 208 ГК України.

Проте чи завжди кримінальне провадження або вирок за ст. 205 КК щодо контрагента є для суду безумовним аргументом, щоб стати на бік податкової та визнати законність податкового повідомлення-рішення (далі – ППР) про донарахування податкових зобов'язань платнику податків?

Звернімось до законодавчого регулювання. Чи є вирок у кримінальній справі обов'язковим для адміністративних судів та в яких межах? Відповідно до ч. 4 ст. 72 КАС України, вирок суду в кримінальному провадженні або постанова суду в справі про адміністративний проступок, які набрали законної сили, є обов'язковими для адміністративного суду, що розглядає справу про правові наслідки дій чи бездіяльності особи, щодо якої ухвалені вирок або постанова суду, лише в питаннях, чи мало місце діяння та чи вчинене воно цією особою.

Аналіз зазначеної статті доводить, що обставини, установлені в інших процесуальних актах у кримінальних справах чи справах про адміністративні проступки, не можуть розглядатися як обов'язкові для суду відповідно до ч. 4 ст. 72 КАС України. Водночас наведена норма

обмежує обов'язковість вироку в кримінальній справі чи постанові у справі про адміністративний проступок лише фактами щодо конкретної особи, а також часу, місця і об'єктивного характеру діяння цієї особи.

Такі висновки також підтверджуються листом ВАСУ №2379/12/1312 від 14.11.2012, згідно з яким правова кваліфікація діяння особи, наведена у вирокі в кримінальній справі або постанові про адміністративний проступок (тобто застосування тих чи інших правових норм до відповідної поведінки), не є обов'язковою для адміністративного суду. Окрему увагу ВАСУ звертає на те, що норма ч. 4 ст. 72 КАС України поширюється лише на особу, щодо якої постановлено відповідний вирок або прийнято постанову.

Аналіз судової практики Вищого адміністративного суду України, сподіваємось, допоможе дати відповідь на питання, яким чином суди на практиці дають оцінку доказам податкової щодо порушення кримінальної справи або наявності вироку в податкових спорах, щоб обрати правильну стратегію під час оскарження ППР в аналогічних ситуаціях та підкріпити свої доводи відповідними доказами.

Перш за все, варто зазначити, що незважаючи на положення ст. 72 КАС та роз'яснення, надані в листі від 14.11.2012, суди часто вважають достатнім доказом сам факт порушення кримінальної справи за ст. 205 КК України щодо контрагента платника податків. Як приклад можна навести ухвалу Вищого адміністративного суду України від 10.10.2013 у справі №К/9991/33692/12 (<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/34241663>), якою касаційну скаргу позивача (платника податків) було залишено без задоволення, а постанову суду апеляційної інстанції, якою відмовлено в позові про скасування ППР, залишено в силі. Судами було встановлено, що контрагент позивача зареєстрований на ім'я фізичної особи К., стосовно якої порушено кримінальну справу за фактом створення суб'єктів підприємницької діяльності з метою прикриття незаконної діяльності, за ознаками складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 205 КК України, згідно з постановою про порушення кримінальної справи.

Судом зазначено, що на боці контрагента позивача діяла особа, яка не могла мати законних повноважень на здійснення операцій, підписання документів податкової звітності, надання податкових накладних, і саме на цій підставі суд дійшов висновку про відсутність підстав для скасування ППР, незважаючи на відсутність вироку. Більш того, з тексту ухвали не простежується, чи було досліджено фактичне здійснення господарської операції, зокрема, чи спричинила вона реальні зміни майнового стану платника податків, як це передбачено листом ВАСУ №742/11/13 від 02.06.2011.

Але ж сам факт порушення кримінальної справи за ст. 205 КК України, на думку автора, не може бути доказом фіктивності всіх угод, укладених такою особою, оскільки, відповідно до ст. 62 Конституції України, ч. 2 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та ч. 1 ст. 17 КПК України, особа не вважається винною у вчиненні кримінального правопорушення, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили. Крім того, обов'язковому дослідженню підлягає питання фактичного здійснення господарської операції.

Аналогічні висновки були зроблені Вищим адміністративним судом України в ухвалі у справі №К/800/14056/13 від 9.10.2013. У ній зазначено, що зважаючи на відсутність доказів набрання законної сили судовим рішенням у кримінальній справі, суди попередніх інстанцій дійшли обґрунтованого висновку, з яким погоджується суд касаційної інстанції, що в органу державної податкової служби були відсутні правові підстави для винесення ППР за наслідками перевірки. За таких обставин колегія суддів погодилася з висновками судів попередніх інстанцій, що оскаржуване ППР було прийняте без достатніх правових підстав, а тому підлягає скасуванню. Як вказав суд касаційної інстанції, посилання органу державної податкової служби на фіктивний характер господарських операцій за договорами, укладеними позивачем, що ґрунтуються на матеріалах досудового слідства в рамках кримінальної справи, правомірно були відхилені судами попередніх інстанцій, оскільки ґрунтуються на висновках, зроблених до винесення рішення по кримінальній справі.

Ухвалою у справі №К/800/1167/13 від 7.10.2013 (<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/34027673>) ВАСУ скасував рішення судів пер-

шої та апеляційної інстанцій та направив справу на новий розгляд, зазначивши при цьому не тільки відсутність вироку в кримінальній справі, а й те, що судами обох інстанцій не досліджено питання щодо фактичного здійснення господарських операцій між позивачем та контрагентами.

Ще в одній справі судом касаційної інстанції не були взяті до уваги пояснення засновника і керівника контрагента позивача про те, що йому невідомо, що він є засновником юридичної особи, що фінансово-господарську діяльність він не проводив, жодних документів (договорів, податкових накладних, звітів тощо), що засвідчують факт фінансово-господарських відносин, не видавав та не підписував (ухвала ВАСУ у справі №К/9991/76316/12 від 2.10.2013).

Для прийняття рішення у справі, навіть за наявності вироку, ключову роль відіграє, насамперед, відсутність доказів протиправності дій платника податків, який оскаржує ППР

В обґрунтування своїх висновків ВАСУ зазначив, що при кваліфікації правочину за ст. 228 Цивільного кодексу України має враховуватися вина, яка виражається в намірі порушити публічний порядок правочину сторонами або однією зі сторін, а доказом вини може бути вирок суду, постановлений у кримінальній справі щодо знищення, пошкодження майна чи незаконного заволодіння ним тощо. Однак, як вказує суд, вирок за обвинуваченням зазначеної вище фізичної особи-керівника контрагента відповідачем не наданий, в акті перевірки відповідач посилається лише на пояснення останнього. Водночас, як зазначив ВАСУ, судом апеляційної інстанції були досліджені наявні первинні документи, встановлено реальність господарської операції з вказаним контрагентом та дотримання позивачем спеціальних вимог законодавства щодо документального підтвердження сум податкового кредиту.

У той же час, навіть набуття законної сили вироком у кримінальній справі по обвинуваченню

за ст. 205 КК України щодо посадової особи (осіб) контрагента не є беззаперечним і неспростованим доказом протиправних дій платника податків, який оскаржує ППР про донарахування йому податкових зобов'язань. Наприклад, не в одній своїй ухвалі Вищий адміністративний суд України, у т.ч. посилаючись на зміст ч. 4 ст. 72 КАС України, аналіз якої наводився вище, зазначає, що вирок у справі про звинувачення керівника контрагента позивача не може бути однозначною підставою для висновку про неправомірність формування позивачем податкового кредиту у випадках, якщо під час розслідування кримінальної справи не досліджувалися безпосередньо правовідносини між недобросовісним контрагентом та позивачем у справі, а також відсутні докази щодо обізнаності або умислу позивача.

Прикладом такої позиції може бути постанова ВАСУ у справі №К/9991/38114/12 від 3.04.2013 (http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/AS130054.html). Як зазначає суд, обставини виконання спірних господарських операцій між позивачем та контрагентами не досліджувалися у кримінальній справі №1797/11 по обвинуваченню ОСОБИ_3 за ст. 205 та 358 Кримінального кодексу України, а відтак саме по собі здійснення ним реєстрації названих товариств без мети реального здійснення підприємницької діяльності та номінальність його керівництва цими товариствами, установлена у названій кримінальній справі, за відсутності інших обставин, які свідчили б про необґрунтованість податкової вигоди, були визнані судами як доказ безтоварності спірних господарських операцій безпідставно.

Щодо посилання ДПІ на неможливість формування даних податкового обліку на підставі первинних документів, підписаних від імені спірних контрагентів невстановленими особами, суд зазначив, що платник не має можливості встановлювати автентичність та належність підписів на кожному документі, представленому контрагентом, а також проводити почеркознавчу експертизу під час здійснення підприємницької діяльності; на нього не може бути покладено надмірний тягар доказування своєї добросовісності. При дотриманні контрагентом законодавчо встановлених вимог щодо оформлення відповідних документів підстави для висновку про недостовірність або суперечливість даних, зазначених у таких податкових накладних, відсутні, якщо не встановлені обставини, що свідчать

про обізнаність покупця про зазначення продавцем недостовірних даних.

В ухвалі ВАСУ у справі №К/800/41810/13 від 3.10.2013 (<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/34027632>) суд також зазначає, що вирок у кримінальній справі не може бути доказом протиправності позивача, оскільки договори між позивачем та його контрагентом, директора та засновника якого визнано винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 205 КК України, не були предметом розгляду в цій кримінальній справі.

Під час розгляду вказаної справи суди попередніх інстанцій, з висновками яких погодився ВАСУ, дійшли висновку, що недотримання контрагентом позивача податкової дисципліни не має правового значення для вирішення цього спору, оскільки порушення платником вимог податкового законодавства тягне застосування заходів відповідальності саме до такого платника та не може негативно впливати на податковий облік інших осіб (зокрема, його контрагентів) за відсутності факту причетності останніх до таких правопорушень та за наявності факту здійснення господарської операції.

Підсумовуючи, слід зазначити, що наявність вироку за ст. 205 КК України відносно власників та/або керівників суб'єкта господарювання, з яким платник податків здійснював господарські операції, у переважній кількості справ є вагомим аргументом як для податкових органів, так і для суду. Навіть більше: якщо операції з конкретним платником податків, щодо якого було прийняте ППР, відображаються у матеріалах кримінальної справи, і вирок суду встановлені фактичні обставини незаконності таких господарських операцій, шанси виграти судову справу значно зменшуються.

Таким чином, проаналізувавши практику, можемо дійти висновку, що для прийняття рішення у справі, навіть за наявності вироку, ключову роль відіграє, насамперед, відсутність доказів протиправності дій платника податків, який оскаржує ППР, зокрема, встановлених у вирок суду, а також доведення факту реальності господарської операції. Такий факт встановлюється на підставі аналізу первинних документів та інших доказів у справі, які підтверджують, зокрема, рух активів у процесі здійснення господарської операції, зв'язок між фактом придбання товарів і господарською діяльністю платника податку, наявність господарської мети тощо, як передбачено листами ВАСУ №1112/11/1310 від 20.07.2010 та №742/11/1311 від 02.06.2011.

ЗАХИСТ ТОРГОВИХ МАРОК В ІНТЕРНЕТІ

ОСОБЛИВОСТІ УКРАЇНСЬКОГО ЗАХИСТУ ТОРГОВИХ МАРОК У ДОМЕННИХ СПОРАХ

Ольга **СТОЛЯРЧУК**,

молодший юрист МЮФ Schoenherr

ПОНЯТТЯ ТА ЗНАЧЕННЯ ТОРГОВОЇ МАРКИ

Відповідно до Закону України №3689-ХІІ від 15.12.1993 «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», знаком на товари і послуги є позначення, за яким товари і послуги одних осіб відрізняються від товарів і послуг інших осіб.

Знак на товари і послуги (далі – *торгова марка*) є візитівкою компанії, основним елементом, що вирізняє та індивідуалізує на ринку як саму компанію, так і товари і послуги, які вона пропонує споживачам. Торгові марки є допоміжним інструментом реклами, спрямованим на привертання уваги споживачів, асоціювання та впізнаваність товарів та послуг у майбутньому, а також частиною бренду, іміджу, репутації. Створення, використання та захист торгової марки є важливими кроками у діяльності кожної компанії.

У разі успішності та популярності певного бізнесу незареєстрована торгова марка стає легкою здобиччю для недобросовісних конкурентів. Результатом використання ними вашої торгової марки для рекламування (тобто фактичне запозичення вже існуючої репутації) може стати зменшення обсягів замовлення, продажу, збуту продукції та послуг. А у разі, якщо ж цим самим недобросовісним конкурентом будуть надаватися неякісні послуги чи товар, на додаток негативним результатом може стати знецінення й втрата репутації та іміджу компанії.

ПРАВОВИЙ ЗАХИСТ ТОРГОВОЇ МАРКИ В УКРАЇНІ

Відповідно до законодавства України, об'єктом торгової марки може бути будь-яке позначення або будь-яка комбінація позначень: ТМ може бути зображувальною, включаючи кольори та їх комбінацію (наприклад, емблема, лого-

тип), словесною, включаючи власні імена, літери, цифри (наприклад, слоган, назва, логотип) чи комбінованою.

Для отримання правової охорони торгова марка «не має суперечити публічному порядку, принципам гуманності і моралі, та на неї не мають поширюватися підстави для відмови у наданні правової охорони».

Торгова марка в Україні може бути захищена у разі:

- її реєстрації на території України;
- її реєстрації в іноземних державах згідно з Мадридською угодою про міжнародну реєстрацію знаків та/або Протоколів до неї (далі – *Мадридська угода*);
- якщо торгова марка є добре відомою та визнана такою у встановленому законодавством України порядку.

Охорона міжнародно зареєстрованих торгових марок відповідно до Мадридської угоди на території України відбувається автоматично з дати реєстрації Міжнародним бюро (це прямо передбачено у ст. 4 Мадридської угоди) тією ж мірою, що й коли б вони були зареєстровані безпосередньо в Україні, та не потребує отримання додаткового сертифікату. В цьому випадку власнику торгової марки досить перевірити, чи має відповідну інформацію Укрпатент (Український інститут промислової власності).

Охорона торгової марки як добре відомої здійснюється на території України на підставі Паризької конвенції та Закону України «Про охорону прав на знак для товарів і послуг». Така охорона розповсюджується після офіційного визнання торгової марки добре відомою Апеляційною палатою або судом. Регулювання цієї процедури передбачено Порядком визнання знака добре відомим в Україні Апеляційною палатою Державної служби інтелектуальної власності України, що затверджений наказом Міністерства освіти і науки України №228 від 15.04.2004.

Щодо реєстрації торгової марки на території України законодавство України передбачає, що право власності на торгову марку засвідчується свідоцтвом, строк дії якого становить 10 років від дати подання заявки. Свідоцтво наділяє його власника правом використовувати

знак та іншими правами, передбаченими законодавством, а також надає виключне право забороняти іншим особам використовувати торгову марку без його згоди. Будь-яке посягання (або такі спроби) на права власника свідоцтва вважатимуться правопорушенням і є підставами для притягнення правопорушника до адміністративної, цивільної та навіть кримінальної відповідальності.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ТА СПОСОБИ ЗАХИСТУ ТМ У ДОМЕННИХ СПОРАХ

Що таке торгова марка для сучасного бізнесу

Ведення бізнесу в Україні й у світі постійно розвивається. Саме тому в умовах великої конкуренції підприємці вивчають та використовують передові методи залучення споживачів та розширення каналів збуту.

З розвитком та популяризацією Інтернету все більше компаній використовують цей ресурс з метою реклами, а також для пропонування продукції та послуг до збуту (наприклад, сайти-візитівки, де розміщуються каталоги вже наявної у місцях продажу продукції). Частішають і випадки, коли продаж продукції або пропонування послуг відбуваються безпосередньо і лише через мережу Інтернет, тобто не існує фактичного магазину чи приміщення, де споживачі можуть оцінити та купити продукцію (чи замовити послуги) без використання Інтернету – є лише складські приміщення та/або інформаційно-адміністративні офіси (наприклад, доставка їжі, товару з-за кордону, послуги продажу подарункових сертифікатів, купонів на розваги та знижки).

Суспільні відносини та потреби постійно розвиваються, тому вони мають бути законодавчо врегульовані та захищені. Торгові марки як важливий елемент бізнесу не є винятком, тому використання (та/або заборона до використання) торгової марки у мережі Інтернет повинне мати не тільки чітке регулювання та закріплення у законодавстві, а й механізм такого захисту.

Законодавство України із захисту торгових марок передбачає, що застосування торгової марки у діловій документації чи в рекламі та у мережі Інтернет є використанням торгової марки, і таке використання без згоди володільця є прямим порушенням його прав. Окремо законодавство виділяє таке порушення прав власника свідоцтва, як використання без його згоди торгової марки та позначень у доменних іменах.

Проте, якщо протиправна практика використання торгових марок у мережі Інтернет з метою рекламування та пропонування до продажу

викликає певну кількість неоднозначних питань (зазвичай такі питання виникають під час вирішення спорів у судах і стосуються підтвердження факту наявності порушення та факту, що таке правопорушення завдало шкоди власникам торгових марок), питання регулювання та захисту торгових марок при використанні у доменному імені (особливо у доменних іменах третього рівня, наприклад .COM.UA, KIEV.UA та ін.) до кінця не визначені.

Становлення інтернет-законодавства

Починаючи з 2001 р., Україна за підтримки Всесвітньої корпорації з призначення доменних імен та номерів (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, далі – ICANN) почала процес регулювання адміністрування системного реєстру і системи доменних імен домену .UA. Відповідно до розпорядження Кабінету міністрів України №447 від 22.07.2003 «Про адміністрування домену .UA», було створено Український мережевий інформаційний центр (далі – UANIC). Наразі це «єдина в Україні реалізована на практиці модель багатостороннього партнерства (multi stakeholders) ICANN».

Водночас створюється та починає функціонувати інша організація, яка форматується у ТОВ «Хостмайстер». Фактично за її ініціативою майже в той самий період було створено Правила домену .UA» (далі – *Правила*). На сьогодні вони складаються з трьох розділів та, по суті, «визначають систему взаємовідносин і процедур стосовно делегування та адміністрування доменних імен в домені .UA». Відповідно до п. 1.3 Правил, вони «є невід'ємною частиною договорів, які укладаються адміністратором домену .UA з цього приводу, та конкретизують права та обов'язки сторін таких договорів».

Тривалий час ці Правила слугували певним допоміжним, а інколи й основним документом при вирішенні судами питання використання та захисту торгової марки у доменних іменах. З часом позиція суддів щодо природи цього документа й відносин, які він регулює, змінилася. Особливо це стало помітно після останніх змін, що відбулися 26 лютого 2013 р., коли Правила було скорочено з 6 розділів до 3. Причому слід зауважити, що «під скорочення» потрапили саме ті розділи, які стосувалися питання вирішення «доменних спорів».

Наразі у Правилах знайшли своє відображення загальні принципи та положення, правила делегування доменних імен та особливості делегування домену .UA. Серед важливих особливостей для власників торгових марок варто

виокремити повноваження делегування доменних імен .UA «виключно у разі, якщо відповідне доменне ім'я повністю, або його компонент другого рівня (до знака «.», але не включаючи цей знак) за написанням збігається зі знаком, права на використання якого на території України належать відповідному реєстранту».

Отже, стає зрозуміло, що документ, яким керуються учасники делегування доменних імен верхнього домену .UA (адміністратор, реєстратори та реєстранти, повноваження та ролі яких детальніше буде зазначено пізніше), передбачає певний захист торгової марки шляхом встановлення вимоги про надання доказів належності торгової марки реєстранту (особі, що бажає зареєструвати доменне ім'я) для реєстрації доменного імені. Проте з часом зазначене вище усунення з тексту певних розділів звузило трактування судами положень Правил, і вони набули дорадчого характеру та слугують скоріше інструкціями для реєстраторів при реєстрації доменів .UA.

Що стосується регулювання доменів інших рівнів, то ТОВ «Хостмайстер» були розроблені регламенти реєстрації доменних імен у доменах .COM.UA та .KIEV.UA. Ці документи мають досить декларативний характер та не містять жодних вимог до реєстранта щодо торгових марок, тому не можуть надавати жодних гарантій захисту їхнім власникам. Напевне, саме тому при реєстрації доменів третього рівня існує багато зловживань з боку недобросовісних конкурентів.

Звертаємо увагу й на інші закони, що регулюють функціонування мережі Інтернет. Починаючи з 2001 р., інтернет-законодавство розвивалося поступово. Так, у період становлення «доменного регулювання» (створення та прийняття зазначених вище документів про доменні імена) було прийнято Закон України №1280-IV від 18.11.2003 «Про телекомунікації», проте він був і є досить загальним, оскільки містить широке трактування та регулювання адміністрування доменів.

ДЕКІЛЬКА СЛІВ ПРО ПРОЦЕС РЕЄСТРАЦІЇ ДОМЕНУ

Правова природа доменного імені

Повертаючись до охорони та захисту торгових марок, доменне ім'я, відповідно до ст. 1 ЗУ «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» – це ім'я, що використовується для адресації комп'ютерів і ресурсів в Інтернеті. Простими словами, доменне ім'я – це певний ідентифікатор ресурсу в мережі, виражений в

унікальному наборі символів для зручності користування та пошуку. Яку ж правову природу має право на його використання?

Законодавство України не містить жодної норми, яка могла б визначити належність доменного імені та володіння ним до певних правовідносин. Проте така позиція існує на європейському просторі. Зазначимо позицію з цього питання Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), зважаючи, що «суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права».

У ключовій справі «Paeffgen GmbH проти Німеччини» ЄСПЛ дійшов висновку, що «власник доменного імені, зважаючи на те, що він сплатив усі необхідні кошти, має виключне право користуватися та передавати доменне ім'я, а також самостійно визначати способи його використання (наприклад, для відвідувачів сторінки він може розмістити рекламу, інформацію про послуги та/або товари, зробити доступ платним, продати доменне ім'я третім особам). Тому таке необмежене право на використання доменного імені має економічну цінність, а відповідно, є правом власності у розумінні ст. 1 протоколу №1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод». Таким трактуванням суд відносить право володіння доменним іменем до матеріальних прав.

Способи захисту прав власників торгових марок у разі їх протиправного використання

Вбачаємо, що наведений вище підхід дає можливість особам, чії права на торгову марку порушені, скористатися засобами захисту своїх прав та звертатися до суду з вимогою припинити порушення шляхом скасування делегування доменного імені або переделегування його компанії-власнику ТМ. Кількість позитивних подібних судових рішень постійно зростає.

Проте суди поділяються залежно від суб'єктів, між якими виникає спір. Так, спори між суб'єктами господарювання вирішуються господарськими судами зазвичай за місцезнаходженням реєстранта доменного імені, тоді як інші спори розглядаються місцевими загальними судами. Господарські суди при розгляді спорів щодо використання торгової марки у доменному імені керуються спеціалізованою постановою пленуму Вищого господарського суду України №12 від 17.10.2010 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності». Серед положень цієї постанови є деякі досить дієві настанови господарським судам у «доменних справах».

Для осіб, які бажають вирішити спори у господарських та цивільних судах, існує можливість використати окремі досудові особливості захисту прав інтелектуальної власності. Так, Господарський процесуальний кодекс України передбачає, що особи, які вважають, що їхні права порушуються, або існує загроза такого порушення, а також особи, які побоюються, що надання доказів наявності правопорушення стане неможливим, можуть звернутися до суду до подання позову та просити забезпечити запобіжні заходи. Такими заходами можуть бути:

- витребування доказів;
- огляд приміщень, у яких відбуваються дії, пов'язані з порушенням прав;
- накладення арешту на майно, що належить особі, щодо якої вжито запобіжні заходи, і знаходиться в неї або в інших осіб.

Схожі положення містить і Цивільний процесуальний кодекс України, який передбачає можливість звернення осіб щодо вжиття забезпечення позову для збереження доказів правопорушення. Передбачені у ГПК та ЦПК засоби більше стосуються спорів про протиправне використання торгових марок при виготовленні та збуті контрафактної продукції. Проте «доменні спори», як показує практика, зазвичай ідуть у комплексі з ними, тому ці положення можуть бути корисними.

Для повного та ефективного захисту своїх прав власникам торгових марок варто звертатися і до досить дієвих додаткових засобів захисту своїх порушених прав. Скажімо, оскільки при вчиненні правопорушення йдеться, насамперед, про недобросовісну конкуренцію, порушників можливо (і варто) притягнути до відповідальності згідно із Законом України №236/96-ВР від 07.06.1996 «Про захист від недобросовісної конкуренції». На практиці такі звернення до антимонопольних органів частіше здійснюються додатково до вирішення спорів у судах.

Не варто забувати і про правоохоронні органи, до яких можна звернутися із заявою про порушення кримінальної справи (заява про злочин) на підставі ст. 229 Кримінального кодексу України. У цьому випадку особам, які бажають захистити свої права та припинити правопорушення, слід довести, що правопорушник своїми діями завдав значної шкоди власнику торгової марки. Значна шкода – від 20 неоподаткованих мінімумів доходів громадян, станом на 26.02.2014 це 11 470 грн. У разі, якщо сума заподіяної шкоди менша, вчинення правопорушення тягне адміністративну відпові-

дальність (згідно зі ст. 512, ч. 1 ст. 1643 Кодексу України про адміністративні правопорушення).

Звернення до правоохоронних органів є доволі поширеним у Європі та набуває популярності в Україні, адже розслідування, розпочате правоохоронними органами для підтвердження наявності факту правопорушення, фактично допомагає власникам торгових марок полегшити збір доказів та зберегає їх час. При цьому таке звернення не виключає можливості вирішення в майбутньому спору і в судовому порядку. Таким чином, за наявності збитків у розмірі, що передбачений у кримінальному законодавстві, звернення до правоохоронних органів може слугувати додатковою дією, яку можна ініціювати перед початком судового розгляду.

Якщо зі способами захисту і місцями вирішення спору більш-менш зрозуміло, то наступним кроком є визначення сторін, що виступатимуть у спорі. За загальним правилом, у «доменних спорах» традиційно беруть участь учасники процесу делегування доменного імені, а саме адміністратор, реєстратор доменних імен та реєстрант.

Реєстратор, відповідно до п. 2.7.2. Правил домену .UA – це «суб'єкт господарювання, який надає реєстранту (особі, що бажає зареєструвати сайт) послуги, необхідні для технічного забезпечення делегування і функціонування доменного імені». Інакше кажучи, реєстратор – це особа, до якої звертається реєстрант щодо реєстрації (делегування) сайту. Перелік усіх реєстраторів домену .UA можна побачити на сайті ТОВ «Хостмайстер». Проте оскільки реєстратори діють на підставі договору з адміністратором, саме останній остаточно вирішує питання як делегування, так і переделегування домену.

Адміністратором домену .UA є ТОВ «Хостмайстер». Усю інформацію про реєстратора та інколи про реєстранта можна знайти через пошук whois, який можна здійснити через сайт ТОВ «Хостмайстер».

А реєстрантом фактично є особа, яка бажає зареєструвати доменне ім'я.

Важливо пам'ятати, що при зверненні до суду або інших органів особи, права яких порушуються, мають довести не тільки факт наявності правопорушення шляхом неправомірного використання торгової марки, а й зв'язок між діяльністю правопорушника та торговою маркою, яку він незаконно використовує. Особливу увагу суди приділяють визначенню меж охорони лише тих товарів і послуг, щодо яких таку торгову марку зареєстровано, чи споріднених з ними.

СУДОВА ПРАКТИКА ЩОДО НЕПРАВОМІРНОГО ВИКОРИСТАННЯ ТМ У ДОМЕННОМУ ІМЕНІ

Із розвитком Інтернету постійно зростає кількість як користувачів, так і сайтів. Таке зростання призводить до конкуренції за «цінні» доменні імена. Як наслідок, число «доменних спорів», що виникають з приводу неправомірного використання торгових марок та комерційних найменувань у мережі, збільшується.

Як уже неодноразово зазначалося, в Україні існує спірна позиція щодо нормативного регулювання захисту торгової марки у доменах. Насамперед, не до кінця зрозуміла права природа документів, що були створені ТОВ «Хостмайстер» відповідно до міжнародної практики. Українські суди дають їм різну правову оцінку.

Що стосується Правил домену .UA, то у своїй постанові №44/1 від 8.06.2004 Вищий господарський суд України дійшов висновку, що «відносини з адміністрування доменів, реєстрації (делегування) та обслуговування доменних імен регулюються правилами ICANN, уряду США та міжнародних організацій, та українські суди їх не застосовують. Це обґрунтовується тим, що в силу ст. 4 ГПК, такі норми не входять до списку джерел, якими керуються господарські суди при розгляді спорів».

Серед новіших рішень можемо навести як приклад рішення Господарського суду Києва №20/296 від 4.10.2011. Відповідно до позиції суду, Правила домену .UA були застосовані в силу того, що вони є частиною договору: «Як вбачається з п. 1.3 Правил домену .UA, ці Правила є невід'ємною частиною договорів, які укладаються адміністратором домену .UA з приводу делегування та адміністрування доменних імен в домені .UA та конкретизують права і обов'язки сторін таких договорів. Таким чином, Правила домену .UA є додатком до договорів, які укладаються адміністратором домену .UA. Відповідно, вони є обов'язковими до застосування сторонами відповідних договірних відносин та не розповсюджують свою дію на осіб, які не є сторонами договору, і не породжують для них певні права та обов'язки».

Існує і протилежна думка, вона зазначена у постанові Київського апеляційного господарського суду №12/82 від 21.01.2009: «дані Правила як джерело права є звичаєм, а саме правилом поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин (абз. 2 ч. 1 ст. 7 Цивільного кодексу України)».

Схожу позицію можна знайти і щодо правил, розроблених для доменів іншого рівня – наприклад, доменів третього рівня .COM.UA. Господарським судом Донецької області у рішенні №14/190пд від 25.10.2006 було зазначено, що хоч ці правила і «не є нормативними, мають рекомендаційний характер, вони добровільно застосовуються учасниками відносин у сфері регулювання Всесвітньої мережі Інтернет (адміністраторами, реєстрантами та реєстраторами). За таких підстав суд вважає можливим застосувати їх на підставі ст. 7 ЦК України як звичай, який не суперечить актам цивільного законодавства України, ратифікованим міжнародним договорам».

Отже, можна зробити висновок, що вирішення питання використання торгової марки у доменному імені, особливо у справах, коли на сайті є пропозиція продажу контрафактної продукції із використанням торгової марки, може мати неоднозначну оцінку та залежить від використаних доказів та позицій. Саме тому в таких справах потрібна кваліфікована підтримка та наявність особливих знань як зі сфери захисту інтелектуального права, так і з конкурентного права.

КІБЕРСКВОТИНГ

Серед інших випадків проявів недобросовісної конкуренції із використанням торгових марок найпоширенішим є таке правопорушення, як кіберсквотинг. Відповідно до загального значення цього терміну, під ним слід розуміти завідому реєстрацію доменного імені із використанням чужого об'єкта інтелектуальної власності або схожої назви з метою його подальшого перепродажу компаніям, частіше за все власникам торгових марок. Тобто фактично правопорушення здійснюється лише щодо використання торгової марки у доменному імені, без наявності контрафактної продукції із використанням цієї ж торгової марки.

Судова практика щодо кіберсквотингу в Україні наразі є доволі видовженою та незначною, проте вважаємо, що з часом кількість таких справ зростатиме, і створена позиція буде направлена на вирішення питань наявних правопорушень із використанням торгової марки.

Досить цікавим стосовно питання кіберсквотингу є заочне рішення Солом'янського районного суду Києва від 25.11.2013. Відповідно до фабули справи, компанія «Філіп Морріс Інтернешнл Менеджмент С.А.» звернулася до суду щодо припинення використання комерційного

найменування як у доменному імені, так і в електронній пошті правопорушника. Окремо компанія повідомила про таке правопорушення, як перенаправлення із сайту правопорушника на головний сайт компанії, що вводить в оману споживачів, які через такий зв'язок із головним офісом вважають компанію правопорушника справжньою та оригінальною.

Відповідно до позитивного рішення на користь «Філіп Морріс Інтернешнл Менеджмент С.А.» суд зазначає таке: «З урахуванням зазначених фактів, суд погоджується з доводами позивача, що за міжнародною практикою є підстави вважати відповідача правопорушника «кіберзлочинцем» (з англ. – *cybersquatter*), тобто особою, яка здійснює діяльність кіберсквотингу (з англ. – *cybersquatting*). При цьому суд бере до уваги інформацію щодо поняття «кіберсквотинг» з енциклопедії «Вікіпедія», розміщеної на сайті в мережі Інтернет, належно завірені сторінки з якої є в матеріалах справи: «це ... протизаконна діяльність, що полягає у реєстрації, використанні та пропонуванні до продажу доменного імені із несумлінним наміром отримати прибуток від паразитування на гудвілі, торговій марці або фірмовому найменуванні, які належать іншій особі. Після несумлінної реєстрації несумлінний реєстрант (кіберсквотер) зазвичай пропонує продати доменне ім'я законному власнику знака за значно вищою ціною...».

Незважаючи на те, що у рішенні фігурує не торгова марка, а комерційне найменування, та й саме значення кіберсквотингу тісно пов'язане із контрафактною продукцією, вважаємо, що позитивна судова практика на користь власників об'єктів інтелектуальної власності з використанням міжнародного досвіду починає своє становлення. Такі рішення можуть слугувати не тільки базою для захисту власниками торгових марок своїх позицій у майбутньому – вони першими кроками до поліпшення інтернет-законодавства в цілому.

АЛЬТЕРНАТИВНІ СПОСОБИ ЗАХИСТУ

Попри те, що судовий розгляд залишається найпоширенішим способом захисту прав, не варто забувати й про альтернативні способи захисту – ADR (Alternative Dispute Resolution – альтернативні способи вирішення спорів). Практика застосування медіації, переговорів та звернення до арбітражних інституцій набуває популярності у світі, проте в Україні існують певні перепони для їх використання. Особливо стосовно останнього, адже якщо медіація та

переговори залежать суто від бажання та волі осіб, які будуть залучені до справи, то звернення до арбітражних установ повинне мати законодавче підґрунтя.

Найголовнішими перепонами щодо використання арбітражу є те, що законодавство України не зобов'язує сторони вдаватися до спроб перед судовим розглядом вирішити спір іншим чином, а також те, що уніфікована політика розв'язання спорів про доменні імена (Uniform Domain – Name Dispute – Resolution Policy, UDRP) не розповсюджуються на доменну зону .UA.

Стосовно вирішення спорів за допомоги переговорів та медіації – наша практика показує, що вони дедалі частіше стають дієвим засобом. У разі порушення прав на торгову марку або навіть кіберсквотингу варто скористатися правом попередження порушника про скоєне ним правопорушення. При «доменних спорах» це бажано зробити за схемою: звернення до реєстратора та на ім'я реєстранта. Незважаючи на те, що такі кроки можуть бути не задоволені повністю, адже реєстратор уповноважений діяти лише на підставі рішення суду, реєстрант може піти на перемовини за власним бажанням та припинити правопорушення через страх стягнення в подальшому більшої суми чи навіть закриття бізнесу через суд.

ВИСНОВОК

Використання масштабного ресурсу Інтернет давно стало нагальним питанням для підприємців. Серед причин цього можна назвати нові канали збуту товарів і послуг, нові способи рекламування, можливості залучення споживачів. Незахищеність та відсутність механізму правового захисту в мережі Інтернет в Україні призупиняє цей процес, особливо для іноземних компаній.

Механізм захисту інтелектуальної власності, в т.ч. торгової марки, в Україні ще залишається досить невизначеним. На практиці суди до цього часу дотримуються різних позицій у цьому питанні. Відсутність єдиної позиції, небажання імплементувати міжнародні нормативні акти і документи та відповідна політика призводять до того, що виникає безліч питань і спорів як щодо правової природи правопорушення, так і щодо способів захисту прав при неправомірному та недобросовісному використанні торгових марок, включаючи кіберсквотинг. Ефективність вирішення таких спорів залежить лише від самих їх учасників та способів, які вони оберуть.

ЮРИДИЧНІ АСПЕКТИ АНТИТЕРОРИСТИЧНОЇ ОПЕРАЦІЇ НА ДОНБАСІ

Леонід БЕЛКІН,
к.т.н., правознавець

Мінський протокол від 1.09.2014 нібито поклав край боротьбі з терористами на Донбасі шляхом проведення антитерористичної операції. Однак це далеко не факт. По-перше, не виключено, що терористи порушують режим припинення вогню, оскільки неефективність ведення будь-яких перемов з ними доведена багаторазово. По-друге, в майбутньому не виключене виникнення необхідності юридичної оцінки подій, які відбулися протягом минулих півроку.

Юридичні засади боротьби з тероризмом надає Закон України №638-IV від 20.03.2003 «Про боротьбу з тероризмом» (далі – ЗУ № 638-IV). Цей закон тривалий час залишався непоміченим широкою юридичною громадськістю. Це пов'язано, очевидно, з тим, що ніхто не вірив у серйозну терористичну загрозу в Україні, тому не бачив підстав для реального застосування положень цього закону.

Аналіз ЗУ № 638-IV, зроблений автором ще «по слідах» так званої антитерористичної операції проти революційного Майдану листопада 2013 – лютого 2014 р., показав, що цей закон може бути вкрай небезпечним знаряддям виконавчої влади проти мирних протестувальників, але дуже погано пристосований до реального захисту інтересів країни. Основні вади названого закону – вкрай широкий розсуд влади при відсутності реальної відповідальності та невідповідність міжнародним стандартам у сфері визначення та протидії тероризму. Крім того, закон не встановлює механізмів протидії фінансуванню тероризму. Цю прогалину повинен заповнити ЗУ «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму» (далі – ЗУ № 249-IV).

Згідно ст.1 ЗУ № 638-IV, тероризм – це суспільно небезпечна діяльність, яка полягає у свідомому, цілеспрямованому застосуванні насильства шляхом захоплення заручників, підпалів, убивств, тортур, залякування населення та

органів влади або вчинення інших посягань на життя чи здоров'я ні в чому не винних людей, або погрози вчинення злочинних дій з метою досягнення злочинних цілей. Отже, можна організувати підпал сараю (що теж, звичайно, погано), щоб втопити країну у крові.

Правда, у визначенні у ст.1 ЗУ № 638-IV дефініції «терористичний акт» має місце відсилання до ст.258 КК України, але й там терористичний акт визначений як застосування зброї, вчинення вибуху, підпалу чи інших дій, які створювали небезпеку для життя чи здоров'я людини або заподіяння значної майнової шкоди чи настання інших тяжких наслідків, якщо такі дії були вчинені з метою порушення громадської безпеки. Але ж, в принципі, всі злочини вчиняються з метою порушення громадської безпеки, а що таке «значна майнова шкода» чи «інші тяжкі наслідки», не визначено.

Важливо підкреслити, що наведені визначення тероризму не відповідають міжнародним стандартам, що не дозволяє оперувати нормами даного закону на міжнародній арені. Водночас, шляхом прийняття ЗУ №54-V від 31.07.2006 Україною ратифікована Конвенція Ради Європи про запобігання тероризму, прийнята 16.05.2005, і тому ця Конвенція є частиною українського законодавства. Цікаво підкреслити, що з 01.06.2007 ця Конвенція вступила у силу і для Росії, тому є обов'язковою і для неї.

В принципі, ця Конвенція не надає власного визначення поняттю «терористичний злочин», але у ст.1 встановлює, що таким злочином є будь-який із злочинів, викладених і визначених в одному з договорів, перелік яких наведено в додатку до Конвенції. Визначення із усіх згаданих у Конвенції договорів наведені у Таблиці 1. З них видно, що під «терористичним злочином» розуміються, як правило, насильницькі дії щодо цивільної авіації (в т.ч. в аеропортах), морських суден (в т.ч. стаціонарних платформ), осіб чи приміщень, що користуються міжнародним захистом; щодо ядерних матеріалів, щодо захоплення заручників. Окремо виділяється організація вибухів у межах місць громадського користування, державних або урядових об'єктів, об'єктів системи громадського транспорту або інфраструктури з метою заподіяння смерті людям або руйнації відповідних об'єктів.

Міжнародна конвенція про боротьбу з фінансуванням тероризму (Нью-Йорк, 09.12.1999) також розглядає всі перелічені протиправні дії та додає заподіяння смерті або тяжких тілесних ушкоджень цивільним особам в умовах збройного конфлікту. Отже, якщо дії певних осіб чи організацій підпадають під згаданий перелік, вони визнаються терористичними і у міжнародному праві.

Аналіз дій терористичних угруповань на Донбасі свідчить про те, що такі дії підпадають під міжнародно визначені ознаки тероризму щонайменше за 4 ознаками:

- протокол про боротьбу з незаконними актами насильства в аеропортах, які обслуговують міжнародну цивільну авіацію (Монреаль, 24.02.1988), ст.1 bis, – щодо захоплення чи обстрілів міжнародних аеропортів Донецька та Луганська;

- конвенція про запобігання та покарання злочинів проти осіб, які користуються міжнародним захистом, у т.ч. дипломатичних агентів (Нью-Йорк, 14.12.1973), ч.1 ст.2 – щодо неодноразового захоплення у заручники представників місії ОБСЄ;

- міжнародна конвенція про боротьбу із захопленням заручників (Нью-Йорк, 17.12.1979), ст.1 – щодо захоплення у заручники сотень українських громадян, які не є комбатантами. Згідно з даним реєстрації заяв в органах внутрішніх справ, за час проведення АТО на Донбасі терористи викрали 1009 людей (<http://www.facepnews.ua/news/2014/245470/>);

- міжнародна конвенція про боротьбу з бомбовим тероризмом (Нью-Йорк, 15.12.1997), ч.1 ст.2 –

щодо систематичних обстрілів та підривів вибухових або інших смертоносних пристроїв у межах місць громадського користування, державних або урядових об'єктів, об'єктів системи громадського транспорту або інфраструктури.

Ці ознаки є очевидними і безспірними, тож їх мусить визнати будь-який міжнародний суд і будь-яка міжнародна організація. Нема підстав і Росії робити вигляд, що цього не відбувається.

Можна, звичайно, згадати і Конвенцію про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки цивільної авіації (Монреаль, 23.09.1971), ст.1 – щодо збитого малайзійського літака, але тут росіяни і деякі інші іноземні інституції роблять вигляд, що не вірять у те, що це зробили так звані повстанці.

При цьому важливо підкреслити, що згідно з п.1 ст.20 Конвенції Ради Європи про запобігання тероризму від 16.05.2005, жоден з терористичних злочинів не вважається злочином політичним, злочином, пов'язаним з політичним злочином, або злочином, зумовленим політичними мотивами. Відповідно, у задоволенні пов'язаного з таким злочином запиту про видачу або взаємну правову допомогу не може бути відмовлено лише на тій підставі, що він стосується злочину політичного, або злочину, пов'язаного з політичним злочином, чи злочину, зумовленого політичними мотивами.

Отже, терористичні злочини не можуть виправдовуватися політичними мотивами, а держави зобов'язані боротися з тероризмом. За таких умов держава Україна має не тільки право, але й обов'язок викоринити тероризм на своїй



Таблиця 1. Визначення поняття «терористичний злочин» у договорах, перелічених у додатку до Конвенції Ради Європи про запобігання тероризму

Джерело	Зміст визначення
Конвенція про боротьбу з незаконним захопленням повітряних суден від 16.12.1970 (з протоколом від 10.09.2010), ст.1, ч.1	Будь-яка особа вчиняє злочин, якщо незаконно і навмисно захоплює повітряне судно, що знаходиться в експлуатації, або здійснює над ним контроль шляхом насильства, або погрози застосування насильства, або будь-якої іншої форми залякування, або за допомогою будь-яких технічних засобів
Конвенція про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки цивільної авіації (Монреаль, 23.09.1971), ст.1	<p>1. Будь-яка особа вчиняє злочин, якщо незаконно і навмисно: а) здійснює акт насильства щодо особи, яка перебуває на борту повітряного судна в польоті, якщо такий акт може загрожувати безпеці цього повітряного судна; або б) руйнує повітряне судно, що знаходиться в експлуатації, або заподіює цьому повітряному судну пошкодження, яке виводить його з ладу або може загрожувати його безпеці в польоті; або с) розміщує або вчиняє дії, що призводять до розміщення на повітряне судно, що знаходиться в експлуатації, будь-яким чином пристрій чи речовину, яка виводить його з ладу, або може заподіяти йому пошкодження, яке може загрожувати його безпеці у польоті; або d) руйнує або пошкоджує аеронавігаційне обладнання або втручається в його експлуатацію, якщо такий акт може загрожувати безпеці повітряних суден у польоті; або e) повідомляє завідомо неправдиві відомості, створюючи тим самим загрозу безпеці повітряного судна в польоті.</p> <p>2. Будь-яка особа також чинить злочин, якщо вона: а) намагається вчинити будь-який із злочинів, згаданих у п.1 цієї статті; або б) є співучасником особи, яка чинить або намагається вчинити будь-який такий злочин</p>
Конвенція про запобігання та покарання злочинів проти осіб, які користуються міжнародним захистом, в т.ч. дипломатичних агентів (Нью-Йорк, 14.12.1973), ст.2, ч.1	Навмисне вчинення: а) вбивства, викрадення та іншого нападу проти особистості чи свободи особи, що користується міжнародним захистом; б) насильницький напад на офіційне приміщення, житлове приміщення або транспортні засоби особи, яка користується міжнародним захистом, що може погрожувати особистості чи свободі останньої; с) загроза будь-якого нападу; d) спроба будь-якого нападу і e) дії в якості співучасника будь-якого такого нападу – мають розглядатися кожною державою-учасницею згідно з її внутрішнім законодавством як злочин
Міжнародна конвенція про боротьбу із захопленням заручників (Нью-Йорк, 17.12.1979), ст.1	<p>1. Будь-яка особа, яка захоплює або утримує іншу особу й погрожує вбити, завдати пошкодження або продовжувати утримувати іншу особу («заручника») для того, щоб примусити третю сторону, а саме: державу, міжнародну міжурядову організацію, будь-яку фізичну, юридичну особу або групу осіб – здійснити чи утриматися від здійснення будь-якого акту як прямої, так і опосередкованої умови для звільнення заручника, вчиняє, відповідно до змісту цієї Конвенції, злочин захоплення заручників.</p> <p>2. Будь-яка особа, яка: а) намагається здійснити акт захоплення заручників; чи б) бере участь як співучасник будь-якої особи, яка здійснює чи намагається здійснити акт захоплення заручників – також здійснює злочин проти мети даної Конвенції.</p>
Конвенція про фізичний захист ядерного матеріалу (Відень, 03.03.1980), ст.7	<p>1. Навмисне вчинення: а) без дозволу компетентних органів таких дій, як отримання, володіння, використання, передавання, видозмінення, знищення чи розпилювання ядерного матеріалу, що спричиняє або може спричинити смерть будь-якої особи, або заподіяти їй серйозне каліцтво, або завдати суттєвої шкоди власності; б) крадіжки ядерного матеріалу або його захоплення шляхом грабежу; с) привласнення або отримання шляхом обману ядерного матеріалу; d) дій, які являють собою вимогу шляхом загрози силою або застосування сили, або за допомогою будь-якої іншої форми залякування про видачу ядерного матеріалу; e) загрози: 1) використати ядерний матеріал з метою спричинити смерть будь-якої особи або заподіяти їй серйозне каліцтво, або завдати значної шкоди власності, або 2) вчинити правопорушення, зазначене в підпункті b, з метою змусити фізичну або юридичну особу, міжнародну організацію або державу вчинити будь-яку дію або утриматися від неї; f) спроби вчинити будь-яке правопорушення, зазначене в пунктах a, b або c; g) такі дії, як участь у будь-якому правопорушенні, зазначеному в пунктах a-f – є правопорушенням, яке карається кожною державою-учасницею в рамках свого національного законодавства.</p> <p>2. Кожна держава-учасниця вживає відповідних заходів покарання за вчинені правопорушення, зазначені в цій статті, з урахуванням серйозності цих правопорушень</p>

<p>Протокол про боротьбу з незаконними актами насильства в аеропортах, які обслуговують міжнародну цивільну авіацію (Монреаль, 24.02.1988), ст.1 bis</p>	<p>1 bis. Будь-яка особа вчиняє злочин, якщо вона незаконно і навмисно, з використанням будь-якого пристрою, речовини або зброї: а) здійснює акт насильства стосовно особи в аеропорту, обслуговуючому міжнародну цивільну авіацію, який заподіює або може заподіяти серйозну шкоду здоров'ю або смерть; або б) руйнує або серйозно пошкоджує обладнання та споруди аеропорту, обслуговуючого міжнародну цивільну авіацію або розташовані в аеропорту повітряні судна, що не знаходяться в експлуатації, або порушує роботу служб аеропорту, якщо такий акт загрожує чи може загрозувати безпеці в цьому аеропорту</p>
<p>Конвенція про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки морського судноплавства (Рим, 10.03.1988), ст.3</p>	<p>1. Будь-яка особа вчиняє злочин, якщо вона незаконно і навмисно: а) захоплює судно або здійснює контроль над ним силою чи загрозою сили або шляхом будь-якої іншої форми залякування; або б) вчиняє акт насильства проти осіб на борту судна, якщо цей акт може загрозувати безпечному плаванню даного судна; або с) руйнує судно або спричиняє судну чи його вантажу пошкодження, яке може загрозувати безпечному плаванню даного судна; або d) розміщує або вчинює дії з метою розміщення на борту судна яким би то не було чином пристрою, чи речовини, яка може зруйнувати це судно, завдати йому чи його вантажу пошкодження, що загрожує чи може загрозувати безпечному плаванню даного судна; або е) руйнує морське навігаційне обладнання чи завдає йому серйозні пошкодження, чи створює серйозні перешкоди в його експлуатації, якщо будь-який такий акт може загрозувати безпечному плаванню судна; або f) повідомляє завідомо неправдиві відомості, створюючи цим загрозу безпечному плаванню судна; або g) наносить рану будь-якій особі чи вбиває її в зв'язку із вчиненням чи спробою вчинення будь-якого із злочинів, зазначених у підпунктах a-f.</p> <p>2. Будь-яка особа також вчиняє злочин, якщо вона: а) намагається вчинити який-небудь із злочинів, зазначених у п.1; або б) підбурює до вчинення якого-небудь із злочинів, зазначених у п.1, що вчиняється будь-якою особою, або є іншим чином співучасником особи, яка вчиняє такий злочин; або с) погрожує, з умовою чи без такої, як це передбачено національним законодавством, з метою примусити фізичну чи юридичну особу вчинити яку-небудь дію чи утриматися від неї, вчинити який-небудь із злочинів, зазначених у підпунктах b, c та e п.1, якщо ця загроза може погрожувати безпечному плаванню судна, про яке йде мова</p>
<p>Протокол про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки стаціонарних платформ, розташованих на континентальному шельфі (Рим, 10.03.1988), ст.2</p>	<p>1. Будь-яка особа вчиняє злочин, якщо вона незаконно і навмисно: а) захоплює стаціонарну платформу або здійснює контроль над нею силою чи загрозою сили, або шляхом будь-якої іншої форми залякування; або б) вчиняє акт насильства проти особи на стаціонарній платформі, якщо цей акт може загрозувати її безпеці; або с) руйнує стаціонарну платформу або завдає їй пошкодження, яке може загрозувати її безпеці; або d) розміщує або вчиняє дії для розміщення на стаціонарній платформі яким би то не було чином пристрою чи речовини, яка може зруйнувати цю стаціонарну платформу або створити загрозу для її безпеки; або е) наносить рану будь-якій особі чи вбиває її в зв'язку з вчиненням чи спробою вчинення якого-небудь із злочинів, зазначених у підпунктах a-d.</p> <p>2. Будь-яка особа також вчиняє злочин, якщо вона: а) намагається вчинити який-небудь із злочинів, зазначених у п. 1; або б) підбурює до вчинення якого-небудь із таких злочинів, що вчиняється будь-якою особою, або є іншим чином співучасником особи, яка вчиняє такий злочин; або с) погрожує, з умовою чи без такої, як це передбачено національним законодавством, з метою примусити фізичну чи юридичну особу вчинити яку-небудь дію чи утриматися від неї, вчинити який-небудь із злочинів, зазначених у підпунктах b і c п.1, якщо ця загроза може погрожувати безпеці стаціонарної платформи</p>
<p>Міжнародна конвенція про боротьбу з бомбовим тероризмом (Нью-Йорк, 15.12.1997), ст.2, ч.1</p>	<p>Будь-яка особа чинить злочин за змістом цієї Конвенції, якщо вона незаконно й умисно доставляє, розміщує, приводить в дію або підриває вибуховий або інший смертоносний пристрій в межах місць громадського користування, державного або урядового об'єкта, об'єкта системи громадського транспорту або об'єкта або таким чином, що це спрямовано проти них: а) з наміром заподіяти смерть або серйозне каліцтво; або б) з наміром вчинити значне руйнування такого місця, об'єкта або системи, коли таке руйнування спричиняє або може спричинити великі економічні збитки</p>

Міжнародна конвенція про боротьбу з фінансуванням тероризму (Нью-Йорк, 09.12.1999), ст.2, ч.1	1 Будь-яка особа чинить злочин за змістом цієї Конвенції, якщо вона будь-якими методами, прямо чи опосередковано, незаконно та умисно надає кошти або здійснює їх збір з наміром, щоб вони використовувались, або при усвідомленні того, що вони будуть використані повністю чи частково для вчинення: а) будь-якого діяння, яке являє собою злочин відповідно до сфери застосування одного з договорів, перелічених у додатку, та до визначення, що міститься в ньому; б) будь-якого іншого діяння, спрямованого на те, щоб викликати смерть будь-якої цивільної особи або будь-якої іншої особи, яка не бере активної участі у воєнних діях в ситуації збройного конфлікту, або заподіяти їй тяжке тілесне ушкодження, коли мета такого діяння в силу його характеру чи контексту полягає в тому, щоб залякати населення чи змусити уряд чи міжнародну організацію вчинити будь-яку дію або утриматись від неї
---	--

території. При цьому ці події абсолютно не можна порівнювати з подіями на Майдані Незалежності у Києві в листопаді 2013 – лютому 2014 р. та у інших містах України в той період як мінімум тому, що ці дії не підпадали під ознаки терористичних.

А якщо ці діяння є безспірно терористичними, будь-яке їх фінансування є фінансуванням тероризму, що підпадає під дію Міжнародної конвенції про боротьбу з фінансуванням тероризму (Нью-Йорк, 09.12.1999), яку ратифіковано як Україною (ЗУ №149-IV від 12.09.2002), так і Росією (27.11.2002). Дуже важливо підкреслити, що згідно п.1 ст.1 цієї Конвенції, «кошти» означають активи будь-якого роду – матеріальні чи нематеріальні, рухомі чи нерухомі, незалежно від способу їх придбання, а також юридичні документи або акти у будь-якій формі, в т.ч. електронній або цифровій, які засвідчують право на такі активи або участь у них, включаючи банківські кредити, дорожні чеки, банківські чеки, поштові перекази, акції, цінні папери, облігації, векселя, акредитиви, але не обмежуючись ними.

Отже, якщо через кордон Росії в Україну переправляється зброя, це можна розглядати як фінансування тероризму. Тому держава Росія відповідальна за це, навіть якщо формально участі у цьому не бере (припустимо, що дехто у Європі цьому вірить). Згідно ст.6 названої Конвенції, кожна держава-учасниця вживає таких заходів, які можуть бути необхідними, в т.ч. у відповідних випадках в галузі внутрішнього законодавства, для забезпечення того, щоб злочинні діяння, які підпадають під дію цієї Конвенції, **за жодних обставин не підлягали виправданню** з будь-яких міркувань політичного, філософського, ідеологічного, расового, етнічного, релігійного або іншого аналогічного характеру. Згідно п.2 ст.9 Конвенції переконавшись, що обставини дають для цього підстави, держава-учасниця, на території якої знаходиться особа, яка скоїла або підозрюється у скоєнні злочи-

ну, вживає відповідно до її внутрішнього законодавства належних заходів для забезпечення присутності цієї особи з метою кримінального переслідування або видачі.

Варто зазначити, що відповідно до визначень ФАТФ, поняття «терористична організація» означає будь-яку групу терористів, яка: 1) вчиняє або намагається вчинити терористичні акти будь-якими засобами, прямо або побічно, незаконно і навмисно; 2) бере участь як співник у терористичних актах; 3) організує або направляє інших осіб на вчинення терористичних актів; або 4) сприяє здійсненню терористичних актів групою осіб, які діють із спільною метою, коли сприяння здійснюється усвідомлено і з метою сприяння вчиненню терористичних актів.

Таким чином, для визнання організації терористичною не потрібно будь-яких судових рішень чи інших рішень компетентних органів – достатньо встановити певні ознаки. При цьому під визначення терористичними підпадають і усі вербувальники терористів на території Росії (так само, як і у інших країнах).

Отже, Росія як учасниця Міжнародної конвенції про боротьбу з фінансуванням тероризму повинна на запит України проводити розслідування матеріальної підтримки (фінансування) тероризму на Донбасі та вербування й навчання терористів і видати винних. Якщо цього не робиться, є всі підстави звертатися до ФАТФ щодо застосування проти Росії санкцій. Можливо, наші державні органи це роблять, але так таємно, що суспільство про це навіть не здогадується.

Таким чином, за всіма міжнародними стандартами українській державі на Донбасі протистоять терористи, з якими держава Україна має право та зобов'язана вести боротьбу. Оскільки факт терористичної діяльності за всіма міжнародними стандартами є очевидним, матеріальне сприяння такій діяльності може підпадати під міжнародні санкції відповідно до Конвенцій про протидію тероризму.

ПРАВОВІ ДОКТРИНИ СУРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА В УКРАЇНІ ТА ПОЛЬЩІ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ

АВТОР

Олег РАЧУК,
адвокат, Віце-президент
Асоціації адвокатів України,
керуючий партнер
АО «Націна Рачук»



Медична наука і практика за останні десятиріччя досягла значних успіхів. Одним із найважливіших прикладів є **репродуктивні технології**. Основним стимулом до такого стрімкого розвитку і поширення подібного виду технологій є прагнення людей мати дітей, з тих чи інших причин позбавлених такої можливості. Для такої категорії осіб репродуктивні технології здатні стати рятувальним колом, який дозволить відчувати радість материнства (батьківства).

Актуальність дослідження цієї теми полягає в тому, що реалізація прав громадян у сфері репродуктивних технологій не є чітко регламентованою, оскільки законодавча база потребує ґрунтовного доопрацювання. Відсутність правового регулювання у цій сфері частково пов'язана з наразі недостатнім поширенням застосування методів штучного запліднення або імплантації зародка. Водночас різке зниження репродуктивного здоров'я населення, падіння народжуваності, нові розробки у галузі біомедицини дедалі частіше привертають увагу до правових питань застосування методів штучної інсемінації.

Останніми роками юристи, що практикують у сфері медичного права, звикли до негативних порівнянь норм національного медичного права з передовим міжнародним досвідом у сфері законодавчого врегулювання діяльності з охорони здоров'я. Однак є окремі напрями медичної діяльності, нормативне врегулювання яких в нашій країні не лише не поступається європейським нормам, але за багатьма ознаками може слугувати прикладом для інших. Серед таких чільне місце посідає правове регулювання **сурогатного материнства в Україні**. Адже Україна – одна з небагатьох країн світу, де використання більшості допоміжних репродуктивних технологій (далі – *ДРТ*), зокрема сурогатного материнства, цілком законне.

Регулювання питання сурогатного материнства в Україні здійснюється нормами медично-

го, сімейного та цивільного права. Насамперед слід відзначити, що життя людини визнається Конституцією України найвищою цінністю саме по собі. Народження нової людини можливе як у природний спосіб, так і за допомогою сучасних медичних технологій, що можуть бути застосовані за визначених в нормативно-правових актах умов. Незалежно від факту застосування тих чи інших медичних технологій кожна дитина має право на життя з моменту визначення її живонародженою та життєздатною за критеріями Всесвітньої організації охорони здоров'я.

Сурогатним материнством є технологія репродукції людини, за якою жінка добровільно погоджується завагітніти з метою виносити та народити біологічно чужу для неї дитину, яка після народження буде віддана її генетичним батькам. **Допоміжні репродуктивні технології** – це методи терапії безпліддя, за якими окремі або всі етапи зачаття та раннього розвитку ембріонів здійснюються поза організмом. ДРТ включає в себе: екстракорпоральне запліднення та перенесення ембріонів до матки, ін'єкцію сперматозоїдів до цитоплазми ооциту, донорство сперми, донорство ооцитів, сурогатне материнство, преімплантаційну діагностику спадкових хвороб, штучну інсемінацію спермою чоловіка (донора).

Із правового боку **сурогатне материнство** – *«запліднення жінки шляхом імплантації ембріона з використанням генетичного матеріалу подружжя з метою виношування і народження дитини, яка в подальшому буде визнана такою, що походить від подружжя»*.

На території СНД перша дитина від сурогатної матері з'явилася в Харкові у 1991 році. З того часу сурогатне материнство інтенсивно розвивається в країнах СНД. Законодавче закріплення в Україні сурогатне материнство дістало 2002 року в ст. 123 Сімейного кодексу України щодо визначення походження дитини, народженою жінкою, в організм якої було імплантовано ембріон людини, зачатий подружжям.

Нині ДРТ та правовідносини, які виникають при їх застосуванні, регламентуються цілою низкою нормативних актів, зокрема положеннями Цивільного кодексу України від 16.01.2003 р. № 435-IV та Сімейного кодексу України від

10 січня 2002 р. №2947-III, законами України, наказом Міністерства юстиції України «Про затвердження Правил державної реєстрації актів громадського стану в Україні» від 18.10.2000 р. за №719/4990 та наказом Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні» від 09.09.2013 р. №787, зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 02.10.2013 р. №1697/24229.

Частини 2, 3 ст. 123 **Сімейного кодексу України**: у разі перенесення в організм іншої жінки ембріона людини, зачатого подружжям (чоловіком та жінкою) в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій, батьками дитини є подружжя; подружжя визнається батьками дитини, народженої дружиною після перенесення в її організм ембріона людини, зачатого її чоловіком та іншою жінкою в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій.

Наведені положення чинного законодавства України спрямовані на забезпечення захисту прав дитини та прав подружжя, що є біологічними батьками дитини. Зокрема, дитині, що зачата в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій гарантовано право на родину, наявність матері та батька, що є його біологічними батьками. Такі батьки й дитина мають права, обов'язки та гарантії відповідно до Сімейного кодексу України. Отже, біологічні батьки дитини, що була виношена та народжена сурогатною матір'ю із застосуванням екстракорпорального запліднення, є законними батьками такої дитини.

Положеннями Розділу III СК України встановлені права та обов'язки матері, батька і дитини. Зокрема, у ст. 139 **Сімейного кодексу України** передбачена можливість оспорювання материнства жінкою, яка записана матір'ю дитини, або жінкою, яка вважає себе матір'ю дитини, але не записана нею. Проте не допускається оспорювання материнства біологічної матері сурогатною матір'ю. Вважається, що зазначене положення регламентовано законодавчо, виходячи з моральних позицій. Передбачена можливість виникнення у жінки, що виношувала дитину (сурогатної матері) материнських почуттів до дитини, що є для неї біологічно чужою. У такому разі права біологічної матері захищені законом; та насамперед захищено права та інтереси дитини, враховуючи її генетичну та біологічну спорідненість із матір'ю.

У п. 11 **Правил державної реєстрації актів громадянського стану в Україні**, затвердже-

них Наказом Мін'юсту України № 52/5 від 18.10.2000 року передбачено: в разі народження дитини жінкою, якій в організм було перенесено ембріон людини, зачатий подружжям у результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій, державна реєстрація народження проводиться за заявою подружжя, яке дало згоду на таке перенесення. У цьому разі одночасно з документом, що підтверджує факт народження дитини цією жінкою, подається заява про її згоду на запис подружжя батьками дитини, справжність підпису на якій має бути нотаріально засвідченою, а також довідка про генетичну спорідненість батьків (матері чи батька) з плодом.

Відповідно до ч. 7 ст. 281 ЦК повнолітні жінка та чоловік мають право за медичними показаннями на проведення щодо них лікувальних програм ДРТ згідно з порядком та умовами, встановленими законодавством.

Відповідно до ст. 48 ЗУ «**Основи законодавства України про охорону здоров'я**» від 19.11.1992 р. №2801-XII застосування штучного запліднення та імплантації ембріона здійснюється згідно з умовами та порядком, встановленими Міністерством охорони здоров'я України, за медичними показаннями повнолітньої жінки, з якою проводиться така дія, за умови наявності письмової згоди подружжя, забезпечення анонімності донора та збереження лікарської таємниці.

У ч. 5 ст. 136 **Сімейного кодексу** закріплено, що не має права оспорювати батьківство особа, яка дала згоду на застосування допоміжних репродуктивних технологій. (Сурогатна мати ніяк не може претендувати на народжену дитину, яка законодавчо залишається для неї чужою).

Розділ VI «Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні», затверджений наказом Міністерства охорони здоров'я 09.09.2013 р. №787, присвячений сурогатному (замінному) материнству.

Допоміжні репродуктивні технології повинні застосовуватись в закладах охорони здоров'я, що мають ліцензію на провадження господарської діяльності з медичної практики, відповідне оснащення та обладнання. Для закладів охорони здоров'я, що провадять діяльність з медичної практики понад два роки, також необхідна наявність акредитаційного сертифіката. Пацієнти мають право обирати заклад охорони здоров'я для проведення ДРТ. Повнолітні жінки та/або чоловіки мають право за медичними показаннями на проведення лікувальних програм ДРТ. Питання щодо застосування

методик ДРТ вирішується після оформлення заяви пацієнта/пацієнтів щодо їхнього застосування за встановленою формою, медичного огляду та відповідного обстеження.

Донація гамет та ембріонів – процедура, за якою донори за письмово оформленою добровільною згодою надають свої статеві клітини-гамети (сперму, ооцити) або ембріони для використання в інших осіб при лікуванні безпліддя.

Застосування донації ембріонів здійснюється за медичними показаннями за умови наявності письмової інформованої добровільної згоди пацієнтів, забезпечення анонімності донора та збереження лікарської таємниці.

Донорами ооцитів можуть бути:

- особи жіночої статі;
- близькі родичі;
- анонімні добровільні донори;
- пацієнтки програм ДРТ, які за письмово оформленою добровільною згодою надають реципієнту частину своїх ооцитів.

Вимоги до донорів ооцитів:

- жінка віком від 18 до 36 років;
- наявність народженої здорової дитини;
- відсутність негативних фенотипічних проявів;
- задовільне соматичне здоров'я;
- відсутність протипоказань для участі в програмі донації ооцитів;
- відсутність спадкових захворювань;
- відсутність шкідливих звичок: наркоманія, алкоголізм, токсикоманія.

Необхідними умовами проведення сурогатного (замінного) материнства (далі – *СМ*) є:

- наявність медичних показань до *СМ*;
- документи, необхідні для проведення *СМ*.

Перелік документів, необхідних для проведення *СМ*, з боку сурогатної матері:

- заява сурогатної матері;
- копія паспорта сурогатної матері;
- копія свідоцтва про шлюб або про розлучення сурогатної матері (крім одиноких жінок);
- копія свідоцтва про народження дитини (дітей);
- згода чоловіка сурогатної матері на її участь у програмі сурогатного материнства.

Перелік документів, необхідних для проведення *СМ*, з боку подружжя, в інтересах якого здійснюється *СМ*:

- заява пацієнта/пацієнтів щодо застосування ДРТ;
- копії паспортів;
- копія свідоцтва про шлюб;
- нотаріально засвідчена копія письмового спільного договору між сурогатною матір'ю та жінкою (чоловіком) або подружжям.

Сурогатною матір'ю може бути повнолітня дієздатна жінка за умови наявності власної здорової дитини, добровільної письмово оформленої заяви сурогатної матері, а також за відсутності медичних протипоказань.

У вищевказаному Порядку є алгоритм здійснення ДРТ методом сурогатного материнства:

- вибір сурогатної матері;
- синхронізація менструальних циклів реципієнта та сурогатної матері, підготовка ембріонів/кріоембріонів;
- кріоконсервація невикористаних ембріонів;
- діагностика вагітності;
- спостереження за перебігом вагітності у *СМ*;
- визначення спільно з лікарем, який спостереігає за вагітною, методу розродження, місця розродження, методу вигодовування новонародженого;
- пологи можуть бути партнерськими між реципієнтами та сурогатною матір'ю.

Інформація про дитину, народжену сурогатною матір'ю, в день виписки з пологового будинку/відділення по телефону надається до дитячої поліклініки (за місцем проживання дитини).

Якщо батьками дитини, народженою сурогатною матір'ю, є іноземці, вони повідомляють тимчасове місце проживання до часу оформлення документів та виїзду з країни для здійснення патронажу спеціалістами з педіатрії та спостереження.

У разі народження дитини жінкою, якій в організм було перенесено ембріон людини, зачатий подружжям у результаті застосування ДРТ, державна реєстрація народження дитини проводиться за заявою подружжя, яке дало згоду на таке перенесення.

У цьому разі одночасно з документом, що підтверджує факт народження дитини цією жінкою, подається заява про її згоду на запис подружжя батьками дитини, справжність підпису на якій має бути нотаріально засвідчена, а також довідка про генетичну спорідненість батьків (матері чи батька) з плодом.

При цьому в графі «Для відміток» актового запису про народження робиться такий запис: «Матір'ю дитини згідно з медичним свідоцтвом про народження є громадянка (прізвище, власне ім'я, по батькові)», а також зазначаються найменування закладу (установи), що видав(ла) довідку, дата її видачі та номер, дані нотаріуса (прізвище та ініціали, нотаріальний округ чи державна нотаріальна контора), дата та за яким реєстровим номером засвідчено справжність

підпису жінки на заяві про її згоду на запис подружжя батьками дитини відповідно до **п. 11 глави 1 розділу III Правил державної реєстрації актів цивільного стану в Україні**, затверджених наказом Міністерства юстиції України від 18 жовтня 2000 р. № 52/5 (у редакції наказу Міністерства юстиції України від 24 грудня 2010 р. №3307/5), зареєстрованих у Міністерстві юстиції України 18 жовтня 2000 р. за № 719/4940.

Відповідно до чинного законодавства України передусім забезпечується захист прав дитини. Дитині, зачатій у результаті застосування ДРТ, зокрема за програмами СМ, гарантовано право на родину, наявність матері та батька, які є його біологічними батьками. Такі права, обов'язки та гарантії визначені насамперед положеннями СК.

Вітчизняне законодавство не потребує відмови сурогатної матері від дитини та засвідчення цього факту в суді, іншому державному органі чи нотаріуса. Єдиним застереженням можна назвати положення п. 10 Правил реєстрації актів громадянського стану в Україні, затверджених наказом Мін'юсту України від 18 жовтня 2000 р. №52/5, про письмову згоду сурогатної матері при реєстрації дитини (положення цього пункту було розкрито вище в п. 6.9. «Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні», затвердженого наказом МОЗ 09.09.2013 р. №787).

Правовідносини, які виникають при застосуванні допоміжних репродуктивних технологій:

– між державою та закладом охорони здоров'я (при отриманні ліцензії, виконанні ліцензійних умов, акредитації, контролі тощо);

– між лікарем (закладом охорони здоров'я) та учасниками програм ДРТ (при укладенні договору на застосування ДРТ, отриманні інформованих згод, документуванні етапів лікування, оформленні документів про народження дитини тощо);

– між учасниками програм ДРТ (подружжям, сурогатною матір'ю, між біологічними батьками дитини, народженої за допомогою ДРТ, та державними органами (щодо реєстрації батьківських прав, вивезення дитини з країни батьками, які є громадянами інших держав).

Факт інформування та надання згоди на проведення ДРТ оформлюється за допомогою письмових формулярів. Наказом Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні» від 09.09.2013 р.

№787, зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 02.10.2013 р. №1697/24229, затверджено типові форми таких документів, однак їх можна доповнити, обов'язково залишивши при цьому всі передбачені цим наказом реквізити.

Для регулювання відносин між біологічними батьками та сурогатною мамою застосовують цивільно-правові договори. При чому, такий договір передбачає передавання певних прав і обов'язків, а не дитини. Згідно з ЦК отримання біологічними батьками дитини від сурогатної матері не може бути предметом договору. Правильно складений договір має передбачати виключно виплату грошової (іншої матеріальної) компенсації з метою створення найбільш сприятливих для сурогатної матері умов для виношування дитини та подальшої реабілітації. У договорі обов'язково слід передбачити відповідальність сурогатної матері за порушення його конфіденційності, приписів і рекомендацій лікарів (шкідливі звички, обмеження харчування, ігнорування режиму, тощо), намагання залишити дитину собі, ухилення від підписання документів, потрібних для подальшої реєстрації дитини в органах РАЦС тощо. Порушуючи такі вимоги, сурогатна мати може втратити не лише право на компенсацію, а навіть буде змушена відшкодувати біологічним батькам усі їхні витрати за договором.

Відповідно до українського законодавства виношування дитини сурогатною матір'ю може відбуватися лише для осіб, які перебувають між собою в офіційно зареєстрованому шлюбі. Тому слід надати свідоцтво про шлюб генетичних батьків. (якщо це іноземці, то документ має пройти процедуру консульської легалізації або має бути засвідчений шляхом поставлення штампа «Апостиль» згідно з Гаазькою конвенцією, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів, 1961 р.).

В 2007 році Кабінетом Міністрів України була затверджена національна програма «Репродуктивне здоров'я нації» на період до 2015 року, яка, комплексно описуючи процеси, що раніше вже відбувались в українській репродуктивній медицині, опинилась серед численних інших програм¹. Серед інших заходів на виконання зазначеної програми Міністерство освіти і науки України видало Наказ №44 від 25.01.2007 р. «Про затвердження заходів на виконання Державної

¹ http://bkb-law.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=87%3A2011-12-01-10-56-10&catid=34%3A2011-10-13-20-35-14&Itemid=101&lang=ru#sdfootnote11sym



програми «Репродуктивне здоров'я нації» на період до 2015 року». Питання сурогатного материнства було врегульоване в низці підзаконних нормативно-правових актів профільного Міністерства, серед яких:

- Наказ МОЗ України №24 від 04.02.1997 р. «Про затвердження Умов та порядку застосування штучного запліднення та імплантації ембріона (ембріонів) та методів їх проведення»;
- Наказ МОЗ України №579 від 29.11.2004 р. «Про затвердження Порядку направлення жінок для проведення першого курсу лікування безплідності методами допоміжних репродуктивних технологій за абсолютними показаннями за бюджетні кошти»;
- Наказ МОЗ України №85 від 23.02.2007 р. «Про направлення на лікування методами допоміжних репродуктивних технологій за кошти державного бюджету хворих на безплідність жінок за абсолютними показаннями».

Характерною особливістю змісту цих наказів є те, що вони в цілому відповідають на питання про умови застосування методів штучного запліднення та врегульовують правовідносини сторін – медичного закладу, генетичних батьків, сурогатної матері.

Значним недоліком в національному врегулюванні сурогатного материнства слід визнати договірну базу, вона, попри наявність типових заяв та угод, затверджених відповідними наказами профільного міністерства, потребує значного доопрацювання, що не дивно, враховуючи

складний багатосуб'єктний склад і тривалість правовідносин, які ними врегульовуються, важливість об'єкта цих відносин – життя дитини та здоров'я сурогатної матері, професійна відповідальність медичного закладу та його персоналу, гарантування належних дій самої сурогатної матері, вільний обмін інформацією тощо.

Протягом всієї історії людства народження дитини завжди залишалось одночасно бажаним та складним дивом. Безпліддя вважалось не лише хворобою, а й розглядалось як злочин та кара водночас. Ненароджені діти почали отримувати правосуб'єктність спочатку в спадковому праві, а згодом в загально правовому розумінні.

Згідно з чинним законодавством Польщі ніні немає закону, який регулює питання, пов'язані з заплідненням методом *in vitro* (в пробірці). Проект такого закону перебуває на етапі законодавчого процесу, однак зважаючи на розбіжності, переважно етичного боку, важко вказати остаточний строк врегулювання цього питання.

У Польщі не має юридичної сили Конвенція Ради Європи від 04 квітня 1997 р. «Про права людини та біомедицину», яка біла підписана Польщею 1999 року, але до цього часу її не ратифікував Сейм Республіки Польща. (Україною Конвенція була підписана в 22.03.2002 р., але до цього часу не ратифікована Верховною Радою України).

Однак положення чинного закону від 01 липня 2005 року («Відомості законів» №169, позиція 1411 від 2005 року) щодо взяття, зберігання та прищеплення ембріонів, тканин та органів не застосовуються з метою взяття, прищеплення генеративних ембріонів, гонад, зародкових тканин та ембріонів, а також генеративних органів або їхніх частин.

Згідно зі ст. 61 9 Кодексу про сім'ю та опіку від 25.02.1964 р. («Відомості законів» № 9, позиція 59 – Однорідний текст від 15 червня 2012 року «Відомості законів» від 2012 року, позиція 788) Матір'ю дитини є жінка, яка її народила.

Наслідком актуального правового регулювання материнства є принцип або норма, згідно з якими виключне значення для встановлення материнства є **генетична спорідненість між конкретною жінкою і та конкретною дитиною (в нашому випадку генетичної спорідненості з дитиною не буде мати ні сурогатна матір, ні жінка з подружжя).**

Загальноприйнятною є думка, згідно з якою правове материнство належить жінці, яка народила дитину. Стаття 2 Європейської конвенції «Про правовий статус позашлюбної дитини» від 1975 року, яку ратифікувала Польща (дана Конвенція ратифікована Україною 26.03.2009 р.), чітко визначає, що походження дитини, народженої матір'ю, яка перебуває у шлюбі, **встановлюється виключно на підставі факту народження.**

Тут слід наголосити, що в польському законодавстві немає врегулювання інституту сурогатного материнства, а також взаємних зобов'язань сторін, що виникають у зв'язку з цим. Немає також правового регулювання процесу запліднення методом *in vitro*, що пов'язане з перенесенням ембріону сурогатній матері, який і буде використовуватися в нашому випадку.

Натомість у Польщі є проблема, пов'язана з сурогатним материнством. Між сторонами укладається цивільно-правовий договір. Однак це не означає, що результат буде досягнутий, тому що, як вказувалося раніше, матір'ю дитини є жінка, яка її народила. Слід зазначити, що навіть у випадку вирішення спору про встановлення материнства в суді, суд визнає такий договір недійсним, обґрунтовуючи своє рішення тим, що він суперечить принципам громадського співжиття або чинному закону.

До сурогатного материнства в Польщі ставлення неоднозначне. Згідно із опитуванням більшість поляків схвально ставляться до ін-

ституту сурогатного материнства і відкриття в Польщі інституту сурогатних матерів, проте цю ініціативу не підтримує католицька церква.

Як сказав настоятель варшавського Костьолу святого Марка Євангеліста ксендз Тадеуш, «дітей дає нам Бог. І якщо пара не може зачати і народити дитину, – значить на те воля Божа, значить, Бог відмовляє їм в батьківському щасті за якісь їхні гріхи». Також святий отець додав: «Не до сурогатних матерів потрібно звертатися з проханням про дитину, а до Бога. Ходити в костьол і молитися, молитися. Бог змилюється, якщо люди щиро усвідомили свою гріховність, і подарує їм дитину» (NEWSru.ua/Преса/середи, 30 липня 2008р.).

Набуття громадянства дитиною, яка народилася за кордоном за польським законодавством. Питання пов'язані з набуттям (наданням) польського громадянства дитині, яка народилася за кордоном, регулюється нормами закону «Про польське громадянство» від 02 квітня 2009 р. («Відомості законів» від 2012 року, позиція 161).

Згідно зі ст. 14 цього Закону, якщо хоча б один із батьків є громадянином Польщі, неповнолітня дитина набуває польське громадянство відразу після народження. Реєстрація дитини у Відділі цивільного стану санкціонує громадянство Республіки Польща.

Реєстрація у Польщі дитини, народженої за кордоном. Справи, пов'язані з реєстрацією дитини, народженої за кордоном, до польських книг запису цивільного стану регулює Закон «Про акти цивільного стану» від 29 вересня 1986 року. Дитину, народжену за кордоном Польщі, можна зареєструвати у Відділі реєстрації цивільного стану згідно останнього місця проживання у Польщі одного з батьків. У разі відсутності останнього місця проживання, компетентним Відділом цивільного стану є Відділ цивільного стану для столичного міста Варшави.

Реєстрація дитини у Відділі цивільного стану може бути вчинена на підставі:

- запису іноземного свідоцтва про народження (ст. 71.1 вищевказаного Закону);
- відновлення свідоцтва про народження – у разі неможливості одержання іноземного витягу свідоцтва про народження;
- реєстрації народження, якщо про факт народження не було зроблено за кордоном.

Свідоцтво про народження можна зареєструвати особисто, за посередництвом найближчої родини або іншої уповноваженої особи (у цьому разі необхідно пред'явити довіреність).

Посередником у реєстрації свідоцтва про народження може бути консульство.

До заяви про реєстрацію іноземного свідоцтва про народження необхідно додати такі документи:

1) оригінал іноземного свідоцтва про народження або його фотокопії, посвідченої органом, який видав цей документ у перекладі, який зроблений польським присяжним перекладачем або польським консулом;

2) документ, який посвідчує особу батька та матері (внутрішній паспорт або закордонний паспорт);

3) клопотання про запис іноземного свідоцтва про народження до польських книг про народження разом з заявою про те, що попередньо батьки не зверталися з подібною заявою до компетентного Відділу реєстрації цивільного стану на території Польщі;

4) квитанцію про внесення гербового збору (таку квитанцію необхідно пред'явити не пізніше ніж протягом трьох днів від дати подання клопотання); таке положення не поширюється на випадки, коли клопотання подається за посередництвом польського консула та оплати консульського збору.

У разі запису змісту свідоцтва про народження до польських книг цивільного стану сума гербового збору становить 50 злотих.

Якщо в іноземному витягу свідоцтва про народження немає деяких даних, які передбачені польським законодавством або якщо у іноземному свідоцтві про народження є явні помилки при написанні даних, завідувач Відділом цивільного стану може їх виправити або доповнити. У такому разі необхідно додати витяги зі свідоцтв цивільного стану батьків, а саме: витяг зі свідоцтва про одруження або витяг зі свідоцтва про народження батьків.

У Польщі реєстрація дитини, народженої за кордоном, не є обов'язковою, однак вона необхідна для отримання персонального номера (PESEL) чи отримання польського паспорта. На підставі поданих документів Відділ цивільного стану у Польщі проводить реєстрацію (запис) свідоцтва про народження у польських книгах цивільного стану, а також видає витяги зі свідоцтва про народження.

Згідно з Адміністративним процесуальним кодексом строк оформлення документів і вирішення справи становить 30 днів, а у разі більш складних справ сягає 2-х місяців.

Отже, підбиваючи підсумки, слід наголосити на юридичному значенні репродуктивної медицини. Воно полягає в тому, що народжена

дитина походить від своїх генетичних батьків, їм видано свідоцтво про народження, в якому зазначені імена цих батьків. У такому випадку походження дитини буде визначатися актовим записом в органах РАЦСу генетичними батьками.

Оскільки сурогатне материнство дозволено не в усіх країнах, слід зазначити, що першим кроком для іноземних громадян, які зважилися на лікування безпліддя в Україні шляхом застосування ДРТ, є отримання довідки з Міністерства закордонних справ або посольства (консульства) відповідної держави про легітимність сурогатного материнства в цій країні. У цій довідці також має бути визначений порядок оформлення проїзних документів на майбутню дитину, народжену від сурогатної матері в Україні. Адже для іноземних громадян є ризик пройти повну програму сурогатного материнства, щоб, врешті-решт, опинитися у чужій для них Україні з дитиною на руках і отримати відмову від посольства (консульства) своєї країни у вивезенні дитини або місяцями чекати на врегулювання формальностей з отримання паспорта або візи на новонароджену дитину.

У рамках ЗУ «Про громадянство України» від 18.01.2001 р. №2235-III немає підстав говорити про автоматичне набуття українського громадянства дітьми, народженими українською жінкою внаслідок перенесення в її організм ембріона, що походить від іноземної подружньої пари, оскільки батьками такої дитини вважається саме подружжя генетичних батьків. Особа, яка народилася на території України від іноземців, набуває громадянство України за народженням лише у випадку, якщо її батьки на законних підставах проживають в Україні, і дитина не набула за народженням громадянства жодного з них.

Водночас іноземцям не варто дослухатися до злочинних рекомендацій і замовчувати в посольстві (консульстві) своєї держави походження дитини та видавати її за свою. Зокрема, можна констатувати, що більшість дипломатичних представництв обізнані з проблематикою сурогатного материнства і підозріло ставляться до подружніх пар, які «раптом» вирішили народити дитину в Україні. Після надання неправдивої інформації дозвіл на виїзд дитини отримати буде ще важче.

Обравши сурогатну матір, між нею та подружжям генетичних батьків укладається **договір про виношування дитини**. За участю іноземних громадян документ має бути складений у двох примірниках – українською та відповідною

іноземною мовами, та обов'язково посвідчений нотаріусом. Згадану згоду сурогатної матері на застосування стосовно неї ДРТ, а також згоду її чоловіка (у разі, якщо вона перебуває у зареєстрованому шлюбі) бажано оформити у присутності нотаріуса одночасно з підписанням договору про виношування дитини з тим, щоб уникнути будь-яких ускладнень у майбутньому.

Тож українське законодавство відкриває широкі можливості для реалізації права на батьківство і материнство іноземними громадянами шляхом застосування методу сурогатного материнства. Разом з тим, необхідно зважено ставитися до проходження всіх необхідних етапів у цій надзвичайно вразливій та делікатній сфері, з тим, щоб захистити як інтереси майбутньої дитини, так і власні.

Підсумовуючи наведене вище, слід визнати, що в цілому інститут сурогатного материнства належно врегульований національним законодавством, яке в багатьох питаннях відповідає сучасним концепціям, що існують у світі. На законодавчому рівні виключена небезпека для біологічних батьків, що потенційно, зважаючи на людську природу, загрожує їм у зв'язку з відмовою сурогатної матері віддати дитину, чітко та недвозначно надано право як для батьків, так і для медичного закладу проводити всі пов'язані з сурогатним материнством процедури. Водночас питання врегулювання багатосторонніх договірних правовідносин, що виникають між батьками, медичним закладом та сурогатною матір'ю, потребують удосконалення. Це також питання відповідальності сурогатної матері за неправдиву медичну інформацію про себе, проведення абортів, неналежні дії, що потенційно можуть призвести до каліцтва майбутньої дитини, відповідальності медичного закладу за підбір сурогатної матері та її повне попереднє медичне обстеження, порядок та умови сплати компенсацій сурогатній матері тощо. Попри складність процедури, СМ на тлі зростання кількості безплідних родин набуває подальшого розвитку, що змушує медичне право докладно вивчати міжнародний та національний досвід його законодавчого врегулювання та правозастосовчої практики.

На сьогодні Україні ще не відбулася в повному обсязі правова адаптація суспільства до розвитку медицини в галузі репродуктивних технологій, у результаті чого в законодавчому регулюванні СМ виявлені такі недоліки:

- відсутність спеціального нормативно-правового акта, що детально регламентує всі аспекти відносин сурогатного материнства;

- неврегульованість суттєвих умов договору, що укладається між сурогатною матір'ю та біологічними батьками (подружжям).

Відсутність належного правового регулювання відносин сурогатної матері та подружжя може привести до порушень прав як біологічних батьків, так і сурогатної матері. Зокрема, внаслідок законодавчих прогалин у правовому регулюванні питань СМ на практиці можуть виникнути небажані життєві ситуації, пов'язані з відмовою сурогатної матері віддавати дитину біологічним батькам, шантажем переривання вагітності, вимогами додаткових грошей, погрозами розголошення інформації про народження дитини, про те, хто її виношував, або ж відмовою біологічних батьків виплатити сурогатній матері обіцяну грошову компенсацію, незабезпечення сурогатної матері належними умовами під час вагітності та пологів.

З метою запобігання зазначеним наслідкам вважається необхідним захистити майнові та немайнові права й законні інтереси осіб, які беруть участь у програмі СМ, за допомогою застосування індивідуальних юридичних засобів та механізмів. Такими юридичними засобами та механізмами мають бути:

- підготовка договору між сурогатною матір'ю та біологічними батьками про виношування дитини;

- оформлення письмової згоди біологічних батьків на виношування сурогатною матір'ю ембріона, отриманого в результаті екстракорпорального запліднення;

- оформлення письмової згоди сурогатної матері на виношування ембріона біологічних батьків, а також згоди чоловіка сурогатної матері (за наявності);

- підготовка заяви сурогатної матері про відсутність претензій до біологічних батьків після завершення програми СМ;

- оформлення згоди сурогатної матері на запис біологічних батьків як батьків дитини в органах реєстрації актів цивільного стану;

- інші юридичні засоби та механізми.

На особливу увагу заслуговує договір між сурогатною матір'ю та біологічними батьками про виношування дитини, який має виступати основним засобом правового регулювання відносин учасників програми СМ. Такий договір є головним документом, що визначає відносини біологічних батьків із сурогатною матір'ю, та має укладатися відповідно до положень чинного законодавства України, враховуючи індивідуальні вимоги, побажання та можливості подружжя та сурогатної матері.

ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ АРБІТРАЖНОЇ УГОДИ У МІЖНАРОДНОМУ ІНВЕСТИЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ

АВТОР

Сергій ВОЙТОВИЧ,
заслужений юрист України,
доктор права,
партнер ЮПФ «Грищенко
та Партнери»



У міжнародному інвестиційному арбітражі, який розглядає спори між інвестором та державою з питань захисту інвестицій, часто говорять не про «арбітражну угоду», а про згоду на арбітраж (*consent for arbitration*). Напевно, це тому, що поряд з традиційною арбітражною угодою в прямому інвестиційному контракті (яка концептуально подібна до арбітражної угоди в комерційному контракті), значно поширена інша форма – специфічна арбітражна угода, утворена двома згодами – держави та інвестора, які містяться в різних документах.

Така специфічна арбітражна угода утворюється відкритою згодою (офертою) приймаючої держави в міжнародному договорі про захист інвестицій або в національному законі, з одного боку, та індивідуальною згодою (акцептом) інвестора на арбітраж, з іншого боку.

Згода (акцепт) інвестора на арбітраж найчастіше дається в заяві (клопотанні) інвестора про арбітраж (*request for arbitration*). Іноді до заяви про арбітраж додають спеціальний документ про згоду (*letter of consent*). Але як з'ясувалося з рішень деяких арбітражних трибуналів (наприклад: рішення у справі *Generation Ukraine v. Ukraine*, пп. 12.1-12.3; рішення по юрисдикції у справі *Tokios Tokels v. Ukraine*, пп. 94-100; рішення у справі *AMTO v. Ukraine*, п. 46), окремий спеціальний документ про згоду вважається необов'язковим, достатньо просто клопотання про арбітраж, що направляється арбітражному інституту, обраному згідно з договором про захист інвестицій. Основна вимога до способу вираження: згода і держави, і інвестора має бути явно вираженою, а не імпліцитною. Так, ст. 25(1) Конвенції ІКСІД вимагає, щоб згода сторін була у письмовій формі.

Якщо сама відкрита згода держави розрахована на майбутні потенційні спори, то арбітражна угода на основі такої оферти держави остаточно укладається за ініціативою інвестора вже після того, як виник інвестиційний спір.

У цьому ще одна відмінність від арбітражної угоди в прямому контракті. Щоб досягти того ж ефекту, який дає відкрита згода, держава мала б укласти спеціальну арбітражну угоду з кожним інвестором іншої договірної держави на своїй території.

Слід підкреслити, що арбітражна угода на основі відкритої згоди держави відрізняється від традиційної арбітражної угоди в прямому контракті не тільки за формою (згоди держави та інвестора містяться в різних документах) або за способом укладення (арбітражна угода остаточно укладається вже після виникнення інвестиційного спору). Тут є концептуальна відмінність. Відкрита згода держави – одна з найпримітніших особливостей сучасного інвестиційного арбітражу, адже вона адресована невизначеному і необмеженому на момент згоди держави числу інвесторів іншої сторони договору про захист інвестицій. Я. Паулссон назвав це «*arbitration without privity*» (арбітраж без відомості).

ЧИ МОЖЛИВО «ІМПОРТУВАТИ» ЗГОДУ ДЕРЖАВИ?

Завдяки широкому використанню клаузули про найсприятливішу націю («клаузули НСН») в договорах про захист інвестицій виникло дискусійне питання про можливість запозичення інвестором-позивачем більш сприятливих положень про врегулювання спорів з інших таких договорів тієї ж держави. Цей аспект застосування клаузул НСН вперше був позитивно вирішений (хоча і досить обмежено та з застереженнями) арбітражним трибуналом в справі *Maffezini v. Spain* в 2000 р.

Після цього арбітражні трибунали розділились у думці, чи застосовувати клаузулу НСН до врегулювання спорів, а якщо застосовувати, то яким чином. Один з трибуналів навіть зробив висновок, що з цього питання *opinio juris* ще не утворено (*Daimler v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/05/1, Award, 22 August 2012, para. 268). У цьому ж рішенні наведено цікаві приклади, коли договірні держави заявляли про виключення врегулювання спорів із сфери дії клаузули НСН (пп. 273–276 рішення). Зауважимо, що при спробі кодифікації інституту найбільш сприятливої нації в Комісії міжнародного права ООН, яка підготувала відповідний

проект статей в 1978 р., розповсюдження клаузули НСН на питання врегулювання спорів досліджувалось лише фрагментарно.

Водночас час деякі сучасні договори про захист інвестицій (наприклад, деякі договори Великої Британії) прямо передбачають, що клаузула НСН застосовується до врегулювання спорів між інвестором та державою. Та навіть у такому випадку, коли предметом клаузули НСН є в цілому врегулювання спорів, залишається концептуальне питання, чи може саме згода (оферта) держави на арбітраж запозичуватись (або змінювати сферу дії) через клаузулу НСН, адже згода має бути явно вираженою?

Формулювання такої згоди ретельно узгоджується з іншою державою – стороною саме зазначеного базового договору і чи може бути явно вираженою згода на арбітраж, яка запозичується, тобто замінюється на «сприятливіше» положення іншого договору з третьою державою в силу лише автоматизму клаузули НСН? Чи може, наприклад, явно виражена в базовому договорі згода на одну систему арбітражу (скажімо, за регламентом ЮНСІТРАЛ) замінюватись на «сприятливішу» іншу систему арбітражу, запозичену з іншого договору за допомогою клаузули НСН, і при цьому залишатись явно вираженою згодою? Чи, можливо, завдяки клаузулі НСН, держава лише розширює сферу своєї явно вираженої таким чином згоди (оферти) для вибору інвесторів?

Опоненти імпортування згоди держави (оферти) на арбітраж (наприклад, *Garanti Koza v. Turkmenistan*, ICSID case No. ARB/11/20, *Decision on the Objection to Jurisdiction for Lack of Consent*, 3 July 2013, paras. 7, 70) вважають, зокрема, що така згода має існувати в базовому договорі про захист інвестицій, та система арбітражу, визначена в базовому договорі не може змінюватись, навіть якщо такий договір прямо передбачає застосування клаузули НСН в цілому до врегулювання спору між інвестором та державою. У цьому плані перед арбітражними трибуналами залишається непросте питання відокремлення неналежного *treaty-shopping* з боку інвесторів від дійсного наміру договірних держав сформулювати сферу дії своєї відкритої згоди на арбітраж у договорі з урахуванням клаузули НСН.

БЕЗВІДКЛИЧНІСТЬ ЗГОДИ НА АРБІТРАЖ

Ні держава, ні інвестор не має права односторонньо відкликати або змінити згоду. Безвідкличність згоди забезпечує стабільність і

автономність арбітражної угоди (тобто ніби «заморожує» її).

Навіть припинення міжнародного договору про захист інвестицій (або національного закону), що містить оферту держави, уже після отримання згоди інвестора (наприклад, під час арбітражного провадження) не впливатиме на арбітражну угоду.

У Конвенції ІКСІД передбачено декілька положень, що заморожують права та обов'язки сторін спору з дати їхньої згоди. Наприклад, денонсація Конвенції не впливає на згоду, дану до дати денонсації (ст.72 Конвенції). До спору застосовуються Арбітражні правила ІКСІД в редакції на дату згоди сторін (ст.44 Конвенції).

ПОПЕРЕДНІ УМОВИ ЗГОДИ НА АРБІТРАЖ

Обидві сторони арбітражної угоди можуть формулювати попередні умови, без дотримання яких згода на арбітраж не спрацьовує.

Наприклад, типовою попередньою умовою держави в договорах про захист інвестицій є дотримання позивачем періоду очікування. Інвестор зобов'язаний утримуватись від подачі передчасного позову і дотримуватись періоду очікування, який встановлюється в договорах про захист інвестицій для доарбітражного врегулювання (зазвичай від 3 до 12 місяців, найчастіше – 6 місяців). Арбітри не вправі ігнорувати цю договірну умову згоди держав на арбітраж, якою б надмірною або незручною вона їм не здавалася. У справі *Western NIS Enterprise Fund v. Ukraine*, в одній з небагатьох інвестиційних справ, інвестору зі США відмовили у допустимості позову на підставі недотримання простого правила про період очікування (провадження у цій справі було призупинено).

А ось вичерпання національних засобів захисту в якості попередньої умови згоди на арбітраж відповідно до ст. 26 Конвенції ІКСІД на практиці не набуло поширення. Така умова зустрічається переважно в деяких старих двосторонніх договорах про захист інвестицій. Підкреслимо, держава може сформулювати її тільки в інструменті згоди, тобто в договорі про захист інвестицій, або у відповідному національному законі, або у прямому інвестиційному контракті. Таку умову не можна висунути пізніше в період вже розпочатого спору, навіть якщо, наприклад, Конвенція ІКСІД ратифікується після того, як згоду держави було виражено в двосторонньому договорі.

Крім попередніх умов згоди обидві сторони можуть обмежувати свою згоду іншим чином,

наприклад, щодо предмета спору. Подібні обмеження припустимі тільки під час видачі згоди, але не після цього. Наприклад, держава може обмежувати свою згоду тільки щодо спорів про експропріацію, а інвестор – щодо конкретної інвестиційної операції.

Висловлювалася думка, що умовою згоди держави може бути легальність інвестиції відповідно до законів держави, що приймає (тобто нелегальна інвестиція знаходиться за межами згоди держави). Водночас незначні порушення права держави, що приймає інвестицію, не можуть позбавити інвестора та інвестицію захисту за договором у світлі його об'єкта та мети.

СФЕРА ДІЇ ЗГОДИ СТОРІН

В умовах, коли немає прямого контракту між державою та інвестором, рамки спору визначаються сферою дії згоди на арбітраж. Вона має предметний, територіальний та часовий аспекти.

Важливий момент: сторони вправі заявляти додаткові та зустрічні позовні вимоги тільки в рамках сфери дії згоди сторін («within the scope of the consent»). У іншому випадку такі додаткові та зустрічні вимоги будуть за межами юрисдикції. Тому сфера дії згоди має значення не тільки у спорах в ІКСІД, де цей термін («the scope of the consent») відображений у Конвенції (ст. 46) та Арбітражних правилах (правило 40(1)), а й у інших арбітражних інститутах виходячи з самої погоджувальної природи арбітражу.

Радники сторін повинні розуміти, що часові та предметні межі арбітражної угоди окреслені в згоді-акцепті позивача, і цим слід користуватися

Відкрита згода держави зазвичай формулюється в загальних рисах – наприклад, охоплює всі спори щодо інвестицій. А згода позивача-інвестора може мати спеціально-уточнюючий характер – скажімо, спір щодо конкретної події або групи подій у певний період часу. Арбітражну угоду утворює частина, що збігається, оферти держави і акцепту інвестора (який буде, скоріше за все, вужчий за оферту стосовно конкретного спору).

Оскільки згода має безвідкличний характер, сторони не мають права не тільки відкликати її, але й в односторонньому порядку змінювати сферу її дії вже в процесі арбітражного провадження. Іншими словами, даючи згоду, позивачу треба добре подумати про формулювання сфери її дії, адже пізніше змінити нічого не можна. Це питання може виникнути, наприклад, у разі помилки інвестора-позивача, який сформулював сферу дії згоди занадто вузько і пізніше намагається розширити її. Хоча можлива й ситуація, коли позивач навмисно звузив сферу дії згоди, а його намагаються схилити до обговорення питань поза її рамками і окресленого позивачем спору.

У справі *Tokios Tokel s v. Ukraine* позивач спочатку надмірно звузив сферу згоди і тим самим створив собі проблему, коли в подальшому в нього з'явилося бажання розширити сферу згоди. Так, спочатку він дав письмову згоду тільки відносно заявлених дій з боку державних органів України, вчинених у 2002 р. проти підприємства «Такі справи». Проте згодом зайшла мова про інші події, зокрема кримінальне переслідування генерального директора цього підприємства, а також події після 2002 р. стосовно іншого підприємства позивача. На думку відповідача, це вже виходило за рамки сфери дії згоди.

Хоча, як було зазначено арбітражним трибуналом, позивач мав повну можливість сформулювати свою первісну згоду так, щоб охопити майбутній розвиток спору. Але після того, як позивач вже звернувся в ІКСІД, на думку відповідача, він не мав права розширювати сферу первісної згоди, оскільки це фактично означало б її відкликання. Трибунал зазначив, що «хоча з теоретичної точки зору цей аргумент міг би бути цікавим, у цьому випадку він має мале практичне значення». За оцінкою трибуналу, в пропорційному відношенні події в спорі, що мали місце після 31 грудня 2002 року, були занадто незначні, щоб мати скільки-небудь істотний вплив на результат спору. Крім того, арбітражний трибунал вважав, що обидві сторони по-своєму розглядали «послідовні події [справи] як єдине ціле» («the consecutive events as a unity»).

Іншим прикладом може бути ситуація, коли держава-відповідач застосовує відволікаючу тактику і адресує позивачеві питання з-за меж (часових і предметних) сфери дії згоди. Наприклад, у згоді позивача на арбітраж і позові сказано, що предметом спору є лише один епізод із дії довгострокового контракту, в якому багато

інших епізодів, а відповідач ставить перед позивачем розгляд інших епізодів, що виходять за часові рамки сфери згоди, визначеної самим же позивачем.

Іноді й арбітри на слуханні ставлять запитання, що виходять за часові та предметні межі сфери згоди, заявленої позивачем у клопотанні про арбітраж. Зрозуміло, що вони вправі спробувати розширити межі фактів, які їх цікавлять. Але й радники сторін повинні розуміти, що часові та предметні межі арбітражної угоди окреслені в згоді-акценті позивача, і цим слід користуватися.

АРБІТРАЖНА УГОДА ТА ЗУСТРІЧНИЙ ПОЗОВ

Загальне правило говорить: зустрічний позов повинен бути в рамках сфери арбітражної угоди. У справі *AMTO v. Ukraine* трибунал правильно зазначив, що його юрисдикція над зустрічним позовом держави-відповідача в інвестиційному спорі «залежить від положень договору про врегулювання спорів, характеру зустрічного позову і взаємовідношення зустрічного позову та [первинного] позову в даному арбітражі» (рішення у справі *AMTO v. Ukraine*, п. 118).

Інвестиційні трибунали часто відмовляють у юрисдикції над зустрічним позовом. Тут треба спиратися на формулювання згоди сторін на арбітраж. Якщо позивач використовує широке формулювання (наприклад, «позивач приймає оферту держави щодо арбітражу»), то перешкоди для зустрічного позову бути не повинно.

Один з перших випадків, коли трибунал в інвестиційному арбітражі визнав юрисдикцію над зустрічним позовом – рішення по справі *Inmaris v. Ukraine* (рішення у справі, п. 432). Тоді трибунал зробив такий висновок, спираючись на широке формулювання згоди держави-відповідача в українсько-німецькому договорі про захист інвестицій, що охоплює всі спори щодо інвестицій. Трибунал не дослідив у тексті рішення згоду інвесторів, очевидно, тому, що позивачі просто акцентували загальну оферту держави до свого спору.

ТЕРИТОРІАЛЬНИЙ АСПЕКТ АРБІТРАЖНОЇ УГОДИ

У сучасних договорах про захист інвестицій держави дають згоду на арбітраж щодо інвестицій на своїй території.

На конференції *Kiev Arbitration Days 2014* обговорювалося цікаве питання: чи може де-факто

контроль над територією (Крим) у результаті протиправної анексії однією державою (Російською Федерацією) створювати territorial pexus для мети захисту інвестиції (наприклад, з держави N) в умовах, коли юридично ця анексована територія залишається частиною іншої держави (України)? Можна поставити подібне питання і щодо територіальної сфери згоди на арбітраж стосовно неправомірно анексованої території.

Якщо у держави N є договори про захист інвестицій з Україною і Російською Федерацією, інвестиція, зроблена в Криму інвестором з держави N, не повинна «випадати» з інвестиційної захисту на основі таких договорів в результаті протиправної анексії Криму. Водночас, даючи відкриту згоду на арбітраж щодо інвестицій на своїй території в договорі про захист інвестицій з державою N, Україна не має обов'язку нести відповідальність за порушення прав інвестора з держави N на анексованій території, яку вона фактично перестає контролювати. Відповідно до ст.5(6) Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» №1207-VII від 15.04.2014 р.: «Відшкодування матеріальної та моральної шкоди, заподіяної внаслідок тимчасової окупації державі Україна, юридичним особам, громадським об'єднанням, громадянам України, іноземцям та особам без громадянства, у повному обсязі покладається на Російську Федерацію як на державу, що здійснює окупацію». Водночас Російська Федерація, що анексувала територію (Крим) та задекларувала свою відповідальність за неї, не повинна мати юридичну можливість, посилаючись на територіальну сферу своєї згоди, відмовити у захисті інвестору з держави N на анексованій території за договором про захист інвестицій між державою N і Російською Федерацією.

Іншими словами, очевидно, що протиправна анексія не змінює міжнародно-правового титулу анексованої території, однак відповідальність за захист інвестицій на анексованій території, у т.ч. за міжнародними договорами про захист інвестицій, а тим більше за шкоду, заподіяну інвестиціям, має нести держава, яка фактично контролює дану територію. Такий підхід (без шкоди для міжнародно-правового статусу неправомірно анексованої території) вбачається справедливим і логічним для розвитку міжнародних інвестиційних спорів і, можливо, договірної практики держав про захист інвестицій.

ЯК ВИЙТИ З РИНКУ?

ВІДСТУПЛЕННЯ ПРАВ ЗА КРЕДИТОМ ІНОЗЕМНИМ КРЕДИТОРОМ

АВТОР

Катерина ЧЕЧУЛІНА,
старший юрист CMS
Cameron McKenna LLC



Вже дуже тривалий час фінансове становище нашої країни і, відповідно, її резидентів, у багатьох асоціюється із стабільністю: стабільністю його неспинного погіршення. На жаль, перспективи зміни цієї ситуації на краще найближчим часом не спостерігається. За цих умов, кредитори, як в середині країни, так і за її межами, вже давно почали вживати заходів щодо зменшення в своїх портфелях заборгованості ненадійних або вже проблемних боржників, а кредитори-нерезиденти – українських позичальників взагалі. Одним із способів, який використовується кредиторами для цього, є продаж/відступлення прав за кредитним договором зацікавленим третім особам. Такі правочини, хоч і з рядом нюансів, викликаних неоднозначністю положень чинного законодавства, все ж досить успішно реалізуються на внутрішньому фінансово-кредитному ринку. Щодо відступлення прав кредиторами-нерезидентами, то ситуація ускладнюється через особливі вимоги, встановлені спеціальними нормативними актами, що регулюють питання зовнішніх запозичень резидентами України. Про такі вимоги, а також деякі інші аспекти відступлення прав за кредитом, з якими стикаються іноземні кредитори, буде йти у цій статті.

РЕЄСТРАЦІЯ В НБУ

Основна і найбільш суттєва складність із відступленням прав за кредитом від нерезидента пов'язана з вимогою реєстрації Національним банком України (далі – НБУ) таких кредитних договорів та певних змін до них, що встановлена Положенням про порядок отримання резидентами кредитів, позик в іноземній валюті від нерезидентів і надання резидентами позик в іноземній валюті нерезидентам, затвердженим Постановою №270 НБУ від 17.06.2006 зі змінами Положення. Так, згідно із Положенням зміни, які стосуються сторін зареєстрова-

ного договору, потребують реєстрації в НБУ в порядку, установленому для реєстрації договору. Оскільки в результаті відступлення прав за кредитним договором відбувається заміна кредитора – сторони договору, вона відповідно підлягає реєстрації. Така реєстрація змін здійснюється на підставі окремого повідомлення за установленною Положенням формою, що подається, разом з відповідними документами, які підтверджують зміну сторони кредитного договору, до банку, який обслуговує кредит (банк, який обслуговує), а ним далі до НБУ. Описаний порядок реєстрації здається абсолютно простим і легко виконуваним. Однак це лише на перший погляд. На практиці виникають такі проблеми.

ПІДТВЕРДЖЕННЯ ВІДСТУПЛЕННЯ ОКРЕМИМИ ЗМІНАМИ ДО КРЕДИТНОГО ДОГОВОРУ

Значна кількість кредитних договорів з нерезидентами регулюється англійським правом і укладається за формою, розробленою Асоціацією кредитного ринку (Loan Market Association (LMA)). Ними передбачається оформлення передачі прав від первісного до нового кредитора шляхом укладення сертифіката про передачу (Transfer Certificate) або угоди про відступлення – документа на одну-дві сторінки, що підписується лише початковим і новим кредитором і надалі надається кредитному агенту для прийняття і підписання, після чого відступлення стає таким, що відбулось. Участь позичальника в процесі відступлення полягає лише в направленні йому письмового повідомлення про таке відступлення. Власне аналогічно відступлення відбувається і за українським правом, тобто без згоди і як такого залучення позичальника. Отже, документом, який підтверджує передачу прав за кредитним договором, зазвичай є договір відступлення між старим і новим кредитором.

Водночас за роки застосування норм Положення у попередніх редакціях (суттєві зміни були внесені в 2012 р.), коли всі документи, необхідні для реєстрації змін, подавались безпосередньо до НБУ, склалась така практика, що базувалась на тлумаченні НБУ неоднозначних формулювань у Положенні, яка передбачала необхідність укладення договору про внесення

змін до кредитного договору щодо зміни кредитора у результаті відступлення. Тобто для того, щоб зареєструвати зміну кредитора, НБУ вимагав не лише договір про відступлення, але ще й додатково зміни до кредитного договору, підписані всіма його сторонами, в тому числі позичальником. Зрозуміло, що така позиція НБУ зводила нанівець право кредитора на відступлення кредиту без згоди позичальника і унеможлиблювала його реалізацію за відсутності добровільної співпраці позичальника.

На сьогодні, враховуючи вже змінену редакцію Положення, необхідність надання додатково договору про зміни до кредитного договору більшою мірою залежить від позиції обслуговуючого банку, оскільки саме він тепер аналізує документи, що подаються для цілей реєстрації змін, на відповідність вимогам Положення. Сам НБУ, в неофіційних коментарях, також віддає це питання на розсуд банку, який обслуговує, зазначаючи, однак, що його позиція залишається незмінною. Отже, в разі відступлення кредиту, іноземному кредитору рекомендується заздалегідь з'ясувати позицію обслуговуючого банку щодо того, який саме документ буде достатнім підтвердженням відступлення для цілей реєстрації в НБУ. З нашої останньої практики, нам відомі банки, які вважають достатнім подання самого лише договору відступлення.

ПОВІДОМЛЕННЯ ПРО РЕЄСТРАЦІЮ ЗМІН МАЄ ПОДАВАТИСЬ ПОЗИЧАЛЬНИКОМ

Однак з цим питання залежності кредитора від позичальника щодо реалізації свого права відступлення кредиту, на жаль, повністю не вирішується. Наступна проблема виникає з повідомленням про зміни до кредитного договору, що має подаватись для цілей реєстрації. Справа у тому, що відповідно до Положення таке повідомлення має готуватись, підписуватись та подаватись до обслуговуючого банку виключно позичальником. Можливості подання повідомлення про зміни до кредитного договору кредитором (первісним або новим) не передбачається. У зв'язку з цим, складність по суті може виникнути, як тільки у нового кредитора, так і обох, що залежатиме від моменту набуття чинності відступленням, визначеного кредитним договором або договором відступлення.

МОМЕНТ НАБРАННЯ ЧИННОСТІ ВІДСТУПЛЕННЯМ

Так, слід зазначити, що за попередніми редакціями Положення, зміна сторони кредит-

ного договору не тільки підлягала реєстрації в НБУ, але й чинність такої зміни ставилась в залежність від реєстрації. У зв'язку з цим у кредитних договорах іноді прямо передбачалась, що у разі відступлення прав кредитором, воно набуває чинності з моменту реєстрації в НБУ сертифікату передачі/договору відступлення. На сьогодні Положенням визначає, що лише зміни щодо суми, валюти, строку кредиту, процентів та інших платежів за кредитом повинні набувати чинності не раніше реєстрації відповідних змін у НБУ. Зміни щодо сторін договору в цей перелік не входять, а просто підлягають реєстрації. Отже, в разі відсутності в кредитному договорі або договорі відступлення прив'язки моменту набрання чинності відступленням до факту реєстрації договору відступлення у НБУ, сама лише вимога реєстрації зміни сторони за кредитним договором, встановлена Положенням, не впливатиме на положення первісного кредитора та його інтереси в цих відносинах відступлення: він буде вважатись таким, що перестав бути кредитором з моменту, зазначеного в кредитному договорі або договорі відступлення. Проте для нового кредитора є реальна загроза неможливості реалізації ним отриманого права вимоги до позичальника, незважаючи на те, що це його право як нового кредитора де-юре набуло чинності. Це передусім пов'язано з тим, що банк, який обслуговує, не матиме права виконувати платежі позичальника на користь нового кредитора, адже відповідно до Положення банк, який обслуговує, проводить платіжні операції за договором лише у разі їхньої відповідності умовам реєстрації договору. Отже, якщо зміна кредитора не буде відображена в реєстрації кредитного договору, банк, який обслуговує, буде змушений відмовити у здійсненні платежу на користь нового кредитора.

ОСОБА НОВОГО КРЕДИТОРА

Описані вище обставини не стануть на заваді відступлення прав за кредитом іноземним кредитором лише у декількох випадках. Перший – це коли відступлення прав здійснюється на користь кредитора-резидента. За цих умов кредит, що відступається, припиняє бути зовнішнім запозиченням і до нього, відповідно, вже не застосовуються вимоги Положення, тобто реєстрація зміни сторони у НБУ не потрібна. Натомість він стає звичайним місцевим кредитом в іноземній валюті. У зв'язку з цим, однак, необхідно звернути увагу на особу нового кредитора-резидента, на користь якого після відступлення

мають здійснюватись платежі в іноземній валюті. По-перше, постає питання статусу нового кредитора як фінансової установи, оскільки за українським законодавством кредитування (коли йдеться про відступлення кредиту, що належно обслуговується позичальником) та факторинг (у разі якщо відступлення здійснюється у зв'язку з факторингом) є фінансовою послугою, надання якої може здійснюватись лише фінансовими установами. По-друге, для здійснення платежів в іноземній валюті на території України необхідна наявність відповідної ліцензії НБУ хоча б в однієї зі сторін транзакції. Очевидно, що в більшості випадків у позичальника такої ліцензії не буде і він навряд чи буде захищений в її отриманні. Отже, забезпечення наявності ліцензії на здійснення валютних операцій, насамперед, є клопотом нового кредитора.

Забезпечення наявності ліцензії на здійснення валютних операцій, насамперед, є клопотом нового кредитора

Виключити необхідність ліцензії можна було б у випадку відступлення кредиту з одночасною його конвертацією в національну валюту, однак це вже не буде можливим без залучення і згоди позичальника, оскільки в цьому випадку йдеться про зміну умов кредитного договору, що потребує взаємної згоди сторін. Усі ці аспекти мають бути звичайно враховані новим кредитором, оскільки вони безпосередньо впливають на можливість реалізації ним (зокрема примусової) прав за отриманим у результаті відступлення кредиту. Щодо первісного кредитора, то йому також варто знати про них. Невідповідність нового кредитора вимогам українського законодавства про фінансові послуги та валютне регулювання щодо статусу особи кредитора як підстава для визнання договору відступлення недійсним є неоднозначною, та й судова практика з цього питання є досить суперечливою. Хоча ці аспекти все-таки можуть бути використані позичальником або недобросовісним новим кредитором для порушення питання недійсності відступлення в суді, що створить для первісного кредитора непотрібні клопоти.

Другий випадок, коли реєстрація зміни сторони кредитора може не знадобитись, це відступлення прав одним із кредиторів синдикого

ваного кредиту, за яким як кредитор у НБУ зареєстрований лише кредитний (платіжний) агент. Впродовж певного часу траплялись випадки реєстрації в НБУ кредитором лише кредитного агента (який зазвичай також є одним із кредиторів), оскільки саме за його рахунок здійснювалось надання всіх сум кредиту і відповідно на цей же один рахунок здійснювались платежі з повернення кредиту позичальником. Однак і раніше, і зараз ставлення до такого підходу як НБУ, так і обслуговуючих банків було неоднакове, і такі випадки швидше були рідкістю, ніж загальноприйнятою практикою. Тому наразі необхідність реєстрації відступлення прав будь-яким із кредиторів за таким кредитом, буде знову-таки визначатись позицією обслуговуючого банку з цього питання. У разі ліберального підходу банку вони не будуть вимагати реєстрації зміни кредитора. У разі консервативної позиції, суто з погляду діючих вимог Положення, зміна кредитора є зміною сторони кредитного договору; відповідно, навіть якщо інші кредитори не були раніше зазначені у разі реєстрації, банк, який обслуговує, може наполягати на реєстрації такої зміни кредитора і вимагати вказати вже всіх кредиторів (з урахуванням змін) у повідомленні на реєстрацію змін.

ВІДСТУПЛЕННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Ще одним моментом, на який варто звернути увагу в світлі необхідності реєстрації зміни кредитора в НБУ, є питання відступлення прав за договорами забезпечення (застави, іпотеки, тощо). Відповідно до ст. 27 Закону України «Про заставу» застава зберігає силу у випадках, коли у встановленому законом порядку відбувається уступка заставодержателем забезпеченої заставою вимоги іншій особі. Це положення також зазвичай передбачається і в самому договорі застави. Тому в зв'язку з відступленням прав за кредитним договором, укладення окремого договору відступлення прав за договором застави законом не вимагається, хоча на практиці укладення таких договорів рекомендується і в більшості випадків здійснюється. Водночас про відступлення має бути повідомлений відповідний заставодавець, а зміна заставодержателя зареєстрована в Державному реєстрі обтяжень рухомого майна у строки, передбачені законом. Щодо поруки, закон не містить аналогічних чітких норм щодо цього виду забезпечення, тому рекомендується окремо здійснювати відступлення прав за договором поруки.

Щодо іпотеки, то законом встановлено, правочин про відступлення прав за іпотечним договором підлягає нотаріальному посвідченню, а відомості про таке відступлення підлягають державній реєстрації у встановленому законодавством порядку. Тобто відступлення прав за іпотекою має обов'язково здійснюватись на підставі окремого договору відступлення у нотаріальній формі. Крім того, варто звернути увагу на положення закону про те, що відступлення прав за іпотечним договором здійснюється за умови, що одночасно здійснюється відступлення права вимоги за основним зобов'язанням. Передбачена законом умова одночасного відступлення прав за основним зобов'язанням і іпотекою неоднозначно тлумачиться різними спеціалістами. Одні розуміють її як констатування законодавцем неможливості відступлення іпотеки без відступлення прав за кредитним договором, що власне і так впливає з суті іпотеки як похідного зобов'язання та забезпечення. Інші ж вбачають у цьому положенні вимогу укладення договорів відступлення за кредитом та іпотекою в один день. З огляду на останнє варто врахувати, що чинність відступлення прав за кредитним договором все-таки може бути прив'язана, за згодою сторін, до дати реєстрації зміни кредитора в НБУ. Тому в разі укладення договорів відступлення прав за кредитним та іпотечним договорами в один день, вступ в силу відступлення за іпотекою рекомендовано ставити в залежність від набуття чинності відступленням за кредитним договором, тобто від дати реєстрації останнього в НБУ, і отже, в таку саму дату і здійснювати реєстрацію змін до іпотеки.

І ще один нюанс щодо відступлення прав за іпотечним договором, який варто зауважити, це вартість послуг нотаріуса та розмір державного мита за нотаріальне посвідчення договору відступлення щодо іпотеки: вони будуть дорівнювати ставкам, що застосовуються до самих договорів іпотеки та розраховуватись з вартості предмета іпотеки.

ІНШІ АСПЕКТИ ВІДСТУПЛЕННЯ

Дотримання процедури відступлення навіть за умов реструктуризації кредитора. Слід зазначити, що кредитні договори, укладені за стандартами LMA, мають чітко визначені процедури відступлення прав кредиторами. Для забезпечення дійсності відступлення за такими договорами за правом, яким регулюється кредитний договір (як уже зазначалось, це зазвичай англійське право), необхідно обов'язково дотримуватись цих процедур, навіть якщо від-

ступлення прав кредитором здійснюється на підставі закону країни резидентності кредитора (відмінної від країни права, що застосовується до кредиту) в імперативному порядку, наприклад у разі передачі прав за кредитом від неплатоспроможного банку, що ліквідується, до іншого за рішенням відповідного державного регулятора.

Податковий статус нового кредитора. У зв'язку з прийняттям на себе прав за кредитним договором новому кредитору-нерезиденту варто звернути увагу на свій податковий статус з погляду наявності/відсутності угоди про уникнення подвійного оподаткування між Україною та країною резидентності нового кредитора. Це може суттєво вплинути на економічну доцільність для нього такої транзакції.

З висвітленого вище стає зрозумілими, що для іноземного кредитора, який збирається вийти з українського ринку шляхом відступлення прав за кредитом, це буде досить непростою справою. Серед перелічених складнощів, найбільшою є звичайно процедура реєстрації змін до кредитного договору в НБУ. На сьогодні іноземний кредитор, який бажає відступити свої права за кредитним договором, іншому іноземному кредитору, по суті перебуває у повній залежності від волі позичальника співпрацювати з кредиторами у зв'язку з таким відступленням. Така ситуація порушує законні права будь-якого кредитора, зокрема з погляду українського права, яке дає змогу кредитору відступати свої права без згоди боржника. Це питання вже неодноразово ставилось перед регулятором – НБУ – як в індивідуальному порядку, так і у зверненнях профільних організацій як-то Незалежна асоціація банків України. Будь-яких важелів впливу на позичальника в подібних ситуаціях зазвичай немає ані у первісного, ані у нового кредитора. До того ж навіть у Положенні звернення позичальника до банку, який обслуговує, для реєстрації змін не ставиться йому в обов'язок та не передбачає як такої відповідальності. Відповідно, єдиним способом захисту прав кредиторів є лише звернення до суду. Таку ситуацію виправити досить легко, змінивши відповідні норми Положення. Проте це передусім вимагає політичної волі регулятора. Вважаємо, що такі зміни ніяк не зашкодять цілям валютного регулювання, в межах якого діє Положення. Відповідно сподіваємось, що розуміння цього прийде найближчим часом і будуть вжиті необхідні заходи, які хоч і частково, але все ж сприятимуть покращенню умов ведення бізнесу та інвестування в Україну іноземними інвесторами.

Otium cum
dignitate

Гідний
відпочинок



ВСЕ ДЛЯ ЮРИСТА

РЕВОЛЮЦІЯ В ЮСТИЦІЇ

Оксана ІЖАК,
редактор «Юридичної газети»

На порядку денному у нас сьогодні реформи. Саме реформи, за численними заявами представників нинішньої української влади, є пріоритетними напрямками розвитку вітчизняної суспільно-правової дійсності. Таке реформування, зі слів вищого керівництва держави, стане рішучим кроком нашої держави до переформатування чинних усталених правовідносин та дасть змогу вийти на новий рівень розвитку на шляху до стандартів Європейського Союзу.

Так, Стратегія сталого розвитку «Україна-2020», затверджена Указом Президента України від 12.01.2015 №5/2015, та Коаліційна угода 2014 р., підписана більшістю Верховної Ради VIII скликання, містять ряд положень про зміни в різних сферах державного управління, направлених на оновлення правил гри в контексті публічної адміністрації з метою спрощення функціонування бізнесу, залучення іноземних та вітчизняних інвестицій, забезпечення прискорення економічного розвитку тощо.

І важливу роль у контексті такого реформування мають саме зміни в системі органів юстиції. Їхня актуальність обумовлюються численним обсягом сфер впливу та здійснюваних правостановлюючих актів/юрисдикційних операцій, що здійснює Міністерство та його структурні підрозділи, направлені на встановлення прав, обов'язків та інтересів громадян, громадських організацій та суб'єктів підприємницької діяльності. Всі ці сфери потребують ефективного реформування. Отже, революція вітчизняної юстиції (органів юстиції як на центральному, так і місцевому рівні) на сьогоднішній момент в Україні є нічим іншим як рятувальним жилетом в сфері забюрокритизованості, корупції, сукупності різних формальностей та декларативних законодавчих норм, а також відсутності належного фінансово-матеріального забезпечення системи. І тому своєчасність такої реформи актуальна як ніколи. Водночас правильність та коректність її проведення суттєво змінить не лише підходи до здійснення характерних раніше принципів функціонування реєстраційної сис-

теми, державної виконавчої служби, реєстрації прав власності, антикорупційної та загальноправової політики держави, але й значно спростить роботу самого державного апарату тощо. При тому самі реформи цінні тоді, коли вони отримують практичні втілення у реальному житті, а не тільки в сотнях сторінок офіційних концепцій та опублікованих документів.

Проте, як стверджують у владі, перші кроки на цьому шляху вже зроблені. Так, наразі у структурі Міністерства юстиції України розпочато процес з запровадження численних змін у підходах до структури міністерства та залучення іноземних, зокрема грузинських, експертів до впровадження ефективних реформ в українську правову дійсність. І досить вартісно те, що наразі значні кроки такого реформування стосуються оновлення підходів до професійного підбору кадрів та принципів роботи самого Міністерства.

«Юридична газета» намагається проаналізувати офіційні заяви та коментарі чиновників органів юстиції і створити єдину картину того, яка революція системи органів юстиції в найближчому майбутньому очікує українську правову реальність. Але про все по порядку.

СПОЧАТКУ БУЛО МІНІСТЕРСТВО...

Реформу системи органів юстиції варто розпочинати з реформування самого Міністерства. Напевно, саме таку мету має теперішнє керівництво Мін'юсту, розпочинаючи так звану революцію організації роботи його структурних підрозділів. Нагадаємо, що майже місяць тому на прес-конференції 20 січня, присвяченій запланованим реформам у структурі міністерства, перший заступник міністра юстиції **Наталія Севостьянова** повідомила, що Міністерство юстиції розпочинає оптимізацію системи юстиції, в результаті якої буде приблизно вдвічі скорочена кількість структурних підрозділів. Проте, як заявила тоді посадовець, у системі органів юстиції безліч проблем. До них вона відносить такі, як: відсутність мотивації працівників через низьку заробітну плату, бюрократія, надлишкова кількість керівників відносно загальної кількості працівників у системі, подвійне підпорядкування. «Щоб вирішити ці проблеми, ми розробили пакет оптимізації, який включає в себе скорочення чисельності підрозділів системи юстиції з 45 до близько 25. Також ми скорочуємо на 20% чисельність

центрального апарату. Задля ліквідації подвійного підпорядкування ми зменшуємо кількість керівників та збільшуємо підрозділи», – розповіла перший заступник міністра юстиції.

Промовистим є також той факт, що наразі керівництво Міністерства юстиції прагне запровадити у відомстві нову кадрову політику, в основі якої входить і створення таких нових структурних підрозділів, як Комітет реформ, Моніторинговий центр та Кадрова комісія. До того ж кадрова комісія на сьогодні фактично уже створена і очолив її грузинський експерт **Гія Гецадзе**, якого розпорядженням КМУ від 4.02.2015 призначено заступником Міністра юстиції України.

Крім того, під новою кадровою політикою, за переконанням очільників Міністерства, розуміється не лише змінена система підбору нових кадрів, а й перевірка ефективності роботи нинішніх працівників системи юстиції. «Нова кадрова політика полягає у тому, що усі співробітники мають пройти перевірку. Якщо перевірка встановить, що працівник працював належно і не був помічений у корупції, він отримає можливість підвищення. Ми пропонуємо так званий соціальний ліфт для всієї системи», – повідомила тоді Н. Севостьянова.

Важливо, що такі заяви є цілком серйозними і отримують практичну реалізацію. Зокрема, як зазначено на офіційному сайті Міністерства, для забезпечення прозорості та відкритості процесу добору нового персоналу залучені провідні рекрутингові компанії зі світовим ім'ям. Так, на умовах рго bono співпрацю з відомством здійснює Human Capital українського офісу міжнародної аудиторської компанії Ernst&Young. «Ми перевіримо ефективність роботи керівників системи юстиції за попередній рік. За його результатами стане відомо, хто з них залишиться на своїх посадах. Щодо звільнених посад ми разом з Ernst&Young Human Capital запропонуємо нові критерії і профіль вакансій, завдяки чому визначимо найбільш кваліфікованих претендентів на зайняття вільних посад», – зазначила 20 січня перший заступник міністра юстиції.

До того ж, за заявами очільників відомства, нова кадрова політика та оптимізація діяльності органів системи Міністерства юстиції як в центральному апараті, так і на місцевому рівні, є тільки одним із складових елементів реформування системи юстиції.

За інформацією керівництва Мін'юсту, така оптимізація позитивно позначиться на фінансовому забезпеченні державних службовців, які

працюють у Міністерстві. За раніше заявленою інформацією чиновників, «процес скорочення передбачає збереження нинішнього заробіткового фонду» таким чином, щоб забезпечити збільшення зарплат у системі юстиції, тобто зекономлені на скороченні штату кошти будуть розподілені між працівниками, які працюватимуть вже в оптимізованій структурі.

Уже 6 лютого Ernst&Young Human Capital провів перше незалежне тестування керівників вищої ланки Міністерства юстиції України, що, за слова міністра **Павла Петренка**, стало початком процесу оновлення кадрової структури відомства.

Водночас сам по собі відбір досить серйозний. «Перший блок – мотиваційний лист. Кандидат – учасник тестування повинен буде пояснити, чому саме він має зайняти посаду, якими характеристиками він для цього володіє. Крім того, він повинен буде прописати план дій для свого підрозділу на наступний рік. Другий блок складається із відкритих 10 запитань, з допомогою яких будуть визначатися лідерські якості, третій – 15 запитань професійного характеру із варіантами відповідей», – розповіла керівник групи Human Capital, партнер ЕУ в Україні **Ольга Горбановська**.

Революція вітчизняної юстиції на сьогоднішній момент в Україні є нічим іншим як рятувальним жилетом в сфері забюроокритизованості, корупції, сукупності різних формальностей

Також 9 лютого на офіційному сайті Міністерства юстиції з'явилася інформація про оголошення конкурсу на заміщення посади заступника міністра з питань європейської інтеграції (документи на конкурс щодо зазначеної посади приймаються до 12.00 16.02.2015, а сам конкурс відбудеться 19.02.2015 о 10.00). Вимоги до кандидатів досить ґрунтовні: кандидати повинні мати вищу юридичну освіту, вільно володіти українською та англійською мовами, мати досвід роботи із міжнародними організаціями та донорами, бути обізнаними із механізмами функціонування статутних органів Європейського Союзу, Ради Європи, ООН, знати основні права

ЄС, положення Угоди про Асоціацію тощо. «На першому етапі відбору, під час заповнення анкети кандидати повинні будуть описати досвід ведення переговорів з європейськими партнерами, зокрема інституціями ЄС, продемонструвати обізнаність із механізмами функціонування інституцій Європейського Союзу, компетенцією його основних органів, а також процесами ухвалення рішень у рамках ЄС, з основами європейського права (*acquis communautaire*), зокрема положеннями нормативних актів ЄС (директив, регламентів, рішень) з урахуванням компетенції міністерства. Крім того, кандидати також повинні окреслити своє бачення щодо виконання положень Угоди про Асоціацію з ЄС та продемонструвати розуміння практичних методів адаптації українського законодавства до положень європейського права та його гармонізації із стандартами ЄС», – зазначається в оголошенні на офіційному сайті Міністерства.

Проте початок реформування структури і кадрів самого Міністерства – тільки перший крок до реформування його структурних підрозділів, зокрема ДВС та Укрдержреєстру.

ПЕРЕФОРМАТ: РОБОТА ДВС ТА УКРДЕРЖРЕЄСТРУ ПО-НОВОМУ

Згідно з постановою уряду від 21.01.2015 № 17 з метою оптимізації діяльності центральних органів виконавчої влади системи юстиції, раціонального використання бюджетних коштів та на виконання п. 9 розділу III «Прикінцеві положення» Закону від 28.12.2014 № 76-VIII «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, законодавчих актів України» щодо скорочення чисельності працівників державних органів на 20 % КМУ постановляє:

1. Ліквідувати Державну реєстраційну службу та Державну виконавчу службу, поклавши на Міністерство юстиції завдання і функції з реалізації державної політики у сфері організації примусового виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб), з питань державної реєстрації актів цивільного стану, речових прав на нерухоме майно та їхніх обтяжень, юридичних та фізичних осіб – підприємців, договорів комерційної концесії (субконцесії), з питань реєстрації (легалізації) об'єднань громадян, інших громадських формувань, статутів фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування, якщо їхня реєстрація передбачена законами, статуту територіальної громади м. Києва, державної реєстрації друкованих засобів масової інформації та інформаційних агентств як суб'єктів інформаційної діяльності.

2. Установити, що Міністерство юстиції є правонаступником Державної реєстраційної служби та Державної виконавчої служби, що ліквідується, в частині реалізації державної політики у сферах, зазначених у п. 1 цієї постанови.

Цим же документом КМУ затвердив утворення комісій з ліквідації Державної реєстраційної служби та Державної виконавчої служби та призначив їхнє керівництво, тобто перший етап з ліквідації/реорганізації цих державних структур уже розпочано.

Відповідаючи на запит «Юридичної газети» щодо реальних кроків реалізації зазначених вище норм вказаної постанови КМУ, Департамент кадрової роботи та державної служби Міністерства, наданий нам прес-службою Мін'юсту, повідомив, що наразі «у зв'язку з цим у структурі апарату Міністерства юстиції утворено Департамент державної виконавчої служби та Департамент державної реєстрації. Наразі здійснюються відповідні організаційні заходи щодо укомплектування зазначених структурних підрозділів апарату Міністерства».

До того ж, за заявами міністра юстиції П. Петренка, реформування Державних реєстраційної та виконавчої служб очікується завершити за приблизно два роки. Проте, як було зазначено посадовцем, прийняття відповідних законодавчих актів очікується до середини поточного року.

ДЕРЖРЕЄСТРАЦІЯ ПО-НОВОМУ: ПРОПОЗИЦІЇ ДЛЯ РЕФОРМИ

До одних із основних сфер реформування структури Мін'юсту належить і зміна принципів роботи Державної реєстраційної служби. Нагадаємо, за інформацією радника міністра юстиції України, грузинського експерта **Джаби Ебаноїдзе**, Міністерство юстиції працює над Концепцією реформування системи реєстрації прав на нерухомість.

Так, презентуючи неофіційну версію документа на прес-конференції 30 січня, він зазначив, що основна увага такого реформування зосереджуватиметься на питанні зміни принципів діяльності, якими раніше займалася Державна реєстраційна служба. Основною метою реформування, за його словами, є створення хорошої гнучкої реєстраційної системи, що сприятиме ефективному розвитку суспільства та боротьбі з корупцією, залученню інвестицій тощо.

Розроблена експертами Концепція передбачає створення в Україні системи *front-office* і *back-office*, за допомогою якої здійснюватиметься процедура державної реєстрації прав

на нерухоме майно поетапно: адміністратори front-office прийматимуть документи від громадян, а back-office здійснюватимуть реєстрацію таких прав без безпосереднього контакту з заявником. У такий спосіб громадянин-заявник спілкуватиметься тільки з адміністратором front-office. Водночас документ містить декілька цікавих моментів. Зокрема, по-перше, на цьому першому етапі реформування роботи Укрдержреєстру пропонується передбачити можливість нотаріусів вчиняти такі дії (тобто планується розширити функції нотаріусів щодо реєстрації прав на об'єкти нерухомості), а у перспективі також залучення приватних осіб до процедури. По-друге, є пропозиції щодо створення місцевих front-office за прикладом центрів надання адміністративних послуг за участю приватних спеціалістів (ріелторів, адвокатів тощо), що, на думку експерта, допоможе розвантажити державні установи такого типу і, в свою чергу, звільнить клієнтів від необхідності стояти у величезних чергах.

До того ж, пропонується Концепція містить норми про єдиний документ, який закріплюватиме права на об'єкти нерухомості. Таким головним єдиним документом, на думку пана Ебаноїдзе, має бути витяг з реєстру. Крім того, радник міністра вважає, що окремим напрямом майбутнього реформування має стати реформа діяльності БТІ (та її архіву) та земельного кадастру щодо спрощення оформлення прав на всі об'єкти нерухомого майна включно з землею. Ебаноїдзе вважає, що функції БТІ, земельного кадастру і реєстрації прав потрібно об'єднати в одній установі.

ВИКОНАННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ: МАЙБУТНЄ ПОКРАЩЕННЯ

«Щодо реформування Державної виконавчої служби зазначаємо, що, згідно з постановою КМУ від 21.01.2015 № 17, розпочато процес оптимізації системи органів юстиції, зокрема, ліквідації Державної виконавчої служби України, як центрального органу виконавчої влади, з одночасним покладенням функцій у сфері примусового виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб) на Міністерство юстиції», – зазначається в офіційній відповіді на запит «Юридичної газети» щодо реформування роботи ДВС, наданий нам Департаментом взаємодії з органами влади Міністерства юстиції.

До того ж Департамент Мін'юсту вказує, що метою такої оптимізації є, передусім, підвищення показників виконання рішень шляхом удосконалення системи та процедури примусового

виконання загалом. «Отже, розпочата реформа спрямована на забезпечення побудови найбільш ефективної структури органів державної виконавчої служби, визначення чіткої їх підпорядкованості, що в свою чергу також сприятиме раціональному використанню бюджетних коштів, скороченню та оновленню кадрового складу тощо», – зазначають у структурних підрозділах Міністерства.

Проте далі за загальними фразами у відповіді Департаменту інформується про те, що «наразі з метою реформування існуючої в Україні системи примусового виконання рішень розроблена Концепція реформування системи органів державної виконавчої служби, яка передбачає два етапи: системне вдосконалення процедури примусового виконання рішень та запровадження змішаної системи примусового виконання рішень шляхом введення інституції приватних виконавців». На аргументування такої позиції зазначається, що «на сьогодні механізм примусового виконання рішень регулює Закон України «Про виконавче провадження». Однак сучасні реалії потребують прийняття нових законів, які концептуально по-новому визначатимуть механізм правового регулювання у сфері примусового виконання рішень». Водночас, як зазначено у відповіді Департаменту, згідно з цією Концепцією встановлення ефективного інструментарію примусового виконання рішень та дебіюкратизації процесу примусового виконання, що підвищить ефективність виконання рішень органами примусового виконання рішень та покращить статистичні показники у роботі органів державної виконавчої служби.

Одночасно відомство зазначає, що «вдосконалення процедури примусового виконання рішень потребує суттєвих змін до чинного законодавства, зокрема, в частині:

- зниження корупційних ризиків у діяльності державних виконавців, зокрема за рахунок прозорості процедури виконавчого провадження, автоматичного розподілу справ (виконавчих проваджень), підвищення мотивації праці державних виконавців, посилення контролю за виконанням рішення;

- посилення інституційної спроможності виконавців (розширення можливостей отримання інформації про боржників та їхнє майно, спрощення доступу інформаційних ресурсів, які містять відповідну інформацію, запровадження єдиного реєстру боржників тощо);

- вдосконалення процедури виконання проблемних категорій рішень (рішення зобов'язального характеру, рішення, виконання яких

ускладнено наявними мораторіями, рішення, боржниками за якими є державні органи тощо);

– посилення відповідальності за невиконання рішень тощо».

Також, якщо цитувати інформацію Департаменту, з цією метою планується вжити низку заходів, серед яких, зокрема, впровадження нового програмного забезпечення Єдиного державного реєстру виконавчих проваджень, налагодження швидкої системи пошуку інформації про майно боржника та накладення арешту на майно боржника тощо.

«З метою підвищення інституційної спроможності органів державної виконавчої служби, оперативної взаємодії з органами влади та отримання інформації про майно та кошти боржника, планується запровадження електронної взаємодії з Національним банком України, Державною автомобільною інспекцією, Державною казначейською службою України, Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку та іншими органами.

Також передбачається створення відкритого реєстру боржників, до якого матимуть доступ інші органи влади, банківські установи, а також фізичні і юридичні особи. Функцією цього реєстру буде не лише можливість отримувати інформацію щодо боржника іншими органами, фізичними та юридичними особами, а також стимулювання боржника до виконання рішення.

З метою систематизації інформації щодо конфіскованого та арештованого майна і отримання достовірної та оперативної інформації Концепцією передбачається запровадження електронного обліку такого майна», – всі ці кроки, за інформацією Департаменту, планується здійснити в найближчому майбутньому.

Крім того, це ще не все. До всього вище зазначено, варто приєднати плани зі створення авторизованих офісів, за допомогою яких стягувачу буде надана змога направляти виконавчі документи для виконання в електронному вигляді з використанням електронного цифрового підпису та запровадження електронної взаємодії із судами та іншими органами, шляхом автоматичного направлення виконавчого документа до єдиної бази виконавчих документів для виконання (такий механізм також анонсує Департамент). «Зазначене надасть можливість стягувачу швидко, в зручний для нього спосіб, пред'явити до виконання виконавчий документ без необхідності звернення до суду для його отримання», – зазначено у відповіді Департаменту Міністерства нашому виданню.

РЕФОРМА ЮСТИЦІЇ НА МІСЦЯХ

Реформування органів юстиції, розпочате із центрального апарату, отримає належне продовження і на місцевому рівні. Так, 10 лютого Міністерство юстиції оголосило відкритий конкурс на зайняття вакантних посад у територіальних органах юстиції. Конкурс оголошено за підсумками кадрового тестування та співбесід, що його Мін'юст провів 6 лютого спільно із компанією Ernst&Young, за результатами якого із 85 керівників органів юстиції вищої ланки 47 вимушені будуть покинути свої посади. Саме таку інформацію озвучила на брифінгу перший заступник міністра юстиції Н. Севостьянова.

За її словами, нині вакантними є 11 посад керівників територіальних органів юстиції, в 17 областях немає заступників керівників, які будуть курувати напрям виконання рішення судів. Ще в 14 областях, за словами Н. Севостьянової, немає заступників, які курують напрям роботи у сфері реєстрації. Було зазначено, що відкритий конкурс на зайняття вакантних посад в областях проходитиме впродовж 30 днів до 11 березня (включно). «Більшість із чинного складу не змогли на високому рівні показати свої професійні якості або ми відчули відсутність бажання змінювати систему на місцях. Такого ніколи не було за всю історію міністерства юстиції, оскільки призначення керівного складу – це завжди була номенклатура міністра, і міністр в областях призначав людей, яких вважав гідними цих посад», – зазначила посадовець.

До того ж, за її словами, вимоги до претендентів зведені до двох основних вимог: вища юридична освіта та 5 років професійного стажу. До того ж, під час подання своєї кандидатури на конкурс кандидатам пропонують заповнити заяву, анкету, особову картку та декларація про майно, доходи, витрати та зобов'язання фінансового характеру за минулий рік.

Визначатиметься із кваліфікаційною приналежністю до роботи в органах юстиції голова кадрової комісії Гія Гецадзе. Документи на конкурс, за інформацією Міністерства, будуть прийматися онлайн або в офісі Мін'юсту на вул. Городецького, 13, де працюватиме кадровий центр. Після проходження тестування відбуватиметься співбесіда із кадровою комісією, в межах якої кандидат повинен буде окреслити своє бачення реформ на тому напрямі, який він планує очолити.

«Ми хочемо подолати корупцію, зокрема побутову корупцію низького рівня. Змінюється час, змінюються умови роботи, тому ласкаво просимо в команду реформ», – наголосила перший заступник міністра юстиції.

АДВОКАТ – ДЕРЖАВНИЙ ДІЯЧ МИХАЙЛО БРАЩАЙКО: З НАГОДИ 130 РОКІВ ВІД ДНЯ НАРОДЖЕННЯ

АНОТАЦІЯ	АННОТАЦІЯ	ANNOTATION
<p>У статті вперше у формі широкої енциклопедичної біографічної довідки досліджений життєвий шлях адвоката Михайла Бращайка, який увійшов у історію як талановитий публіцист, редактор, громадсько-політичний діяч. Поданий аналіз його світоглядних орієнтирів та суспільних поглядів, відомості про адвокатську діяльність, досліджена меморіальна дошка, встановлена на його честь, розглянуті основні праці та література про нього.</p>	<p>В статье впервые в форме обширной энциклопедической биографической справки исследуется жизненный путь адвоката Михаила Бращайка, который вошел в историю как талантливый публицист, редактор и общественно-политический деятель. Проводится анализ формирования его мировоззренческих ориентиров, политико-правовых и общественных взглядов, раскрываются малоизвестные аспекты адвокатской деятельности.</p>	<p>The article examines the life of Brashchaiko Mykhailo – advocate publicist, editor and political and cultural activist. The analysis of the formation of its ideological orientation, political, legal and social attitudes, reveal little-known aspects of advocacy, studied monuments and memorial plaques in honor of Nicholas establishing Mikhnovsky, ongoing review of his major works and literature about him.</p>
КЛЮЧОВІ СЛОВА	КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА	KEYWORDS
<p>адвокат Михайло Бращайко, Закарпатська Україна</p>	<p>адвокат Михаил Бращайко, Закарпатская Украина</p>	<p>Brashchaiko Mykhailo, Transcarpathian reg.</p>

АВТОР

Михайло ПЕТРІВ,
адвокат



Цьогоріч виповнюється 130 років від дня народження Михайла Бращайка – адвоката, доктора права, публіциста, журналіста, редактора, видавця, громадсько-політичного і культурно-освітнього діяча Закарпатської України, депутата Сейму Карпатської України (1939), людині, якій випала честь зачитати Маніфест про проголошення незалежності Карпатської України.

Михайло Бращайко народився в с. Блажівці (нині – с. Балажер Берегівського району Закарпатської області). Загальну школу закінчив у с. Нанкові та в м. Хусті. Навчався в Ужгородській і Мараморош-Сигетській гімназіях. Правничу освіту здобув на юридичному факультеті Клузьського (Коложварського) й Віденського університетів. Під час навчання у Віденському університеті брав участь у нарадах українських громадських діячів, депутатів віденського парламенту Кирила Трільовського, Теофіла Окуневського, Миколи Василька щодо створення русинської політичної організації та видання русинського політичного часопису.

У березні 1910 року здобув ступінь доктора права. У жовтні 1913-го склав адвокатський іспит в Марошваргелі (Румунія) і того самого року відкрив власну адвокатську канцелярію в м. Рахові на Закарпатті. Наприкінці року М. Бращайка мобілізували до австрійської армії, в якій він прослужив до 1918-го. На цей час припадає початок його активної української громадсько-політичної діяльності: був одним із організаторів Центральної руської народної ради в Угорщині (1918) та Марамороської руської народної ради в Мараморош-Сигеті (Румунія). Був головою «Всенародних зборів угро-руського народу» в Хусті, на яких 21 січня 1919 р. було схвалено рішення про воз'єднання краю з Українською Народною Республікою. 22 березня 1922 р. брав участь у міжпартійній нараді з обговорення «Плану програми уряду Чехословацької Республіки відносно проблеми Підкарпатської Русі» (1922). За чеської окупації Закарпаття був членом чехословацько-румунської демілітаризаційної комісії з урегулювання питань кордонів (квітень 1921 р.). У 1923 р. переїхав до Ужгорода, де відкрив власну адвокатську канцелярію, діяльність в якій вів до жовтня 1938-го. Від квітня 1924 р. входив до складу екзаменаційної комісії для кандидатів у судді та адвокати з Підкарпатської Русі. Крім різнобічної й успішної адвокатської практики, захисту своїх однодумців, редакторів газети «Свобода»



Михайло БРАЩАЙКО, адвокат, доктор права, публіцист, журналіст, редактор, видавець, громадсько-політичний і культурно-освітній діяч Закарпатської України, депутат Сейму Карпатської України (1939)

(В. Желтая та А. Волошина), а також того, що він представляв інтересів українських емігрантів та Руської центральної народної ради в Ужгороді, вів активну українську громадсько-політичну та культурно-освітню діяльність: один із засновників Руської хліборобської партії та її секретар, а згодом і голова; відповідальний редактор її партійного органу «Руська Нива» (1920–1921, ч. 1–9, ч. 30–49, 1922–1924), в якому публікував чисельні публіцистичні статті; заступник голови Християнської народної партії (1924–1938); член партії «Українське національне об'єднання» (1938–1939). Автор чималої кількості статей в газеті «Свобода» (1922–1924), ілюстрованому місячнику «Пчолка» (1923–1932), яка видавала бібліотеку для дітей. Серед авторів книжок цієї бібліотеки був М. Бращайко. Співпрацював (1923) з редакцією щоденної газети «Русинь», був одним із найактивніших дописувачів, зокрема, писав статті про чесько-українські відносини та про Тараса Шевченка. Його політично-публіцистичні статті в газеті («Ликвідація україн-

ської еміграції в Подкарпатській Русі», «Політична будучність Подкарпатської Русі» тощо) розкривають погляди Михайла Бращайка на тогочасні проблеми української людності краю. У 1925 р. був відповідальним редактором другого числа літературно-наукового і господарського місячника «Просвѣта», юридичним консультантом у розділі «Правні поради». У 1926 р. опублікував статтю «Поет любови й відродження» у виданні «Просвѣта» – Шевченкови», яке приурочене до 65-ї річниці від дня смерті Кобзаря.

У 1932 р. очолив редакцію позапартійної газети «Українське слово», яка служила всенародним інтересам. У передовій статті до першого числа газети М. Бращайко так сформулював цілі видання: «*В нашій роботі і боротьбі будуть нас в'язати лише правда і добро народу*». Відповідальний редактор і видавець цього часопису – 1932–1938 рр. (ч. 1–27), головний редактор і видавець – 1938 р. (ч. 28–63), а також активний дописувач. Статті М. Бращайка розкривають тогочасні актуальні проблеми закарпатських українців: право вживати назву «українець», «український» та використовувати національну символіку, боротьбу проти надмірної чехізації краю та утвердження української національної ідеї в Закарпатті. Часопис широко висвітлював події в Радянській Україні (страшний голод, самогубства М. Хвильового та М. Скрипника, репресії) та в Галичині (політичні судові процеси над членами Організації українських націоналістів тощо). В цей період був директором «Руського театру» і членом товариства «Просвіта» в Ужгороді. Входив до правління «Просвіти», допомагав товариству власними коштами, що врятувало від продажу його майна у грудні 1934-го. Опублікував низку праць, серед яких: «З чесько-руських взаємин» (1923), «Тарас Шевченко» (1931), які вийшли в бібліотеці «Русина», а також був співавтором «Мадярсько-руського словаря» (1928).

Був членом Українського правничого товариства в Ч.С.Р. (Прага) та «Союзу українських адвокатів у Львові».

У жовтні 1938 р. М. Бращайко разом з урядом Августина Волошина переїхав до Хуста. Тут працював нотаріусом, обраний депутатом до першого Сейму Карпатської України, в якому був головою конституційно-правничої комісії. Став автором проекту закону про назву, мову, прапор, герб та гімн Карпатської України, який сейм схвалив одноголосно 15 березня 1939 р. Того самого дня зачитав маніфест, який проголошував незалежність Карпатської



Хрест на могилі Михайла та Юлія Бращайків на кладовищі «Кальварія» у м. Ужгороді. Фотографія Юрія Ломакіна, 13.12.2012 р.

України. З окупацією Закарпаття хортистською Угорщиною (березень 1939) зазнав переслідувань з боку окупантів та кілька місяців перебував у в'язниці. Від 1940 р. працював при сирітській секції – опікунському уряді, який входив до складу жупної адміністрації у різних містах Закарпаття (10.01.1941–25.10.1944 в Хусті). У 1945 р. радянська влада призначила М. Бращайка керівником групи у відділі уповноваженого Народної Ради Закарпатської України (НРЗУ) у справах юстиції в Ужгороді. Входив до першого складу Організаційного бюро народної адвокатури Закарпатської України, яке займалося процедурою прийому до адвокатів. Працював адвокатом в юридичній консультації, однак 1948 р. його звільнили. Жив на випадковій заробітці, зокрема перекладав з української та російської угорською мовою та з угорської українською.

Михайло Бращайко помер 5 січня 1969 р., похований в Ужгороді на старовинному кладо-

вищі «Кальварія» у спільній могилі з братом Юлієм.

На місці поховання братів Михайла та Юлія Бращайків встановлений скромний металевий хрест з табличкою, на якій є такий напис:

**ТУТ СПОЧИВАЮТЬ БРАТИ
ЮЛІЙ І МИХАЙЛО БРАЩАЙКИ
1879–1955
1883–1969
ХАЙ РІДНА ЗЕМЛЯ БУДЕ
ДЛЯ ВАС ПЕРОМ**

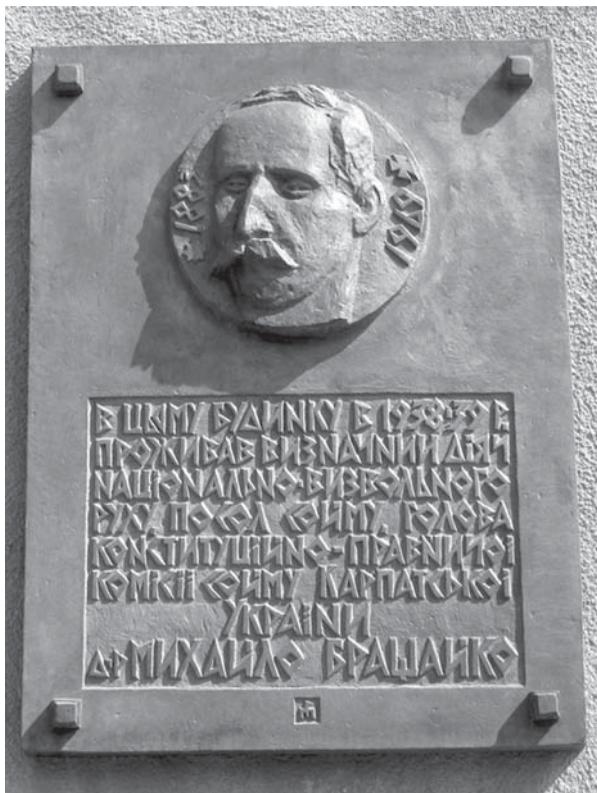
У творчій спадщині Михайла Бращайка чимало його публіцистичних статей, які розкидані по українській пресі тогочасного періоду та ще чекають на свого уважного дослідника.

За життя користувався великим авторитетом як адвокат та український громадсько-політичний діяч. Відзначаючи його 50-річчя (1933), газета «Українське слово» так красномовно оцінила заслуги Михайла Бращайка перед українським суспільством краю:

«Вийшовши з-під сільської стріхи, задержав у собі назавжди любов до народу, вроджені демократичні почування та благородність. Він був одним з тих нечисленних підкарпатських українців-інтелігентів, які не оглядалися на особисті користі, жили в тісному зв'язку з народом, знали його і стояли при ньому. За це користувався Др. М. Бращайко завжди великим довір'ям широких мас підкарпатського населення».

Життя та різнопланова діяльність, насамперед фахова адвокатська, громадсько-політична та культурно-освітня, широко висвітлені на шпальтах тогочасної української, чеської й угорської преси Закарпаття. Після Другої світової війни в радянській Україні ім'я та діяльність М. Бращайка були піддані забороні та забуттю. Його позбавили можливості працювати за фахом, оскільки 1948 р. вигнали з юридичної консультації. Поодинокі публікації про адвоката вийшли друком в діаспорних виданнях, зокрема «Енциклопедії українознавства». Його постать і діяльність розкриваються в дослідженнях, присвячених Карпатській Україні.

З утвердженням незалежності України повертається до нас і Михайло Бращайко. Біографічні довідки про нього публікуються в «Енциклопедії Закарпаття», «Енциклопедії історії України», «Енциклопедії сучасної України», «Енциклопедії українознавства», «Encyclopedia of Ukraine», «Encyclopedia of Rusyn history and culture», «Українській загальній енциклопедії», енциклопедичному словнику «Українська



Меморіальна табличка Михайлові Бращайку в м. Хусті Закарпатської обл. Фотографія Михайла Петрівця. липень 2011 р.

журналістика в іменах», авторами яких є: М. Бель, М. Вегеш, В. Габор, О. Довганич, П. Магочій, Г. Павленко, С. Федака та ін.

Партійна діяльність М. Бращайка розкрита у монографії М. Токара про політичні партії Закарпаття в 1919–1939 рр., а діяльності в «Просвіті» присвячене дослідження О. Малюти. Редакторська та журналістська діяльність М. Бращайка розкривається у праці В. Габора «Українські часописи Ужгорода» (1867–1944). Участь М. Бращайка у формуванні органів адвокатури на Закарпатті у повоєнні роки описана в статті С. Болдижара. Достатньо широко діяльність М. Бращайка висвітлена у дослідженні А. Пушкаша про події на Закарпатті в 1918–1945 рр., а також в інших працях з історії Закарпаття. Виступ Михайла Бращайка на засіданні Сейму Закарпатської України 15 березня 1939 р., на якому він зачитав Маніфест про незалежність Карпатської України, доступний в інтернеті за адресою: <http://www.youtube.com/watch?v=qcrCb5o7XqM>.

На честь братів Михайла та Юлія Бращайків названі вулиці в Хусті й Ужгороді. 24 серпня 2000 р. братство «Карпатська Січ» відкрило в Хусті (вул. Свободи, 14) меморіальну таблицю

з барельєфом Михайла Бращайка і з таким написом на ній:

**В ЦЬОМУ БУДИНКУ В 1938–39 Р.
ПРОЖИВАВ ВИЗНАЧНИЙ ДІЯЧ
НАЦІОНАЛЬНО-ВИЗВОЛЬНОГО
РУХУ, ПОСОЛ СОЙМУ, ГОЛОВА
КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВНИЧОЇ
КОМІСІЇ СОЙМУ КАРПАТСЬКОЇ
УКРАЇНИ
Д-р МИХАЙЛО БРАЩАЙКО**

Література:

1. Болдижар С. М. Формування органів адвокатури на Закарпатті / С. М. Болдижар // Форум права. – 2011. – № 3. – С. 62–65.
2. Бращайко Михайло (Braščajko Michal) // Енциклопедія історії та культури Карпатських русинів / Укладачі П. Магочій, І. Поп. – Ужгород: Вид-во В. Падяка, 2010. – С. 69.
3. Бращайко Михайло // Малюта О. В. «Просвіта» і Українська Державність (друга половина XIX – перша половина XX ст.) / О. В. Малюта. – К.: Вид. центр «Просвіта», 2008. – С. 297–298.
4. Вегеш М. М. Бращайко Михайло Михайлович / М. М. Вегеш // Вони боронили Карпатську Україну: нариси історії національно-визвольної боротьби закарпатських українців / під ред. М. М. Вегеша. – Ужгород: Вид-во «Карпати», 2002. – С. 462–464.
5. З нагоди 50-річчя д-ра Бращайка // Українське слово. – 1933. – Чис. 24.
6. Зозуля Я. Правники Карпатської України в 1938–39 рр.: (спомини) / Яків Зозуля // Правничий Вісник. – Нью-Йорк, 1955. – Кн.1. – С. 76–84.
7. Мушинка М. До взаємин Івана Панькевича з братами Бращайками / Микола Мушинка // Науковий вісник Ужгородського університету. Сер. філологічна. Ужгород, 2009. – Вип. 20. – С. 128–130.
8. Петрів М. Дещо з історії адвокатури Закарпаття в День адвокатури України / Михайло Петрів. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://uzhinform.com/obshhestvo/deshho-z-istorii%D1%97-advokaturi-zakarpattya-v-den-advokaturi-ukra%D1%97ni-foto-video.html>. – Дата перегляду: 19 грудня 2012 р.
9. Трильовський К. Два брати (Др. Юліян і Др. Михайло Бращайки) / Кирило Трильовський // Чорногора. – 1921. – Т. 1. – Чис. 4. – С. 24–26.
10. Федака П. «По тисячолітній неволі наша земля проголошує перед цілим світом, що вона була, є й хоче бути українська...»: до 120-річчя народження Михайла Бращайка / Павло Федака // Календар «Просвіти» на 2003 рік. – Ужгород: Закарпат. крайове т-во «Просвіта», 2003. – С. 198–199.
11. Brashchaiko Mykhailo // Encyclopedia of Ukraine. – Toronto; Buffalo; London. – 1984. – Vol. 1: A–F. – P. 290.; Pop I. Brashchaiko Mykhailo // Magosci P., Pop I. Encyclopedia of Rusyn history and culture. – Toronto; Buffalo; London, 2002. – P. 48–49.