

*Національна академія правових наук України
Науково-дослідний інститут правового забезпечення
інноваційного розвитку НАПрН України*

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ІННОВАЦІЙНОГО РОЗВИТКУ

Науково-практичне видання

№ 3 (2012)

Харків
Видавництво «Юрайт»

2012

УДК 340:001.895
ББК 67
А-43

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ІННОВАЦІЙНОГО РОЗВИТКУ

Науково-практичне видання

Засноване у 2011р.

Видається щоквартально

Свідоцтво
про державну реєстрацію
Серія №17451-6201 Р

Головний редактор:
Прилипко С. М.,
доктор юрид. наук, професор
чл.-кор. НАПрН України

Адреса редакційної колегії:
м. Харків,
вул. Чернишевського, 80
тел.: (057) 700-06-64
E-mail: ndipzir@mail.ru,
ndipzir@gmail.com
Сайт: ndipzir.org.ua

Відповідальний секретар:
Єфремова К. В.
канд. юрид. наук

Наукова рада:

1. Тацій В. Я. – доктор юридичних наук, професор, академік НАН України, академік НАПрН України (голова наукової ради);
2. Прилипко С. М. – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (заступник голови наукової ради);
3. Битяк Ю. П. – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України;
4. Петришин О. В. – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України;
5. Атаманова Ю. Є. – доктор юридичних наук, доцент;
6. Вінник О. М. – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України;
7. Гетьман А. П. – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України;
8. Задихайло Д. В. – кандидат юридичних наук, доцент;
9. Мілаш В. С. – доктор юридичних наук, доцент;
10. Уркевич В. Ю. – доктор юридичних наук, доцент;
11. Устименко В. А. – доктор юридичних наук, професор

Редакційна колегія:

Прилипко С. М. (головний редактор), Уркевич В. Ю. (науковий редактор), Атаманова Ю. Є., Бойчук Р. П., Вінник О. М., Гетьман А. П., Задихайло Д. В., Іншин М. І., Кібенко О. Р., Єфремова К. В., Мілаш В. С., Пашков В. М., Ярошенко О. М., Томашевський К. Л., Лопатін В. М., Тичинін С. В., Васильєв С. В.

ЗМІСТ

ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ ІННОВАЦІЙНОГО РОЗВИТКУ

<i>Фурашев В.М.</i> Питання інформатизації – питання інноваційного розвитку	5
<i>Вінник О.М.</i> Угоди державно-приватного партнерства: проблеми правового регулювання	16
<i>Венедіктова І.В.</i> Окремі аспекти захисту законних інтересів в праві інтелектуальної власності.....	32

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ НАУКОВО-ТЕХНІЧНОЇ Й ІННОВАЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

<i>Москалюк Н.Б.</i> Актуальні питання правового режиму обігу інноваційної продукції, що містить генетично модифіковані продукти.....	48
--	----

ЕКОНОМІЧНІ ЗАСАДИ ІННОВАЦІЙНО ІНВЕСТИЦІЙНОЇ МОДЕЛІ РОЗВИТКУ

<i>Андрощук Г.О.</i> Патентний тролінг проти інновацій: стан, тенденції, загрози	59
---	----

ПИТАННЯ СТАНОВЛЕННЯ ІННОВАЦІЙНОГО СУСПІЛЬСТВА

<i>Прилико С.М., Іванов С.М.</i> Сучасні інноваційні підходи в навчальному процесі.....	75
<i>Климова Г.П.</i> Інноваційний розвиток вищої освіти України: методологічний аспект аналізу.....	90

СУЧАСНІ ПРАВОВІ ДОСЛІДЖЕННЯ

<i>Кібенко О.Р.</i> Організаційно-правові форми державного підприємства та державного акціонерного товариства: порівняльно-правовий аналіз.....	105
--	-----

<i>Бойчук Р.П.</i> Окремі проблеми законодавчого визначення компетенції та правомочності загальних зборів учасників товариства з обмеженою відповідальністю	119
--	-----

<i>Єфремова К.В.</i> Актуальні проблеми правового регулювання відносин з надання послуг мобільного зв'язку	133
--	-----

<i>Кохан В.П.</i> Нестандартна зайнятість в Україні: виклики часу	145
--	-----

<i>Вапнярчук Н.М.</i> Деякі питання, пов'язані з інвестуванням в людський капітал	157
--	-----

<i>Федоренко О.О., Керсіцький С.О., Курбатов А.І.</i> Проблемні питання правового регулювання обігу інформації з обмеженим доступом (державна таємниця та службова інформація)	167
--	-----

<i>Москаленко О.В.</i> Європейські стандарти соціального страхування	180
---	-----

ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ НАУКОВО-ТЕХНІЧНОЇ ТА ІННОВАЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

<i>Тычинин С.В.</i> Законодавство в інноваційній сфері Російської Федерації	194
---	-----

НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

<i>Скоромний Д.А.</i> Система транспорту та система перевезень за законодавством України	208
--	-----

Інформація для авторів	219
-------------------------------------	------------

ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ ІННОВАЦІЙНОГО РОЗВИТКУ

УДК 340.13

ПИТАННЯ ІНФОРМАТИЗАЦІЇ – ПИТАННЯ ІННОВАЦІЙНОГО РОЗВИТКУ

В. М. Фурашев,

канд. техн. наук, с.н.с., доцент, заст.

директора з наукової роботи Науково-

дослідного інституту інформатики і права

НАПрН України

Статтю присвячено проблемам одного з головних напрямів інноваційного розвитку України в сучасних умовах – інформатизації. У публікації визначено ключову ланку процесу інформатизації як основи побудови інформаційного суспільства, що безпосередньо впливає на рівень забезпечення національної безпеки країни, інформаційної безпеки людини, суспільства та держави в цілому.

Ключові слова: інформатизація, інноваційна діяльність, інформаційне суспільство, інформаційно-комунікативні технології, аутсорсинг.

Відповідно до визначення, поданого у Вільній енциклопедії «Вікіпедія», «інноваційний тип розвитку характеризується перенесенням акценту на використання принципово нових прогресивних технологій, переходом до випуску високотехнологічної продукції, прогресивними організаційними і управлінськими рішеннями в інноваційній діяльності, що стосується як мікро-, так і макроекономічних процесів розвитку – створення технопарків, технополісів, проведення політики ресурсозбереження, інтелектуалізації всієї виробничої діяльності, софтизації та сервізації економіки. Об'єктивні зміни в суспільному економічному розвитку призвели

до нової моделі розвитку економіки, для якої характерні принципово нові риси та пріоритети. Важливу роль в житті суспільства стали відігравати галузі, що ґрунтуються на так званих «високих технологіях», а також галузі, що безпосередньо задовольняють потреби людей» [1].

Підписавши 14.06.1994 р. Угоду про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами, яка була ратифікована Верховною Радою України 10.11.1994 р. та набула чинності 01.03.1998 р., а також затвердивши Указом Президента України від 11 червня 1998 року № 615/98 Стратегію інтеграції України до Європейського Союзу «Шляхом європейської інтеграції на 2004–2015 роки», Україна обрала курс на розвиток національної економіки за інноваційною моделлю.

Реальна ситуація з розвитком національної економіки за інноваційною моделлю добре відома, навіть і не спеціалістам.

Створення та забезпечення розвитку національної інноваційної системи як окремого об'єкта державної політики, стратегічні цілі розвитку, основні засади та функціонування національної інноваційної системи не забезпечуються належним чином нормативно-правовою базою України. На це висловлення опоненти можуть відреагувати контраргументом: в Україні створено широку законодавчу базу – закони України «Про спеціальну економічну зону «Яворів», «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків», «Про пріоритетні напрями розвитку науки і техніки», «Про загальнодержавну комплексну програму розвитку високих технологій», «Про науковий парк «Київська політехніка», «Про наукову та науково-технічну діяльність», «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій», «Про пріоритетні напрями інноваційної діяльності в Україні», «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків», «Про інноваційну діяльність». Це буде напівправа.

У проекті «Стратегії інноваційного розвитку України на 2010–2020 роки в умовах глобалізаційних викликів» [2], що була розроблена на

виконання Постанови Верховної Ради України від 17 лютого 2009 р. № 965-VI «Про проведення парламентських слухань «Стратегія інноваційного розвитку України на 2010–2020 роки в умовах глобалізаційних викликів» Комітетом Верховної Ради з питань науки і освіти, Центром досліджень науково-технічного потенціалу та історії науки ім. Г. М. Доброва НАН України за участю інших наукових установ НАН України, а також центральних і місцевих органів державної влади з урахуванням ключових положень, які закладені в проекті Стратегії інноваційного розвитку України на 2009–2018 роки та період до 2039 року, підготовленому Державним агентством з інновацій та інвестицій України і Державним підприємством «Інститут економіки і прогнозування НАН України», та в ряді інших стратегічних проектів, які, до речі, поки ще не розглядалися, чітко показано, що *«цими документами (вище наведеними законами України – авт.) та численними підзаконними актами в Україні була створена досить солідна нормативно-правова база, якою не тільки передбачалась загальна орієнтація на інноваційний розвиток економіки, але й окреслювались основні механізми втілення в життя такого курсу державою. Проте реальне включення в дію більшості цих механізмів в Україні не відбулося.*

При цьому Верховна Рада України, на жаль, не виявила достатньої послідовності: затвердивши законодавчо норми прямої дії, вона легко погоджувалась з пропозиціями виконавчої влади про призупинення дії відповідних статей законів, спочатку тимчасово, а потім і вилучення їх повністю. Таким способом більш ніж наполовину було вихолощено Закон «Про наукову і науково-технічну діяльність» – реально діють з нього лише статті про пенсійне забезпечення науковців.

Ще більш драматична історія Закону України «Про інноваційну діяльність». Після вилучення з нього статей 21 та 22 він практично втратив свій сенс і по суті перетворився на суто декларативний документ, в якому визначається певна термінологія і розповідається про поширені в світі механізми впливу держави на інноваційні процеси, але жоден з цих

механізмів реально не запроваджується. Можливо, спроба організувати підтримку й стимулювання всіх без винятку інноваційних проектів, закладена в першій редакції закону, була дещо передчасною. Тому ми пропонуємо звузити її дію до підтримки пріоритетів. Але без цього закон може виконувати функцію хіба що навчального посібника для студентів.

На превеликий жаль, у таку ж нікому не потрібну імітацію реальної справи перетворилися визначення пріоритетних напрямів науково-технічної та інноваційної діяльності і формування та реалізація державних науково-технічних програм (механізму формування інноваційних програм нашим законодавством взагалі не передбачено). Сама ідея формування на конкурсних засадах державних науково-технічних програм, спрямованих на реалізацію пріоритетних напрямів розвитку науки і техніки в Україні, була скомпрометована вже тим, що на їх виконання Мінфіном виділялась неприємно мала частка коштів від загального фінансування науки. Тобто насправді вони ніяк не відповідали самому поняттю «пріоритетні». Суттєві нарікання викликала також процедура визначення пріоритетних напрямів розвитку науки і техніки та тематичної спрямованості програм. Механізми формування і реалізації ДНТП, незважаючи на те, що в них вперше був реалізований прогресивний конкурсний підхід до вибору проектів, практично відійшли від вимог програмно-цільового підходу, а тому не давали можливості скористатися перевагами такого підходу».

Далі в згаданій Стратегії констатується: «На принципові недоліки в реалізації законодавства, що регулює відносини в науково-технологічній та інноваційній сферах, зверталась увага під час парламентських слухань «Захист прав інтелектуальної власності в Україні: проблеми законодавчого забезпечення та правокористування» (березень 2007 року), а також «Національна інноваційна система України: проблеми формування та реалізації» (червень 2007 року). Цим питанням приділялась значна увага і під час слухань у Комітеті Верховної Ради України з питань науки і освіти: «Інноваційна діяльність в Україні: проблеми та шляхи їх вирішення»

(листопад 2006 р.) та «Ефективність застосування законодавства України в сфері авторського права і суміжних прав» (вересень 2008 р.). Проте істотних змін ситуації від цього не відбулося.

Таким чином, нині чинна законодавча база науково-технологічного та інноваційного розвитку, незважаючи на значні зусилля, витрачені на її розробку, не відповідає сучасним вимогам і практично не впливає на темпи такого розвитку. У ній лишаються не вирішеними питання: стимулювання інноваційної діяльності та витрат на наукові дослідження і розробки, формування інноваційних венчурних фондів, реалізації політики інноваційних пріоритетів держави, використання для цього можливостей і переваг програмно-цільового підходу».

Необхідно відзначити, що вказана Стратегія не лише констатує та критикує сучасний стан інноваційного розвитку країни, а й пропонує конкретні дії щодо усунення та запобігання в подальшому повторення минулих та наступних помилок. Наприклад, у Стратегії пропонується: «Законодавчо визначити основні напрями інноваційної політики держави як провідного напрямку виведення економіки з кризи і забезпечення достойного життя народу. Вони можуть бути сформульовані наступним чином:

- побудова економіки і суспільства, що базуються на наукових знаннях, неухильне проведення в життя державної, законодавчо закріпленої політики сприяння інноваційній діяльності, створення сприятливого інвестиційного клімату;

- розвиток інноваційної інфраструктури, здатної оперативно і гнучко реалізувати необхідні в даний момент часу інновації, засновані на високих виробничих технологіях;

- розвиток комунікаційної інфраструктури – інформаційних і технологічних мереж, які дають можливість орієнтуватися в сучасному технологічному просторі і привертати інвесторів до фінансування проектів усередині країни;

- стимулювання процесів навчання і перепідготовки кадрів;

- стимулювання стратегії нашого законодавства на розробку системи економічних стимулів (податкових, кредитних, страхових) щодо створення та комерціалізації об'єктів права інтелектуальної власності з метою формування ринку цих об'єктів» [2].

На завданні «розвитку комунікаційної інфраструктури – інформаційних і технологічних мереж, які дають можливість орієнтуватися в сучасному технологічному просторі і привертати інвесторів до фінансування проектів усередині країни» хотілося б зупинитися.

На сьогодні загальноприйнятою основною галуззю, що безпосередньо задовольняє інформаційні потреби людей, є індустрія створення, вдосконалення та впровадження інформаційно-комунікативних технологій (ІКТ).

Не випадково все більшого розповсюдження набувають і стають звичайними такі поняття, як «інформаційне суспільство», «електронне урядування», «інформаційні послуги», «електронний документообіг», «цифровий підпис», «електронні платежі», «електронні кошти» та ін.

Україна в 1998 році, першою серед пострадянських країн, прийняла національні закони «Про Концепцію Національної програми інформатизації» та «Про Національну програму інформатизації».

І це – не дивно, бо Україна ще в радянські часи славилася своєю школою програмування.

07.05.2000 року Кабінет Міністрів України своєю постановою № 777 утворив Урядову комісію з питань інформаційно-аналітичного забезпечення органів виконавчої влади (далі – Урядова комісія) з метою координації проведення робіт із реформування системи інформаційно-аналітичного забезпечення діяльності органів виконавчої влади та розроблення рекомендацій щодо встановлення стандартів, норм і правил, пов'язаних з експлуатацією програмно-технічних засобів інформатизації, єдиних класифікаторів інформації, інформаційних реєстрів і ресурсів, забезпечення

інформаційної безпеки держави, вдосконалення державної системи стандартизації та сертифікації тощо.

Чітко усвідомлюючи світові тенденції розвитку суспільства, спираючись на досвід роботи державної комісії з питань запобігання та усунення можливих наслідків комп'ютерної кризи 2000 року (постанова Кабінету Міністрів України від 16.02.1999 р. № 218) та розуміючи, що основою ІКТ та питань забезпечення національної безпеки в цій сфері є операційна система, Урядова комісія на своєму засіданні 29.09.2000 року (!!!) (протокол № 6) розглянула питання «Про розробку вітчизняної операційної системи (ОС)» і, за участю та всебічній підтримці Національної академії наук України (Кибернетичного центру) та спеціалістів-практиків у галузі інформаційних технологій, прийняла таке рішення: *«Підтримати ініціативу Департаменту спеціальних телекомунікацій та технічного захисту інформації СБУ, Міжнародного науково-учбового центру інформаційних технологій і систем НАН України і ТОВ "Геос-Інформ" про створення вітчизняної захищеної операційної системи на базі ОС Linux.*

Вважати доцільним надання цій роботі статусу державної науково-технічної програми».

Це рішення базувалося на тому, що в Україні прийнята Національна програма інформатизації, що має на меті створення інформаційного суспільства як наслідок входження її в глобальний інформаційний простір. У розвитку процесів інформатизації України є проблеми і труднощі, але інформатизація розвивається. В окремих галузях було досягнуто відчутного прогресу в створенні корпоративних мереж, автоматизованих робочих місць та інше. В Україні створена відправна платформа для розвитку інформатизації. Її концептуальною відмінністю є створення високоорганізованої інформаційної інфраструктури, яка містить поряд із традиційними елементами (телекомунікаційні та комп'ютерні мережі, бази даних, бази знань) мережі взаємопов'язаних інформаційно-аналітичних центрів різного рівня та призначення. Такий підхід забезпечує, з одного боку,

якісно новий рівень інформаційного обслуговування, а з другого, – широке використання сучасних системно-аналітичних методів та засобів розв'язання глобальних та стратегічних завдань управління суспільством, його ланками та структурами.

Для реалізації концептуальної ідеї інформатизації України Президентом та Урядом України вживаються додаткові заходи. Зокрема, прийнято низку указів Президента та постанов Уряду, які передбачають конкретні заходи щодо прискорення процесів інформатизації України, у тому числі Постанову Уряду «Про образний комп'ютер», що передбачає створення якісно нових інформаційних технологій, без яких неможливо забезпечити інформаційний доступ до інформації в розвинутому інформаційному суспільстві [3].

Процеси інформатизації у світовій практиці розвиваються на базі вискоєфективних інструментальних заходів, центральне місце серед яких займають операційні системи, так звані диспетчери інформаційно-обчислювальних систем. Саме операційна система, що є серцевиною мережевого програмного забезпечення, визначає наскільки ефективно буде використовуватися наявна техніка та інформаційні ресурси. Сьогодні в Україні немає операційної системи, що здатна задовольнити сучасні вимоги щодо продуктивності, надійності, безпеки та сумісності.

Теоретично можливо створити в Україні вітчизняну операційну систему, починаючи з нуля. Практично – це не реально. Створення надійної вискоєфективної операційної системи потребує значних фінансових та людських ресурсів та займе декілька років. За підрахунками провідних комп'ютерних фірм, ураховуючи їх розробки та науково-технічний потенціал, для створення нової конкурентоспроможної ОС необхідно витратити приблизно 1 млрд доларів.

Можливі два підходи до створення сучасних вискоєфективних інструментальних засобів. Один із них полягає в закупівлі комплексу інструментальних засобів за ліцензіями в країнах, які мають подібні

програмні продукти. Цей підхід із погляду реалізації більш простий. Але економічно це пов'язано з великими витратами. Так, наприклад, вартість стандартного апаратного забезпечення тільки на одній робочій станції на платформі Windows NT у середньому коштує близько 600 доларів США. У масштабах усієї України витрати на придбання такого ліцензійного продукту становлять кілька мільярдів доларів.

Існує інший, більш ефективний шлях. У світовому суспільстві розроблено ядро Лінукс, що має таку конфігурацію та функціональні можливості, які дозволяють країнам на цій основі розробляти свої національні операційні системи, що задовольняють необхідні вимоги інформаційної безпеки та надійності. Крім того, важливо, що це ядро передається безкоштовно з відкритим кодом.

На сьогодні Лінукс прийнятий як національна операційна система Китаю, впроваджується у військово-технічному комплексі в Росії. Використовується в Пентагоні та NASA. Розглядається можливість його застосування в державних закладах у Франції, Норвегії. Вже давно впровадженій у Бундесвері.

Фірми IBM, Compaq, Hewlett Packard, Dell розповсюджують свої персональні комп'ютери з уже встановленим Лінуксом.

Саме тому доцільно, що б Україна трималася цього шляху. Такий висновок є результатом усебічного аналізу, що був проведений Міжнародним науково-навчальним центром, компанією «Геос-інформ» та Департаментом спеціальних телекомунікаційних систем та захисту інформації СБ України. Як свідчать підрахунки, що такий шлях забезпечить значний економічний ефект порівняно з іншими можливостями.

На ініціативній основі із січня цими організаціями було проведено комплекс робіт із розвитку пускового комплексу національної операційної системи. У процесі склався колектив, що здатний виконувати цю роботу. Ядро національної операційної системи може бути розроблено протягом року при загальних обсягах фінансування 6–7 мільйонів грн. У результаті буде

створено операційну систему, що дозволить реалізувати в різних галузях проекти інформатизації, враховуючи виконання всього комплексу засобів безпеки та державності. Розробка впровадження вітчизняної операційної системи на базі ядра Лінукс повністю відповідає національним інтересам України та забезпеченню національної безпеки держави.

Саме це рішення є досить яскравим прикладом інноваційного розвитку визначеної галузі економіки.

Але в реальному житті відбулося те, що вище вже викладено.

Необхідно зауважити, що Росія, Китай, Франція, Індія та інші країни пішли саме цим шляхом, а Україна змушена витратити дуже великі кошти на придбання ліцензійних ОС масового використання або знаходитися на «почесних» місцях у «чорних» списках країн, які використовують «піратське» програмне забезпечення. І це при тому, що в Україні ІТ-індустрія розвивається і має досить високий світовий рейтинг, але в основному за рахунок аутсорсингу.

На завершення, підтримуючи оцінки та висновки, які наведені у «Стратегії інноваційного розвитку України на 2010–2020 роки в умовах глобалізаційних викликів», вважаємо за необхідне додати, що причинами сучасного стану інноваційного розвитку України є також:

- фрагментарність, некомплексність вирішення питань, навіть в одній галузі економіки;

- відсутність спадкоємності в реалізації прийнятих рішень під час політичних та організаційно-адміністративних змін на всіх рівнях державного управління.

Доки особисті та корпоративні інтереси будуть домінувати над загальносуспільними, державними, поліпшення у сфері інноваційного розвитку очікувати не слід.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Інноваційний тип розвитку [Електронний ресурс] // Вільна енциклопедія «Вікіпедія». – Режим доступу: <http://uk.wikipedia.org/wiki/>. – Заголовок з екрана.
2. Стратегія інноваційного розвитку України на 2010-2020 роки в умовах глобалізаційних викликів (Проект) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://kno.rada.gov.ua/komosviti/control/uk/publish/article?art_id=47920. – Заголовок з екрана.
3. Про Державну науково-технічну програму «Образний комп'ютер» [Електронний ресурс] : постанова Кабінету Міністрів України від 8.11.2000 р. № 1652. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1652-2000-п>. – Заголовок з екрана.

ВОРОСЫ ИНФОРМАТИЗАЦИИ – ВОПРОСЫ ИННОВАЦИОННОГО РАЗВИТИЯ

Фурашев В. Н.

Статья посвящена проблемам одного из основных направлений инновационного развития Украины в современных условиях – информатизации. В публикации определено ключевое звено процесса информатизации как основы построения информационного общества, которое непосредственно влияет на уровень обеспечения национальной безопасности страны, информационную безопасность человека, общества и государства в целом.

Ключевые слова: информатизация, инновационная деятельность, информационное общество, информационно-коммуникативные технологии, аутсорсинг.

INFORMATIZATION PROBLEMS – ISSUES OF INNOVATION DEVELOPMENT

Furashev V. M.

The article focuses on problems of one of the major directions of innovative development of Ukraine under current conditions – of informatization. The article defines key element of the informatization process as the basis of building the information society, which directly affects the level of maintenance of national security, informational security of individuals, society and the state in general. The author has provided a general analysis of the legal framework of scientific, technological and innovative development, concluded that the regulations in these fields are mostly declarative. Analysed the provisions of "Strategy on Innovative Development of Ukraine for 2010-2020 in response to globalization challenges." Noticed that the communicative infrastructure has to develop into the modern technological space. Grounded

conceptual idea of informatization of Ukraine by creating highly instrumental measures, such as information systems. Defined and substantiated two approaches of its creating, one of them is licensing complex procurement of integrated tool set in countries that have similar software products (this approach is simpler); and the second one is to develop a national operating system based on already world-known operating systems, such as Linux (this approach is pricer). As a conclusion the author defined the main reasons of the current conditions of innovation development of Ukraine, among them: (a) the fragmentary, incomplete solution of current problems; (b) the lack of continuity in the implementation of decisions taken at the political, organizational and administrative changes in all levels of government.

Keywords: informatization, innovation activity, informational society, information and communication technologies, outsourcing.

УДК 346.3:347.7

УГОДИ ДЕРЖАВНО-ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРСТВА: ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

О. М. Вінник,

д-р юрид. наук, провідний науковий співробітник НДІ правового забезпечення інноваційного розвитку, професор, член-кореспондент НАПрН України

Стаття присвячена проблемам правового регулювання договірних відносин державно-приватного партнерства. Аналізується вітчизняний і зарубіжний досвід такого регулювання та пропонується встановити ґрунтовні вимоги до угоди ДПП на рівні закону.

Ключові слова: державно-приватне партнерство (ДПП); угода ДПП; істотні умови угоди ДПП.

Відносини державно-приватного партнерства (далі – ДПП) набувають особливої актуальності в Україні з огляду на переваги ДПП і проблеми, що

виникають при встановленні таких відносин, включно з угодами, що їх опосередковують.

Започатковане в 2010 році на рівні спеціального закону правове регулювання відносин ДПП закріплює договірну форму такого партнерства та відкритий перелік договорів [1, статті 5, 6], які можуть укладатися в рамках ДПП: договір концесії, договір про спільну діяльність, договір про розподіл продукції, державні контракти / договори про державні закупівлі та ін. Разом із тим, законодавець проігнорував положення про ґрунтовні вимоги до угоди ДПП щодо змісту та форми, обмежившись загальними фразами про укладення таких договорів відповідно до вимог, установлених законами України (загальним – про ДПП та спеціальними – про концесії, державні закупівлі, угоди про розподіл продукції та ін.).

Прогалини Закону про ДПП щодо угоди ДПП певним чином компенсуються підзаконними актами, що регулюють деякі види відносин ДПП (щодо конкурсних засад визначення приватного партнера, подання інформації про виконання угод ДПП т. ін.). Проте визначення істотних умов угоди ДПП на підзаконному рівні суперечить Закону про ДПП, абз. 6 ч. 1 ст. 5 якого передбачає, що істотні умови договорів, що укладаються в рамках здійснення державно-приватного партнерства, мають відповідати вимогам, установленим законами України.

Порядок проведення конкурсу з визначення приватного партнера для здійснення державно-приватного партнерства щодо об'єктів державної, комунальної власності та об'єктів, які належать Автономній Республіці Крим, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 11 квітня 2011 р. N 384 [2], визначає механізм підготовки та проведення зазначеного конкурсу, що має відбуватися на засадах прозорості, об'єктивності та недискримінаційності визначення переможця конкурсу та укладення відповідних договорів у рамках здійснення ДПП, передбачених ч. 1 ст. 5 Закону про ДПП, якщо законами, що регулюють відносини, які виникають у процесі укладення зазначених договорів, не встановлено інший порядок

проведення конкурсу (зокрема щодо таких моделей ДПП, як концесійна, стосовно угод про розподіл продукції, державних закупівель, установлені спеціальні порядки визначення виконавця / концесіонера). Так, згідно з п. 7 зазначеного Порядку істотними умовами угоди ДПП є: найменування ДПП та об'єкта ДПП; зобов'язання сторін, у тому числі щодо обсягу і форми фінансової участі державного та приватного партнерів у здійсненні ДПП; перелік, обсяги і строки виконання передбачених договором робіт; вимоги до якості товарів, робіт, послуг, що виконуються згідно з договором; розподіл ризиків, виявлених за результатами проведення аналізу ефективності здійснення державно-приватного партнерства між партнерами, та форми управління такими ризиками; порядок та умови отримання переможцем конкурсу права на користування земельною ділянкою для здійснення державно-приватного партнерства (у разі необхідності); умови, розмір і порядок внесення платежів, якщо такі передбачено умовами здійснення зазначеного партнерства; порядок та умови розподілу між сторонами договору про партнерство доходу та/або продукції, якщо такий розподіл передбачено умовами здійснення зазначеного партнерства; вимоги щодо повернення після припинення дії договору про партнерство об'єкта державно-приватного партнерства та земельних ділянок, що надані для потреб, пов'язаних із здійсненням такого партнерства; зобов'язання щодо відшкодування витрат на проведення аналізу ефективності здійснення державно-приватного партнерства та/або екологічної експертизи; умови внесення змін до договору про партнерство; відповідальність сторін за його невиконання; порядок розгляду спорів; строк дії договору про партнерство, дата, місце підписання та порядок набрання ним чинності.

Отже, істотні умови договору ДПП відповідно до вищезгаданого Порядку є досить численними, якщо їх порівнювати із загальними вимогами до мінімальної кількості таких умов господарського договору (предмет, ціна, строк дії, умови, визнані істотними за законом чи необхідні для договорів даного виду, а також умови, щодо яких на вимогу однієї із сторін повинна

бути досягнута згода, – ч. 2 ст. 180 ГК [3]) і цивільного договору (умови про предмет, визначені законом як істотні або необхідні, а також ті, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди, – абз. 2 ч. 1 ст. 638 ЦК [4]). Це означає, що в цьому випадку має місце «перевищення повноважень» органом, що видав зазначений Порядок: вимоги до договорів ДПП мають установлюватися на рівні закону (в нашому випадку – Закону про ДПП). Про це свідчить і зарубіжний досвід. Так, Законом Словенії «Про публічно-приватне партнерство» [5] встановлюються: вимоги до договору з приватним партнером/інвестором (ст. 120-127) щодо змісту: зазначення форми/типу та моделі ДПП, його сторін та терміну дії договору, актів законодавства, що регулюють відповідний тип ДПП (концесійне, про державні закупівлі, щодо надання комунальних послуг тощо), розміру приватних інвестицій та способу реалізації права на отримання прибутку від їх вкладення; можливість розірвання договору та отримання оціночної вартості своєї частки в статутному капіталі компанії (має бути сплачено протягом трьох років з дати запиту, відповідно до діючого на ринку цінних паперів порядку); щодо договору корпоративного/пайового ДПП: його мета; розмір статутного капіталу, розмір і форма інвестицій партнерів; правовий режим інвестованого державного майна/активів і способу його повернення; графік внесення державних активів та метод контролю належного їх використання; терміни та способи здійснення будь-яких інвестицій та виконання інших зобов'язань; моделі власності на об'єкти, що використовуються та створюються в процесі функціонування ДПП; умови оплати бізнес-субпідрядника; зміни в капіталі партнерства, які повинні отримати згоду державного партнера; штрафні санкції за невиконання/неналежне виконання договірних зобов'язань; підстави для зміни, анулювання та розірвання договору корпоративного/пайового ДПП, права та обов'язки сторін у таких випадках; порядок участі в капіталі корпоративного/пайового ДПП; порядок виходу сторін із партнерства.

Латвійський закон, що регулює відносини ДПП [6], установлює більш ґрунтовні *вимоги до угоди ДПП*, зокрема щодо:

- *строку* – від 5 до 30 років (з можливістю подовження, якщо це необхідно для цілей угоди і досягнення певних результатів, підтверджених фінансовими та економічними розрахунками (ст. 60);

- *договірних сторін* (ст. 61): державний партнер (партнери) та визначений у встановленому порядку приватний партнер (партнери);

- *змісту* (ст. 62): предмет договору, включаючи обсяг, зміст, якість і спосіб будівельних робіт або послуг; фінансові умови угоди; комплекс прав, який передається державним партнером приватному партнеру; державні ресурси державних партнерів, що передаються приватному партнеру порядок передачі таких ресурсів; майнові права сторін стосовно створеного протягом терміну дії угоди майна, а також нематеріальних активів, пов'язаних з ними ліцензій, дозволів, інших документів; термін дії договору; умови для виконання будівельно-монтажних робіт або надання послуг та умови їх перегляду; умови повернення (передання) державному партнеру ресурсів, що надавалися приватному партнеру для виконання угоди ДПП, а також створених у процесі ДПП об'єктів для подальшого їх використання, у разі дострокового припинення дії угоди ДПП; обмеження або умови стосовно змін в акціонерному капіталі приватного партнера або комерційних компаній, щодо яких приватний партнер має вирішальний вплив; ризики кожного державних трансфертів приватному партнеру; взаємні платежі сторін угоди ДПП та умови їх перегляду (якщо такі передбачено); право приватного партнера (якщо це необхідно) для збору платежів від кінцевих користувачів за будь-які послуги, а також сума таких платежів, що має бути отримана протягом строку дії договору, та умови для її перегляду; обов'язки приватного партнера (якщо необхідно) щодо забезпечення безперервного доступу третім особам до об'єкта ДПП та можливості отримання послуг, що надаються протягом терміну дії угоди ДПП; право договірних сторін передавати свої права та обов'язки в рамках угоди третім особам та умови, що обмежують таке право; обов'язки приватного партнера щодо страхування

певних ризиків за угодою ДПП з визначенням їх переліку; обов'язки приватного партнера щодо охорони навколишнього середовища та охорони культурної спадщини (якщо це необхідно); обов'язки договірних сторін щодо забезпечення, передачі або купівлі нерухомості, обладнання та іншого майна, необхідного для виконання договору, сплати мита (якщо це передбачено); порядок перевірки державним партнером (партнерами) виконання угоди; обставини непереборної сили та дії сторін у разі їх виникнення (настання); випадки та порядок дострокового розірвання договору, порядок визначення розміру компенсацій в таких випадках; порядок зміни умов угоди ДПП; наявність пов'язаних з угодою ДПП раніше укладених договорів; умови, при настанні яких державний партнер або кредитор може взяти на себе виконання будь-яких обов'язків приватного партнера з метою забезпечення ефективного та безперебійного виконання будівельно-монтажних робіт або надання послуг, передбачених в угоді ДПП; сертифікат про право представника державного партнера на отримання інформації від кредитора приватного партнера щодо його фінансового становища і відповідності умовам необхідного фінансування; порядок подовження угоди про ДПП у разі припинення діяльності юридичної особи з боку державного партнера у передбачених законом випадках; порядок врегулювання спорів, а також інші положення, що впливають із Закону про державні закупівлі або Закону про ДПП, або які включаються до угоди за погодженням сторін у міру необхідності і які не суперечать нормативними актами.

Досвід правового регулювання відносин ДПП у Російській Федерації (в основному регіональний, оскільки на федеральному рівні подано лише відповідний законопроект [7]) також свідчить про необхідність включення до ключового акта законодавства про ДПП вимог до угоди ДПП.

Так, відповідно до Закону Санкт-Петербурга від 20 грудня 2006 р. «Про участь Санкт-Петербурга у державно-приватних партнерствах» [8]:

- угода ДПП – угода, що укладається Санкт-Петербургом в особі уповноваженого Урядом Санкт-Петербурга виконавчого органу державної

влади міста з російською чи іноземною юридичною чи фізичною особою або об'єднанням юридичних осіб, що діють на підставі договору простого товариства (договору про спільну діяльність), а в передбачених зазначеним законом та нормативними актами міста випадках і з юридичною особою, власником 100 відсотків акцій (100 відсотків часток статутного капіталу, 100 відсотків майна) якого є Санкт-Петербург, спрямовані на забезпечення діяльності в межах ДПП у формах, передбачених зазначеним Законом або нормативно-правовими актами Санкт-Петербурга;

- сторони ДПП (пункти 3 і 4 ст. 4): 1) партнер – (а) російська або іноземна юридична чи фізична особа або (б) об'єднання юридичних осіб, які діють на підставі договору простого товариства (договору про спільну діяльність), що здійснюють діяльність на підставі угоди ДПП; 2) Санкт-Петербург в особі уповноваженого Урядом Санкт-Петербурга виконавчого органу влади міста, юридична особа, власником 100 % акцій (100 % часток статутного капіталу, 100 % майна) якого є Санкт-Петербург (у передбачених нормативно-правовими актами міста випадках);

- об'єкт угоди (п. 5 ст. 4) – майно, що створюється (в тому числі шляхом будівництва), реконструюється або експлуатується відповідно до угоди ДПП;

- *умови угоди ДПП* (ст. 7): *істотні*: 1) об'єкт угоди; 2) строк дії угоди та/або порядок його визначення; 3) порядок створення/реконструкції та/або експлуатації об'єкта угоди; 4) порядок розрахунків між сторонами; 5) розподіл ризиків між сторонами; *інші умови*, що можуть включатися до угоди ДПП за умови відсутності суперечностей із чинним законодавством: 1) забезпечення партнером надання споживачам товарів (робіт, послуг) згідно з угодою ДПП; 2) погодження із Санкт-Петербургом припинення (призупинення) експлуатації партнером об'єкта угоди, за винятком випадків, якщо це викликано дією обставин непереборної сили, а також інших випадків, передбачених чинним законодавством міста та угодою ДПП, якщо інше не встановлено федеральним законодавством; 3) порядок та строки

передання об'єкта угоди Санкт-Петербургу, включно з вимогами щодо його якості, якщо об'єкт угоди має бути переданий у власність Санкт-Петербурга; 4) порядок передачі інформації, майна та прав, у тому числі прав інтелектуальної власності, з метою подальшої експлуатації об'єкта угоди Санкт-Петербургом, у разі, якщо об'єкт угоди має бути переданий у власність Санкт-Петербурга; 5) порядок експлуатації об'єкта угоди протягом строку, необхідного Санкт-Петербургу для переходу до експлуатації об'єкта угоди містом у повному обсязі, якщо зазначений об'єкт має бути переданий у власність Санкт-Петербурга; 6) строк виконання робіт зі створення та/або реконструкції об'єкта угоди, введення його в експлуатацію, а також порядок подовження цього строку; 7) умови та строки переходу тягаря утримання майна, переданого за угодою, а також ризиків випадкової загибелі або пошкодження зазначеного майна; 8) обсяг участі, у тому числі фінансування, надання майна, майнових або немайнових прав, кожної зі сторін угоди, необхідний для створення (реконструкції) та/або експлуатації об'єкта угоди, або порядок його визначення; 9) плата за використання об'єкта угоди, що є власністю Санкт-Петербурга; 10) техніко-економічні показники та характеристики, які необхідно отримати (досягти) в результаті створення (реконструкції) та/або експлуатації об'єкта угоди ДПП; 11) обсяг виробництва товарів, виконання робіт, надання послуг під час експлуатації об'єкта угоди ДПП; 12) порядок здійснення Санкт-Петербургом контролю за виконанням угоди ДПП; 13) способи забезпечення виконання зобов'язань сторін угоди ДПП; 14) можливість передання партнером об'єкта угоди в заставу на інших зобов'язальних правах або продажу за відкладальною умовою, а також можливість уступки прав, у тому числі в рамках договору фінансування під уступку грошової вимоги, зокрема, у разі настання певних обставин без необхідності укладення додаткової угоди; 15) порядок надання згоди партнерові на передачу прав та обов'язків за угодою, в тому числі в порядку уступки права вимоги та/або переведення боргу, а також передання об'єкта угоди в заставу або за іншим правом із метою забезпечення

виконання зобов'язання за угодою; 16) виплати відповідно до ст. 8 зазначеного Закону (щодо фінансування створення/реконструкції та/або експлуатації об'єкта за рахунок коштів бюджету Санкт-Петербурга); 17) компенсаційні та гарантійні зобов'язання партнера та інших осіб, які беруть участь в угоді на стороні партнера; 18) страхування щодо виконання угоди; 19) джерела доходів партнера у зв'язку зі здійсненням ним діяльності, передбаченої угодою ДПП, зокрема: а) отримання партнером платежів від споживачів товарів (робіт, послуг), що виробляються (виконуються, надаються) з використанням об'єкта угоди ДПП; б) виплати Санкт-Петербурга щодо фінансування об'єкта ДПП (створення, реконструкції, експлуатації) в розмірі, що визначається угодою ДПП залежно від таких факторів, як обсяг та строки виконання партнером зобов'язань щодо виробництва товарів, виконання робіт, надання послуг; якість об'єкта угоди або товарів (робіт, послуг), що виробляються (виконуються, надаються) з його використанням; інші фактори або їх комплекс; в) платежі інших осіб, а також платежі за договорами, укладеними відповідно до угоди; 20) права та обов'язки інших осіб, що беруть участь в угоді, зокрема, щодо здійснення контролю за виконання сторонами умов угоди, надання згоди (погодження) на виконання певних дій, збирання та розподіл коштів у рамках угоди, здійснення платежів в обсязі та в порядку, визначених угодою, а також виконання інших прав та обов'язків за угодою; 21) погодження із Санкт-Петербургом організації, що залучається партнером для здійснення експлуатації об'єкта угоди, та істотних умов договору з нею, якщо інше не передбачено федеральним законодавством; 22) погодження із Санкт-Петербургом підрядника (генерального підрядника), який залучається партнером для здійснення будівництва (реконструкції) об'єкта, та істотних умов договору з ним, за винятком угод, що укладаються згідно з підпунктом 5 пункту 1 статті 5 цього Закону (передбачає надання містом партнеру визначених угодою виключних прав або майна як об'єкта угоди з метою надання партнером відповідно до умов угоди товарів, робіт або послуг

споживачам із використанням об'єкта угоди); 23) право Санкт-Петербурга на усунення партнера чи інших осіб від експлуатації об'єкта угоди та здійснення його експлуатації Санкт-Петербургом на умовах, визначених угодою, у випадку істотного порушення партнером умов угоди або в разі настання інших обставин, зазначених в угоді, зокрема, для попередження зниження або усунення ризику чи наслідків надзвичайних ситуацій, забезпечення здоров'я, безпеки та збереження майна фізичних та юридичних осіб, охорони довкілля; 24) право Санкт-Петербурга на припинення угоди в разі відмови кредитної організації, яка надала кошти, від подальшого кредитування партнера (кредитування з метою виконання партнером зобов'язань за угодою); 25) можливість укладення між кредитною організацією, Санкт-Петербургом та/або партнером угод, що визначають зміст та порядок реалізації права, зазначеного в попередньому (24-му) пункті; 26) виключні випадки односторонньої зміни умов угоди та/або односторонньої відмови від її виконання; 27) арбітражне застереження, що передбачає можливість розв'язання спорів за угодою ДПП третейським судом або міжнародним комерційним арбітражем; 28) інші умови, що не суперечать чинному законодавству;

• *примірні угоди та методичні рекомендації щодо їх укладення (ст. 10):* розробляються та затверджуються Урядом Санкт-Петербурга щодо певних форм інвестування та/або щодо певних сфер реалізації угод; мають рекомендаційний характер; їх відсутність не є підставою для укладення угод ДПП.

Згідно з проектом Федерального закону «Про заходи щодо розвитку державно-приватного партнерства в суб'єктах Російської Федерації та про внесення змін до окремих актів законодавства Російської Федерації» [7] ДПП здійснюється на підставі угоди про ДПП, що укладається органами державної влади суб'єктів РФ та/або органами місцевого самоврядування, з однієї сторони, та інвесторами (юридична особа або двоє чи більше таких осіб, що діють на підставі договору простого товариства/договору про

спільну діяльність), з другої сторони; за такою угодою інвестор зобов'язується за свій рахунок створити та/або реконструювати об'єкт угоди ДПП без зміни його цільового призначення, а органи державної влади суб'єктів РФ або органи місцевого самоврядування зобов'язуються надати майно, включно із земельною ділянкою, необхідне для реалізації угоди та надавати інвесторові іншу підтримку з метою реалізації угоди відповідно до чинного законодавства (частини 1 і 2 ст. 3);

• об'єктом угоди ДПП є будь-яка майно, необхідне для реалізації повноважень суб'єктів РФ та муніципальних утворень, крім майна, яке відповідно до федерального законодавства може перебувати лише в державній та муніципальній власності, а також такого, що належить до об'єктів: 1) комунальної інфраструктури та іншим об'єктам комунального господарства; 2) енергозбереження; 3) оборони та безпеки; 4) цивільних прав, обіг яких відповідно до федеральних законів не допускається/ об'єкти, вилучені з обігу (ч. 3 ст. 3);

• укладення угод ДПП з дотриманням таких принципів (ст. 4): (1) поінформованості суспільства про проекти ДПП; (2) конкурентності (укладення угоди шляхом проведення торгів); (3) прозорості процедур проведення торгів; (4) добросовісності виконання сторонами зобов'язань за угодою; (5) відкритості та прозорості відносин між сторонами угоди;

• укладення та виконання угод ДПП в порядку та на умовах, визначених законами РФ, в яких має бути передбачено: (1) порядок інформування громадян та інвесторів ДПП; (2) порядок та умови взаємодії з інститутами громадянського суспільства за проектами ДПП, а також організації суспільного контролю за такими проектами; (3) порядок(процедури) і форма проведення торгів; (4) *істотні умови угоди*; (5) строк реалізації угоди; (6) зобов'язання сторін за угодою, в т. ч. розподілу фінансових та майнових обов'язків сторін; (7) вимоги про цільове використання об'єкта угоди та відповідальність за порушення таких вимог; (8) порядок передачі об'єкта угоди; (9) вимоги щодо визначення діяльності

(переліку робіт), що здійснюється з використанням об'єкта угоди; (10) механізми, що забезпечують гарантоване виконання сторонами зобов'язань за угодою; (11) порядок припинення угоди, в тому числі дострокового, а також в односторонньому порядку, та наслідки такого припинення; (12) інші умови, пов'язані з підготовкою, укладенням, виконанням та припиненням угоди (частини 2 і 3 ст. 4).

Про численність умов угоди ДПП свідчать і поширені в країнах ринкових відносин акти рекомендаційного характеру щодо встановлення відносин ДПП [9; 10; 11], в яких акцентується увага на *загальних для всіх угод ДПП* умовах (визначення використаних у ній термінів; мета і предмет угоди, строк дії угоди та інші значимі/проміжні строки; розподіл ризиків між сторонами; фінансуванням і рефінансуванням; майнові права сторін і порядок їх реалізації, гарантії і страхування ризиків; платежі сторін; випадки і порядок компенсацій; право державного партнера з нагляду за виконанням угоди ДПП; порядок оцінки та відшкодування збитків та інші наслідки в разі невиконання/неналежного виконання договірних зобов'язань; порядок розірвання договору і засоби попередження такого розірвання; форс-мажорні обставини; захист прав інтелектуальної власності, комерційної таємниці та конфіденційності персональних даних; порядок та умови приєднання інфраструктури, якщо угода ДПП передбачає будівництво; процедури вирішення спорів між сторонами; інші права, обов'язки та відповідальність сторін; роль уповноваженого органу з питань ДПП у відносинах ДПП) та *спеціальних*, які є обов'язковими для певних видів угод ДПП (концесійних, державних закупівель та ін.). Крім того, угода ДПП може містити й інші положення, що вільно узгоджуються сторонами відповідно до законодавства, яке регулює зобов'язальні відносини.

Отже, зарубіжний досвід підтверджує необхідність визначення основних засад встановлення договірних відносин ДПП на рівні спеціального закону, в якому мають бути визначені основні вимоги до угоди ДПП як специфічної, що може мати водночас і характеристики інших поименованих

договорів (договору про спільну діяльність, концесійного, про будівництво об'єкта суспільного значення та його подальшу експлуатацію тощо), і мати особливі ознаки, що зумовлюють спеціальне регулювання таких відносин.

Подібну схему співвідношення загального та спеціального регулювання законодавець застосував щодо договору про трансфер технологій, закріпивши положення, відповідно до якого під час передачі (трансферу) технологій укладаються договори, визначені Цивільним кодексом України, щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності з урахуванням вимог спеціального закону щодо договорів про трансфер технологій [12, статті 19-21].

Таким чином, вітчизняний Закон про ДПП доцільно доповнити як загальними вимогами до змісту угоди ДПП, так і спеціальними, що віддзеркалюють певний вид такого договору і відповідно – модель ДПП (корпоративну, концесійну, щодо угод про розподіл продукції, щодо спорудження об'єктів/їх комплексів тощо). При цьому має бути врахований і зарубіжний досвід, і вітчизняний – підзаконного регулювання [2]. Так, до загальних слід віднести вимоги, що є необхідними для будь-якої угоди ДПП і, відповідно, віддзеркалюють специфіку відносин ДПП: найменування ДПП, його вид, форма та модель; сторони, мета і предмет угоди; договірні строки (загальний і проміжні); вимоги до робіт (кількісні та якісні); розподіл між сторонами ризиків, виявлених за результатами проведення аналізу ефективності здійснення ДПП; зобов'язання сторін за угодою, в т. ч. розподілу фінансових та майнових обов'язків сторін; вимоги про цільове використання об'єкта угоди; порядок передачі об'єкта угоди; правові механізми забезпечення належного виконання сторонами зобов'язань за угодою; відповідальність за невиконання/неналежне виконання сторонами зобов'язань за угодою; порядок припинення угоди, включно з достроковим (у т. ч. на вимогу однієї із сторін з визначенням переліку), наслідки для сторін у разі припинення угоди; форс-мажорні обставини; правові механізми захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності; порядок вирішення спорів між

сторонами; інші умови, пов'язані з підготовкою, укладенням, виконанням та припиненням угоди.

Спеціальні вимоги до угод ДПП певних видів, форм та моделей (концесійної, корпоративної, державних закупівель та ін.) мають визначатися на рівні законів, що регулюють відповідний вид договірних відносин (концесійні [13, 14, 15], державних закупівель [16], угод про розподіл продукції [17] та ін.), або в Законі про ДПП (щодо корпоративного/інституційного партнерства [18, с. 192–197]).

ЛІТЕРАТУРА:

1. Про державно-приватне партнерство [Текст] : Закон України від 01.07.2010 р. № 2404 // Відом. Верхов. Ради України. – 2010. – № 40. – Ст. 524.
2. Порядок проведення конкурсу з визначення приватного партнера для здійснення державно-приватного партнерства щодо об'єктів державної, комунальної власності та об'єктів, які належать Автономній Республіці Крим [Текст] : затвердж. постановою Кабінету Міністрів України від 11.04.2011 р. № 384 // Офіц. вісн. України. – 2011. – № 28. – С. 74. – Ст. 1168.
3. Господарський кодекс України: від 16.01.2003 р. № 436-IV [Текст] : // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 18. – Ст. 144.
4. Цивільний кодекс України: від 16.01.2003 р. № 435-IV [Текст] : // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.
5. Про публічно-приватне партнерство [Електронний ресурс] : Закон Республіки Словенія від 23.11.2006 р. // Public-Private Partnerships act (ZJZP) : Way of access. – Режим доступу: www.mf.gov.si/slov/javnar/53646-ZJZP_EN.pdf – Заголовок з екрана.
6. Про публічно-приватне партнерство [Електронний ресурс] : Закон Латвії від 09.07.2009р. // Public-Private Partnerships Law, 9 July 2009 : Way of access. – Режим доступу: http://www.ppp.lv/fetch_6625.html. – Заголовок з екрана.
7. Структура проекта федерального закона «О государственном ...» [Електронний ресурс] : Way of access. – Режим доступу: // www.economy.gov.ru/.../Законопроект%20ВО%20ГЧП%20В9%20Вавгуста%20Финал%20Вворд.doc? – Заголовок з екрана.

8. Об участии Санкт-Петербурга в государственно-частных партнерствах: Закон Санкт-Петербурга (с изменениями на 6 декабря 2010 года) [Електронний ресурс] : Режим доступу: <http://gov.spb.ru/law?d&nd=8442332&prevDoc=891808830>. – Заголовок з екрана.

9. PPP Models – Assam PPP [Електронний ресурс] : Way of access. – Режим доступу: www.assamppp.gov.in/pppmodels.pdf. – Заголовок з екрана.

10. Draft of a PPP contract [Електронний ресурс] : Way of access. Режим доступу: // www.ajpp.hr/media/30975/ppp%20contract.pdf. – Заголовок з екрана.

11. A Model Concession Contracts in the Roads Sector. Background [Електронний ресурс] : Way of access. – Режим доступу: // www.unescap.org/ttdw/ppp/files/contract_overview.pdf. – Заголовок з екрана.

12. Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій [Текст] : Закон України від 14.09.2006 р. № 143-V (в ред. Закону від 02.10.2012 № 5407-VI) // Офіц. вісн. України. – 2012. – № 85. – С. 60. – Ст. 3431.

13. Про концесії [Текст] : Закон України від 16.07.1999 р. № 997-XIV // Відом. Верхов. Ради України. – 1999. – № 41. – Ст. 372.

14. Про концесії на будівництво та експлуатацію автомобільних доріг [Текст] (в ред. Закону від 15.01.2009 р. № 891-VI) : Закон України від 14.12.1999 р. № 1286-XIV // Відом. Верхов. Ради України. – 2009. – № 25. – Ст. 312.

15. Про особливості оренди чи концесії об'єктів паливно-енергетичного комплексу, що перебувають у державній власності [Текст] : Закон України від 08.07.2011 р. № 3687-VI // Відом. Верхов. Ради України. – 2012. – № 18. – Ст. 157.

16. Про здійснення державних закупівель [Текст] : Закон України від 01.06.2010 р. № 2289-VI // Відом. Верхов. Ради України. – 2010. – № 33. – Ст. 471.

17. Про угоди про розподіл продукції [Текст] : Закон України від 14.09.1999 р. № 1039-XIV // Відом. Верхов. Ради України. – 1999. – № 44. – Ст. 391.

18. Вінник О. М. Корпоративна форма державно-приватного партнерства: проблеми правового забезпечення на тлі зарубіжного досвіду [Текст] / О. М. Вінник. – Суми : МакДен, 2012. – 204 с.

СОГЛАШЕНИЯ ГОСУДАРСТВЕННО-ЧАСТНОГО ПАРТНЕРСТВА: ОБЩИЕ И СПЕЦИАЛЬНЫЕ ТРЕБОВАНИЯ

Винник О. М.

Статья посвящена проблемам правового регулирования договорных отношений государственно-частного партнерства. Анализируется отечественный и зарубежный опыт

становлення таких отношений и предлагается установить основные требования к соглашениям ГЧП на уровне закона.

Ключевые слова: государственно-частное партнерство/ГЧП; соглашение ГЧП; существенные условия соглашения ГЧП.

AGREEMENTS OF PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS: GENERAL AND SPECIFIC REQUIREMENTS

Vinnyk O. M.

This article is devoted to the problems of legal regulation of contractual relations of public-private partnerships. Analyzed the provisions of the Law "On Public-Private Partnership" and contracts that can be awarded under the PPP, including the concession agreement, joint-cooperation agreement, agreement for product distribution, government contracts, agreements for public procurement, etc. Studied the essences of the PPP-contracts provided for by the Law, the author defined these essences as too broad. Analyzed the domestic and international experience of such regulation, for example special laws on PPPs from Slovenia, Latvia, the Russian Federation, including the example of St. Petersburg, there is provided to set the fundamental requirements for PPP-contracts by law. On the ground of conducted analysis, the author concludes that international experience confirms the need to define the basic principles of establishing contractual relations PPPs at the level of a special law. Such special law have to include the basic requirements to the PPP-contracts, because they are should have both: the characteristics of defined contracts (concession agreement, joint-cooperation agreement, etc.) and special characteristics that determine specific regulation of such relationships. Thus, the national Law on PPP must be amended by the general requirements concerning with PPP-contracts and by the special requirements that reflect a certain type of contract that has been made. But we should accommodate both international experience and domestic by-law regulations. The author notes that the special requirements for certain types of PPP-contracts, forms and patterns (concession, corporate, government procurement, etc.) should be defined at the highest law-governing level that regulate contractual relationship or in the Law on PPP, particularly.

Keywords: public-private partnerships (PPP), contract of PPP/PPP contract, essential conditions of the PPP contract.

УДК 347.12:303

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ЗАХИСТУ ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ У ПРАВІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

І. В. Венедіктова,

канд. юрид. наук, завідувач кафедри

цивільно-правових дисциплін

ХНУ імені В. Н. Каразіна, доцент

Статтю присвячено аналізу реалізації та захисту законних інтересів шляхом обмеження й вичерпання прав інтелектуальної власності праволодільцев і заінтересованих осіб. На підставі дослідження законодавства, доктрини і судової практики зроблено висновок щодо способів захисту охоронюваних законом інтересів у таких правовідносинах.

Ключові слова: законний інтерес, право інтелектуальної власності, захист законних інтересів.

Відповідно до ст. 418 ЦК України право інтелектуальної власності – це право особи на результат інтелектуальної, творчої діяльності або на інший об'єкт права інтелектуальної власності, визначений законом. Право інтелектуальної власності становлять особисті немайнові права інтелектуальної власності та (або) майнові права інтелектуальної власності, зміст яких щодо певних об'єктів права інтелектуальної власності визначається ЦК України та іншими нормативними актами (ч. 2 ст. 418 ЦК України). Виходячи з положень законодавства та теорії права інтелектуальної власності, зміст майнових прав інтелектуальної власності як різновиду виключних прав складають правомочності на власні дії (можливість використання результату інтелектуальної, творчої діяльності або інших об'єктів, прирівняних до них, за власним бажанням будь-яким способом, що не суперечить закону; можливість дозволяти або забороняти третім особам

використання об'єкта права інтелектуальної власності) та правомочності вимоги (можливість вимоги від будь-якої особи не порушувати належні правоволодільцю права).

Право інтелектуальної власності варто визначати як виключні права і як різновид абсолютних прав, зі всіма об'єктивно характерними йому рисами, а саме: 1) усі права на об'єкти є результатами творчої праці, виникають незалежно від волі третіх осіб; 2) усі треті особи є пасивними суб'єктами права. Вони зобов'язані утримуватися від неправомірних дій стосовно нетілесних, нематеріальних результатів творчої праці (творів, винаходів тощо), так само, як стосовно тілесних, матеріальних речей – об'єктів права власності; 3) до кожного з пасивних суб'єктів права можна заявити відповідні позови, якщо будуть учинені протиправні дії щодо суб'єктів, яким належать права на об'єкти інтелектуальної власності.

Умовно право інтелектуальної власності поділено на чотири групи. Отже, майнові і немайнові законні інтереси можуть виникати стосовно певних об'єктів авторського права, патентного права, засобів індивідуалізації, нетрадиційних об'єктів та прав на них. Далі зупинимося на аналізі зазначених охоронюваних законом інтересів.

Обмеження й вичерпання прав інтелектуальної власності як баланс суспільних інтересів та інтересів правоволодільців. Як уже зазначалося вище, виключне право – це право на використання об'єкта права інтелектуальної власності, яке включає два основні права: право на відтворення і право на розповсюдження об'єктів інтелектуальної власності. Відповідно до 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. Обмеження майнових прав, установлені ст. 21-25 Закону України «Про авторське право та суміжні права», здійснюються за умови, що вони не завдаватимуть шкоди

використанню твору і не обмежуватимуть безпідставно законні інтереси автора.

Якщо примірники правомірно опублікованого твору законним чином уведені до цивільного обігу шляхом їх першого продажу в Україні, то допускається їх повторне введення до обігу шляхом продажу, дарування тощо без згоди автора (чи іншої особи, яка має авторське право) і без виплати авторської винагороди, а щодо творів образотворчого мистецтва – з урахуванням положень ст. 27 Закону України «Про авторське право та суміжні права». Проте в цьому випадку право здавання в майновий найм чи комерційний прокат залишається виключно за особою, яка має авторське право (ч. 7 ст. 15 зазначеного Закону).

Слід підкреслити, що ці права взаємопов'язані. Незважаючи на те, що ці права стосуються об'єктів інтелектуальної власності, жодні дії над нематеріальними об'єктами неможливі, тому право на відтворення і право на розповсюдження стосуються товарів, у яких втілені об'єкти інтелектуальної власності. Право на відтворення і право на поширення можуть бути визначені таким чином. Право на відтворення – це виключне право на копіювання, у тому числі й на зміну товару, в якому втілені об'єкти інтелектуальної власності. Право на розповсюдження – це виключне право на введення до цивільного обороту товару, в якому втілені об'єкти інтелектуальної власності.

Розглядаючи право на відтворення, слід мати на увазі, що можливість копіювання або зміни товарів, у яких утілені об'єкти інтелектуальної власності, залежить від виду цих об'єктів. Наприклад, багато товарів, у яких утілені об'єкти авторського права або суміжних прав, легко копіюються. Достатньо нагадати про запис телевізійних передач, копіювання компакт-дисків із музичними творами, кінофільмами, комп'ютерними програмами. За допомогою техніки легко отримати цифрову або аналогову копію майже будь-якого об'єкта авторського права і суміжних прав. Так само легко можна отримати зображення маркетингових позначень, тобто фірмових

(комерційних) найменувань, торговельних марок, зазначень географічних місць походження товару, і незаконно використовувати для маркування товарів. Але товари, в яких утілені об'єкти патентного права, в багатьох випадках украй складно, а іноді й неможливо скопіювати. Наприклад, неможливо зробити копію «Бентлі» або рідкокристалічної панелі. Безсумнівно, копіювання сучасних високотехнологічних товарів та відповідних комплектуючих практично неможливо. Іншими словами, багато об'єктів патентного права виявляються технологічно захищеними.

Слід зазначити, що право на відтворення існує весь строк дії виключного права на об'єкт інтелектуальної власності. На відміну від права на відтворення, право на поширення має іншу дію. Так, наприклад, у випадку, коли автор уклав договір із видавництвом, він передав йому виключні майнові права на створений твір. Це означає, що він дозволив видавництву відтворити твір, утілений у рукописі, який потім буде реалізований продажем. Іншими словами, автор дає дозвіл не тільки на створення товару (книги), в якому втілений його твір, а й на розповсюдження цього товару. Жодних обмежень на подальше поширення товару (книг) у договорі між автором та видавництвом немає. Більш того, розмір гонорару автора визначається обсягом поширення (реалізації) товару (книги). Отже, для поширення товару не потрібно додаткового дозволу ні первинного правоволодільця (автора), ні вторинного правоволодільця (видавництва). Тож товар знаходиться в цивільному обороті за згодою правоволодільця, його право на розповсюдження твору вичерпалося. Цей приклад показує, що існує принцип вичерпання права на розповсюдження об'єктів інтелектуальної власності, який можна сформулювати таким чином. Принцип вичерпання права на розповсюдження полягає в тому, що після введення до цивільного обороту товару, в якому втілені об'єкти інтелектуальної власності, для подальшого поширення товару не потрібна згода правоволодільця об'єктів інтелектуальної власності, втілених у цьому товарі.

Відповідно до цього принципу, який діє на захист охоронюваних законом суспільних інтересів, після введення в цивільний оборот товару за допомогою його продажу або іншої передачі на нього права власності він залишається об'єктом цивільного обороту. Якби цей принцип не виконувався, то для будь-якого перепродажу товару слід було б отримувати дозвіл правоволодільця, що призвело б до гальмування торгівлі або до масового порушення прав правоволодільців.

Дуже важливою формою цивільного обороту товарів є їх використання у виробництві інших товарів. Наприклад, багато сучасних виробництв високотехнологічної продукції є «викруточними», оскільки нова продукція створюється в основному з комплектуючих товарів. Принцип вичерпання права на розповсюдження означає, що будь-який виробник продукції, який використовує комплектуючі товари, має право реалізовувати свою продукцію без згоди правоволодільця об'єктів інтелектуальної власності, втілених у комплектах товарів.

У міжнародних договорах згадується вичерпання права на розповсюдження. Так, наприклад, ст. 6 Угоди ТРІПС установлює, що жодне положення цієї Угоди не може бути використано для вирішення питань про вичерпання прав інтелектуальної власності [1, с. 19]. Відповідно до ст. 6 Договору ВОІВ з авторського права країни вільні встановлювати принцип вичерпання права на розповсюдження оригіналу і примірників творів. Таке ж положення встановлено в ст. 8 і 12 Договору ВОІВ про виконання і фонограми щодо записаних виконань та фонограм [2, с. 10].

Згадка в Угоді ТРІПС щодо «питань про вичерпання прав інтелектуальної власності» може призвести до помилки. Справа в тому, що після першого продажу товару вичерпується тільки право на розповсюдження, а не всі права інтелектуальної власності. Найважливіше з виключних прав – право автора або винахідника на відтворення – вичерпанню не підлягає. Саме це право забороняє незаконно (позадовірне)

відтворення об'єктів інтелектуальної власності, що включаються як складова у готовий товар.

Таким чином, товар може як завгодно поширюватися, але ніхто не має права його відтворювати, тобто копіювати, оскільки це означає відтворення об'єктів інтелектуальної власності, втілених у товарі. Це правило покликано захищати інтереси виготовлювачів кінцевої продукції та продавців.

Реалізація охоронюваних законом інтересів через обмеження прав інтелектуальної власності. Система інтелектуальної власності створена для захисту інтересів праволодильців і є засобом правової монополії у виробництві тих чи інших товарів. У більшості країн діє антимонопольне законодавство, оскільки давно визнано, що монополізм не сприяє технічному і суспільному прогресу. Заборона вільного використання об'єктів інтелектуальної власності підриває розвиток науки, освіти, створення нової техніки і технологій. Усе це означає, що система інтелектуальної власності якоюсь мірою стримує розвиток науки і техніки, освіти й культури, а також суспільний розвиток у цілому.

Для того щоб деякою мірою зменшити негативні наслідки правової охорони результатів інтелектуальної діяльності (монополізації), законом вводяться обмеження права інтелектуальної власності. У загальному вигляді поняття обмеження виключних прав інтелектуальної власності – це дозволене вільне використання об'єкта права інтелектуальної власності, яке не потребує згоди праволодильця і не є порушенням законодавства за умови, що це не завдає шкоди нормальному використанню об'єктів і не утискає законні інтереси праволодильця. Умови допустимості обмежень виключного права встановлюються на основі «трирівневого критерію» для об'єктів авторського права і суміжних прав або на основі «дворівневого критерію» – для об'єктів патентного права.

У міжнародних договорах, наприклад, у Бернській конвенції, встановлені деякі випадки вільного використання об'єктів авторського права. Подібні приклади існують і в національному законодавстві більшості країн.

Наприклад, допускається вільне цитування уривків із літературних творів у наукових, навчальних, освітніх цілях. У законодавстві встановлюються й інші випадки вільного використання творів. Причому в усіх випадках вважається, що таке використання відповідає трирівневій умові допустимості обмежень.

Необхідно особливо відзначити, що трирівневий критерій розширює перелік випадків вільного використання творів, прямо сформульований у законодавстві. В цьому полягає важлива перевага критерію, проте застосовувати його досить складно. Так, трирівневим критерієм допускається і є важливим для розвитку суспільства створення цифрових бібліотек, доступ до яких можливий через мережу Інтернет. Відповідно до законодавства про авторське право копіювання творів і перетворення їх з аналогової в цифрову форму допустимо тільки з дозволу праволодильця. Іншими словами, щоб відсканувати твір і розмістити його цифрову форму на сервері в Інтернеті, потрібно отримати оплатний дозвіл праволодильця. У результаті цього створення цифрових бібліотек не стало масовим, що стримує доступ суспільства до знань та інформації, ускладнює і робить дорожчою освіту. З усіх умов допустимості обмежень, установлених у трирівневому критерії, найважливішим є третій, а саме: вільне використання творів або об'єктів суміжних прав дозволено, якщо воно не завдає шкоди законним інтересам праволодильців. Одним із таких законних інтересів є винагорода. Із змісту трирівневого критерію випливає, що якщо праволодильць міг би отримати винагороду від будь-якого використання свого твору, то вільне використання твору заборонено, а якщо не міг, то воно дозволено. У разі сканування книг для цифрових бібліотек ситуація така: якщо книга знаходиться в продажу, то її «оцифрування» може знизити обсяги продажів і зменшити гонорар автора, завдати йому шкоди у вигляді недоотриманого доходу, якщо ж книг у продажу немає і їх не можна придбати, то їх сканування бібліотекою та розміщення в Інтернеті не завдасть шкоди законним інтересам праволодильця. Більш того, розміщення твору в Інтернеті може виявитися

рекламою автора й видавництва. Отже, у випадку цифрових бібліотек трирівневий критерій припускає розміщення в мережі Інтернет цифрових копій книг, яких немає у вільному продажу.

Серед прикладів вільного використання об'єктів суміжних прав, які впливають із трирівневого критерію, можна навести такий. У країнах із невисоким рівнем життя багато товарів, у яких утілено об'єкти авторського права й суміжних прав, іноді дуже дорогі. Так, комп'ютерні програми, звукові та відеодиски можуть становити більшу частину заробітної плати і навіть перевищувати її. Іншими словами, на свою зарплату більшість людей не можуть купити ліцензійні комп'ютерні програми та інші аналогічні товари. Тому вільне використання таких об'єктів жодним чином не може ущемити матеріальні інтереси правласника, оскільки ліцензійний об'єкт купити неможливо через відсутність коштів. Як наслідок, навіть поява контрафактної продукції може не завдавати шкоди її виробнику. Незважаючи на цей висновок, який випливає з трирівневого критерію, прямо сформульованого в одному з фундаментальних документів СОТ (Угода ТРІПС), багато країн порушують навіть своє національне законодавство та міжнародні норми, переслідуючи своїх громадян в інтересах транснаціональних компаній.

Трирівневий критерій обмежень виключного авторського права і виключного права на деякі об'єкти суміжних прав установлено в Угоді ТРІПС, Договорі ВОІВ з авторського права та Договорі ВОІВ про виконання та фонограми [3, с. 16–17]. У ч. 3 ст. 426, 444 ЦК України встановлено єдиний критерій для всіх об'єктів інтелектуальної власності. Однак відсутність першого критерію обмежень, що стосується певних особливих випадків, не відповідає Угоді ТРІПС для виключного авторського права і суміжних прав.

Для об'єктів патентного права в ст. 30 Угоди ТРІПС установлено дворівневий критерій допустимості обмежень законних інтересів третіх осіб. Дворівневий критерій допустимості обмежень – це умови вільного

використання об'єктів патентного права, які не завдають шкоди нормальному використанню об'єктів і невинувато не обмежують законні інтереси правоволодільців.

Цей критерій відрізняється від трирівневого критерію допустимості обмежень авторського права двома особливостями: а) трирівневий критерій застосовується до деяких особливих випадків використання, а дворівневий – до будь-яких; б) трирівневий критерій не враховує законні інтереси користувачів, а дворівневий – враховує, оскільки обмеження допускаються в законних інтересах третіх осіб.

У національному законодавстві про патентне право зазвичай перелічуються випадки допустимого вільного використання об'єктів патентного права, найважливішим з яких визнається реінжиніринг або зворотний технічний аналіз, тобто сукупність наукових, технічних та інших методів аналізу досягнень конкурентів. Такий аналіз завжди використовувався в промисловості, науково-технічних дослідженнях та розробках і становить один з елементів конкурентної розвідки. Національне законодавство *de jure* визнає те, що відбувається *de facto*. Дворівневий критерій обмежень патентного права розширює обсяг вільного використання, прямо сформульованого в законодавстві.

Що стосується засобів індивідуалізації як третьої категорії об'єктів права інтелектуальної власності, то для них такі критерії зазвичай не встановлюються. Отже, ніяке вільне використання торговельних марок, комерційних найменувань, географічних позначень місць походження товарів, доменних імен не визнається міжнародними договорами. Це положення цілком зрозуміло, оскільки ці позначення характеризують виробника та його продукцію і ніхто інший не має права їх використовувати, якщо сам правоволодільць цього не дозволив.

Як було показано вище, право інтелектуальної власності – це виключні (монопольні) права. *Тому можна зробити висновок, що оскільки тимчасова монополія правоволодільця надає йому право забороняти будь-яке*

використання об'єктів, права на які йому належать, то з метою встановлення балансу між приватним інтересом праволодільця та інтересами суспільства та його окремих членів, законами встановлюються обмеження та виключення із цієї монополії за умови, що такі обмеження та виключення не створюють істотних перешкод для нормальної реалізації майнових прав інтелектуальної власності та здійснення охоронюваних законом інтересів суб'єктів цих прав. Допускається самообмеження прав їх праволодільцем у формі правочину (вільна ліцензія, відмова від майнового права тощо).

На підставі викладеного можна зробити висновок, що в разі наявності права інтелектуальної власності, наданого законом або договором, то його слід захищати встановленими способами. У випадку, коли право інтелектуальної власності не встановлено, а в зацікавленій особи є потреба у вчиненні дії, яка законом прямо не заборонена, або у вчиненні дії з обмеження монополії праволодільця, то в цьому випадку виникає можливість його захисту шляхом пред'явлення вимоги або шляхом вчинення дії. При цьому, коли праволодільець буде заперечувати проти дій заінтересованої особи, то автор має доводити неправомірність її дій, а заінтересована особа може лише заперечувати неправомірність вимог праволодільця. У разі судового спору, документом, що посвідчує захищений законом інтерес конкретної особи, буде судове рішення, в якому встановлюється спосіб здійснення охоронюваного інтересу.

Суспільні інтереси у фармацевтиці та права інтелектуальної власності (доступ до ліків). На Четвертому Національному конгресі з біоетики (вересень 2010 р.) і Другому Всеукраїнському конгресі з медичного права, біоетики та соціальної політики (квітень 2011 р.) представники медичної та юридичної спільноти неодноразово висловлювали думку щодо необхідності чіткого розмежування понять «медична допомога» і «медична послуга» не в контексті вже традиційного підходу диференціації медичної діяльності лікувального закладу, зокрема, залежно від форми власності

останнього, а крізь призму можливостей комерціалізації об'єктів інтелектуальної власності в зазначеній сфері. Лікувальний заклад, у свою чергу, наскрізь просякнутий конфліктами інтересів винахідника й пацієнта, фармакологічної компанії і споживача медичних препаратів. Компенсація клінічних випробувань медичних препаратів здійснюється коштом заявника відповідного лікарського засобу. Проте не менш важливим джерелом фінансових надходжень лікарського закладу в цілому і лікаря зокрема є належна правова охорона об'єктів інтелектуальної власності. Принципи охорони інтелектуальної власності є в безперервному конфлікті з принципами медичної деонтології. На різних шальках терезів опиняються інтереси двох людей: лікаря-винахідника (з його монополюючим беззаперечним правом на власний інтелектуальний доробок) і пацієнта (з його невід'ємним правом вільного доступу до найкращих медичних досягнень). Слід погодитися, що інтереси обох є абсолютною цінністю для суспільства.

Відповідно до ст. 53 Європейської патентної конвенції та національних законів у сфері промислової власності країн – членів Євросоюзу, способи терапевтичного й хірургічного лікування виключені з кола патентоздатних об'єктів. Такий стан обґрунтовується етичними міркуваннями або тим, що вказані способи не можуть бути промислово придатними. Аналогічний підхід міститься в ст. 27 Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності, якою встановлено, що країни-члени можуть «не дозволяти патентування діагностичних, терапевтичних і хірургічних методів лікування людини або тварини».

На відміну від зарубіжного та міжнародного законодавства, Закон України «Про охорону прав на винаходи та корисні моделі» не обмежує перелік об'єктів медичного призначення, яким надається правова охорона. Крім того, в Україні на способи терапевтичного і хірургічного лікування можна отримати як патент на винахід, так і патент на корисну модель. Так, наприклад, відповідно до патенту України на корисну модель №UA 71846

запатентовано «Спосіб лікування гострих кишкових інфекцій, викликаних умовно патогенними мікроорганізмами з використанням колоїдного срібла» [4], патенту України на корисну модель №UA 71155 запатентовано «Спосіб лікування гострого тромбозу глибоких вен нижніх кінцівок» [5] тощо.

Як видається, з метою вирішення конфлікту зазначених інтересів і забезпечення балансу прав власника патенту України на способи лікування з інтересами суспільства або з правами лікаря, етичним обов'язком якого є вибір найкращого способу лікування пацієнта, в Закон України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» необхідно внести зміни. Такий підхід підтримує Л. І. Роботягова [6, с. 210], О. Ю. Кашинцева [7, с. 148].

Іншим підходом до вирішення цієї проблеми є: 1) реалізація положень цивільного законодавства щодо примусового ліцензування винаходів (корисних моделей) як судове обмеження патентних прав; 2) реалізація і розвинення в законодавстві положень про вичерпання прав інтелектуальної власності на винаходи і корисні моделі та можливості здійснення паралельного імпорту як юридичний інструмент зниження ціни на лікарські засоби; 3) використання винаходів (корисних моделей), об'єктами яких є лікарські засоби, в експериментальних цілях; 4) питання охорони «нерозголошеної інформації» про дані доклінічних та клінічних випробувань; 5) функції регуляторного органу з реєстрації лікарських засобів щодо охорони прав інтелектуальної власності; 6) узгодження питань патентної охорони та охорони даних фармацевтичних досліджень; 7) гармонізація прав винахідників у сфері медицини та прав пацієнта з позиції розмежування «медичної допомоги» та «медичної послуги». Такий підхід підтримують А. В. Міндрул [8, с. 211], В. В. Селіваненко [9, с. 283].

Вважаємо, що компромісним варіантом вирішення цієї проблеми є включення як підстави непатентоспроможності винаходів в інтересах охорони здоров'я методів лікування людського або тваринного організму хірургічним шляхом або за допомогою терапії та діагностичних методів, що застосовуються на людському або тваринному організмі. Це положення не

повинно застосовуватися до продуктів, зокрема речовин або сумішей, які використовуються в будь-якому із цих методів. Такий підхід відповідає загальноєвропейським векторам розвитку права інтелектуальної власності.

Таким чином, якщо конкретизувати все вищевикладене, то до захисту охоронюваних законом інтересів у правовідносинах з інтелектуальною власністю можна віднести такі заходи: 1) у разі наявності охоронюваного законом інтересу на використання вже зареєстрованого об'єкта права інтелектуальної власності заінтересованій особі надається право в судовому порядку визнавати охоронний документ недійсним (на підставі того, що правоволоділець протягом трьох років не використовує об'єкт, або при відсутності новизни в запатентованому об'єкті); 2) запровадити право попереднього користування або реалізувати можливість використання і поширення об'єкта інтелектуальної власності всім і кожному після визнання патенту або свідоцтва недійсними шляхом установлення в законі меж використання об'єкта; 3) при тимчасовій монополії з метою встановлення балансу між приватним інтересом правоволодільца та інтересами суспільства та його окремих членів законом передбачені обмеження та виключення із цієї монополії за умови, що такі обмеження та виключення не створюють істотних перешкод для нормальної реалізації майнових прав інтелектуальної власності та здійснення охоронюваних законом інтересів суб'єктів цих прав. Допускається самообмеження прав їх правоволодільцем у формі правочину (надання вільної ліцензії, відмова від майнового права тощо). У цьому разі захист охоронюваних законом інтересів відбувається шляхом пред'явлення вимоги або вчинення конкретної дії. При цьому, якщо правоволоділець буде проти дій заінтересованої особи, то автор має доводити неправомірність дій заінтересованої особи, а остання – лише заперечувати неправомірність вимог правоволодільца. У разі судового спору документом, що посвідчує захищений законом інтерес конкретної особи, буде судове рішення, в якому встановлюється спосіб здійснення охоронюваного інтересу; 4) анулювання свідоцтва про реєстрацію торговельної марки або загальновідомої

торгівельної марки (на підставі невикористання більш ніж три роки з дати реєстрації); 5) при конкуренції прав і зіткненні інтересів правоволодільців промислових зразків і торговельних марок захист охоронюваних законом інтересів відбувається шляхом поширення правил про пріоритет промислового зразка по відношенню до реєстрації комерційних позначень (таким чином відбувається захист охоронюваного законом інтересу шляхом надання пріоритету творчому результату); 6) подання позовів про скасування спірних правоохоронних документів (наприклад, позову про скасування державної реєстрації та визнання патенту недійсним у разі відсутності критеріїв охороноздатності й таким чином отримання можливості використовувати певний результат); 7) доведення факту попереднього користування без реєстрації – в цьому випадку застосовується дозвільний характер діяльності до того часу, поки суд не встановить заборону в судовому акті.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement) [Електронний ресурс]. – 1996. – Р. 19. – Mode of access : <http://www.wto.org>. – Заголовок з екрана.
2. Договір ВОИС по авторському праву [Електронний ресурс]. – Женева : ВОИС, 2000. – № 226(R). – С. 10. – Режим доступу: <http://www.alppp.ru/law/grazhdanskoe-pravo/mezhdunarodnoe-chastnoe-pravo/10/dogovor-vois-po-avtorskomu-pravu.html>. – Заголовок з екрана.
3. Договір ВОИС по исполнению и фонограммам [Електронний ресурс]. – Женева : ВОИС, 2000. – № 227(R). – С. 16–17. – Режим доступу : <http://law.edu.ru>. – Заголовок з екрана.
4. Патент України на корисну модель №UA 71846 «Спосіб лікування гострих кишкових інфекцій, викликаних умовно патогенними мікроорганізмами з використанням колоїдного срібла» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://essuir.sumdu.edu.ua/bitstream/123456789/27853/1/polovyan_patent%20colloidal%20silver.pdf. – Заголовок з екрана.

5. Патент України на корисну модель №UA 71155 «Спосіб лікування гострого тромбозу глибоких вен нижніх кінцівок» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://dspace.bsmu.edu.ua:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2720/%D0%86%D1%96%D0%B2%D0%B0%D1%89%D1%83%D0%BA%2071155%20.pdf?sequence=1>. – Заголовок з екрана.

6. Роботягова Л. І. Патентування способів лікування людини: морально-правовий аспект [Текст] /Л. І. Роботягова // Четвертий Національний конгрес з біоетики. – К. : НАН України, 2010. – С. 210.

7. Кашинцева О. Ю. Охорона прав інтелектуальної власності в сфері медицини та фармації [Текст] / О. Ю. Кашинцева // Матеріали Міжнар. конф. «Охорона прав інтелектуальної власності в Україні та Європейському Союзі: політика, законодавство, практика» (Київ, 15-16 червня 2011 р.). Проект ЄС «Вдосконалення стратегій, політики та регулювання інновацій України». – К. : Фенікс, 2001. – С. 147–151.

8. Міндрул А. В. Проблеми охорони інтелектуальної власності та дотримання інтересів суспільної охорони здоров'я [Текст] /А. В. Міндрул // Четвертий Національний конгрес з біоетики. – К. : НАН України, 2010. – С. 211.

9. Селіваненко В. В. Гармонізація прав людини і прав власника патенту на винахід в сфері медицини і фармації [Текст] / В. В. Селіваненко // Другий Всеукраїнський конгрес з медичного права, біоетики і соціальної політики // Часопис Київ. ун-ту права. – 2011. – № 4. – С. 280–285.

ОТДЕЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ ЗАЩИТЫ ЗАКОННЫХ ИНТЕРЕСОВ В ПРАВЕ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Венедиктова И. В.

Статья посвящена анализу реализации и защиты законных интересов путем ограничения и исчерпания прав интеллектуальной собственности праволадельцев и заинтересованных лиц. На основе исследования законодательства, доктрины и судебной практики сделан вывод о способах защиты охраняемых законом интересов в таких правоотношениях.

Ключевые слова: законный интерес, право интеллектуальной собственности, защита законных интересов.

SELECTED ASPECTS OF LEGAL INTERESTS DEFENSE IN LAW OF INTELLECTUAL PROPERTY

Venediktova I. V.

This article examines the implementation and protection of legal interests by limiting and exhaustion of intellectual property rights of owners and related parties. The author defined the remedies of the legal interests in such relationships based on the study of law, doctrine and jurisprudence. The intellectual property determined as the exclusive right and as a kind of absolute rights, with all the objective features characteristic, namely: 1) all rights in the results of creative work, arising independently of the will of third parties, 2) all others third parties are persons of incidence, and 3) owner can make a complaint against the persons of incidence, if they committed illegal acts regarding entities them. Also, there is an analysis of the provisions of the Law on Copyright and Related Rights in this article. This analysis concerning with the issues of property rights of the authors of works, describes the types of property rights of the author's intellectual property rights, including the rights to reproduce and to distribute the results of intellectual activity. The analysis on "issues of exhaustion of intellectual property rights" is contained in this article. The author examines the implementation of legally protected interests in the context of limits on intellectual property rights. The author believes that this limits are necessary in order to reduce the negative effects of legal protection of intellectual activity (monopolization). The author gives examples of free-use of copyright based on "three-tier criteria" for objects of copyright and related rights, or on the basis of "two-tier criteria" - to the subject of patent rights. Analysis of the public interest in the pharmaceutical and intellectual property rights (access to medicines) are also contained in this article.

Keywords: legal interest, law of intellectual property, legal interest defense.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ НАУКОВО-ТЕХНІЧНОЇ Й ІННОВАЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

УДК 347.77/012/038

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕЖИМУ ОБІГУ ІННОВАЦІЙНОЇ ПРОДУКЦІЇ, ЩО МІСТИТЬ ГЕНЕТИЧНО МОДИФІКОВАНІ ПРОДУКТИ

Н. Б. Москалюк,

*канд. юрид. наук., доцент кафедри
фінансово-економічної безпеки
Тернопільського національного
економічного університету*

Стаття присвячена розгляду окремих актуальних питань обігу інноваційної продукції, що містить генетично модифіковані продукти, зважаючи на їх подвійний статус: як об'єкта інтелектуальної власності та об'єкта особливої дозвільної системи.

Ключові слова: інноваційна продукція, цивільний обіг, інтелектуальна власність, генетично модифікований продукт.

Актуальність теми дослідження зумовлена тим, що об'єкти інтелектуальної власності, які стають основою інноваційної продукції, з кожним днем усе більше заповнюють ринок товарів та послуг. Інноваційна ж продукція, що містить генетично модифіковані продукти, потребує ретельного нагляду з боку держави в процесі її обігу. Активний розвиток правового регулювання права інтелектуальної власності та права біобезпеки визначає необхідність аналізу правового режиму обігу особливої інноваційної продукції, зважаючи на потребу збереження балансу приватних

інтересів патентовласника та публічних інтересів держави в забезпеченні захисту державної системи біобезпеки.

Теоретичною основою дослідження стали праці вітчизняних та зарубіжних учених, зокрема Є. І. Артем'єва, А. Г. Белякова, М. М. Богуславського, Г. Боденхаузена, Є. Б. Гаврилова, А. Горнісевича, Дж. Б. Гріффітса, Ю. М. Капіци, С. В. Комісаренка, О. Д. Корчагіна, С. Н. Ландкофа, В. А. Орешкіна, Н. Г. Рибальського, В. О. Рясенцева, Ю. Л. Свядосца, Н. К. Фінкель, І. Я. Хейфеца та ін.

Мета статті – дослідити особливості правового режиму обігу інноваційної продукції, що містить генетично модифіковані продукти, в національних реаліях із простеженням впливу на цей обіг норм патентного законодавства України та законодавства про біобезпеку.

Характерною умовою використання патентних прав є норма п. 2 ст. 28 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», що вказує на таке: «Патент надає його власнику виключне право використовувати винахід (корисну модель) за своїм розсудом, якщо таке використання не порушує прав інших власників патентів» [1]. Ця норма і є основою, яка захищає приватні інтереси патентовласника.

Щодо публічних інтересів, то вони можуть бути представлені більш комплексно, проте їх характер є чітко вираженим, з огляду на це вони і вважаються кореспондуючими до приватних інтересів. Обмеження патентних прав, що закладені в законодавстві, і є тим самим публічним інтересом, завдяки якому формуватиметься повноцінний чи неповноцінний баланс.

Національне законодавство містить кілька категорій обмежень патенту: за часом; за територією; за передбаченими випадками вільного використання та примусового відчуження прав на винаходи.

Викладене вище свідчить, що, попри всеосяжну можливість використання патентних прав, для захисту інтересів суспільства права патентовласника можуть обмежуватися. Проте випадки такого обмеження

мають виключний характер, тобто аналогії права чи аналогії закону тут бути не може. Обмеження може здійснюватися лише у випадках, чітко закріплених законодавством. Баланс приватних і публічних інтересів, на нашу думку, зберігається. При найменшому викривленні цього балансу, кожна із сторін може звернутися за захистом своїх прав.

Друга група обмеження використання прав патентовласника пов'язується нами виключно з характером об'єкта, що захищається патентом, – генетично модифікованим продуктом. Особливість цього продукту і визначає певні особливості в обмеженні прав на нього.

Крім загальних обмежень прав патентовласника, будуть застосовуватися і специфічні додаткові умови. Найвність цих специфічних умов пов'язується з потенційними ризиками, які можуть бути спричинені використанням генетично модифікованих продуктів. Хоча на сьогодні немає жодного документально підтверженого факту шкідливості генетично модифікованих продуктів, проте суспільством прийнято рішення про постійний та ретельний контроль над такими об'єктами.

Одним із чинників, за допомогою яких можна попередити або зменшити ймовірні негативні наслідки здійснення генетично-інженерної діяльності, уникнути порушення прав особи (наприклад, права на безпечне для життя і здоров'я довкілля, на екологічну інформацію тощо), є належно організоване та здійснюване правове регулювання відносин у сфері поводження із ГМО (генетично модифікованими організмами). Саме правові приписи можуть бути тим фактором, який, упорядкувавши суспільні відносини, що виникають у зв'язку з розвитком генної інженерії та застосуванням її досягнень, з одного боку, – не обмежує (а в окремих випадках і стимулює) подальший розвиток цієї галузі, з другого, – допомагає уникнути або звести до мінімуму можливі несприятливі для людини та довкілля наслідки використання генетично-модифікованих організмів [2, с. 4].

Так, зважаючи на те, що Україна ратифікувала Картахенський протокол про біобезпеку до Конвенції про біологічне різноманіття Законом України від 12 вересня 2002 року № 152-IV, законодавцями було прийнято і національні законодавчі акти публічно-правового характеру, які, проте, мають великий вплив на процес розпорядження приватними правами інтелектуальної власності, що випливають із патенту, на генетично модифікований продукт.

Виходячи з того, що генетично модифікований продукт як результат інтелектуальної діяльності людини у сфері генетичної інженерії може стати частиною або безпосередньо продуктом харчування, медичним препаратом чи іншим об'єктом, необхідним є розгляд його з позицій оборотоздатності.

Так, Законом України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» встановлено, що «строк дії патенту на винахід, об'єктом якого є лікарський засіб, засіб захисту тварин, засіб захисту рослин тощо, використання якого потребує дозволу відповідного компетентного органу, може бути продовжено за клопотанням власника цього патенту на строк, що дорівнює періоду між датою подання заявки та датою одержання такого дозволу, але не більше ніж на 5 років. За подання клопотання сплачується збір» [1]. Як бачимо з наведеної норми, законодавець розрізняє поняття отримання патенту на винахід і цивільного обігу продуктів, у яких застосовується винахід. І, що стосується лікарських засобів та засобів захисту рослин і тварин, указує на необхідність отримання відповідних дозволів, що забирає достатньо багато часу із строку дії патенту.

Із наведеного вище можна дійти висновку, що для суб'єкта прав на генетично модифікований продукт важливу роль відіграє не лише процес набуття таких прав, а й їх використання, що перетинається вже з нормами щодо оборотоздатності цивільних прав та захисту прав споживачів.

Так, за критерієм оборотоздатності об'єкти цивільних прав можна поділити на три види: 1) об'єкти, які обертаються вільно; 2) об'єкти, які обмежені в обігу; 3) об'єкти, вилучені з обігу [3, с. 98].

Зважаючи на те, що введення генетично модифікованих продуктів у цивільний обіг потребує отримання відповідних дозволів, за критерієм оборотоздатності їх можна віднести до об'єктів, які обмежені в обігу.

Серед національного законодавства, яке визначає умови обігу ГМП (генетично-модифікованого продукту) на сьогодні маємо: Закон України «Про державну систему біобезпеки при створенні, випробуванні, транспортуванні та використанні генетично модифікованих організмів» від 31 травня 2007 року, Постанови Кабінету Міністрів України «Деякі питання проведення апробації (випробування) та реєстрації генетично модифікованих організмів сортів сільськогосподарських рослин» від 23 липня 2009 р. № 808, «Про затвердження Порядку видачі дозволу на проведення державної апробації (випробування) генетично модифікованих організмів у відкритій системі» від 2 квітня 2009 р. № 308, «Про затвердження Порядку видачі дозволу на ввезення на митну територію України незареєстрованих генетично модифікованих організмів для науково-дослідних цілей або державних апробацій (випробувань)» від 20 серпня 2008 року № 734 та «Про затвердження Порядку видачі дозволу на транзитне переміщення незареєстрованих в Україні генетично модифікованих організмів» від 28 квітня 2009 року № 423.

Так, Закон України «Про державну систему біобезпеки при створенні, випробуванні, транспортуванні та використанні генетично модифікованих організмів» установлює такі норми, які впливають на використання прав інтелектуальної власності:

– генетично-інженерна діяльність у замкненій системі підлягає ліцензуванню, що здійснюється на підставі оцінки ризику при поводженні з ГМО у замкненій системі (ст. 12);

– забороняється вивільнення в навколишнє природне середовище ГМО до їх державної реєстрації. До державної реєстрації вивільнення в навколишнє природне середовище ГМО можливе тільки з метою державної апробації (випробувань). Проведення державної апробації (випробувань)

ГМО у відкритій системі здійснюється виключно на підставі дозволу, який видається центральним органом виконавчої влади з питань екології та природних ресурсів (ст. 13);

– продукція, яка реєструється у Державних реєстрах ГМО: сорти сільськогосподарських рослин та породи тварин, створені на основі ГМО; засоби захисту рослин, отримані з використанням ГМО; ГМО джерела харчових продуктів, а також харчові продукти; косметичні засоби, лікарські засоби, які містять ГМО або отримані з їх використанням; ГМО джерела кормів, а також кормові добавки та ветеринарні препарати, які містять ГМО або отримані з їх використанням (ст. 14).

Стаття 15 Закону чітко вказує, що «забороняється промислове виробництво та введення в обіг ГМО, а також продукції, виробленої із застосуванням ГМО, до їх державної реєстрації. Також забороняється ввезення на митну територію України ГМО, а також продукції, виробленої із застосуванням ГМО, до їх державної реєстрації, за винятком таких, що призначені для науково-дослідних цілей або державних апробацій (випробовувань)» [4].

Усі перелічені вище норми є тими безпосередніми випадками, що в патентному законодавстві прописуються таким чином: «Заборона законодавством комерційного використання певного об'єкта з інших підстав (крім передбачених виключень із патентоспроможності та об'єктів, яким не надається охорона в рамках патентних законів) не впливає на придатність відповідного винаходу (корисної моделі) для набуття права на нього» [1]. Інакше кажучи, прописані вище норми не впливають на набуття прав на генетично модифіковані продукти, проте безпосередньо впливають на можливість використання (обіг) таких продуктів.

Для розвитку правового регулювання проблеми забезпечення біобезпеки та забезпечення прав та законних інтересів споживачів на інформацію щодо складників продукції, яка поміщена на ринок, Верховна Рада України 17.12.2009 прийняла Закон «Про внесення змін до законів

України щодо надання інформації про вміст у продукції генетично модифікованих компонентів», яким було посилено вимоги до виробників та продавців щодо надання достовірної інформації про вміст у продуктах генетично модифікованих компонентів. Було прийнято також Закон «Про внесення змін до Закону «Про безпечність та якість харчових продуктів» (щодо інформування громадян про наявність у харчових продуктах генетично модифікованих організмів). Згідно із цим документом усі харчові продукти, що знаходяться в обігу в Україні, етикетуються державною мовою та містять у доступній формі інформацію про наявність чи відсутність у продуктах генномодифікованих організмів (ГМО), що відображається на етикетці продукту написом «ГМО» чи «Без ГМО» відповідно.

Завданнями вказаних законів є: охорона здоров'я людини і навколишнього природного середовища при здійсненні генетично-інженерної діяльності та поводженні з ГМО; забезпечення конституційного права громадян на достовірну інформацію про вміст у продукції ГМО-компонентів та можливість безпечного їх використання; створення умов для безпечного практичного використання ГМО в господарських цілях; визначення прав та обов'язків суб'єктів регулювання при поводженні з ГМО та встановлення їх відповідальності за порушення законодавства; захист громадян у разі заподіяння шкоди їх здоров'ю внаслідок споживання ГМО; встановлення правових основ міжнародного співробітництва в галузі генетично-інженерної діяльності та поводження з ГМО тощо.

Вимоги цих законів є обов'язковими на території України для фізичних та юридичних осіб, які здійснюють діяльність, пов'язану з поводженням із ГМО.

Інформація про поводження з ГМО, а також їх потенційного впливу на здоров'я людини та навколишнє природне середовище є відкритою і загальною, і відповідно, не може розглядатися як конфіденційна й таємна, за винятком, якщо вона визначена такою законодавством України [4].

Як бачимо з наведеного вище, в Україні започатковано прийняття та впровадження в життя спеціального законодавства України у сфері генетично-інженерної діяльності з метою захисту людини, збереження біологічного різноманіття, охорони довкілля, яке проводиться з урахуванням зарубіжного досвіду, зокрема в частині організації та функціонування дозвільної системи, здійснення моніторингу ГМО, оцінки ризику генетично-модифікованих організмів для довкілля та людини, маркування продукції із вмістом генетично-модифікованих складників. Але запровадження на законодавчому рівні основоположних норм щодо обігу ГМП, на жаль, не спричинило створення цієї системи на практиці.

У вказаній сфері суспільних відносин законодавство ЄС на сьогодні значно досконаліше і систематизованіше, ніж національне. Серед європейського законодавства можна назвати такі законодавчі нормативно-правові акти:

– Директива ЄС 2001/18/ЄС (2001) визначає правові норми, що регулюють навмисне вивільнення генетично модифікованих організмів (ГМО) у навколишнє середовище. Ця Директива визначає процедуру затвердження індивідуальних ГМО, або продуктів, що складаються з ГМО, або містять ГМО у своєму складі, шляхом послідовної, крок за кроком, перевірки ризиків для здоров'я людей чи довкілля, перш ніж будь-який продукт буде вивільнений у довкілля чи надійде на ринок.

Оцінка ступеня ризику для навколишнього середовища включає в себе оцінку і визначення потенційних шкідливих ефектів від ГМО. Це можуть бути прямі або непрямі ефекти, кумулятивні і довгострокові ефекти на здоров'я і навколишнє середовище, ризики, пов'язані з уведенням генних продуктів, у яких використовуються потенційно токсичні або алергогенні білки, а також ті, що можуть привести до таких ефектів, як, наприклад, створення генів, стійких до антибіотиків. Загальний ризик визначається таким чином: визначення генних характеристик, які могли б викликати небажані ефекти; визначення потенційних наслідків кожного ефекту; оцінка

можливостей зростання цих наслідків; оцінка ступеня ризику за кожною з характеристик; упровадження стратегії менеджменту для контролю ризиків.

– Інструкція ЄС (EC Regulation 258/97 (1997)) про нові харчові продукти та нові харчові інгредієнти визначає, що всі ГМО є новими харчовими продуктами, які потребують згоди на їх маркетинг. Згідно із цією інструкцією ГМО не повинен «бути небезпечним для споживача», або «вводити споживача в оману», або відрізнятися від звичайної їжі «гіршими смаковими та поживними властивостями для споживача». Заявник подає прохання до країни-члена з інформацією, яка демонструє, що продукт харчування повністю відповідає наявним стандартам безпеки. Країна-член проводить попереднє дослідження ГМО й надсилає його до Комісії або інших країн-членів. Їх компетентні органи можуть «надати коментарі або обґрунтовану заборону маркетингу цього продукту», включаючи коментарі або заперечення щодо презентації продукту чи його маркування. В разі відсутності заперечень країна-член інформує заявника, що продукт може надходити на ринок. Якщо ГМО одержує дозвіл на ринкове використання, то таке рішення зазначало б умови використання, призначення продукту та специфічні вимоги до його маркування.

Наведені в загальному порядку норми європейського права дозволяють зробити висновок про доволі обережну й виважену позицію європейського законодавця з приводу застосування продуктів генетичної інженерії. Таку позицію ми переймаємо в рамках євроінтеграційних процесів, але норми національного публічного права щодо генно-інженерної діяльності потребують доопрацювання. При цьому розвиток законодавства України з питань біобезпеки необхідно здійснювати за умови обов'язкової його гармонізації з відповідними вимогами європейського права в цій сфері, яке сформувалось як окремий інститут права навколишнього середовища ЄС.

Отже, характеристика особливостей обігу інноваційної продукції, що містить генетично модифіковані продукти, дозволяє стверджувати про теоретичне збереження балансу публічних і приватних інтересів у процесі

використання такої продукції. Необхідність отримання спеціальних ліцензій, дозволів та проведення державних апробацій хоча й вносить додаткове навантаження на патентовласника, проте не повинна розцінюватися ним як порушення його особистих прав, бо тільки таким обмеженням можна досягти балансу інтересів усіх членів суспільства. Допрацювання потребують лише норми щодо правової регламентації генно-інженерної діяльності, оскільки на практиці механізм становлення системи біобезпеки при створенні, випробуванні, транспортуванні та використанні генетично модифікованих організмів так і не запрацював.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Про охорону прав на винаходи та корисні моделі [Текст] : Закон України від 15 грудня 1993 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 1993. – № 7. – Ст. 32.
2. Струтинська-Струк Л. В. Правове забезпечення біобезпеки при здійсненні генетично-інженерної діяльності [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.06 / Людмила Владиславівна Струтинська-Струк. – К., 2005. – 205 с.
3. Цивільне право України [Текст] : підручник : у 2 кн. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової – К. : Юрінком Інтер, 1999. – Кн. 1. – 688 с.
4. Про державну систему біобезпеки при створенні, випробуванні, транспортуванні та використанні генетично модифікованих організмів [Текст] : Закон України від 31 травня 2007 року // Відом. Верхов. Ради України. – 2007. – № 35. – Ст. 484.

АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ПРАВОВОГО РЕЖИМА ОБОРОТА ИННОВАЦИОННОЙ ПРОДУКЦИИ, КОТОРАЯ СОДЕРЖИТ ГЕНЕТИЧЕСКИ МОДИФИЦИРОВАННЫЕ ПРОДУКТЫ

Москалюк Н. Б.

Статья посвящена рассмотрению отдельных актуальных вопросов обращения инновационной продукции, которая содержит генетически модифицированные продукты, ввиду их двойного статуса: как объекта интеллектуальной собственности и объекта особенной разрешительной системы.

Ключевые слова: инновационная продукция, гражданское обращение, интеллектуальная собственность, генетически модифицированный продукт.

PRESSING QUESTIONS OF LEGAL MODE OF APPEAL OF INNOVATIVE PRODUCTS, WHICH CONTAINS GENETICALLY MODIFIED PRODUCTS

Moskaluk N. B.

The article is devoted to the specific aspects of circulation of innovative products containing genetically modified foods, because of their dual status: as an intellectual property object and as an object of particular licensing system. The author studied abovementioned specific aspects for the purposes of the national realities and of the influence of patent law and biosafety rules. Also the provisions of the Law on Protection of Rights to Inventions and Utility Models are studying in this article. Special attention is given to the concept and types of limitation of patent rights. The author notices that the legal framework of relations in the GMO-sphere is the prime factor that prevent or reduce the adverse effects of the implementation of genetic engineering activities, or avoid violations of individual rights. Because of the fact that GMO-foods is deemed to be a result of human intellectual activity in the genetic engineering field, it examines from the standpoint of tradability. The author suggests that the genetically modified foods are limited in circulation due to the fact that the introduction into civil circulation GMO-foods must obtain a permit (license). Also, the author analyzes Ukrainian and European Union legislation concerning with genetically modified foods sphere. As a conclusion the author says that domestic legislation on the genetic engineering have developed, but EU legislation in this field is much more advanced.

Keywords: innovative products, civil appeal, intellectual property, genetically modified product.

ЕКОНОМІЧНІ ЗАСАДИ ІННОВАЦІЙНО - ІНВЕСТИЦІЙНОЇ МОДЕЛІ РОЗВИТКУ

УДК 346.001.76:061

ПАТЕНТНИЙ ТРОЛІНГ ПРОТИ ІННОВАЦІЙ: СТАН, ТЕНДЕНЦІЇ, ЗАГРОЗИ

Г.О. Андрущук,

*канд. екон. наук, завідувач лабораторії
правового забезпечення розвитку науки і
технологій НДІ інтелектуальної власності
Національної академії правових наук України*

У роботі подано економіко-правовий аналіз явища патентного тролінгу. Показано, що основні фінансові витрати, викликані діями патентних тролів, несуть малі й середні інноваційні компанії. Патентні тролі підривають принципи патентного права, завдають шкоди, обмежують проведення наукових досліджень, інноваційну діяльність, стримують підприємницьку ініціативу. Як наслідок – порушується конкуренція на ринку, сповільнюється технологічний розвиток, страждають інтереси споживачів. Це негативне явище набуває поширення і в Україні.

Ключові слова: патентні тролі, порушення патенту, винахід, ліцензійні платежі, роялті, судові витрати.

Серед найбільш важливих тенденцій розвитку права інтелектуальної власності можна виділити одну – у сфері патентного права, що здійснює значний економічний, світоглядний і правовий вплив на багато сфер бізнесу і споживання. Ідеться про діяльність патентних тролів. Патентний троль (Patent Troll) – компанія або підприємець, чий бізнес полягає виключно в отриманні ліцензійних платежів за використання належних йому патентів. (Термін запропонував американський юрист Пітер Деткін (Peter Detkin), який

працював у компанії Intel. Він описав цим терміном дії компанії TechSearch та її адвоката Раймонда Ніро (англ. *Raymond Niro*) щодо переслідування Intel. Раніше Деткін використовував термін *патентний вимагач* (англ. *patent extortionis*).

Довідка: кількість фірм («патентних тролів»), діяльність яких спрямована на отримання доходу за рахунок «патентної війни» в США збільшилося за рік до 602 (дані 2010 року) проти 496 роком раніше.

Американські юристи відзначають, що за останні 5-6 років майже всі високотехнологічні компанії ставали жертвами патентних тролів – невеликих компаній, що займаються скупкою патентів і переслідують потім у судовому порядку тих чи інших розробників. Кілька років тому компанії Microsoft, Intel і IBM звернулися до Конгресу США з проханням обмежити ліміт відшкодувань, які могли вимагати власники патентів. Крім того, багато незалежних експертів неодноразово критикували сучасну патентну систему за ряд юридичних упущень, на яких і паразитують такі компанії. Передбачається, що патентний троль володіє портфелем патентів, але не виробляє ніяких товарів, не надає жодних послуг і не веде досліджень (за можливим винятком суто умовляючих), пов'язаних зі своїми патентами. Але при цьому активно захищає свій патент, судячись із фірмами, які використовують належні йому винаходи. Прикладами патентних тролів можна назвати американські компанії NTP Inc. і Intellectual Ventures. Компанія MercExchange відома тим, що була названа патентним тролем офіційно, з кафедри Верховного Суду США. Важливою особливістю патентних тролів є те, що вони імунні до зустрічних позовів. Оскільки самі вони нічого не виробляють, крім позовних заяв, то і звинуватити їх у порушенні патенту неможливо. Теоретично діяльність патентного троля може цим і обмежуватися, а його патенти – бути справжніми і сумлінними винаходами. На практиці ж у багатьох випадках для підвищення свого доходу тролі застосовують різного роду недобросовісні дії. Типовим прийомом патентного троля є подання низки заявок на різні перспективні

варіанти розвитку технології, сформульовані в найзагальнішій і неконкретній формі. Залишається чекати, поки хто-небудь насправді винайде їх, тобто створить працездатну конструкцію і почне реалізацію. Потім пред'явити йому позов.

Дивовижний патент намагається отримати компанія IBM (яка, до речі, вже багато років є світовим лідером за кількістю отриманих патентів на винаходи). Патентна заявка № 20070244837 описує «систему і методи одержання вигоди з портфеля активів, наприклад, портфеля патентів». Система полягає в тому, що власник набору патентів має право віддавати деякі зі своїх патентів у «тимчасову оренду» фірмі-партнеру, яка буде отримувати з них прибуток різними способами, наприклад, вибиваючи штрафи та ліцензійні відрахування в тих компаній, які порушують ці патенти. Загалом фірма-партнер може займатися типовим патентним тролінгом [1]. Слід визнати, що американські патентні відомства не збираються видавати компанії IBM цей абсурдний патент, що робить їм честь.

У кінці червня 2012 р. американські дослідники з Бостонського університету J. Bessen і M. J. Meurer опублікували дослідження «The direct costs from NPE disputes» [2]. У роботі дається оцінка основних фінансових витрат, викликаних діями патентних тролів в економіці США. Як буде показано далі, висновки дослідження не втішні. Автори роблять висновок, що найбільші прямі й непрямі витрати несуть малі й середні інноваційні компанії, ті, які найчастіше дають шанс проявити себе молодим винахідникам, розробляють нові технології, створюють робочі місця й підтримують здорову конкуренцію. Значна кількість претензій висувається щодо винаходів у сфері програмного забезпечення, у тому числі у сфері Інтернет.

Дослідження показало, що патентні тролі не тільки завдають збитки, а й підривають основні принципи, що лежать в основі патентного права, тому воно все частіше піддається критиці. Дійсно, патентні тролі, обмежують

проведення наукових досліджень, стримують підприємницьку ініціативу, позбавляють своїх клієнтів достатньої винагороди та стійких ділових зв'язків. У результаті вони переорієнтують своїх клієнтів із винаходів піонерних, проривних технологій на патентування масових, загальнозрозумілих і майже стандартних процедур із мінімальним винахідницьким рівнем, оскільки саме такі патенти найчастіше будуть запозичувати й принесуть агресивним захисникам патентів найбільший прибуток.

Унікальність проведеного дослідження зумовлена зібраною інформацією, яка раніше була мало доступною для вивчення: судові претензії патентних тролів до організацій малого та середнього бізнесу, витрати на вирішення судових спорів, а також розмір ліцензійних платежів за використання патентів, що вимагали організації, які не практикують. Непрактикуючі особи (non-practicing entities, NPE), або патентні тролі, – це фізичні або юридичні особи, які володіють патентами, але самі не використовують запатентовану технологію для виробництва товарів і послуг, а замість цього пред'являють судові претензії до організацій, які виробляють такі товари та послуги. Вони виникли спочатку з метою надання допомоги винахідникам, які не мали достатніх коштів або досвіду для просування патенту на ринку та його захисту, вже в XIX столітті «патентні акули» піддаються різкій критиці за зловживання своїми правами. Зазвичай до числа NPE відносять не тільки одіозних патентних тролів, але й низку інших організацій – університети, індивідуальних винахідників, неконкуруючих організацій (які захищають свої патенти не в тій сфері економіки, де вони ведуть основну комерційну діяльність). Але авторів дослідження насамперед цікавив різновид NPE, що спеціалізується виключно на захисті патентів, які не використовуються ними самостійно, тобто патентні тролі.

В американській справі Highland Plastics, Inc. v. Sorensen Research and Development Trust (2011р.) суд визнав цілком допустимим уживання терміна «патентний троль» в офіційних матеріалах, указавши, що «цей термін широко використовується й однозначно розуміється в патентних судових

розглядах і не є настільки зневажливим, щоб визнати його вживання недоречним» [2].

На сьогодні діяльність непрактикуючих організацій значно збільшує витрати бізнесу. При цьому в останні роки кількість судових спорів, ініційованих патентними троями, істотно зростає. Так, у 2005 році NPE пред'явили близько 1400 позовів. Тоді як у 2011 році 2150 компаній були змушені захищатися від претензій NPE в 5842 судових процесах.

Загальна статистика із судових справ, ініційованих NPE в 2005-2011 роках

<http://lexdigital.ru/wp-content/uploads/2012/07/Без-имени3.jpg>

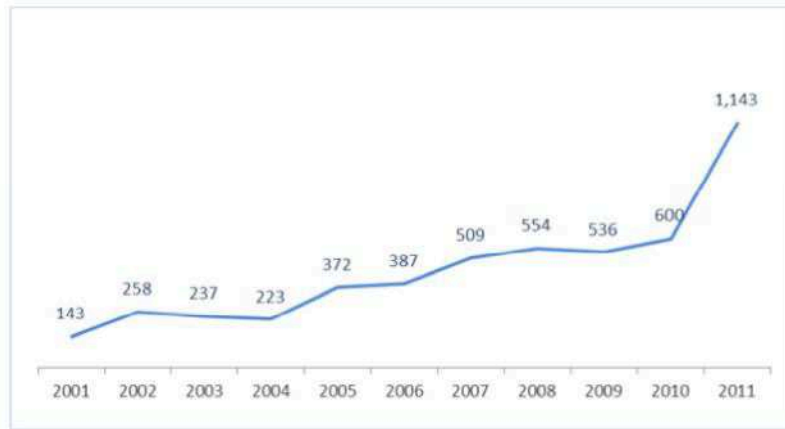
Статистика за досліджуваними компаніями					Загальна статистика			
	Компанія	Процесів, в яких є відповідачем	Судових процесів на компанію	Середня виручка (млн\$)	Компанія	Процесів, в яких є відповідачем	Судових процесів на компанію	Середня виручка (млн \$)
Кількість	82	1184	14,4	12 474,7	9 385	20 565	2,2	3 243,3
Завершених процесів		784				15486		
Процент завершених		66%				75%		
Розмір компанії	Частка	Частка			Частка	Частка		
Малий/середній	44%	13%	2,7	297,1	90%	59%	1,4	82,6
Крупний (виручка від 1 млрд \$)	56%	88%	14,9	22 005	10%	41%	9,0	16 666,4
Сфера діяльності компанії								

Програмне забезпечення Електронна комерція, Фінанси	37%	26%	6,7	7 103,1	22%	31%	3,1	3 654,8
Апаратні засоби	63%	74%	11,2	15 573,7	78%	69%	1,9	3 087,2
Публичні компанії	72%				14%			

Як видно з таблиці, патентні тролі переслідують малі та середні підприємства значно частіше, ніж великі. Невеликі компанії, що зазнають збитки через діяльність патентних тролів, змушені обмежувати вкладення інвестицій в інновації, закривати бізнес. У результаті порушується конкуренція на ринку, сповільнюється технологічний розвиток, страждають інтереси споживачів.

Автори дослідження наводять також показники щодо витрат компаній, пов'язаних із вимогами NPE. Так, середня сума судових витрат (витрати на зовнішніх консультантів та адвокатів, підготовку документів тощо) в одній судовій справі становить 1,38 млн \$ (420 тис. \$ для малих / середніх фірм, 1 млн 520 тис. \$ – для великих). Ураховуючи значно менший дохід невеликих компаній, у відносному вираженні вони зазнають суттєво більших судових витрат порівно з великими фірмами. Через високу асиметрію реальних цифр (наприклад, в 5 % справ великих компаній розмір судових витрат перевищував 22 млн \$) медіана за цими витратами буде істотно меншою: 0,2 млн \$ в одній справі, 0,07 млн \$ для малих / середніх і 0,23 млн \$ для великих компаній.

Динаміка зростання кількості судів за участю патентних тролів



Джерело: PatentFreedom

На врегулювання судових справ (виплату роялті, штрафів та інших витрат) компанії в середньому витрачають 6,53 млн \$ (1,33 млн \$ – малі / середні фірми, 7,27 млн \$ – великі). Медіана, відповідно: 0,22 млн \$ в одній справі, 0,18 млн \$ для малих / середніх і 0,23 млн \$ для великих компаній. Ці витрати на врегулювання претензій у перерахунку на компанію становлять значно більшу суму, оскільки більшість опитаних компаній була змушена неодноразово брати участь у розглядах за період 2005-2011 роки. У середньому компанії витрачали на це 58,38 млн \$. Малі / середні фірми – 7,06 млн \$, великі – 88,47 млн \$.

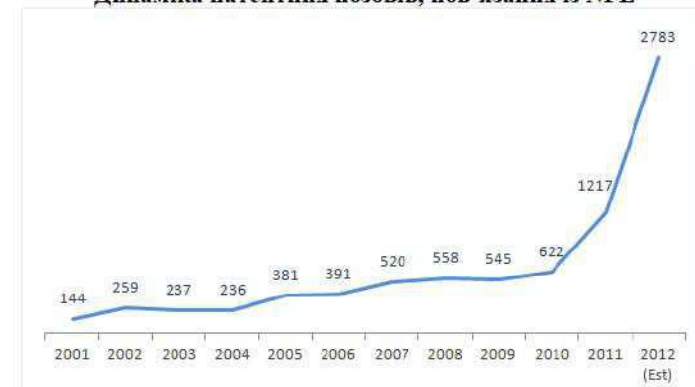
У дослідженні наводяться відомості, отримані від самих NPE, про розміри сум, зазвичай одержуваних ними при врегулюванні спорів у позасудовому порядку. Природно, ці дані не є абсолютно точними. *По-перше*, через те, що більша частина NPE ухилилася від надання інформації. *По-друге*, тому що неможливо отримати відомості про більшу частину фірм, які витратили кошти на порятунок від претензій патентних тролів без судових процесів. Усе-таки наявні дані досить показові. Вони відображають дві тенденції. *Перша* – позасудове врегулювання зазвичай обходиться

дешевше (в середньому компанії витрачали 29,75 млн \$, великі фірми – 42,43 млн \$). *Друга* – невеликим компаніям доводиться платити більше: порівняно із судовими 7,06 млн \$ у позасудовому порядку вони витрачали 8,14 млн \$. Автори дослідження вважають, що відсутність внутрішніх юридичних ресурсів змушує такі фірми частіше платити за дорогі зовнішні ресурси, витрати на які порівнянні з судовими витратами.

Дослідники впевнені, що саме кошти, які виплачуються патентним троліям у позасудових процедурах, становлять основні прямі витрати бізнесу від подібних патентних спорів [2]. Дійсно, наявні дані дозволяють припустити, що значний інтерес NPE до невеликих компаній, які не мають достатніх фінансових і юридичних ресурсів на свій захист, на практиці призводить до величезної кількості подібних претензій і обсягів стягнутих коштів. Невеликі компанії вкрай рідко повідомляють про те, що вони стали жертвами чергової атаки патентних тролів.

Агентство Reuters нещодавно опублікувало дані, які вражають, – «патентні тролі» подали в 2012 році більше половини всіх патентних позовів в США. Такого розмаху їх діяльність досягла вперше.

Динаміка патентних позовів, пов'язаних із NPE



Джерело: PatentFreedom

Дослідження ситуації з патентними позовами провів професор права Колін Чин (Colleen Chien) з університету Санта-Клари. Згідно з його

підрахунками, частка позовів, поданих патентними троями, становила 61 % від загального числа патентних позовів, поданих у США з 1 січня до 1 грудня 2012 року. Минулого року цей показник дорівнював 45 %. П'ять років тому – 23 %. Стрімке збільшення частки позовів, поданих «троями», говорить про те, що система захисту прав інтелектуальної власності перетворилася на механізм збагачення, і потребує радикального реформування. Більше позовів подано тими, хто нічого не виробляє, ніж тими, хто виробляє. Все частіше жертвами «тролів» стають молоді компанії, які тільки отримали інвестиції для побудови свого бізнесу. Статистика показує, що атаці патентних тролів піддається 35 % таких компаній, які зуміли отримати від 50 до 100 млн доларів, і 20 % компаній, що отримали від 20 до 50 млн доларів [3].

Які ж приблизні загальні витрати фірм, що практикують, пов'язані з виплатами на користь патентних тролів? За розрахунками авторів, розміри платежів (щодо судових та позасудових процедур) виходять приблизно такі: 2005 р. – 6,574 млрд \$; 2006 р. – 6,874 млрд \$; 2007 р. – 11,334 млрд \$; 2008 р. – 12,603 млрд \$; 2009 р. – 13,726 млрд \$; 2010 р. – 22,303 млрд \$; 2011 р. – 29,213 млрд \$.

На відміну від заяв деяких представників NPE про те, що вони стягують кошти в основному з незначної кількості найбільш великих порушників, дані показують, що на частку малих / середніх компаній випадає 59 % судових розглядів і виплачують вони 37 % від зібраних NPE коштів. Кількість невеликих фірм, які виконали вимоги патентних тролів без судового розгляду, на практиці, як уже зазначалося, становить істотно більшу частку. Крім того, за межами дослідження залишилися непрямі витрати, пов'язані з діями патентних тролів. Вони також є досить вражаючими цифрами витрат і збитків, викликаних відтягненням керівних та інженерних ресурсів, відстрочками випуску або вдосконалення продукції, втратою чи затримкою одержання доходів, а також кредитними обмеженнями. За оцінкою авторів (Bessen, 2011), непрямі витрати у вигляді втрати ринкової капіталізації постраждалих компаній становлять близько 80 млрд \$ на рік,

тобто суму, яка більш ніж удвічі перевищує середню річну величину прямих витрат.

Далі дослідники торкаються такої поширеної, пропагованої ними спроби виправдання діяльності патентних тролів, як захист інтересів винахідників-початківців від великих агресивних патентних гравців на ринку. Аналіз показує, що середня виручка фірм-винахідників, які користуються послугами патентних тролів, практично аналогічна середній виручці переслідуваних патентними троями фірм (6,3 млн \$ проти 10,8 млн \$). Так що спроба виправдання є невдалою.

В результаті позитивний вплив патентних тролів на інноваційний розвиток видається більш ніж сумнівним. *По-перше*, їх допомога виражається не в оберіганні початківців-винахідників від великих бізнес-аккул, а в конкурентному тиску на аналогічних винахідників, особливо в їх найбільш активну пору (як показало дослідження, ризики стати жертвою NPE істотно зростають після проведення НДДКР (R&D) та випуску нового інноваційного продукту). *По-друге*, лише 21% зібраних патентними троями коштів дістається малим винахідникам-клієнтам NPE, тоді як переслідувані відповідачі витрачають куди більш значні суми (у вигляді прямих і непрямих витрат), що негативно позначається на інноваційній практиці. NPE завдають малим і середнім інноваційним компаніям більше збитків, ніж ці NPE надалі вкладають у розвиток винахідництва. *По-третє*, широко рекламована NPE допомога винахідникам-початківцям у ліцензуванні їх технологій нашоухується на явне небажання купувати ці технології з боку тих, хто усвідомлює, які кошти вони втратять у ході будь-якого роду розгляду з NPE. У підсумку, діяльність патентних тролів заохочує їх клієнтів на розробку не піонерних винаходів, що кардинально відрізняються, а на створення загальнопоширених, типових технологій із мінімальним винахідницьким рівнем, оскільки саме вони є найбільш перспективними з точки зору пред'явлення претензій більш широкому колу осіб.

Беручи до уваги, що витрати на R & D в 2009 році становили близько 247 млн \$, витрати на врегулювання претензій NPE становлять вагомий «податок» на інвестиції в інновації. Але наскільки він узагалі потрібен?

У 2008-2009 рр. американська компанія IPAT подала два позови проти російської компанії «Лабораторія Касперського» (ЛК) і ще 34 компаній за звинуваченням у використанні чужих запатентованих технологій. Особливості американської патентної системи такі, що за нею можна запатентувати не готовий винахід, а нереалізовану ідею в найширшому її розумінні. На початку 90-х ці «особливості» виразилися у видачі значної кількості патентів на різні «технології» з патентними формулами, які раптово «накривали» мало не будь-які новації. Наприклад, вибір смайликів, апгрейд персонажів в он-лайн іграх, автозаповнення полів веб-форм, активація продуктів активаційним кодом, онлайн-покупка «за один клік» і т.ін.

Після чотирьох років запеклої боротьби, в червні 2012 року, Суд Східного Округу Техас виніс рішення за позовом компанії IPAT і повністю зняв із ЛК усі звинувачення, що важливо – з поміткою "With prejudice", тобто IPAT більше не зможе знову подати позов щодо цих патентів! На це пішло з боку ЛК 3,5 роки роботи, \$ 2,5 млн і ще багато часу й ресурсів. Як зазначає керівник компанії Л. Касперський – це не просто черговий виграний судовий процес. *По-перше*, російська ІТ-компанія перемогла американського троля на його території, в грі за його правилами. *По-друге*, компанія виявилася єдиною з 35 компаній, яка не пішла на угоду з троями і боролася до останнього. *По-третє*, був виграний судовий процес проти дуже потужної багаторівневої тролевої системи, яка давно, багато разів й успішно вигравала подібні судові спори. Нарешті, покладено початок дуже хорошій тенденції, показавши, що з патентними троями можна й потрібно боротися і будь-яка мирова угода з ними загрожує зростанню їх нахабства й апетитів, новими позовами та негативно позначається на розвитку ІТ-індустрії [4].

За 20 років софтверні тролі еволюціонували. Це вже не маленькі бюро, що працюють за дрібниці, а багаторівневі, добре продумані схеми. Їх

головний інструмент – патенти. Тролі полюють за старими, моніторять нові, викупувають наявні й самі отримують патенти. Патенти на винаходи уважно вивчаються, складається список потенційних жертв, прораховуються шанси, опрацьовується позиція і запускається позовна машина. Існують «бойові» тролі й тролі-агрегатори. Перші подають позови, «б'ються» в судах, не гребуючи відвертим здирництвом, інсинуаціями, атаками на партнерів-відповідачів та ін. Другі – позиціонуються як захисники від перших. Коли тиск на відповідача починає посилюватися, на сцену виходить «агрегатор», який пропонує за прийнятну суму (значно нижчу за розмір троля першого рівня) приєднатися до їх патентного пулу. Ніби випадково виявляється, що «агрегатор» має домовленість із поганим «бойовим» тролем про ліцензування в нього того ж патенту. До відома, щорічні «ліцензійні відрахування» за використання патентного пулу можуть становити від декількох десятків тисяч до декількох мільйонів доларів (максимальна відома цифра – 7 млн \$).

Ця діяльність стала прибутковим видом бізнесу. Так, один із найактивніших тролів із промовистою назвою Acacia Research Corporation у 1 кв. 2012 відзвітував про виручку в розмірі 99 млн \$, із них 50 млн \$ – чистий прибуток. Споріднена IPAT структура – компанія RPX за цей же період показала виторг 44 млн \$ і 8,6 млн \$ чистого прибутку. При цьому багато тролів навіть успішно торгують своїми акціями на фондових біржах!

Це негативне явище набуває поширення і в Україні. Про нього, зокрема, йшлося на слуханнях у Комітеті Верховної Ради України з питань науки і освіти «Промислова власність в інноваційній економіці України: ефективність застосування законодавства та державного регулювання» (5 жовтня 2009 року). «Патентне право сьогодні в Україні перетворилося в інструмент, за допомогою якого можна усунути з ринку небажаного конкурента, скоротити обсяги виробництва, заблокувати або зупинити діяльність будь-якого підприємства, довести його до банкрутства. Департаментом інтелектуальної власності видаються патенти (на корисні

моделі) на технічні рішення, які відомі вже століттями. Наприклад, патент України № 43497 «Спосіб поховання та зберігання тіла померлого» (фактично склеп), патент України № 34764 «Опора для винограднику» (фактично палиця). Причому останнє технічне рішення визнано піонерним, тобто таким, що не має аналогів у світі! Не кращий стан справ і з патентами на промислові зразки. Наприклад, патент України № 10188 видано на комплект профілів, які відомі вже понад тридцять років і виробляються багатьма виробниками як в Україні, так і за її межами” [5, с. 252].

Недосконалість національного патентного законодавства призводить до серйозних зловживань та економічних втрат. Достатньо навести кілька прикладів. Згадаймо міжнародний скандал з японською компанією Bridgestone – світовим виробником автомобільних шин, що виник після того, як пан Б. із Дніпропетровська, зареєструвавши на своє ім'я патент на промисловий зразок на ці шини, став через митну службу забороняти їх постачання в Україну. Знадобилося втручання на дипломатичному рівні, після чого патент у судовому порядку було визнано недійсним. Надалі цей рейдер, отримавши патент на промисловий зразок кузова автомобіля Lapos Sens, намагався заборонити їх увезення в Україну. Відповідальність за зловживання правом, недобросовісність заявника законодавством не передбачена.

Як уважає багато експертів, усе більше насторожують перекоси в патентній системі, виправити які зможе лише переоцінка основних принципів патентного права. Фармацевтика, генна інженерія та ІТ-індустрія є сферами, в яких дискусія про оптимальний режим патентної охорони є найбільш гострою. А поки судам та іншим органам регулювання слід частіше покладатися на наявні, хоч і нечисленні, способи досягнення балансу інтересів усіх учасників, наприклад, із використанням концепції FRAND – ліцензування [6].

Нещодавно фірма Article One Partners (Нью-Йорк), що спеціалізується на дослідженнях та аналітиці в секторі практичного патентування, запропонувала до послуг клієнтів новий сервіс. З його допомогою стає можливим серйозно обмежити активність «патентних тролів», які паразитують на великих брендах, шляхом судового оскарження їх патентів і нових продуктів. Нова послуга Litigation Avoidance (уникнути розгляду), яку компанія пропонує великим замовникам, спрямована на усунення можливості отримання доходу шляхом подання «патентними троями», які живуть за рахунок скупки патентів і пред'явлення претензій, судових позовів, тобто на виключення появи «неякісних патентів». Першим учасником сервісу Litigation Avoidance стала компанія Microsoft [7].

Для боротьби з патентними троями пропонуються такі заходи: покращення якості патентної експертизи патентних відомств країн; уведення обмеження на максимальний розмір відшкодування за порушення прав на патенти; відпрацювання ефективного механізму примусового ліцензування в разі невикористання фірмою свого винаходу [8, с. 7]. Президент США Барак Обама затвердив закон, що реформує американську патентну систему. Закон набуває чинності в березні 2013 року. Нові правила дозволять підприємствам вивчати щойно видані патенти й оскаржувати їх видачу протягом дев'яти місяців, що потенційно може усунути небезпеку судових позовів. Закон також накладає нові обмеження на тролів – вони не зможуть подавати позови відразу проти кількох компаній, якщо немає доказу змови. Новий принцип «один позов – один відповідач» повинен скоротити кількість фірм, викликаних до суду.

Актуальність «протитролевої» діяльності дуже висока: технологія судового переслідування за нібито незаконне використання запатентованих технологій відпрацьована, а от діяльність компаній, що працюють над створенням нових реальних технологій, усе більше ускладнюється саме внаслідок патентних претензій.

ЛІТЕРАТУРА:

1. IBM пытается запатентовать патентный троллинг [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://habrahabr.ru/post/124170/>. – Заголовок з екрана.
2. The Direct Costs from NPE Disputes Boston University – School of Law; Research on Innovation Boston University – School of Law June 28, 2012 Boston Univ. School of Law, Law and Economics Research Paper No. 12-34 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2091210. – Заголовок з екрана.
3. Более половины всех патентных исков в США подают «патентные тролли» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.ixbt.com/news/hard/index.shtml?16/37/11>. – Заголовок з екрана.
4. Kill The Troll! [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://eugene.kaspersky.ru/2012/06/26/kill-the-troll/>. – Заголовок з екрана.
5. Інтелектуальна власність у формуванні інноваційної економіки України: проблеми законодавчого забезпечення та державного регулювання / автор-упорядник Г. О. Андрощук — К : Парламентське вид-во, 2010. — 384 с.
6. Андрощук Г. О. Концепція FRAND – ліцензування як баланс інтересів патентовласників та користувачів [Текст] // IV Міжнародна науково-практична конференція «Роль і значення інтелектуальної власності в інноваційному розвитку економіки» (м. Київ, 12-14 листопада 2012 р.)
7. У боротьбу з патентними троллями вступає Microsoft [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://weeknews.in.ua/news/microsoft/1234-u-borotbu-z-patentnimi-troliami-vstupae-microsoft.html>. – Заголовок з екрана.
8. Єгоров І. Негативні аспекти процесу патентування: аналіз закордонного досвіду [Текст] / І. Єгоров, В. Чехун // Вісн. Київ. нац. ун-ту ім. Тараса Шевченка. Економіка. – № 137/2012 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.library.univ.kiev.ua/ukr/host/10.23.10.100/db/ftp/visnyk/ekonom_137_2012.pdf. – Заголовок з екрана.

ПАТЕНТНИЙ ТРОЛЛІНГ ПРОТИВ ІННОВАЦІЙ: СОСТОЯНИЕ, ТЕНДЕНЦИИ, УГРОЗЫ

Андрощук Г. А.

В работе дается экономико-правовой анализ явления патентного троллинга. Показано, что основные финансовые затраты, вызванные действиями патентных троллей, несут малые и средние инновационные компании. Патентные тролли подрывают

принципы патентного права, наносят ущерб, ограничивают проведение научных исследований, сдерживают инновационную деятельность, предпринимательскую инициативу. В результате, нарушается конкуренция на рынке, замедляется технологическое развитие, страдают интересы потребителей. Это негативное явление получает распространение и в Украине.

Ключевые слова: патентные тролли, нарушение патента, изобретение, лицензионные платежи, роялти, судебные затраты.

PATENT TROLLING AGAINST INNOVATION: STATUS, TRENDS, THREATS Androshchuk G.O.

In this paper the economic and legal analysis of the phenomenon of patent trolling. It is shown that the main financial costs caused by the actions of patent trolls, are small and medium-sized innovative companies. Patent trolls undermine the principles of patent law, damage, limit research, hinder innovation, entrepreneurial initiative. As a result, distort competition in the market, slowing technological development affects the interests of consumers. This negative phenomenon is spreading in Ukraine. In order to combat patent trolls offers the following measures: improving the quality of patent examination patent offices of countries, introduction limits on the maximum amount of compensation for infringement of patents, an effective mechanism for testing compulsory licensing in case of firm disuses his invention. The new rules allow companies to explore the newly issued patents and challenge their issuance for nine months, which could potentially eliminate the risk of lawsuits. The Act also imposes new restrictions on the trolls - they will not be able to file lawsuits against several companies at once if there is no proof of collusion. The new principle of "one action - one respondent" should reduce the number of firms, brought to court.

Keywords: patent trolls, patent infringement, the present invention, license fees, royalties, court costs.