Deutsch-Ukrainische Juristenvereinigung e.V. (DUJV)

Німецько-Українське Об'єднання Юристів

Tagungsband:

Internationale wissenschaftlich-praktische Konferenz «Das Assoziierungsabkommen und das Wirtschaftsrecht der Ukraine sowie Deutschlands: Implementierung, Realität und Erwartungen»

5. Oktober 2018

Köln/Deutschland

Rainer Birke (Hrsg.)

Schriften zum deutschen und ukrainischen Recht – 1

Schriften zum deutschen und ukrainischen Recht
Herausgegeben von:
Deutsch-Ukrainische Juristenvereinigung e.V.

Наукові праці з німецького та українського права
Видані:
Німецько-Українським Об’єднанням Юристів

Band 1
Том 1

Rainer Birke (Hrsg.)
Райнер Бірке (укладач)

Tagungsband:
Internationale wissenschaftlich-praktische Konferenz «Das Assoziierungsabkommen und das Wirtschaftsrecht der Ukraine sowie Deutschlands: Implementierung, Realität und Erwartungen»

Збірник матеріалів
міжнародної науково-практичної конференції
«Угода про Асоціацію і комерційне право України та Німеччини: імплементація, реальність та очікування»

Im Verlag der Deutsch-Ukrainischen Juristenvereinigung e.V.
Видано Німецько-українським Об'єднанням юристів

Bibliographische Informationen der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Бібліографічна інформація німецької бібліотеки

Німецька бібліотека реєструє дану публікацію у німецькій національній бібліографії; деталізовані бібліографічні дані доступні за інтернет-адресою: <http://dnb.ddb.de>

Alle Rechte vorbehalten – Всі права захищені

© 2018 Deutsch-Ukrainische Juristenvereinigung e.V.

Schauenburgerstr. 59, 20095 Hamburg

https://www.dujv.de

ISBN-13 [978-3-947875-00-9]

Online veröffentlicht auf dem Server der DUJV e.V.

Опубліковано на онлайн-сервері НУОЮ

Für die freundliche und kompetente Unterstützung bei der Übersetzung dankt die DUJV Frau Kateryna Popovch.

За дружню та компетентну підтримку перекладу від НУОЮ висловлюється вдячність пані Катерині Попович.

Vorwort

Im neunten Jahr ihres Bestehens kann die DUJV eine dynamische Entwicklung verzeichnen: Am 7. Dezember 2009 im Generalkonsulat der Ukraine in Hamburg als „Deutsch-Ukrainische Vereinigung von Richtern, Rechtsanwälten und Rechtswissenschaftlern“ von Richtern und Juristen aus Hamburg und Kiew/Ukraine gegründet, vereint sie mittlerweile mehr als 70 Mitglieder. Hinzu kamen insbesondere die juristischen Berufe der Rechtsanwälte und Unternehmensjuristen sowie Studierende des Rechts.

Die Tätigkeit des Vereins soll um die mit dem vorliegenden Band Nr. 1 beginnende Schriftenreihe bereichert werden. Mit dieser Publikation erhalten die Referenten der diesjährigen Herbstkonferenz in Köln die Möglichkeit, ihren Vortrag als wissenschaftliche, international abrufbare und zitierbare Internet-Publikation zu veröffentlichen.

Hamburg/Düsseldorf, im Oktober 2018

Rainer Birke

Передмова

На дев’ятому році свого існування НУОЮ може додати до переліку подій у списку динамічного розвитку наступне: 7 грудня 2009 року у Генеральному Консульстві України в Гамбурзі суддями та юристами з Гамбургу та Києва/України було засноване «Німецько-українське об’єднання суддів, адвокатів та науковців у галузі права», поміж-тим на сьогодні воно об’єднує більш ніж 70 учасників. Зокрема, з-поміж представників юридичних професій також долучились адвокати та юристи у галузі підприємницької діяльності і студенти-правники.

Діяльність Об’єднання має збагачуватися добіркою праць, яка започатковується представленим Томом №1. За допомогою даної публікації доповідачі цьогорічної осінньої конференції у м. Кельн отримують можливість оприлюднення власних виступів у формі наукової, міжнародно-доступної та цитованої інтернет-публікації.

Гамбург/Дюссельдорф, жовтень 2018 р.

Райнер Бірке

Inhalt

Зміст

Engels, Arne

Bekämpfung der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung – Entwicklungen in Deutschland, der EU und der Ukraine seit der Verpflichtung im Assoziierungsabkommen ……..7

Фурса, Євген Іванович/Фурса, Євген Євгенович

Проблемні аспекти корпоративних інтересів в цивільному процесі ……..……...…...19

Фурса, Світлана Ярославівна

Правова оцінка реформи цивільного судочинства в Україні та законодавства,

яке його регламентує на виконання угоди про асоціацію та європейським союзом …..31

Iavor, Olga

Охороноздатність торговельної марки ...…….43

Janus, Hans

Obstacles on the way to establish an efficient Export Credit Agency in Ukraine……48

Müller, Werner

Law - Made in Germany……..…….....51

Поляков, Борис Моисеевич

Проблеми неповернення банківських кредитів в Україні ...……...59

Рошканюк Вадим Михайлович

Угода про асоціацію з Європейським Союзом: соціальні аспекти, пенсійна реформа ..68

Савчин, Михайло

Конституційні цінності у систематиці аргументації рішень конституційного суду……75

Шахбазян, Карина Суренівна

Угода про асоціацію між Україною та ЄС: положення щодо наближення національного законодавства у сфері інтелектуальної власності до законодавства ЄС……..……...83

Engels, Arne

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht,

Geldwäschebeauftragter (TÜV),

Counsel – GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB, Köln / Frankfurt,

Deutschland

Bekämpfung der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung – Entwicklungen in Deutschland, der EU und der Ukraine seit der Verpflichtung im Assoziierungsabkommen

Die Bekämpfung der Geldwäsche (AML[1]) und der Terrorismusfinanzierung (CFT[2]) ist ein wesentlicher Bestandteil aller Rechtsordnungen heutzutage. Die Stabilität von Staaten ist davon abhängig, dass die Staaten die Herkunft der Gelder kennen und überwachen können. Ein undokumentierter Geldfluss zwischen Staaten kann diese destabilisieren und die Sicherheit von Währungen angreifen. So ist in dem gut 2.150 Druckseiten langen Assoziierungsabkommen zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedsstaaten einerseits und der Ukraine andererseits eine Beschäftigung auch mit diesem Thema nicht überraschend.[3]

I. Berücksichtigung der Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung im Text des Abkommens

Die Geldwäscheprävention sowie die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung ist ein kleiner, aber wesentlicher Bestandteil des Assoziierungsabkommens. So werden beide Themen bereits in der Präambel erwähnt und sollen dabei zur Verringerung des Angebots an illegalen Drogen und der Nachfrage danach dienen sowie eine Intensivierung der Zusammenarbeit zwischen der EU einerseits und der Ukraine andererseits herbeiführen.[4] Konkretisiert wird diese Zusammenarbeit dann in Artikel 20 Abk. EU-UKR. So sollen die Vertragsparteien auf bilateraler wie internationaler Ebene zusammenarbeiten.[5] Dies soll auch auf operativer Ebene geschehen.[6] Zudem

sollen die Standards der FATF[7], wie von der EU festgelegten oder gleichwertigen Standards in den jeweiligen Geltungsbereichen umgesetzt werden.[8]

Art. 127 Abs. 2 S. 4ff. Abk. EU-UKR regelt u.a. auch die Anwendung der FATF-Empfehlungen im Bereich der wirksamen und transparenten Regulierung im Bereich der Finanzdienstleistungen.

Die Anlage XVII-2 verlangt unter Punkt G. auch die Umsetzung der Richtlinie 2005/60/EG[9] (sogenannte 3. Geldwäscherichtlinie) von den Vertragsparteien.

II. Aktuelle Entwicklungen zur Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung in der Gesetzgebung der EU

1. Übersicht über die allgemeinen Entwicklungen

Die EU hat nach dem Abschluss des Assoziierungsabkommens am 21.03.2014 die Regelungen über die Bekämpfung der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung mehrfach geändert. Die erste wesentliche Änderung erfolgte durch die der Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission.[10] Diese wurde dann durch die Richtlinie (EU) 2018/843 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinien 2009/138/EG und 2013/36/EU[11] erheblich geändert.

In der Gw-RL_4 wurden so die Verpflichtungen erheblich erweitert und Anpassungen an den risikobasierten Ansatz vorgenommen. Zudem wurde eine Verpflichtung zur Einführung eins Transparenzregisters aufgenommen. Hieraus sollen sich die

wirtschaftlich Berechtigten der Unternehmen oder sonstigen Rechtsgestaltungen (insb. Trusts) entnehmen lassen, unabhängig von der Zahl und Jurisdiktion der zwischengeschalteten Gesellschaften oder Rechtsgestaltungen.

Die Gw-RL_5 vom 30.05.2018 hat diese Anforderungen dann verschärft und deutlich konkretisiert. Zudem wird ein erheblicher Fokus auf die innereuropäische Zusammenarbeit und den weiteren Datenaustausch zwischen den einzelnen Behörden der EU gelegt. Die Vorschriften über das Transparenzregister werden zudem durch ein zentrales Bankkontenregister ergänzt.

Darüber hinaus verfolgt die EU zur Zeit weitere Vorhaben zur Schaffung neuer Richtlinien. So soll nach einem Richtlinienentwurf der Zugriff der Behörden auf Finanz- und sonstige Informationen erleichtert werden.[12] Hierzu gehören gerade auch die nach den Vorschriften der Geldwäscherichtlinien eingerichteten Register.

2. Details zu den bevorstehenden Änderungen durch die 5. Geldwäscherichtlinie

Der Kreis der Verpflichteten wurde um Kunsthändler, Kunstlageristen und Händler von virtuellen Währungen ergänzt und erweitert. Die hierfür benötigten Begriffe wurden definiert. Auch in den übrigen Vorschriften des zweiten Abschnitts des ersten Kapitels (Art. 6-8 Gw-RL_5) gab es Erweiterungen, die insbesondere Inhalt und Veröffentlichung der dort genannten Berichte betreffen.

Im dritten Abschnitt des ersten Kapitels (Art. 9-14 Gw-RL_5) wird das Vorgehen gegenüber Drittländern geregelt. Hier gab es Verschärfungen bei der Möglichkeit der Einstufung als Drittland mit hohem Risiko, wenn die Verfügbarkeit korrekter Informationen über die wirtschaftlichen Eigentümer nicht gewährleistet werden kann (Art. 9 Abs. 2 Gw-RL_5). Die Sorgfaltspflichten gegenüber den Kunden wurden nur wenig angepasst und konkretisiert. Zu beachten ist aber die unklare Formulierung hinsichtlich der kalenderjährlichen Verpflichtung zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten gegenüber Kunden gemäß Art. 14 Abs. 5 Gw-RL_5.

Die im zweiten Abschnitt des zweiten Kapitels (Art. 15-17 Gw-RL_5) geregelten vereinfachten Sorgfaltspflichten gegenüber Kunden wurden nicht verändert. Anders ist dies bei den verstärkten Sorgfaltspflichten gegenüber Kunden im dritten Abschnitt des zweiten Kapitels (Art. 18-24 Gw-RL_4). So wurden die Art. 18a (Einholung weiterer Informationen verpflichtend) und 20a (Konkretisierung PEP) Gw-RL_5 eingefügt und die Artikel 18 und 19 geändert.

Mehr Transparenz soll durch die Änderungen der Vorschriften des Kapitel III zum wirtschaftlichen Eigentümer (Art. 30 ff.) geschaffen werden. Weitreichend ist die Öffnung des zentralen Registers über die wirtschaftlichen Eigentümer für die Öffentlichkeit, auch wenn nur ein eingeschränkter Zugang gewährt wird. Vom Zugang kann nach der ebenfalls neu eingeführten Ausnahmeregelung im Art. 30 Abs. 10 Gw-RL_5 für die Verpflichteten und die Öffentlichkeit abgesehen werden, wenn die Betroffenen dadurch einem unverhältnismäßigen Risiko ausgesetzt werden. Insgesamt wird recht detailliert geregelt, welche Informationen mindestens zu speichern sind. Darüber hinaus werden den Mitgliedstaaten einige weitere mögliche Maßnahmen eingeräumt, um die benötigten Informationen zu sichern und schnell zugänglich zu machen. Jedoch wurde auch eine Ausnahmeregelung eingeführt. Ähnliche Regelungen gelten auch für die wirtschaftlichen Eigentümer von Trusts, allerdings mit dem Unterschied, dass die natürlichen oder juristischen Personen ein berechtigtes Interesse am Zugang zum Register haben müssen.

Die Regelungen des vierten Kapitels (Art. 32-39 Gw-RL_5) zu den Meldepflichten haben ebenfalls umfangreiche Änderungen erfahren. Insbesondere ist die Einführung eines weiteren Registers vorgesehen, in denen Informationen über die Inhaber von Zahlungs- und Bankkonten deren wirtschaftliche Eigentümer gespeichert werden. Gleiches gilt für die Ermittlung von Immobilieneigentum. Die Verpflichteten müssen diese Informationen einholen und sie dann weiterleiten.

Eine Sondervorschrift in diesem Kapitel ist mit Art. 38 Gw-RL_5 die Vorschrift über das Whistleblowing. Durch die Änderung der 4. Geldwäscherichtlinie sollen sogenannte Whistleblower besser geschützt werden. Insbesondere sollen sie, so sieht es Art. 38 Gw-RL_5 vor, vor Benachteiligungen im Beschäftigungsverhältnis (besser) geschützt werden.

Das fünfte Kapitel der Geldwäscherichtlinie in den Art. 40-44 Gw-RL_5 wurde insbesondere im Bezug auf Datenschutz, Aufbewahrung von Aufzeichnungen und statistischen Daten aktualisiert.

Das sechste Kapitel beschäftigt sich in den Art. 45-62 Gw-RL_5 mit Strategien, Verfahren und Aufsicht. Im ersten Abschnitt (Art. 45-46 Gw-RL_5) wurde nun in Art. 45 Abs. 4 Gw-RL_5 die Einhaltung anderer Vorschriften wie Geheimhaltungspflichten und Datenschutz in Bezug auf Drittländer als wesentlich bei der Frage einer Zulässigkeit einer gruppenweiten Anwendung von Vorschriften zur Geldwäscheprävention angesehen.

In den Vorschriften des zweiten Abschnitts des sechsten Kapitels (Art. 47-48 Gw-RL_5) zur Frage der Aufsicht werden mit einer Zulassungs- und Eintragungspflicht für Dienstleister, bei denen Fiatgeld in virtuelle Währungen (oder andersherum) getauscht werden können, Anbieter von elektronischen Geldbörsen, Wechselstuben, Scheckeinlösestellen und Dienstleister für Trusts und Gesellschaften sowie die Regulierungspflicht für Anbieter von Glücksspielen weitere verschärfende Vorschriften bei der Umsetzung in das nationale Recht folgen. Zum besseren Informationsaustausch zwischen den jeweils zuständigen nationalen Behörden sollen die erfassten Daten zentral an die EU-Kommission gemeldet werden. Die EU-Kommission wird ein entsprechendes Verzeichnis auf ihrer Webseite allgemein zugänglich machen.

Schließlich soll durch die Richtlinie die Zusammenarbeit von nationalen und internationalen Behörden untereinander, mit den zentralen Meldestellen und der Kommission verbessert werden. Hierzu wurde der dritte Abschnitt (Zusammenarbeit) des sechsten Kapitels (Art. 49-57b Gw-RL_5) geändert und erweitert. Die Mitgliedstaaten verpflichteten sich den Informationsaustausch zwischen den Behörden zu ermöglichen und insbesondere nicht zu erschweren.

Der vierte Abschnitt des sechsten Kapitels (Art. 58-62 Gw-RL_5) beschäftigt sich mit Sanktionen. Art. 58 Abs. 2 Unterabsatz 3 Gw-RL_5 verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, dass strafrechtlich relevante Erkenntnisse der zuständigen Behörden an die Strafverfolgungsbehörde weitergegeben werden. Art 61 Gw-RL_5 erhält mehrere Ergänzungen, die im Wesentlichen der Vorschrift des Art. 38 Gw-RL_5 entsprechen und so einen Schutz von Whistleblowern auch intern ermöglichen.

Die im siebten Kapitel (Art. 63-68 Gw-RL_5) niedergelegten Schlussbestimmungen beinhalten die Verpflichtung der EU-Kommission zur Erstellung eines Berichts bis zum 11.01.2022 (Art. 65 Abs. 1 Gw-RL_5) sowie in Art. 67 Gw-RL_5 die Umsetzungsfristen. Diese beträgt grundsätzlich 18 Monate, also bis zu, 10.01.2020. Für die Errichtung der Register nach Art. 31 Gw-RL_5 ist Frist für die Umsetzung der 10.03.2020, für die Abfrage der Konto- und Schließfachinhaber nach Art. 32a Gw-RL_5 läuft die Umsetzungsfrist bis zum 10.09.2020.

Abschließend werden die Anlage II und III zur Richtlinie angepasst. Insbesondere die zu beachtenden Kriterien im Bereich der verstärkten Sorgfaltspflichten werden verschärft. Von Bedeutung ist dabei insbesondere die Erweiterung der Anlage III Nr. 2 um den Buchstaben f. Hiernach werden nun auch „Transaktionen in Bezug auf Öl, Waffen, Edelmetalle, Tabakerzeugnisse, Kulturgüter und andere Artikel von archäologischer, historischer, kultureller oder religiöser Bedeutung oder von außergewöhnlichem wissenschaftlichen Wert sowie Elfenbein und geschützte Arten"

als geeignet angesehen, ein potentiell höheres Risiko der Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung auszulösen.

III. Aktuelle Entwicklungen zur Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung in der Gesetzgebung der Bundesrepublik Deutschland

Die Bunderepublik Deutschland hat durch das GwG_{2017} die 4. Geldwäscherichtlinie umgesetzt[13]. Das GwG_{2017} ist am 26.07.2017 in Kraft getreten und seitdem nur geringfügig geändert worden. In der aktuellen Legislaturperiode ist eine Anpassung des GwG_{2017} an die 5. Geldwäscherichtlinie zu erwarten, da diese bis zum 10.01.2020 umzusetzen ist.[14] Daneben gibt es insbesondere zu den diversen Normen im Transparenzregister Ausführungsverordnungen des Bundesministeriums der Finanzen.[15]

IV. Aktuelle Entwicklungen zur Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung in der Gesetzgebung der Ukraine

Am 21. Mai 2010 wurde das Gesetz zur Geldwäscheprävention vom 28. November 2002 geändert. In diesem Zuge wurden die Definition der Verpflichteten um die Immobilienmakler, Glücksspielindustrie, Notare, Rechtsanwälte, Kanzleien, Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften sowie Buchhalter erweitert. Zudem wurden die Sorgfaltspflichten erweitert.

In 2014 wurden die Vorschriften aus dem Spezialgesetz in die regulären Gesetze überführt. So wurden u.a. Regelungen im Strafgesetzbuch, der Strafprozessordnung, dem Zivilgesetzbuch sowie den bank-/versicherungsrechtlichen Regelungen sowie den entsprechenden Aufsichtsgesetzen angepasst oder eingeführt.

V. Umsetzung der Gesetzgebung in der Bundesrepublik Deutschland

Durch das GwG_{2017} haben sich in der Bundesrepublik Deutschland erhebliche Veränderungen im Vergleich zum GwG_{2008}[16] ergeben. Diese basieren aber zumeist

nicht auf den rechtlichen Änderungen, als vielmehr auch auf den hiermit einhergehenden organisatorischen Veränderungen.

So wurde die Zuständigkeit für die Bearbeitung von abgegebenen Verdachtsmeldungen vom Bundeskriminalamt zum Bundesministerium der Finanzen verlagert. Dieser Wechsel der Zuständigkeit führte auch zu einem vollständigen Neuaufbau der Abteilungen sowie einer Neuordnung der verwendeten Softwarelösungen, so dass die neue Financial Intelligence Unit (abgekürzt FIU) mit erheblichen Anfangsschwierigkeiten zu kämpfen hatte.[17] Dies führte dazu, dass es insbesondere im Immobiliensektor erhebliche Schwierigkeiten in der Geldwäscheprävention zu vermelden gab.[18]

Zudem wurde mit dem Transparenzregister ein weiteres Register für Unternehmen geschaffen. In der Bundesrepublik Deutschland gab es bereits vorher das Handelsregister (§ 8 HGB[19]), das Unternehmensregister (§ 8b Abs. 2 HGB), das Partnerschaftsregister (§ 5 PartGG[20]), das Genossenschaftsregister (§ 10 GenG[21]) und das Vereinsregister (§ 55 BGB[22]). Im Gegensatz zu den vorstehenden Registern verfügt das Transparenzregister jedoch nicht über eine Prüfung der Angaben, so dass ein entsprechend sicherer Nachweis nur über das Transparenzregister nicht geführt werden kann. Entsprechend wird auch der gute Glauben an das Register alleine ausgeschlossen.[23]

Durch die Veränderung der Aufgaben der Aufsichtsbehörden und die Erhöhung der Bußgelder ist nun auch eine verstärkte Aktivität der Aufsichtsbehörden festzustellen. Diese ist zum einen dadurch begründet, dass die Aufsichtsbehörden Anwendungs- und Auslegungshinweise für die von ihnen beaufsichtigten Verpflichteten herausgeben müssen. Zum anderen sind die Aufsichtsbehörden auch verpflichtet regelmäßig Bericht über die von ihnen durchgeführten Aufsichtsmaßnahmen zu erstatten.

Einen ersten Jahresbericht seit dem Inkrafttreten der neuen Geldwäschepräventionsvorschriften hat die FIU (noch) nicht vorgelegt.[24] Der letzte einsehbare Bericht für das Jahr 2016 stammt vom Bundeskriminalamt und wurde am 22.06.2017 veröffentlicht.[25]

VI. Umsetzung der Gesetzgebung in der Ukraine

Der SFMS (State Financial Monitoring Service of Ukraine)[26] hat die Aufgabe der FIU für die Ukraine übernommen und berichtet regelmäßig über die von ihr getroffenen Maßnahmen und Untersuchungen.[27] Danach hat die Ukraine erhebliche Mittel in den vergangenen Monaten angehalten. So weist der Bericht allein für die erste Hälfte des Jahres 2018 Finanztransaktionen im Zusammenhang mit der Legalisierung der Erlöse aus Straftaten (Geldwäsche) in Höhe von UAH 297,1 Mrd. (also rd. EUR 9,5 Mrd.) aus.[28] Für die Terrorismusfinanzierung beträgt dieser Wert immerhin UAH 10,1 Mio. (also rd. EUR 320.000).[29]

Darüber hinaus berichtet auch MONEYVAL[30] regelmäßig über die externe Sicht auf die Ukraine. In dem letzten vorliegenden Bericht aus Dezember 2017 werden insgesamt gute Fortschritte festgestellt, jedoch bestehen erhebliche Bedenken weiterhin in Bezug auf erfolgte Warnungen an Kriminelle insbesondere aus den Sicherheitsbehörden.[31] Ohne diese könnte eine noch bessere Durchsetzung des Rechts erfolgen.

Bemerkenswert – gerade aus deutscher Sicht – ist aber die sehr transparente Darstellung der Arbeit durch die ukrainische FIU auf deren Webseite in mehreren Sprachen.[32] Über diese Seite ist auch die nationale Risikoanalyse[33] verfügbar; eine solche ist trotz der Verpflichtung in der Gw-RL_4in der Bundesrepublik Deutschland, soweit ersichtlich, bislang weder erstellt, noch veröffentlicht.

VII. Ergebnis

Die Umsetzung der Vorschriften zur Geldwäscheprävention und Verhinderung der Terrorismusfinanzierung ist weltweit eine Thematik, deren Kontrolle Ressourcen bindet und bei vielen Unbeteiligten Kosten produziert. Diese Kosten entstehen zumeist dadurch, dass die Staaten Aufgaben der Kontrolle der Geldströme auf die zumeist privaten Zahlungsdienstleister oder andere Beteiligte am Wirtschaftsleben verlagert und dadurch einen Generalverdacht verhängt. Die Synchronität der Vorschriften zwischen der EU und der Bundesrepublik Deutschland einerseits und der Ukraine andererseits zeigen, dass es hier weltweite Tendenzen gibt. Diese Tendenzen schränken auch Freiheiten aller Nichtkriminellen ein.

Die exorbitanten Beträge der im Rahmen der Geldwäsche festgestellten (zu den in der Ukraine ermittelten Beträge siehe oben) oder vermuteten Beträge (in der Bundesrepublik Deutschland wird von einem Betrag von EUR 100 Mrd. jährlich ausgegangen[34]) zeigen, dass die Geldwäsche einen erheblichen Umfang hat. Da zu waschendes Geld immer aus Straftaten stammt, wird die Aufklärungsrate ein erhebliches Indiz in der Zukunft sein müssen. Diese ist aber sowohl auf Verdachtsmeldungen der Verpflichteten wie auch eine effektive Verfolgung dieser Meldungen durch die staatlichen FIU angewiesen. An dieser Verfolgung mangelt es zur Zeit in der Bundesrepublik Deutschland, so dass namhafte Agenturen[35] oder Parteien[36] bereits seit einiger Zeit vom „Geldwäsche-Paradies Deutschland“ sprechen. Eine Nachricht zum „Geldwäsche-Paradies Ukraine“ konnte hingegen von der Suchmaschine bing[37] nicht gefunden werden.

---

[1] Anti money laundering = Geldwäschebekämpfung / Geldwäscheprävention.
[2] Combating the financing of terrorism = Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung.
[3] Assoziierungsabkommen zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Ukraine andererseits, Abl. EU L 161, 29.5.2014, S. 3–2137, deutsche Fassung: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/ALL/?uri=CELEX:22014A0529(01) (abgerufen am 10.08.2018), englische Fassung: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:22014A0529(01) (abgerufen am 10.08.2018), im Folgenden als Abk. EU-UKR zitiert.
[4] Abl. EU L 161, 29.5.2014, S. 5
[5] Art. 20 S. 2 Abk. EU-UKR
[6] aaO

[7] Financial Action Task Force (http://www.fatf-gafi.org/), FATF-Empfehlungen: http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html, abgerufen am 10.08.2018.
[8] Art. 20 S. 3 Abk. EU-UKR
[9] Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung (aufgehoben, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A32005L0060, abgerufen am 10.08.2018).
[10] Abl. EU L 141, 05.06.2015, S. 73-117, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=celex:32015L0849 (abgerufen am 10.08.2018), sogenannte 4. Geldwäsche-Richtlinie (zitiert als Gw-RL_4).
[11] Abl. EU L 156, 19.06.2018, S. 43-74 (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/TXT/?uri=CELEX:32018L0843, abgerufen am 10.08.2018), sogenannte 54. Geldwäsche-Richtlinie (zitiert als Gw-RL_5).
[12] Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung von Vorschriften zur Erleichterung der Nutzung von Finanz- und sonstigen Informationen für die Verhütung, Aufdeckung, Untersuchung oder Verfolgung bestimmter Straftaten und zur Aufhebung des Beschlusses 2000/642/JI des Rates (COM(2018) 213 final, http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2018/0213/COM_COM(2018)0213_DE.pdf, abgerufen am 10.08.2018).
[13] Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz - GwG), vom 23. Juni 2017 (BGBl. I S. 1822), das zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 10. Juli 2018 (BGBl. I S. 1102) geändert worden ist.
[14] Siehe II.
[15] Verordnung zur Datenübermittlung durch Mitteilungsverpflichtete und durch den Betreiber des Unternehmensregisters an das Transparenzregister (Transparenzregisterdatenübermittlungsverordnung – TrDüV) vom 30.07.2017, BGBl. I Nr. 43 vom 04.07.2017, S. 2090 oder Verordnung über die Einsichtnahme in das Transparenzregister (Transparenzregistereinsichtnahmeverordnung – TrEinV) vom 19.12.2017, BGBl. I Nr. 79 vom 22.12.2017, S. 3984.
[16] Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz – GwG) vom 13.08.2008 (BGBl. I S. 1690).
[17] So zB die Berichte in der Süddeutschen Zeitung vom 09.02.2018 (https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/schwarzgeld-deutschland-versagt-im-kampf-gegen-geldwaesche-1.3860761, abgerufen am 10.08.2018), der Tagesschau vom 25.04.2018 (https://www.tagesschau.de/inland/geldwaesche-109.html, abgerufen am 10.08.2018), der Tagesschau vom 09.08.2018 (https://www.tagesschau.de/wirtschaft/fiu-verdachtsmeldungen-101.html, abgerufen am 10.08.2018) oder der Wirtschaftswoche vom 31.08.2018 (https://www.wiwo.de/politik/deutschland/geldwaesche-bekaempfung-umstrittene-fiu-laesst-sich-durch-unabhaengige-stelle-pruefen/22977990.html, abgerufen am 10.09.2018).
[18] Hierzu ausführlich Ruland/Engels in **legal**update vom 06.04.2018 (https://www.goerg.de/de/aktuelles/legal_updates/risiken_aus_der_fehlenden_eintragung_im_transparenzregister.47139.html, abgerufen am 10.08.2018).
[19] Handelsgesetzbuch vom 10.05.1897 in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 10. Juli 2018 (BGBl. I S. 1102) geändert worden ist.
[20] Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe (Partnerschaftsgesellschaftsgesetz - PartGG) vom 25. Juli 1994 (BGBl. I S. 1744), das zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 22. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2565) geändert worden ist.
[21] Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (Genossenschaftsgesetz - GenG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2230), das zuletzt durch Artikel 8 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2541) geändert worden ist.
[22] Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 12. Juli 2018 (BGBl. I S. 1151) geändert worden ist.
[23] § 18 Abs. 4 S. 3 GwG.
[24] So der Stand per 10.09.2018.
[25] Der Bericht kann unter der nachstehenden Adresse bezogen werden: https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/FIU/Jahresberichte/fiuJahresbericht2016.pdf?__blob=publicationFile&v=6 (abgerufen am 17.08.2018).
[26] https://www.sdfm.gov.ua
[27] Zuletzt am 16.07.2018 „Informing on the results of the State Financial Monitoring Service of Ukraine work for 6 month of 2018" (http://www.sdfm.gov.ua/news.php?news_id=3624&lang=en – zuletzt abgerufen am 13.08.2018).
[28] http://www.sdfm.gov.ua/news.php?news_id=3624&lang=en (zuletzt abgerufen am 17.08.2018)
[29] http://www.sdfm.gov.ua/news.php?news_id=3624&lang=en (zuletzt abgerufen am 17.08.2018)
[30] Committee of experts on the evaluation of anti-money laundering measures and the financing of terrorism, Expertenausschuss des Europarates.

[31] Moneyval Report December 2017, Ukraine, S. 5 - https://rm.coe.int/fifth-round-mutual-evaluation-report-on-ukraine/1680782396, (zuletzt abgerufen am 17.08.2018).
[32] http://www.sdfm.gov.ua/index.php?lang=en (zuletzt abgerufen am 17.08.2018).
[33] http://www.sdfm.gov.ua/content/file/Site_docs/2017/20170113/nra.pdf (zuletzt abgerufen am 17.08.2018).
[34] Bussmann, Dunkelfeldstudie über den Umfang der Geldwäsche in Deutschland und über die Geldwäscherisiken in den einzelnen Wirtschaftssektoren – Kurzfassung, https://geldwaesche-beauftragte.de/wp-content/uploads/2017/04/Geldwaesche-Deutschland-Studie.pdf (zuletzt abgerufen am 17.08.2018).
[35] n-tv „Geldwäsche-Paradies Deutschland – ‚Es gibt keine Antikörper gegen die Mafia'", 13.07.2017 - https://www.n-tv.de/panorama/Es-gibt-keine-Antikoerper-gegen-die-Mafia-article19935254.html (zuletzt abgerufen am 17.08.2018); Arte „Deutschland, ein Geldwäsche-Paradies", 22.06.2018 - https://www.arte.tv/de/videos/083566-000-A/deutschland-ein-geldwaesche-paradies/ (zuletzt abgerufen am 17.08.2018)
[36] Bündnis 90 / Die Grünen – „Geldwäsche-Paradies Deutschland: Es geht nicht nur um Panama", 21.04.2016 - https://www.gruene-bundestag.de/presse/pressemitteilungen/2016/april/geldwaesche-paradies-deutschland-es-geht-nicht-nur-um-panama.html (zuletzt abgerufen 17.08.2018)
[37] Abfrage vom 17.08.2018

Фурса Євген Іванович, кандидат юридичних наук,
професор кафедри міжнародного приватного, комерційного
та цивільного права Київського національного торговельно-
економічного університету

Фурса Євген Євгенович, кандидат юридичних наук, спеціаліст зконсульських питань Генеральне консульство України у м. Дюссельдорф (Німеччина)

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ КОРПОРАТИВНИХ ІНТЕРЕСІВ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Стаття присвячена аналізу корпоративних прав в різних площинах юриспруденції, але, на нашу думку, насамперед, слід визначитися з понятійним апаратом, оскільки навіть однакові поняття в різних країнах світу за своєю суттю, правовою кваліфікацією та регламентацією у нормативних актах можуть істотно відрізнятися.

В українській правовій науці давно застосовується термін «корпоративне право» та у вищих навчальних закладах освіти навіть викладається така навчальна дисципліна [1]. Але слід звернути увагу на той аспект, що даний термін неоднозначно сприймається вченими та не завжди правильно застосовується на практиці, з урахуванням його змісту, який розкривається в юридичній термінології. Так, не можна не погодитися з позицією В.М. Кравчука, який підіймає важливі проблеми з кваліфікацією корпоративних правовідносин [2 с. 10], всебічно їх аналізує та виявляє істотні неузгодженості в їх сприйнятті лише як цивільних [3 с. 10-20] і, в той же час, зводить корпоративне право до «права особи, частка якої визначається у статутному фонді …» [4 с. 257]. Віддаючи належне цій концепції і її обґрунтуванню, слід зауважити, що при широкій кваліфікації правовідносин за участі корпоративних прав виникатиме питання про недостатність терміну «корпоративне право», щоб відтворити його в множині різних за змістом правовідносин, пов’язаних зі створенням, діяльністю, реорганізацією та

припиненням діяльності юридичних осіб. Тому недостатність термінологічної бази буде відчуватися постійно, хоча б в тому аспекті, що корпоративне право слід розглядати як науковий термін, що позначає підгалузь права, а також конкретне право певної особи у відповідних правовідносинах тощо.

Не менш неоднозначним є й застосування поняття «корпоративні права» і у нормативних актах України. Наприклад, Закон України від 23.03.2017 № 1983-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення рівня корпоративного управління в акціонерних товариствах» [5], але питання корпоративного управління в акціонерних товариствах відносяться до компетенції самих юридичних осіб, а в Законі не відмежовано тих акціонерних товариств, значна частка у статутному капіталі яких належить державі. Так само важко сприймається й інший нормативний акт Кабінету Міністрів України «Про затвердження базового нормативу відрахування частки прибутку, що спрямовується на виплату дивідендів за результатами фінансово-господарської діяльності у 2017 році господарських товариств, у статутному капіталі яких є корпоративні права держави» [6], оскільки з цієї назви виходить, що корпоративне право, зокрема, держави знаходиться у статутному капіталі товариств.

Отже, сучасне сприйняття поняття «корпоративне право» в українській правовій науці та нормативній базі і, відповідно, у практиці неоднозначне.

Тому слід звернутися до витоків цього терміну. Так, термін „корпорація" походить від латинського слова corporation, що буквально означає – об'єднання, союз, а в англійській мові цей же термін, на скільки можна вірити сучасним тлумачним словникам, одночасно означає і корпорації, і компанії, і підприємства, і юридичні особи тощо. Не вдаючись до прискіпливого аналізу цього терміну в англійській мові можна узагальнити це поняття до спільноти людей, яка об'єдналася для досягнення певної мети і є юридичною особою. Тому цікавою на цій науково-практичній платформі для українських вчених має стати позиція німецьких вчених, в контексті наукового і нормативного

сприйняття поняття «корпоративне право» в Німеччині та сфери і меж його застосування.

Отже, юридична термінологія має бути чіткою та однозначною. Якщо термін використовується у законодавстві, то з ним пов'язуються певні правові наслідки, які так чи інакше можуть вплинути на вправа фізичних та юридичних осіб. Тому на даному етапі дослідження лише зазначимо, що в юридичній термінології в Україні має бути сформульований термін «корпоративне право» із однозначним змістом, який був би закріплений у законодавстві і використовувався з конкретним змістом всіма українськими юристами.

При юридичному сприйнятті поняття «корпоративне право» в контексті об'єднання осіб для досягнення спільної мети ми мусимо визнати, що саме засновники підприємств об'єднуються на такій підставі, оскільки мають намір спільно здійснювати підприємницьку діяльність і отримувати певний дохід, тому їх мають цікавити всі важливі питання, які пов'язані з діяльністю підприємства, зокрема, акціонерного товариства, корпорації тощо. Доволі часто при створенні підприємств за «шаблонними» статутними документами не враховується важливі питань, які стосуються компетенції загальних зборів та посадових осіб, які здійснюватимуть управління юридичною особою. Хоча існують окремі статути, в яких директори підприємств обмежуються в праві на укладання договорів на певну суму, коли для легітимації угоди потребується рішення загальних зборів засновників підприємства тощо. Для інших підприємств створюються ради директорів, діяльність яких орієнтована на застереження необережних дій директора або зловживань з його боку. На жаль, такі випадки в Україні є непоодинокими як і зловживання з боку засновників, коли посада директора використовується лише для «прикриття», тобто відведення від них відповідальності. Тому варто звернути увагу на те, що інтереси органів управління підприємством не завжди збігаються з інтересами засновників підприємства, що може проявлятися в договорах, що укладаються керівництвом підприємства. При цьому, практика залучення керівників підприємств до кола його засновників, а отже і їх участі в отриманні дивідендів

не завжди гарантує від зловживань з їх боку, які можуть бути як істотними, включаючи укладання договорів всупереч інтересам підприємства, вчинення дій, які призводять до накладання на підприємство значних штрафів, так і не зовсім істотними, наприклад, використання керівником підприємства як самого відрядження, так і коштів, які на нього виділяються не в інтересах підприємства, а у своїх власних, звільнення досвідченого працівника, який не сподобався керівнику, тощо.

Тому варто погодитися з В.М. Кравчуком, що корпоративні відносини є багатоплановими, тому їх не можна ототожнювати лише з цивільними або господарськими відносинами.

Про багатогранність корпоративних відносин також свідчать праці і інших вчених, які досліджують у межах корпоративного права питання корпоративного управління [7],а також правовий статус суб'єктів корпоративних відносин, зокрема, корпоративних підприємств [8, с. 99- 149].

Оскільки не можна, однозначно, провести загальну межу в сфері дії корпоративного права, то у назві статті закладено поняття не корпоративне право, а корпоративні інтереси, це зумовлено тим, що засновники підприємства, в силу розподілу їх повноважень у статуті, можуть бути усунені від багатьох питань життєдіяльності підприємства і не здогадуватися про реальний фінансовий і правовий стан його функціонування. Так, у архівах і нині можна знайти справи, із яких вбачається, що на початку 20-століття керівництво багатьох юридичних осіб звинувачувалося у веденні недалекоглядної чи ризикованої господарської діяльності. Саме внаслідок таких звинувачень і сьогодні багато прибуткових підприємств через певний час визнавались банкрутами. Тому важливість грамотного розподілу повноважень між засновниками підприємства і його управлінським персоналом важко переоцінити, але цьому питанню в Україні до останнього часу приділяється мало уваги. Вважаємо, що українським фахівцям може бути корисним відповідний німецькій досвід, оскільки у Німеччині підприємства відрізняються не тільки продуктивністю праці, а й значною стабільністю.

У юридичній термінології має місце також такий термін як «ризик підприємницької діяльності», але його слід відмежовувати від інших понять, наприклад, від невиправданої та ризикованої діяльності керівника підприємства, коли всі грошові ресурси засновників або більша їх частина залучаються, наприклад, до рекламної компанії, а на виконання зобов'язань підприємства коштів вже не залишається. Ні для кого не секрет, що в Україні доволі часто керівниками підприємств через рекламні агентства «відмиваються» гроші тощо.

Тому, вважаємо, що слід виділити ті важливі питання, які пов'язані з корпоративними інтересами, а також застерегти випадки зловживання такими інтересами з боку корпоративних підприємств щодо пересічних громадян. На нашу думку, ризики підприємницької діяльності не повинні негативно позначатися на правах та інтересах споживачів їх послуг. Останнє положення, на нашу думку, повинна гарантувати держава в силу ст. 3 Конституції України і воно має стати принципом в діяльності судів загальної юрисдикції при розгляді спорів між корпоративними підприємствами та споживачами їхніх послуг. Доволі часто в Україні суб'єкти підприємницької діяльності створюють підприємства в різних галузях економіки, які за своєю суттю нагадують славнозвісні піраміди, а потім за рахунок обмеженої відповідальності певних видів господарських товариств уникають будь-якої відповідальності. Вважаємо, що ризики або зловживання юридичними особами своїми правами під час здійснення підприємницької діяльності мають демпфіруватися державою, щоб пересічні громадяни не зазнавали від їх діяльності шкоди.

Інший важливий аспект корпоративних інтересів полягає у визначенні повноважень судів щодо розгляду тих чи інших спорів господарськими судами (статті 20, 21 Господарського процесуального кодексу України (надалі-ГПК) чи судами загальної юрисдикції (статті19,20 Цивільного процесуального кодексу України (наділі- ЦПК), що не завжди здається обґрунтованим і виправданим. На нашу думку, судочинство має бути оптимально зручним, насамперед, для пересічних громадян, які звертаються до суду з метою захисту своїх

порушених прав, а не тільки для суддів. Зокрема, ст. 20 ЦПК та ст. 21 ГПК, які, відповідно, регламентують юрисдикцію цивільного і господарського судочинства передбачено положення про те, що не допускається об'єднувати в одне провадження вимоги, які підлягають розгляду за правилами різних видів судочинства, якщо інше не передбачено законом. Але на практиці бувають випадки, коли вимоги на стільки тісно між собою взаємопов'язані, що їх окремий розгляд призведе не тільки до затягування розгляду справ, відновлення прав позивача, а й до неможливості задоволення вимог позивача взагалі. Але закон не може передбачати усі випадки вирішення спорів, тому що суспільні відносини випереджають їх регламентацію законом. Як бачимо, замість розширення випадків можливості вирішення в одному виді судочинства спорів, які виникають із різних правовідносин законодавець навпаки обмежив право позивача на одночасний захист таких прав, лише з формальних міркувань.

За правилами, які передбачені ст. 19 ЦПК до юрисдикції загальних судів у порядку цивільного судочинства належать справи, які виникають із цивільних, земельних, трудових, сімейних, житлових та інших правовідносин. Виходячи з назви цих судів, до їх компетенції слід також відносити справи за позовами, в яких об'єднані позовні вимоги, які підлягають розгляду за правилами різних видів судочинства, наприклад цивільного і господарського (земельні) чи цивільного і адміністративного (трудові, житлові), коли на цьому наполягатиме позивач і доведе неможливість або природну складність розгляду таких вимог в різних видах судочинства. Більше того, роз'єднання позовних вимог на різні види судочинства, як правило, вигідне відповідачу, оскільки так затягуватиметься остаточне вирішення справи, що зумовлене зупиненням провадження в справі на підставі п. 6 ч. 1 ст. 251 ЦПК і це призводитиме до збільшення витрат позивача на правничу допомогу, кількості судових засідань та інших негативних наслідків. Тобто, замість сприяння громадянам в захисті їх прав законодавство їх права на захист штучно обмежує, що є нераціональним та несправедливим.

Продовжуючи аналіз питань, пов'язаних з визначенням юрисдикції того чи іншого суду щодо розгляду спору, пов'язаного з корпоративними інтересами, варто зауважити, що ці питання доволі часто викликали дискусії науковців, а на практиці проблеми з визначенням підвідомчості справ тому чи іншому суду. Зокрема, у господарському судочинстві виділено юрисдикцію Вищого суду з питань інтелектуальної власності, який має тепер розглядати справи щодо спорів із інтелектуальної власності. Так, згідно п. 4 ч. 2 ст. 20 ГПК по відношенню до справ у спорах щодо прав автора та суміжних прав, в тому числі спорах щодо колективного управління майновими правами автора та суміжними правами, визначена юрисдикція Вищого суду з питань інтелектуальної власності. Але авторське право – це підгалузь цивільного права і його суб'єктами можуть бути окремі фізичні особи, тому необґрунтованими є підстави включення цього виду спорів до господарського судочинства і, зокрема, до юрисдикції Вищого суду з питань інтелектуальної власності. І це лише один очевидний фрагмент недосконалості визначення питань юрисдикції судів у різних видах судочинства, що негативно позначається на правах позивачів. Наприклад, спір щодо авторського права на винахід, створений під час виконання фізичною особою своїх трудових обов'язків, не можна системно аналізувати окремо у цивільному судочинстві, та окремо у господарському, а фрагментарне вирішення такого спору призведе до ухвалення суперечливих рішень. Тому вважаємо, що розгляд такого спору має відбуватися у тому виді судочинства, на якому наполягатиме позивач, який обґрунтує та доведе свою позицію.

Під час розгляду справи судом загальної юрисдикції можна зустрітися і з випадками, коли корпоративні інтереси юридичної особи не враховувалися, оскільки, згідно статуту, підприємство представляли уповноважені особи, які мали свої, власні інтереси у результатах вирішення справи. Так, в одній із справ за позовом про незаконне звільнення працівника розглядалось декілька позовних вимог: вимога щодо незаконності звільнення працівника та відновлення його на посаді, щодо виплати зарплати за вимушений прогул,

відшкодування моральної шкоди та витрат на правничу допомогу. Всі стягнення здійснюються з юридичної особи, хоча працівника звільнив з роботи керівник органу управління підприємства, який й представляв у суді інтереси юридичної особи та, одночасно, укладав договір про правничу допомогу з адвокатом та визначав умови такої допомоги. Згідно ч. 3 ст. 58 ЦПК юридична особа бере участь у справі через свого керівника або члена виконавчого органу, уповноваженого діяти від її імені відповідно до закону, статуту, положення (самопредставництво юридичної особи), або через представника. Формально виходить, що той керівник, який незаконно звільнив працівника і має представляти інтереси підприємства або укладати договір про правничу допомогу з адвокатом, тому не важко уявити, чиї інтереси буде представляти адвокат… При цьому, стягнення з підприємства можуть бути доволі значними, але з регресним позовом юридична особа звернутися не зможе, оскільки з формальних міркувань винна особа мала б отримати в цій справі не статус представника відповідача, а співвідповідача чи третьої особи, до якої згідно ст. 53 ЦПК можуть бути пред'явлені самостійні або солідарні вимоги підприємства в майбутньому. При цьому, статус відповідача чи співвідповідача в справі щодо конкретної особи визначає позивач, що випливає зі статей 50, 51 ЦПК, а для участі засновників (учасників) товариств або інших юридичних осіб третіми особами, згідно чинного ЦПК, не має правових підстав. Так само, реалізувати свої корпоративні права засновники або учасники щодо заміни представника юридичної особи в цій справі не зможуть, якщо не будуть вчасно повідомлені про розгляд такої справи в суді у порядку цивільного судочинства.

Тому вважаємо, що засновники (учасники) товариств мають повідомлятися судом про розгляд у порядку цивільного судочинства важливих справ, які можуть вплинути на їх права та інтереси, для того, щоб вони були здатні вчасно і комплексно відреагувати на пред'явлений до їхнього підприємства позов. Це положення, на нашу думку, варто відображати в статутних документах та передбачити у нормах ЦПК участь засновників підприємства з метою охорони і захисту корпоративних інтересів останніх.

Однак, це правило має стосуватися не тільки корпоративних прав, а й державних підприємств та підприємств, в яких частка держави в статутному капіталі є значною. Тобто про такі справи мають повідомлятися керівники державних установ, щоб унеможливити зловживання процесуальними правами посадових осіб, які можуть діяти у власних інтересах і приховувати факти порушення ними вимог законодавства.

В силу української ментальності бувають не менш заплутані цивільні справи, тому проаналізуємо одну з таких.

Так, в маленькому силі приблизно у 2000 – х роках громадянка С. почала будувати будинок поряд з тим, що належав її батьку, який помер у 1976 році. Коли вона збудувала перший поверх, до неї звернувся голова сільради, оскільки за рішенням останньої ця земельна ділянка була виділена іншій особі. Як потім також з'ясувалося, за рік до смерті батько подарував свій будинок племіннику, який не скористався своїми правами обдарованого. У цій справі слід було визнати недійсними рішення сільради про виділ земельної ділянки та договір дарування як такий, що не був реалізований. Тобто, в одному провадженні судом цивільної юрисдикції, фактично, вирішувалися два спори: адміністративний спір про визнання недійсним рішення сільради про виділ земельної ділянки, оскільки без прийняття спадщини сільрада не могла розпоряджатися землею, на якій був розташований батьківський будинок, а також цивільний спір щодо припинення договору дарування внаслідок неприйняття дарунка обдарованим при житті дарувальника. Дана справа підтвердила **реальну можливість в межах цивільного судочинства вирішувати різні за змістом (змішані) позовні вимоги**, а не направляти позивача за вирішенням його вимог до різних видів судочинства. Однак, дана справа була вирішена на підставі норм ЦПК 1963р., тому, як подібні справи будуть вирішувати за новим ЦПК важко передбачити.

Отже, універсальність цивільного процесу як системної форми вирішення багатоаспектних і навіть комплексних (змішаних за змістом позовних вимог) має істотне значення для захисту прав осіб і таку форму слід використовувати.

Таким чином, поліпшувати цивільне судочинство та усувати з нього неузгодженості можна декількома способами: за рахунок введення суворих вимог до спеціалізації суду або з урахуванням універсальної моделі цивільного судочинства, але тут має відбуватися, на нашу думку, системне вдосконалення законодавства, яке його регламентує. З цією метою слід звернути увагу на недосконаліть норм ЦПК, який потребує серйозного доопрацювання фахівцями, що буде продемонстровано нами на іншому прикладі.

Розглянемо випадок, коли малолітня або неповнолітня особа матиме право на спадкування частки в статутному капіталі підприємства[9], яке має мільярдні прибутки. Лише уявімо собі, яка явна, так і прихована боротьба може мати місце між засновниками та «дитиною» за таку частку, коли спір розглядатиметься судом. Тепер подивимося як закон, зокрема ЦПК, захищає інтереси малолітніх, неповнолітніх дітей.

Так, згідно ч. 4 ст. 63 ЦПК пропонується малолітній або неповнолітній особі **подавати клопотання про призначення або заміну законного представника.** Таке положення закону вважаємо нонсенсом, оскільки малолітня особа в такій справі самостійно брати участь не вправі, реально знайомитися з матеріалами справи вона не здатна, тому і подавати відповідне клопотання, як і будь-які інші заяви не може. Більше того, малолітня особа не спроможна зрозуміти тонкощів процесу, зокрема реалізацію принципу змагальності між фахівцями, а тому не здатна визначити, чи належно представляє її інтереси законний представник, в чому проявляються зловживання з його боку, до яких наслідків призведе його правова позиція в справі і чи потрібно його замінювати.

Тому положення ч. 4 ст. 63 ЦПК про те, що «суд має з'ясовувати інтереси такої особи» і, зокрема, щодо великої і коштовної спадщини свідчать, що в таких випадках саме суд має сприяти охороні і захисту інтересів такої дитини і, відповідно: при виявленні ознак недбалості в діях представника малолітньої особи він зобов'язаний повідомити органи опіки та піклування про необхідність заміни представника на іншого законного представника. При

виявленні ознак шахрайства в діях представника суд повинен повідомити органи прокуратури для вжиття необхідних заходів. При наявності значної кількості правоохоронних органів в Україні залишати малолітню і, навіть, неповнолітню дитину зі значними статками сам на сам з її представником суперечитиме функціям держави в демократичному суспільстві. Розраховувати ж на те, що принцип змагальності за зазначених умов забезпечить досягнення істини у справі і захист інтересів малолітньої особи, не доводиться. При цьому, ми розглянули лише конфлікт інтересів малолітньої особи з власниками корпоративних прав, але в таких ситуаціях, як правило, у закулісній боротьбі беруть участь й інші спадкоємці з власними інтересами, що ускладнюватиме правове становище малолітньої дитини тощо.

Так, в українській правовій системі взятий курс на монополізацію правничої допомоги адвокатами, але така система має базуватися на таких орієнтирах: адвокати мають бути високопрофесійними і високоморальними. Не ставлячи під сумнів наявність таких якостей в окремих адвокатів, зауважимо, що якщо б переважна більшість адвокатів в Україні сповідували одночасно дві, зазначені вище засади в своїй діяльності, то судова реформа не потрібна була б, оскільки незаконні рішення судів не залишалися б в силі, а судді, які порушували закон, мусили б неодноразово проходити дисциплінарні провадження, а до держави не пред'являлася б значна кількість позовів. Через те, що такі дії були поодинокими з боку адвокатів, правосуддя в Україні все більше і більше занепадало, а відновити його лише за рахунок зміни суддівського корпусу та законодавства неможливо. Можна прогнозувати, у зв'язку з тим, що доступ до правосуддя залишиться лише в адвокатів, які не зацікавлені «погіршувати» відносини із суддями і не будуть порушувати дисциплінарних проваджень проти них хоча б тому, що переважна більшість клієнтів не заінтересована оплачувати діяльність адвокатів у дисциплінарних провадженнях проти суддів, то стан судочинства в короткий строк в Україні істотно не поліпшиться.

Отже, сучасне цивільне судочинство в Україні реформується за суб'єктним складом та шляхом внесення змін до законодавства і це вже позитивний крок, але вважаємо, що його оновлення в Україні слід розцінювати лише як новий поштовх до подальшої праці над його удосконаленням, а не як остаточну мету. Тому потрібна кропітка праця всіх фахівців над удосконаленням цивільного судочинства в Україні і німецькій досвід – це важливе джерело для його реформування.

---

[1] Корпоративне право України // За заг. ред. д.ю.н., прф. В.В. Луця / Навчальний посібник. Затверджено Міністерством освіти і науки України – К., ЮрікомІнтер, 2010. -384с.
[2] Кравчук В.М. Корпоративне право. Науково-практичний коментар законодавства та судової практики. – К. : Істина, 2005. – 720 с.
[3] Там само.
[4] Там само.
[5] Постанова Верховної Ради України називається «Про прийняття за основу проекту Закону України про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення рівня корпоративного управління в акціонерних товариствах» http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1819-19
[6] Постанова Кабінету Міністрів України від 28.02.2018 № **139** «Про затвердження базового нормативу відрахування частки прибутку, що спрямовується на виплату дивідендів за результатами фінансово-господарської діяльності у 2017 році господарських товариств, у статутному капіталі яких є корпоративні права держави» http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1983-19
[7] Беляневич О.А., Мягкий А.В. Корпоративне управління за законодавством України: теоретико-прикладні проблеми. Монографія/ О.А. Беляневич, А.В. Мягкий. –К.: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України. 2017. – 320 с.
[8] Підприємницьке право: Підручник / За ред. О.В. Старцева/. – К.: Істина, 2005. – 600 с.
[9] Фурса Є.Є., Козяр-Скок Л.В. Окремі питання спадкування з іноземним елементом : консул, нотаріус, суд. Монографія.- К.: Алерта, 2017.-384с.

Фурса Світлана Ярославівна, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури Київського національного університету імені Тараса Шевченка, заслужений юрист України

ПРАВОВА ОЦІНКА РЕФОРМИ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА В УКРАЇНІ ТА ЗАКОНОДАВСТВА, ЯКЕ ЙОГО РЕГЛАМЕНТУЄ НА ВИКОНАННЯ УГОДИ ПРО АСОЦІАЦІЮ МІЖ УКРАЇНОЮ ТА ЄВРОПЕЙСЬКИМ СОЮЗОМ

27 червня 2014р. в м. Брюсселі була учинена Угода про асоціацію між Україною Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами (надалі-Угода) [1]. На виконання цієї Угоди була розроблена Стратегія сталого розвитку "Україна - 2020", схвалена Указом Президента України від 12 січня 2015 року № 5/2015 (надалі - Стратегія) [2]. Зокрема, в абз. 4 п. 1 Стратегії зазначено, що ратифікувавши цю Угоду, наша держава отримала інструмент та дороговказ для внутрішніх перетворень, а виконання її вимог дає можливість Україні в майбутньому стати повноцінним членом ЄС.

Дана Стратегія передбачає у межах чотирьох векторів руху реалізацію 62 реформ та програм розвитку держави, тобто українське суспільство знаходиться нині в стані реформування.

Відповідно до такого напряму Стратегії як вектор безпеки у нашій державі передбачається проводити судову реформу.

Проведення судової реформи належить до одного із першочергових завдань держави, метою якої є реформування судоустрою та судочинства задля практичної реалізації принципів верховенства права і забезпечення кожному права на справедливий судовий розгляд справ незалежним та

неупередженим судом. Як зазначається у Стратегії ця реформа має забезпечити функціонування судової влади, що відповідає суспільним очікуванням щодо незалежного та справедливого суду, а також європейській системі цінностей та стандартів захисту прав людини.

Згідно Стратегії судова реформа проводитиметься у два етапи: перший етап - невідкладне оновлення законодавства, спрямоване на відновлення довіри до судової влади в Україні; другий етап - системні зміни в законодавстві: прийняття нової Конституції України та на основі відповідних конституційних змін - нових законів, що стосуються судоустрою та судочинства, інших суміжних правових інститутів.

Сьогодні в Україні почали діяти не тільки нові процесуальні кодекси, а й оновлений склад суддів Верховного Суду України, провадиться переатестація суддів інших інстанцій по всій країні. Тобто вже можна очікувати позитивних результатів судової реформи, а також виявлення тих складових, які потребуватимуть подальшого удосконалення.

Говорячи про такий напрям судової реформи як невідкладне оновлення законодавства в Стратегії наголос робиться саме на проведенні **системних змін** у ньому.

Але для вчених України, яких я нині представляю на конференції, вважливим є і 4 напрям Стратегії: вектор гордості, куди відноситься реформа державної політики у сфері науки та досліджень. Отже, українська правова наука так само має реформуватися і при цьому вона не може стояти осторонь тих проблем, які мають місце у судовій реформі.

Свій виступ присвячу короткому аналізу реформи цивільного судочинства України та проаналізую основні концепції нововведень у законодавство, яке його регламентує.

Як вчений, хочу довести чи дійсно такі нововведення у Цивільний процесуальний кодекс України (надалі - ЦПК) можна розцінювати як системні та чи виправдали вони сподівання, насамперед, громадян України,

на справедливий суд та чи відповідають вони європейській системі цінностей та стандартів захисту прав людини.

Мною на конференції, яка проводилась у м. Чернівцях в жовтні 2017 р. зверталась увага на деякі новели ЦПК, давався їх аналіз, проте, норми цього кодексу, тільки почали діяти та не було напрацювань з реалізації їх у судовій практиці. Більше того, до введення в дію концептуальних змін до ЦПК обговорювалося декілька законопроектів, тому увага вчених була розпорошена і несподівано, той законопроект, що ми конструктивно-критично обговорювали був прийнятий без врахування публічних зауважень, зроблених вченими та істотних змін до нього.

Тому висловлю головну тезу, що той порядок, який нині передбачений чинним ЦПК абсолютно не поліпшує захист прав громадян та юридичних осіб, тому його можна визнати таким, що не відповідає ні Угоді, ні Стратегії, що можна підтвердити такими доводами.

Насамперед, хочу звернути увагу на можливість безперешкодної реалізації особою її суб'єктивного процесуального права, яке гарантується їй ст. 55 Конституції України, а саме: «Права і свободи людини і громадянина захищаються судом», а у ст. 124 встановлено, що юрисдикція судів поширюється на будь-який юридичний спір та будь-яке кримінальне обвинувачення.

Але ст. 124 Конституції України, ст. 16 ЦПК передбачено, що законом може бути визначений **обов'язковий досудовий порядок урегулювання спору.** Однак, це положення нагадує нам український досвід, оскільки такий порядок існував в Україні до 1996 року, зокрема у ст. 136 ЦПК 1963 р. мав місце перелік справ, по яких був передбачений обов'язковий досудовий порядок їх вирішення. Отже, після прийняття Конституції України від 1996 року особа отримала право на безпосереднє звернення до суду і така новела Конституції мала дуже позитивне значення, оскільки до її запровадження громадяни мусили обов'язково у досудовому порядку врегульовувати, наприклад, трудові спори, що ставило їх у залежність від створення комісій

по трудових спорах, результатів їх роботи і доволі часто це призводило до затягування відновлення прав громадян, або за цей період докази правопорушень керівників підприємств зникали.

Отже, відновлення такого інституту як обов'язковий досудовий порядок урегулювання спорів – це крок назад для правосуддя в Україні, який призведе до збільшення проблем з безпосереднім захистом прав людини. Введення ж **обов'язкової медіації** по певних категоріях справ так само не дасть позитивних результатів, оскільки неодмінно призведе до збільшення витрат. Крім того, слід зазначити, що Закон «Про медіацію» в Україні так і не прийнятий, і в жодному процесуальному кодексі не передбачені вимоги до особи, яка може бути медіатором, зокрема при її проведенні в суді.

Щодо до другої новели ЦПК, а саме: **порядку врегулювання спору за участі судді (ст. 203 ЦПК)**, то у такій редакції, як він передбачений у чинному ЦПК, на нашу думку, він також приречений на негативні наслідки. В Україні в силу значної корупції намагалися усунути безпосередні контакти між суддями та особами, які беруть участь в справі, а в новому ЦПК пропонується проводити **закриті судові наради за ініціативою судді**, тобто суддя проводить таку нараду окремо з кожною із сторін і при цьому **забороняється** *застосовувати портативні аудіотехнічні пристрої, а також здійснювати фото- і кінозйомку, відео-, звукозапис (ч.9 ст.203 ЦПК)*. Отже, тиск судді на сторону або пропозицію надати хабар в такому випадку буде складніше довести, ніж це було раніше.

Крім того, цивільне судочинство базується на конституційному принципі гласності судового процесу, який регламентований у ст. 7 ЦПК, де йдеться лише про закрите судове засідання, а таке поняття як «закриті наради» навіть не згадуються у цій нормі. Більше того, згідно ч. 1 ст. 201 ЦПК врегулювання спору за участі судді проводиться **за згодою сторін до початку розгляду справи по сутті**, тобто таке врегулювання має місце на такій стадії цивільного процесу як судовий розгляд, який проходить у формі судового засідання. Отже, як бачимо, врегулювання спору за участі судді має

проводитися **за згодою сторін, а закриті наради проводяться вже за ініціативою судді.**

Крім того, ч. 5 даної норми передбачено, що під час закритих нарад суддя має право звертати увагу сторони на судову практику в аналогічних справах, а, як встановити межі, у яких суддя має діяти, чи не переступить суддя таку межу, маючи певний інтерес у справі, чи завжди він діятиме законно і де гарантія того, що він не рекомендуватиме одній із сторін прийнятний саме для іншої сторони варіант вирішення спору. При цьому, підбір прикладів із судової практики може бути зроблений упереджено і некоректно, оскільки пересічним громадянам, взагалі, невідома судова практика.

На нашу думку, такі рекомендації, які суддя може давати одній із сторін на закритих нарадах, можуть прирівнюватися **до інших обставин** та викликати у противної сторони сумнів в упередженості та об'єктивності судді, а також бути підставою для відводу (п. 5 ч.1 ст. 36 ЦПК).

Тому слід звернути увагу на непослідовність законодавця, не говорячи уже про внесення **системних змін** до нього, про що йшлося у Стратегії.

Крім того, такі модні нововведення до процесуального законодавства, можуть, навпаки, підривати авторитет українського суду, оскільки сторона після закритої наради із суддею може поширювати й недостовірну інформацію, що суддя на неї тиснув і провокував до укладання невигідної для неї мирової угоди чи вимагав хабара. Тому вважаємо, що найліпшим варіантом відносин судді зі сторонами та адвокатами є офіційні, що відбуватимуться в залі судових засідань.

Ще однією новелою ЦПК, яка потребує аналізу вчених, є **спрощений порядок розгляду справ**, який регламентується у статтях 274-279 ЦПК. У порядку такого провадження розглядаються так звані **малозначні справи** (п.1 ч. 1 ст. 274 ЦПК), справи, що випливають із трудових відносин та справи незначної складності тощо.

Відповідно до ч. 6 ст. 19 ЦПК малозначними справами є: 1) справи, у яких ціна позову не перевищує ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб. А на сьогоднішній день така ціна позову становить 1841 грн. х 100 = 184100 грн, а в Євро це сума – 6 136. Однак, при мінімальній заробітній платі в 3 200 грн. така сума буде не малозначною, а недосяжною, оскільки для її отримання пересічному громадянину в Україні доведеться працювати 57, 5 місяців і при цьому нічого не їсти. Автор як адвокат надавав правову допомогу бізнесмену в справі про стягнення втричі меншої суми. Тому навіть і серед бізнесменів в Україні ця сума не вважається малозначною.

Тому намагання законотворців спростити вирішення справ доволі часто в Україні призводить до зовсім протилежних результатів.

Заочний розгляд справ (статті 280-289 ЦПК**)** так само можна умовно назвати спрощеним провадженням, але існують непоодинокі негативні ситуації, коли справи судом розглядалися без відповідачів, яких не повідомляли про дату судового засідання. Тому у судовій практиці відповідачу та його адвокату потрібно було доводити, що він не повідомлявся судом у будь- який спосіб, хоча предмет доказування мав бути іншим – це суд мав довести, що ним відповідача було належно повідомлено. Так само, і **наказне провадження** (статті 160-173 ЦПК**)** є спрощеним, оскільки там відсутня така стадія процесу як судовий розгляд, а суд лише на підставі заяви про видачу судового наказу та безспірних доказів, наданих заявником (стягувачем), видає судовий наказ, з яким ознайомлюється відповідач (боржник), який вправі висунути заперечення проти вимог заявника- стягувача, шляхом подачі заяви про скасування судового наказу. Тому для фахівців, які брали участь в реальних змагальних процесах, очевидно, що рівень складності спору залежить від кваліфікації представників сторін, які здатні навіть просту справу зробити складною. Тому штучний поділ справ на прості або малозначні завжди буде мати істотні вади.

Більше того, згідно п. 2 ч. 3 ст. 389 ЦПК судові рішення в малозначних справах **не підлягають касаційному оскарженню,** крім певних винятків, що передбачені підпунктами а-г п.2 ч. 3 ст. 389 ЦПК, що є невиправданим та таким, що істотно збільшить кількість скарг проти України в Європейському суді з прав людини (надалі-ЄСПЛ).

З цього приводу цікавою була б думка німецьких фахівців щодо малозначності для пересічних громадян Німеччини справ, де сума позову складає 6 136 Євро.

Досить важливим питанням, яке впливає на доступ громадян до правосуддя в Україні є новели ЦПК щодо **судового збору**. Так, згідно Закону України «Про судовий збір» судовий збір для працездатних осіб **складає** 1 відсоток від ціни позову, але **не менше** 0,4 розміру прожиткового мінімуму, тобто 736. 4 грн та **не більше** 5 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб, тобто 9 205 грн. Коли ж сторону не задовольнятиме рішення суду, то при поданні апеляційної скарги їй доведеться заплатити судовий збір в півтора рази більше, а касаційної – вдвічі більше.

Виходячи із доходів пересічних громадян в України та рівня їх достатку суми судового збору, на нашу думку, є доволі значними, а малозабезпечені фізичні особи, фактично, будуть змушені, тобто приречені миритися з правопорушеннями.

Дійсно, у ст. 8 Закону України «Про судовий збір» зазначено, що суд може відстрочити або розстрочити оплату судового збору до ухвалення рішення, що, абсолютно, не має значення для малозабезпечених осіб, оскільки відстрочка або розстрочка надаються лише до ухвалення рішення. Більше того, ті ж самі підстави що й для відстрочки і розстрочки застосовуються і для звільнення особи від сплати судового збору, що є нелогічним. Останнє положення щодо звільнення особи від сплати судового збору на практиці, фактично, не застосовується і за моїм клопотанням, як адвоката судом ні разу не задовольнялося. Судді свої дії виправдовують тим,

що їх за це можуть звинуватити в упередженості, корупції або притягнути до дисциплінарної відповідальності.

Тому вимога щодо сплати судового збору істотно ускладнює доступ до правосуддя в нашій країні.

Слід звернути увагу також на не звичне для українського правосуддя нове положення ЦПК, яке стосується **забезпечення та попередньої оплати судових витрат (ст. 135 ЦПК)**, яке ускладнює право особи на вчинення певних процесуальних дій. Загальна схема визначення попередньої оплати судових витрат і потенційна можливість суду відмовити у вчиненні процесуальних дій під приводом їх несплати ставить цивільне судочинство на комерційну основу. Тут відчувається спроба розробників нового ЦПК запозичити іноземний досвід, але механізм вчинення таких дій є суперечливим. З одного боку, суд за власної ініціативи має забезпечувати майбутні витрати, а з іншого боку може сам звільнити особу від сплати таких витрат або знов таки відстрочити або розстрочити таку оплату. Тому можна зробити висновок, що авторам законопроекту і, зокрема, ст. 136 ЦПК було надано поганий переклад іноземних джерел або вони самі заплуталися при застосуванні термінології та формуванні наслідків невиконання встановлених законом і судом вимог. Зокрема, сторона, яка заявляє клопотання про проведення експертизи має її оплатити. Тому експерти не будуть виконувати ухвалу суду про призначення експертизи, поки сторона її не оплатить. Тепер згідно нового ЦПК існує інший порядок – суд має знати вартість різних експертиз у різних експертів, повідомляти про це сторону (заявника), оголошувати перерву на певний строк для перерахування коштів за проведення експертизи на депозитний рахунок суду, після чого виносити ухвалу про призначення експертизи і знов оголошувати перерву чи зупиняти провадження у справі до отримання висновку експерта? Але як може суд відстрочувати або розстрочувати оплату судових витрат, пов’язаних з проведенням експертизи (п.2 ч.2ст.133ЦПК) і тим більше, як може вирішувати питання щодо зменшення або звільнення її від оплати (ч. 3 ст.

136 ЦПК), якщо експерти не підпорядковані суду? Тому не важко передбачити певний хаос із застосуванням цього нововведення, не говорячи тут про те, що це ускладнення механізму призначення експертизи, а також реалізації права особи на захист.

Ускладненим і неоднозначним **є питання про розмежування юрисдикції між судами різних видів судочинства.** Ці питання нині створюють певні труднощі на шляху повного відновлення особою власних прав. Нині у ст. 20 ЦПК встановлено, що не допускається об'єднання в одне провадження вимоги, які підлягають розгляду за правилами різних видів судочинства, якщо інше не встановлено законом. Аналогічні положення мають місце і в Господарському процесуальному кодексі України (надалі- ГПК), і Кодексі адміністративного судочинства України (надалі- КАС). Не буду у цій доповіді акцентувати увагу на Рішенні ЄСПЛ у справі «Шестопалова проти України» (Заява № 55339/07), підставою для якого став спір щодо юрисдикції між вищими судами з приводу належності справи до цивільного або адміністративного судочинства. Отже, розмежування юрисдикцій це одне з найпроблемніших питань у судовій практиці. Коли ж при цьому законодавством обмежується право особи об'єднувати в одній позовній заяві різні вимоги, то така ситуація, взагалі, здається штучною.

Але штучні труднощі, які мають місце нині у судоустрої та були запроваджені державною владою всупереч ст. 3 Конституції України, не повинні ускладнювати захист прав особи. Наприклад, сьогодні господарським судом м. Києва розглядається справа за позовом «Київенерго» до Київської райдержадміністрації про відшкодування заборгованості за поставку газу. У цей час у окремих районах м. Києва відсутня гаряча вода, тобто кияни, які вчасно і в повному обсязі оплачували всі комунальні платежі незаконно позбавлені свого законного права на отримання таких послуг. Виникає запитання, а хто має нести відповідальність за відсутність гарячої води? За такі негаразди має

відповідати держава і відповідні позови, на мою думку, мають спрямовуватися проти держави, яка є відповідальною за діяльність монопольних підприємств.

Варто також звернути увагу на те, що лише 15.12. 2017 року набули чинності істотні зміни до ЦПК, які озвучувалися як елемент судової реформи, а вже **18.01.2018 року були внесені зміни до ЦПК** без будь-якого публічного обговорення. Ці зміни внесені Законом «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях» до ст. 28 ЦПК щодо підсудності справ за вибором позивача, а також до ст. 5 Закону «Про судовий збір» щодо звільнення від сплати судового збору позивачів за позовами до держави-агресора Російської Федерації про відшкодування завданої майнової та/або моральної шкоди у зв'язку з тимчасовою окупацією території України, збройною агресією, збройним конфліктом, що призвели до вимушеного переселення з тимчасово окупованих територій України, загибелі, поранення, перебування в полоні, незаконного позбавлення волі або викрадення, а також порушення права власності на рухоме та/або нерухоме майно".

Дане питання здається принципово важливим з процесуальної точки зору, оскільки в такому разі порушується принцип судового імунітету, відповідно до якого до іноземної держави без згоди її компетентних органів позов пред'явлений бути не може, що обумовлюється суверенною рівністю держав.

Ця позиція підтверджується і ч. 2 ст. 48 ЦПК де встановлено, що стороною в справі може бути держава, під цим терміном слід розуміти Україну, а не держави взагалі. Так, в багатьох норма Цивільного кодексу на державу покладається відповідальність за дії посадових осіб. Тому вважаємо, що фізичні та юридичні особи мають пред'являти позов не безпосередньо до Російської Федерації, а такий позов має пред'являтися до держави Україна, де РФ має зайняти статус третьої особи. До речі, про наступний регресний

позов з боку України до РФ можуть заявити і представники нашої держави і на цій підставі залучити представників РФ до участі в справі. Припустимо, що громадяни України виграють справу і суд задовольнить їх майнові претензії до РФ, але як таке рішення суду будуть виконувати виконавці, коли боржником стане РФ навіть складно собі уявити.

Проведений мною аналіз змін, які були внесені до Цивільного процесуального кодексу у зв'язку із проведенням судової реформи , це спроба звернути увагу вчених та практиків на ті проблеми, які сьогодні існують в українському судочинстві і які виникнуть в майбутньому, якщо не вжити відповідних заходів з поліпшення стану законодавства в цій сфері. Навіть у тому разі, якщо зміна кадрового складу судів дасть позитивні результати, то недоліки законодавства все одно, з часом, будуть використовуватися заінтересованими особами на власну користь.

Отже, важелі впливу на українську владу, закладені в Угоду, і експертне середовище мають поступово впливати на законотворчі процеси в Україні. Тому необхідно поступово, виважено та системно удосконалювати цивільне судочинство і законодавство, яке його регламентує з метою усунення перешкод в захисті громадянам України їхнього права справедливий суд та гарантії доступу до правосуддя.

При цьому, слід враховувати, що ті правові механізми захисту прав людини, які успішно діють в розвинених країнах ЄС, в нашій державі не завжди будуть витребувані і даватимуть позитивні результати. Тому нині необхідна поступова, кропітка і плідна робота над аналізом недоліків чинних нормативних актів в Україні, зокрема, Цивільного процесуального кодексу і ми розраховуємо, що до цієї роботи долучиться наші німецькі колеги. Поставлена в Угоді мета щодо забезпечення поваги до прав людини і основоположних свобод є досить актуальною нині для України, а ті роки, які минули з моменту учинення Угоди, поки що не дали позитивних змін, а народ України з моменту її підписання саме цього очікував і продовжує очікувати…

Список використаних джерел:

1. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/984_011
2. Стратегія сталого розвитку "Україна - 2020", схвалена Указом Президента України від 12 січня 2015 року № 5/2015 http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/5/2015
3. Цивільний процесуальний кодекс України http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1618-15/paran6446#n6446
4. Рішення ЄСПЛ у справі «Шестопалова проти України» (Заява № 55339/07) http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_c61

IAVOR OLGA
Law professor, Departament of Civil law
Yaroslav Mudryi National Law University
(Ukraina, Kharkiv, Dinamivska st..4)
yaroslava2527@gmail.com
+38 (050) 737 03 03

Охороноздатність торговельної марки

Основною метою здійснюваних реформ в Україні є створення такої господарської системи, яка була б здатна забезпечити сталий розвиток виробництва, адекватний рівень життя громадян, створити можливості для ефективної участі України у світовому торговельно-економічному співробітництві Досягнення цих цілей залежить від багатьох факторів і, зокрема, від забезпечення можливості активного використання та ефективного захисту виключних прав на об'єкти інтелектуальної власності, а отже, і на торговельні марки. Для всіх розвинених країн світу є актуальною проблема незаконного використання в комерційному обороті чужих торговельних марок. Ця проблема існує і в Україні. Збільшення значення торговельних марок у підприємницькій діяльності та їх величезна фактична кількість призводять до суттєвого збільшення неправомірних дій щодо таких позначень.

Торговельні марки призначені для маркування й відрізнення товарів (послуг) одного суб'єкта господарювання, від однорідних товарів (послуг), виготовлених іншим суб'єктом. Вони виступають в ролі активного єднального елемента між виробником (правоволоділцем) і споживачем. Законодавче визначення терміну «торговельна марка» закріплене у ст. 492 Цивільного Кодексу України, яка зазначає: «Торговельною маркою може бути будь-яке позначення або будь-яка комбінація позначень, які придатні для вирізнення товарів (послуг), що виробляються (надаються) однією особою, від товарів (послуг), що виробляються (надаються) іншими особами.

Такими позначеннями можуть бути, зокрема, слова, літери, цифри, зображувальні елементи, комбінації кольорів» [1].

Правовідносини щодо охорони та використання торговельних марок досить детально врегульовані в міжнародно-правових актах. Так, наступне визначення можна знайти у п. 1 ст. 15 Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (Угода TRIPS): ««Будь-яке позначення або сполучення позначень, за допомогою яких можна відрізнити товари або послуги одного підприємства від товарів або послуг іншого підприємства, являють собою товарний знак. Такі позначення, зокрема слова, включаючи власні імена, літери, цифри, зображувальні елементи та комбінації кольорів, а також будь-яке сполучення таких позначень мають право бути зареєстровані як товарні знаки. Якщо позначенню не притаманна здатність відрізняти відповідні товари та послуги, Члени можуть запровадити реєстрацію в залежності від розрізнювальної здатності, що набувається завдяки використанню. Члени можуть вимагати як умову реєстрації, щоб позначення сприймалися візуально» [2].Як бачимо в тексті офіційного перекладу вживається термін «товарний знак». Проте в оригінальному тексті на англійській мові вживається термін «trademark» [3]. В тексті Паризької конвенції про охорону промислової власності від 20 березня 1883 року, яка є основною міжнародною угодою, що регулює відносини у сфері охорони прав на об'єкти промислової власності, використовується саме термін «фабрична або торгова марка» («une margue de fabrique ou de commerce») [4].

---

[1] [_] Цивільний Кодекс України : № 435–IV : [від 16 січня 2003 р.] / Верховна Рада України // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.

[2] [_] Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності : [від 15 квітня 1994 р.] / Світова організація торгівлі [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi–bin/laws/main.cgi?nreg=981_018&new=1.

[3] [_] Agreement on trade-related aspects of intellectual property rights : [Apr. 15, 1994] / Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, 1869 U.N.T.S. 299, 33 I.L.M. 1197 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf

[4] [_] Паризька конвенція про охорону промислової власності: [від 20 березня 1883 року]. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi–bin/laws/main.cgi?nreg=995_123

На наш погляд слід погодитися з тим, що немає принципових розбіжностей у термінах «торговельна марка» та «товарний знак (знак для товарів та послуг)». А отже немає і значущих перешкод для вжиття цих усталених термінів у науковій літературі.

Об’єктами речових прав і, відповідно, речових правовідносин традиційно визнаються речі в матеріальному значенні. Об'єктами ж інтелектуальної власності в цивілістиці визнаються не самі речі, що можуть бути відчутними і які володіють певними фізичними чи хімічними властивостями, а нематеріальні результати творчої діяльності [[5], с. 4]. В першу чергу вони мають забезпечити усунення, «виключення» неуповноважених осіб від використання охоронюваних об’єктів [[6], с. 5; [7], с. 657]. Товари як матеріальні об'єкти можна купити, продати, здати в найм або знищити, оскільки вони є об'єктами речових прав; проте торговельну марку не можна втратити або знищити, оскільки вона являє собою нематеріальний об'єкт виключних прав.

Виключні права на торговельну марку здебільшого засвідчуються відповідним охоронним документом, а саме: свідоцтвом на торговельну марку (ст. 494 ЦК України) [[8]]. Свідоцтва на торговельну марку видаються відповідно до процедури державної реєстрації, встановленої законодавством. в порядку, що визначений, зокрема, ст.ст. 7 - 15 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» [[9]], або на підставі відповідних реєстраційних процедур, передбачених міжнародно-правовими актами, що ратифіковані і діють в Україні (зокрема, Паризька конвенції про охорону

[5] [_] Жуков В.И. Гражданское законодательство и институт интеллектуальной собственности / В. И. Жуков // Вопросы изобретательства. – 1989. – № 8. – С. 9–14.

[6] [_] Негрискул В. Природа права інтелектуальної власності / В. Негрискул // Інтелектуальна власність. – №3. – 2003. – С. 3–6.

[7] [_] Пиленко А. А. Право изобретателя/ А. А. Пиленко. – М.: Статут, 2001. – 688 с.

[8] [_] Цивільний Кодекс України : № 435–IV : [від 16 січня 2003 р.] / Верховна Рада України // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.

[9] [_] Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг»: № 3689–XII : [від 15 грудня 1993 р.] / Верховна Рада України // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 7. – Ст. 36.

промислової власності від 20 березня 1883 року [10], Мадридська угода про міжнародну реєстрацію знаків від 14 квітня 1891 року [11] та Протокол до Мадридської угоди від 28 червня 1989 р. [12]).

На практиці поширені «крадіжки» незареєстрованих у певній країні, але широковідомих позначень[13].Так, Д.В. Дзик слушно зазначає: «Це пов'язано з тим, що власники знаків з високою репутацією не завжди мають змогу зареєструвати їх в усіх країнах і для всіх товарів та послуг. Навіть найвідоміші знаки використовуються не в усіх країнах. Поки власник такого знака усвідомить необхідність зареєструвати товарний знак в тій чи іншій країні чи розповсюдити міжнародну реєстрацію, національні підприємці вже реєструють у національних відомствах тотожний або схожий знак на ім'я свого підприємства і починають його використовувати цілком законним
шляхом» [14 , с. 331].

Отже, під "охороноздатністю" торговельної марки слід розуміти здатність певного умовного позначення отримати статус охоронюваного об’єкту правовідносин інтелектуальної власності в якості торговельної марки на підставі певної нормативно-встановленої реєстраційної процедури або внаслідок фактичного комерційного використання такого позначення і набуття ним достатнього рівня відомості (якщо це передбачено законодавством конкретної держави).

Значущість виключних прав на торговельні марки набуває все більш очевидний характер в умовах сучасного розвитку внутрішніх і

---

[10] [_] Паризька конвенція про охорону промислової власності: [від 20 березня 1883 року]. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi–bin/laws/main.cgi?nreg=995_123

[11] [_] Мадридська угода про міжнародну реєстрацію знаків : [від 14 квітня 1891 р.] [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi–bin/laws/main.cgi?nreg=995_134.

[12] [_] Протокол до Мадридської угоди про міжнародну реєстрацію знаків : [від 28 червня 1989 р.] [Електронний ресурс]. – Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/cgi–bin/laws/main.cgi?nreg=995_583.

[13] Рышення Господарськиого суду Київської області № 911/1995/16 від 1 серпня 2016 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http:// http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59775749

[14] [_] Дзик Д. В. Проблема захисту загальновідомих товарних знаків / Д. В. Дзик // Наукові записки НаУКМА. - 2002 - Том 20, Спеціальний випуск : у двох частинах. Частина 2. - С.331-332

зовнішньоекономічних торговельних відносин і збільшує попит на марковані товари (послуги), якість яких асоціюється з певним виробником і гарантуються ім. При виході товарів (послуг) на новий ринок торговельні марки істотно знижують витрати правоволодільця на підготовку до збуту продукції , зменшують вірогідність недосягнення економічної ефективності.

Dr. Hans Janus
30.09.2018

Obstacles on the way to establish an efficient Export Credit Agency in Ukraine

By Dr. Hans Janus[1]

During the last years Ukraine showed a strong export performance. The recovery of exports started already in 2016 and continued since. This success is widely seen as consequence of Ukraine's Association Agreement with the European Union which entered into force on 01.09.2017 and which is leading towards Ukraine's gradual integration in the EU Internal Market, including by setting up a Deep and Comprehensive Free Trade Area (DCFTA)[2]. The growth has been driven primarily by strong expansion of exports to the EU, but Ukraine has by no means fully exploited its potential to increase exports yet. International regulations of WTO[3], OECD[4] and EU[5] allow under strict conditions of non-discrimination and non-subsidisation the application of official export promotion programs offering export credit guarantees and officially supported export finance. These forms of official support for exports and foreign direct investment are usually provided by Export Credit Agencies (ECA).

There are no two identical Export Credit Agencies in the world. Every ECA is unique. It is obvious that each ECA must fit into the national economic and, if available, the national export promotion system. That the establishment of an ECA makes much more sense than any kind of subsidies for export oriented corporates has been proven by scientific research in many countries of the world. Creation of jobs, strengthening the competitiveness of national companies on the world markets and facilitating finance for exports – there are many good reasons for the establishment of ECAs.

The process of setting-up an ECA is highly complicated. Who has ever been part of such an exercise knows perfectly well how many expected and unexpected difficulties may come up. The process is not only difficult, it usually needs some years and requires a great deal of perseverance from those doing the job. There is no one blueprint for building up a good ECA, there are several: a private corporate with or without state guarantee, a private corporate mandated and supervised by the state, a government agency with more or less independence, an Eximbank and so on. But, finally, those who wished to set up the ECA have found the right design for their country and their country's exporters' needs. There is hardly any industrialised or emerging country without an ECA. Except Ukraine.

Ukraine's Parliament, the Verkhovna Rada, passed a Law on the establishment of an ECA in December 2016[6], but until today there is no Ukrainian ECA yet. The debate about the establishment of an ECA started some 20 years ago and despite the law of 2016 there is a certain risk that this debate is becoming a never ending story.

---

[1] Dr. Hans Janus works as Attorney and Consultant in Hamburg. He has been Member of the Board of Euler Hermes AG, Germany's official Export Credit Agency, for more than 20 years.

[2] Provisionally applied since 01.01.2016.

[3] WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, Annex I, lit. j) and k)..

[4] OECD Arrangement on Officially Supported Export Credits "OECD Consensus" [TAD/PG(2018)8], July 2018.

[5] Council Directive 98/29/EC of 07.05.1998 on harmonisation of the main provisions concerning export credit insurance for transactions with medium and long-term cover, Official Journal of EC 1998/L 148/22; Communication from the Commission to the Member States on the application of Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union to short-term export-credit insurance, Official Journal of the EU, 2012/C 392/01 with later amendments.

[6] Law dated 20.12.2016 No. 1792-VIII, Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy, VVR 2017, No. 4, p.43. See also *Janus/Kirchner*, An Export Credit Agency: Good idea, but more work needed, German Advisory Group Ukraine, Newsletter No. 107/2017.

Acknowledging the fundamental weaknesses of the law of 2016 the Ukrainian Government has intensively worked on a new law amending the law of 2016 and moving the ECA plans from theory to reality[7]. In February 2018 the First Deputy Prime Minister and Minister of Economic Development and Trade, Stepan Kubiv, informed the media that an ECA of Ukraine should be established and that this should happen in the form of a newly founded 100 percent state owned Joint Stock Company[8]. The Minister assumed the approval by the Government within the month of February and predicted the conclusion of the legal process of establishing the ECA within the following four months.

What makes ECA establishment so much more difficult in Ukraine than in any other country? It is neither the geographical distribution of Ukrainian exports nor the weakness of demand for cover. The opposite is the case. Ukraine had to geographically redirect the exports in a very significant way after the 2014 revolutionary events in the country, the annexation of Crimea by Russia, the outbreak of war in the regions of Donetsk and Luhansk and the imposition of sanctions by the US Government and the EU and countersanctions by Russia. This redirection of exports has been largely successful and today European markets play a much bigger role for Ukraine than before and exports to Russia decreased substantially. But Russia remains the single most important export market, followed by European countries and some important emerging markets amongst the top ten export destinations, like Turkey, India, China and Egypt. No doubt, the Ukrainian export industry and Ukrainian investors would benefit from an ECA.

The problems can be found more in the financial and political areas. The ECA Joint Stock Company according to Article 25 of the draft Statute shall have a share capital of (only) 200 million Hryvnia (7.1 million. USD). An additional sovereign guarantee shall not be given. This is a fairly low capitalisation for the new ECA and even taking into consideration a high level of reinsurance coverage and having the state as sole owner of the ECA it is highly questionable whether the ECA can get a financial rating which is equal to the sovereign rating of Ukraine. When the ECA law came into force in December 2016 not even these 200 million Hryvnia were put into the national budget for 2017. Remaining unfunded, the whole process of ECA establishment could not even start in 2017. For 2018 the ECA capital amount was fixed in the national budget but the draft amendment law to the 2016 legislative act has not yet gotten the approval of Parliament. The draft law was passed to the Parliament's Committee of Financial Politics and Banking Business and the first reading in Verkhovna Rada is still outstanding. This cumbersome process can only be explained with the difficulties of the Government to get necessary support in the Verkhovna Rada where the Block Petro Poroshenko and the National Front, the two parties forming the Ukrainian Government, do not have the majority of votes. So the Government depends on other parties' members of Parliament.

This dilemma has had direct impact on the content of the legislative act of 2016 and also on the fate of the 2017 draft amendment law. The unexplainable limitation of the ECA's services for a few sectors of the industry representing less than 20 percent of Ukraine's overall exports shall be erased with the amendment law of 2017. Both legal texts, however, contain a partial interest rate subsidisation scheme, more or less copied from a similar program in Belarus.

---

[7] The Draft Amendment Law with registration Number 8318 was forwarded to the Rada's Committee on Financial Politics and Banking Business in April 2018. The Draft Law and additional documents have been made public on the Website of the Committee.

[8] https://en.interfax.com.ua/news/economic/481872.html. Decree of the Cabinet of Ministers No. 65 of 07.02.2018 "Issues of the establishment of an Export Credit Agency", http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/65-2018-%D0%BF.

This instrument, about which neither details are known nor a feasibility study has been done, is not only expensive, it can also become a possible entrance door for fraud and corruption. In any event conformity with WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures and OECD Consensus needs to be achieved. Ukrainian sources confirm that this is the Government's clear intention.

The good news is, that after lengthy discussions Ukraine is seriously considering the establishment of an ECA. The first attempt showed a lot of shortcomings and a lack of financing. The draft amendment law is suited to bring some visible improvements. The fact that this draft law has not yet gone through Parliament should not be seen too negative. It is also an invitation to think about the ECA law a third time, together with Parliamentarians. But, due to upcoming Presidential and Parliamentary elections in 2019, a delay until next year is possible. With appropriate support from Berne Union[9], OECD and bilateral partners Ukraine can, finally and late enough, establish a well functioning ECA. Ukraine's exporters and foreign investors need an ECA and, to finish with an optimistic outlook, the distance between having nothing and having an operational ECA has narrowed considerably.

[9] The Berne Union is the leading global association for the export credit and investment insurance industry, see: https://www.berneunion.org/

Law - Made in Germany

Ist das deutsche Recht für die Ukraine interessant?

"Im Zeitalter der ökonomischen Globalisierung ist Recht ein wichtiger Wettbewerbsfaktor." - Das ist ein Zitat aus der Broschüre Law - Made in Germany, die erstmals vor etwa zehn Jahren erschien. Den Anstoß dazu gab die englische Konkurrenz. Im Herbst 2007 erschien eine Broschüre der Law Society, in der unter der Überschrift "The Jurisdiction of Choice" für das englische Recht geworben wurde. Die deutschen Anwälte waren aufgeschreckt. Im Frühjahr 2008 veröffentlichte das Anwaltsblatt unter dem Titel "Der Kampf ums anwendbare Recht" den "Offenen Brief eines Anwalts an die Bundesjustizministerin". Der Ball wurde aufgegriffen. Im Oktober 2008 teilte das Bundesjustizministerium mit, dass es mit den Berufsorganisationen der Justiz und der Anwaltschaft ein "Bündnis für das deutsche Recht" geschlossen habe. Wenig später erschien die Broschüre "Law - Made in Germany".

1. Das deutsche Rechts- und Gerichtssystem hat in der Tat elementare Stärken, vor allem im Vergleich zum Common Law.

   a. Das fängt schon bei der juristischen Ausbildung an. Von Anfang an müssen Jurastudenten in Deutschland lernen, frühzeitig den für die rechtliche Beurteilung eines Sachverhalts relevanten Gesichtspunkt zu erkennen, zu definieren und zu lösen.

   b. Das setzt sich fort im deutschen Zivilprozess. Das Gericht steuert den Prozess und muss die aus seiner Sicht relevanten Sach- und Rechtsfragen frühzeitig mit den Parteien erörtern (§ 139 ZPO). So können die Parteien ihren Vortrag auf die Themen konzentrieren, auf die es für die Entscheidung des Gerichts ankommt. Das spart Zeit und Kosten. Der angelsächsische Prozess, der die Verfahrensherrschaft den Parteien überlässt, kann leicht ausufern.

   c. Hinzu kommt, dass das kodifizierte deutsche Recht vergleichsweise leicht feststellbar und vorhersehbar ist. Mit dem Gesetzestext und einem Kommentar lassen sich die meisten Fragen rasch und zuverlässig klären. Der am Case Law orientierte Anwalt aus England oder den USA kann auch Standardfragen oft erst nach einer zeitraubenden Recherche beantworten.

d. Ein wichtiges Element der deutschen Rechtsordnung sind die öffentlichen Register, die ohne großen Zeit- und Kostenaufwand Rechtssicherheit gewährleisten. Ein Blick in das Handelsregister gibt Auskunft, wer die Gesellschaft vertreten darf; es bedarf keiner zeitraubenden und kostspieligen Legal Opinion. Das Grundbuch zeigt den Eigentümer eines Grundstücks und die Belastungen; eine Title Insurance für den Erwerber ist unnötig.

e. Einige konkrete Elemente, die wir aus angelsächsischen Rechtsordnungen kennen und die wir als Fehlentwicklungen betrachten, gibt es im deutschen Recht nicht.

   (i) In Deutschland gibt es keine Discovery, die den Prozessgegner in schier unbegrenzter Form zur Vorlage von Urkunden verpflichtet. Wir erreichen das Ergebnis einfacher und besser durch die Regeln zur Darlegungs- und Beweislast.

   (ii) Die deutsche Rechtsordnung kennt keinen Strafschadensersatz (punitive damages), der den Beklagten in unerträglicher Weise belastet.

2. Kann die deutsche Rechtsordnung für die Ukraine von Interesse sein?

Wir deutschen Juristen wollen und müssen uns hüten, als idealistische Weltverbesserer aufzutreten. Aber auch mit diesem Vorbehalt wäre ich geneigt, die obige Frage zu bejahen. Ja, die deutsche Rechtsordnung kann für die Ukraine von Interesse sein. Das hat vor allem geschichtliche Gründe.

Es war im 19. Jahrhundert, als in Deutschland die Grundlagen der heutigen Rechtsordnung vorbereitet wurden. Friedrich Carl von Savigny schrieb 1814 "Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft" und bereitete damit die Kodifizierung des Rechts in umfassenden Gesetzbüchern vor. Ein für Deutschland einheitlicher Zivilprozess wurde durch die ZPO von 1877 geschaffen. Im Jahr 1900 trat der Zivilrechtskodex, das BGB, in Kraft, ein Werk, das noch heute durch seine gedankliche und sprachliche Schärfe Bewunderung weckt. In der Zeit nach 1945 konnte sich das Recht in Deutschland so entwickeln, dass es den Anforderungen der modernen Welt gerecht wird. In internationalen Gesetzeswerken finden sich immer wieder Anlehnungen an das deutsche Recht. Ein Beispiel ist das europäische

Insolvenzrecht, das von der deutschen Insolvenzordnung beeinflusst ist. Im UN-Kaufrecht finden sich wesentliche Elemente des deutschen Kaufrechts.

Ich glaube, nicht falsch zu liegen mit der Meinung, dass die letzten beiden Jahrhunderte in der Ukraine weniger gut geeignet waren, eine Rechtsordnung wachsen zu lassen. Der absoluten Monarchie des Zaren folgte eine ähnlich absolute Herrschaft in der Sowjetunion. Jetzt, wo die Ukraine eine Rechtsordnung für ihr politisches und gesellschaftliches System schaffen kann und schaffen muss, liegt es nahe, dass die Ukraine Orientierungspunkte sucht. Ich glaube, es ist nicht vermessen oder überheblich, wenn sich das deutsche Recht als Orientierungshilfe anbietet.

3. Was bedeutet Law - Made in Germany für den juristischen Alltag?

Law - Made in Germany betrifft nicht nur die Rechtsordnung als solche; es ist auch für den juristischen Alltag relevant, insbesondere für den des international tätigen Anwalts, auch für den international tätigen Anwalt in der Ukraine. Bei jedem Vertrag zwischen Parteien aus unterschiedlichen Ländern stellt sich die Frage nach dem anwendbaren Recht und nach der Zuständigkeit für die Streitbeilegung. Statistiken zeigen, dass die Frage oft mit einer Wahl des englischen Rechts und der englischen Gerichte beantwortet wird. Schon in der Vergangenheit habe ich von dieser Linie abgeraten, vor allem aus zwei Gründen.

a. Bei einer an Einzelfällen orientierten Rechtsordnung wie dem englischen Recht ist das Ergebnis weniger klar vorherzusehen als bei einer kodifizierten und dogmatisch strukturierten Rechtsordnung.

b. Der englische Prozess verursacht einen übermäßig hohen Aufwand an Zeit und Kosten. Die beiden wesentlichen Gründe seien noch einmal erwähnt.

   - In England müssen die Parteien den Prozess ohne steuernde Hilfe des Gerichts vorbereiten, d.h. sie müssen sich umfassend auf alles vorbereiten, was vielleicht irgendwie relevant sein könnte.

   - Hinzu kommt die englische Discovery, die beide Parteien zwingt, alle Urkunden zu suchen und vorzulegen, die vielleicht irgendwie relevant sein könnten.

c. Jetzt, wo Großbritannien die Europäische Union verlassen wird, kommt ein drittes Argument hinzu. Englische Gerichtsurteile werden künftighin in der EU nicht mehr ohne weiteres vollstreckbar sein.

Unter diesen Umständen empfehle ich, für internationale Verträge die Anwendung des deutschen Rechts und für die Streitbeilegung ein deutsches Gericht oder ein in Deutschland ansässiges Schiedsgericht zu vereinbaren. Das gilt insbesondere für Parteien aus Ländern mit einer kontinentaleuropäische geprägten Rechtsordnung. Dazu gehört die Ukraine.

4. Wenn ich von internationalen Verträgen rede, dann denke ich an die grenzübergreifenden Verträge der privaten Wirtschaft, vor allem an Kauf- und Lieferverträge, Lizenzverträge, Vertriebs-/Händler-/Handelsvertreterverträge, aber auch Unternehmenskaufverträge, also das, was man heute als M&A (Mergers and Acquisitions) bezeichnet einschließlich Joint Ventures.

   Nach dem Recht der Europäischen Union - hier § 3 I 1 der Rom I Verordnung - können Unternehmen bei grenzüberschreitenden Verträgen das anwendbare Recht frei wählen. Diese Freiheit der Rechtswahl ist nahezu grenzenlos. Die Parteien können das Recht wählen, das am Sitz einer der Vertragsparteien gilt, oder das Recht des Erfüllungsortes oder eines Transitlandes. Sie können aber auch ein neutrales Recht wählen, das weder mit den Parteien noch mit dem Vertrag etwas zu tun hat.

   Wenn die Parteien keine Rechtswahl treffen, findet eine objektive Anknüpfung statt. Die dafür relevanten Kriterien sind in Art. 4 I der Rom I Verordnung aufgeführt. Für internationale Kaufverträge soll z.B. das am Sitz des Verkäufers, für internationale Dienstleistungsverträge das am Sitz des Dienstleisters geltende Recht anwendbar sein. Das klingt einfach. Trotzdem gibt es in der Realität immer wieder Ungewissheit über das anwendbare Recht, wenn es an einer ausdrücklichen Vereinbarung fehlt. Deshalb ist meine Empfehlung klar: Achten Sie darauf, dass in einem internationalen Vertrag das anwendbare Recht und die Zuständigkeit für die Streitbeilegung ausdrücklich geregelt sind.

   Beide Vereinbarungen sollten gleichlaufend sein. Wenn deutsche Gerichte zuständig sind, dann sollte auch deutsches Recht gelten. Einem Richter zuzumuten, ein ihm fremdes Recht anzuwenden, ist nicht klug. Kaufleute neigen auch in diesem Bereich

manchmal zum Tauschhandel: Dein Recht, meine Gerichte, oder umgekehrt. Dem sollten die beteiligten Juristen unbedingt entgegentreten und auf den Einklang von Rechtswahl und Zuständigkeitsvereinbarung achten.

5. Bei der Wahl des anwendbaren Rechts stellt sich die Frage nach der Qualität der ins Auge gefassten Rechtsordnung. Dabei sehe ich zwei Seiten der Qualität.

5.1 Zum einen wird man fragen, ob die Rechtsordnung passende Antworten auf die Fragen unserer Zeit hat. Wir wissen, dass die Realität immer einen Schritt weiter ist als das Recht. Das ist auch in Deutschland so, und mit dieser Art von Einschränkung kann man die Qualität der deutschen Rechtsordnung bejahen.

5.2 Ein zweiter Aspekt der Qualität betrifft die Frage, wie weit sich eine Rechtsordnung mit der Vielzahl der sich in der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Realität stellenden Fragen beschäftigt und diese womöglich schon entschieden hat. An dieser Stelle bietet die Rechtsordnung eines größeren, wirtschaftlich entwickelten Landes wie Deutschland Vorzüge. Sogar die oft unangenehme Eigenschaft des Rechthabenwollens wirkt sich an dieser Stelle positiv aus, denn sie führt dazu, dass in Deutschland viele Auseinandersetzungen vor die Gerichte getragen werden. Deutschland hat - gemessen an der Einwohnerzahl - weltweit die höchste Menge an Richtern. In kleineren Ländern gibt es mehr ungeklärte Rechtsfragen als in Deutschland. Das gilt auch für Rechtsordnungen, die in der Vergangenheit als sogenanntes "neutrales Recht" gewählt wurden, etwa für Schweden, Österreich oder die Schweiz. In der Zeit, als der Eiserne Vorhang Europa und die Welt trennte, wurden diese Rechtsordnungen oft aus politischen Gründen gewählt. Diese Gründe sind heute nicht mehr von Gewicht.

6. Eine weitere Überlegung veranlasst mich, Ihnen die Wahl des deutschen Rechts für internationale Verträge nahezulegen.

Derzeit wird in internationalen Verträgen, wie schon erwähnt, häufig englisches oder amerikanisches Recht gewählt, aber diese Rechtsordnungen haben gravierende Nachteile. Das sind vor allem

- die fehlende Verfahrenssteuerung durch das Gericht,

- die Discovery und
- der hohe Aufwand an Zeit und Kosten.

Damit das Common Law mit diesen negativen Elementen nicht mehr und mehr das internationale Zivilrechtsleben bestimmt, halte ich es für erstrebenswert, dass eine kontinentaleuropäisch geprägte Rechtsordnung auf internationaler Ebene als jederzeit wählbar angesehen und akzeptiert wird. Jetzt kann man natürlich fragen: Warum soll das die deutsche Rechtsordnung sein? Ein paar sachliche Argumente habe ich unter dem Stichwort "Qualität" bereits angeführt. Aber als deutscher Jurist kann ich bei dieser Frage nicht auf andere zeigen und z.B. von Belgien oder von der Tschechischen Republik verlangen, dass ihre Rechtsordnung diese Rolle übernehmen soll. Wenn es richtig ist, dass eine kontinentaleuropäisch geprägte Rechtsordnung auf internationaler Ebene als jederzeit wählbar angesehen werden soll, dann sehe ich uns deutsche Juristen in einer gewissen Pflicht und Verantwortung.

Ob wir irgendwann einmal so weit kommen, dass es eine europäische Rechtsordnung gibt, die in einem Vertrag gewählt werden könnte, weiß ich nicht. Für die von mir überschaubare Zukunft sehe ich nicht, dass es in einem Vertrag heißen könnte: "Dieser Vertrag unterliegt dem Recht der Europäischen Union." Deshalb bleibt es dabei: Ich sehe die deutschen Juristen in einer gewissen Pflicht und Verantwortung. Wir müssen darauf achten, dass die deutsche Rechtsordnung international attraktiv und jederzeit wählbar ist.

7. Zur Frage des anwendbaren Rechts ist damit klar: Ich schlage vor, bei internationalen Verträgen die Anwendung des deutschen Rechts zu vereinbaren.

   Bei der Vereinbarung über die Zuständigkeit zur Streitbeilegung gibt es zwei Alternativen:

   - Entweder die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte oder
   - die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts.

7.1 Während meines ganzen professionellen Lebens war ich als Prozessanwalt tätig, und ich habe hohen Respekt vor den staatlichen Gerichten in Deutschland. Natürlich funktioniert dort nicht immer alles perfekt, aber die positiven Elemente sind deutlich stärker.

a. Deutsche Richter sind hoch qualifiziert. Sie gehören in aller Regel zu den besten 10-20 % ihres Examensjahrgangs. Die werden anständig bezahlt. In Spezialkammern (z.B. für Kartell-, Patent-, Baurecht usw.) erwerben sie vertiefte Spezialkenntnisse.

b. Die Verfahren vor den staatlichen Gerichten in Deutschland sind kostengünstig. Die Gerichtskosten und die an die obsiegende Partei zu erstattenden Kosten werden nach festen, am Streitwert orientierten Sätzen festgelegt.

c. Auf der Grundlage der kodifizierten Gesetze, einer stabilen Rechtsdogmatik und einer die Praxis prägenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind die Entscheidungen deutscher Gerichte in hohem Maße berechenbar.

d. Vor allem wegen der Prozessleitung durch das Gericht ergehen die Entscheidungen - im internationalen Vergleich - ausgesprochen schnell.

e. Und schließlich, es mag vollmundig klingen, aber dennoch kann ich sagen, dass bei deutschen Gerichten kein reales Korruptionsrisiko besteht. Dabei stütze ich mich nicht nur auf meine eigene Erfahrung und auf die Erfahrung vieler Kollegen. Ich stütze mich auch auf die öffentliche Erklärung des langjährigen Leiters der Frankfurter Korruptionsstaatsanwaltschaft, und der hat da einen guten Überblick. Er sagte bei einer juristischen Tagung, die dem Thema der Korruption gewidmet war, dass ihm aus der deutschen Richterschaft kein Korruptionsfall bekannt ist.

7.2 Neben den staatlichen Gerichten gibt es den Weg zum Schiedsgericht, und der wird gerade bei internationalen Verträgen oft bevorzugt. Deutschland ist auch ein guter und bewährter Schiedsort. Es gibt viele ausgezeichnete Schiedsrichter mit großer internationaler Schiedserfahrung. Die Steuerung des Verfahrens und die frühzeitige Konzentration auf die für die Entscheidung wesentlichen Punkte haben die deutschen Schiedsrichter seit ihrer Ausbildung verinnerlicht. Mit der DIS, der Deutschen Institution für die Schiedsgerichtsbarkeit, gibt es eine zentrale Schiedsinstitution, die bei der Durchführung eines Schiedsverfahrens oft hilfreich sein kann und deren Kosten deutlich niedriger sind als die der ICC. Die Rechtsprechung der staatlichen deutschen Gerichte ist ausgesprochen schiedsfreundlich; nur ganz selten wird ein Schiedsspruch von einem staatlichen Gericht in Deutschland aufgehoben.

8. Ein abschließendes Wort zum Thema Sprache. Die lingua franca moderna ist Englisch. Das wissen auch die deutschen Juristen. Es gibt mehr und mehr juristische Literatur aus Deutschland in englischer Sprache. Ein englischsprachiger Kommentar zum BGB wird im Beck-Verlag vorbereitet; der erste Band, in dem der Allgemeine Teil, das Schuldrecht und das Sachenrecht kommentiert sind, also die für den internationalen Handel besonders relevanten Teile, soll schon im nächsten Jahr erscheinen. Vor einigen Gerichten in Deutschland kann in englischer Sprache verhandelt werden. Internationale Schiedsverfahren werden auch in Deutschland fast immer auf Englisch geführt. Wir brauchen da keine Berührungsängste zu haben. Das deutsche Recht kann und will ein Orientierungspunkt sein, und wenn der Suchende dabei die englische Sprache benutzen will, dann soll er das tun, und wir wollen ihm die Möglichkeit dazu geben.

Der Titel meines Referats ist "Law - Made in Germany". Durch die Worte "Made in Germany" wollte die englische Industrie vor 150 Jahren einen lästigen Wettbewerber abwerten. Dann aber wurde "Made in Germany" ein Gütesiegel für Produkte aus Deutschland. Vielleicht geht es bei Law - Made in Germany genauso. Ich würde mich freuen und bedanke mich für Ihre Aufmerksamkeit.

29. August 2018

Dr. Werner Müller

Поляков Борис Моисеевич,
доктор юридических наук, профессор,
заведующий кафедрой общеправовых дисциплин
Института управления и права
Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

ПРОБЛЕМЫ НЕВОЗВРАТА БАНКОВСКИХ КРЕДИТОВ В УКРАИНЕ

В развитии экономики страны основную роль играет банковский сектор. Это своего рода кровеносная система рыночной экономики. Посредством кредитования происходит производство продукции, выполнение работ, оказание услуг. Но для эффективной работы банковской системы ключевую роль играет возврат кредитов.

К сожалению, в Украине мы имеем тенденцию снижения взыскания кредитной задолженности через процедуру банкротства. В настоящее время она составляет всего 15% выданных кредитов.

В настоящее время государство при содействии Мирового банка реструктуризации и развития посредством правового регулирования пытается разрешить эту проблему. Поэтому цель данной статьи рассказать о последних новеллах законодателя в этой области.

Несмотря на наличие Закона Украины «О восстановлении платежеспособности должника или признании его банкротом» (далее – Закон о банкротстве), законодатель решил использовать такую досудебную форму разрешения проблемы не возврата кредитов из-за неплатежеспособности хозяйствующего субъекта как финансовая реструктуризация.

Добровольная финансовая реструктуризация регламентирована Законом Украины «О финансовой реструктуризации» от 14.06.2016 (далее – Закон о финансовой реструктуризации). По своей сути она очень схожа с санацией до возбуждения дела о банкротстве, которая регулируется статьей 6 Закона о банкротстве.

Финансовая реструктуризация представляет собой систему мер, направленных на финансовое оздоровление должника.

В основе такой досудебной процедуры лежит задолженность должника перед финансовым учреждением. Законодатель, к сожалению, не раскрывает содержание такой задолженности, оговорив лишь о наличии у должника критического финансового состояния (ст. 4 Закона о финансовой реструктуризации). Размер задолженности, срок ее неоплаты, наличие исполнительного производства как критерии оценки неплатежеспособности должника при открытии дела о банкротстве во внимание не принимаются.

Наряду с задолженностью перед финансовым учреждением используется такой критерий как перспективность хозяйственной деятельности должника.

Таким образом, условиями инициирования процедуры добровольной финансовой реструктуризации должника являются:

а) критическое финансовое состояние;

б) задолженность перед финансовым учреждением;

в) перспективность хозяйственной деятельности.

Участниками такой процедуры выступают: должник, привлеченные кредиторы (в т.ч. финансовые учреждения, органы взыскания), государственные органы (в т.ч. Национальный Банк Украины, Фонд гарантирования вкладов физических лиц, государственных банков и банков с участием государства), государственные представительные структуры (наблюдательный совет, секретариат, арбитраж).

По своей сути финансовая реструктуризация представляет собой процедуру, направленную на достижение соглашения по урегулированию долга.

Должник получив согласие не менее 50% требований финансовых учреждений, а также других кредиторов может инициировать процедуру добровольной финансовой реструктуризации (статья 18 ч. 4).

В этой ситуации должник подает письменное заявление в секретариат. Органом, который по своей сути выполняет организационные функции, является секретариат.

Споры, возникающие между должником и кредиторами, разрешаются арбитражем.

Органом, который формирует секретариат и арбитраж, является наблюдательный совет.

В основе наблюдательного совета лежит координация деятельности созданных им органов и оказание им методической помощи в проведении процедуры финансовой реструктуризации.

Наблюдательный совет состоит из 9 лиц, делегированных государственными органами и представителями общественных организаций.

В заявлении о проведении финансовой реструктуризации должник дает согласие на разрешение всех будущих споров в арбитраже. Единственным препятствием, ограничивающим право должника на подачу заявления, является наличие возбужденного дела о банкротстве или реализация санации до открытия процедуры банкротства. Срок процедуры финансовой реструктуризации составляет не более 90 календарных дней. Однако он может быть продлен не более чем на 90 дней и в совокупности не может превышать 180 дней.

В течение указанного срока должник и привлеченные к участию в процедуре кредиторы должны провести переговоры и утвердить план реструктуризации (статья 23 ч. 3 Закона о финансовой реструктуризации).

План реструктуризации может предусматривать такие средства финансового оздоровления как: условия проведения расчетов с привлеченными кредиторами по обязательствам по налогам и сборам; условия участия инвесторов; порядок проведения реструктуризации договоров, денежных обязательств, хозяйственной деятельности должника. Так, план может предусматривать: внесение изменений в кредитные договора с целью пересмотра сроков погашения долга, размера процентных ставок,

приостановление начисления процентов и т.д.; отчуждение имущества должника, залогодателя; передачу кредитору права собственности на имущество должника в счет полного или частичного удовлетворения требований; прощение части долга; выпуск ценных бумаг; реорганизация должника; смена руководителя должника и/или органов управления должника на лиц, которых определяют привлеченные кредиторы – финансовые учреждения; и т.д.

В последующем план реструктуризации утверждается на собрании привлеченных кредиторов. Он вступает в силу с момента подписания его должником, всеми привлеченными кредиторами, одобрившими план, а также лицами, на которых возлагаются обязанности по этому плану.

Если же за план проголосовали не все привлеченные кредиторы, а лишь составляющие более 2/3 денежных требований, то тогда для вступления его в силу необходимо решение арбитража. В этом случае наряду с указанными выше субъектами план реструктуризации подписывает арбитр. Несмотря на то, что условия плана реструктуризации обязательны для должника и всех привлеченных кредиторов, в то же время законодатель сделал из этого правила исключения.

Они касаются, в частности, условий: предоставления финансовой помощи должнику; прощения части долга, обеспеченного залогом (ипотекой); полного приостановления начисления процентов и т.д. (статья 26 ч. 4 Закона о финансовой реструктуризации).

Перечисленные выше исключения относятся к привлеченным кредиторам, которые не участвовали в голосовании или не поддержали план реструктуризации.

Добровольная финансовая реструктуризация имеет ряд преимуществ перед досудебной санацией.

Во-первых, в период финансовой реструктуризации не может быть возбуждено дело о банкротстве. В случае подачи заявления про открытие дела

о банкротстве, рассмотрение такого заявления в суде приостанавливается до утверждения плана реструктуризации.

Во-вторых, если план реструктуризации предусматривает погашение долга кредитору, то он лишен возможности инициировать дело о банкротстве должника (статья 20 Закона о финансовой реструктуризации).

В-третьих, в период финансовой реструктуризации действует мораторий.

В-четвертых, должнику, его участникам или акционерам в период финансовой реструктуризации запрещено принимать решение о реорганизации.

В-пятых, сделки, совершенные в период финансовой реструктуризации, а также имущественные действия, осуществленные по реализации плана реструктуризации не могут быть, соответственно, признаны недействительными или опровергнуты в рамках дела о банкротстве по основаниям, предусмотренным статьей 20 Закона о банкротстве, при условии, что стороны действовали добросовестно и не имели целью нарушить права и законные интересы других кредиторов такого должника (статья 29 Закона о финансовой реструктуризации).

В-шестых, предусмотрена ответственность в виде штрафа за нарушение процедуры финансовой реструктуризации и выполнение плана реструктуризации. Например, за не финансирование должника и нарушение действия моратория; за невыполнение арбитражного решения и т.д. (статья 30 Закона о финансовой реструктуризации).

Следует отметить, что добровольная финансовая реструктуризация, к сожалению, не содержит каких-либо преференций в период реализации плана реструктуризации. Исключение составляет запрет на открытие дела о банкротстве по инициативе кредитора, чьи требования подлежат удовлетворению или реструктуризации в соответствии с планом реструктуризации (статья 20 ч. 3 Закона о финансовой реструктуризации).

И здесь досудебная санация имеет преимущество. Так, в период действия процедуры досудебной санации:

а) не может быть открыто дело о банкротстве должника как по заявлению самого должника, так и по заявлению любого из кредиторов. Здесь во внимание принимаются требования кредиторов, которые возникли до утверждения судом плана досудебной санации. Это может быть любое требование любого кредитора;

б) действует мораторий на удовлетворение требований кредиторов, которые возникли до утверждения судом плана санации.

При этом срок процедуры досудебной санации составляет 12 месяцев со дня утверждения судом плана санации должника до возбуждения дела о банкротстве (статья 6 ч. 9 Закона о банкротстве).

При наличии серьезных преференций финансовая реструктуризация, к сожалению, не приобрела массового характера. Имеются единичные случаи использования должником финансовой реструктуризации.

Так, за 2017 год имело место 9 процедур финансовой реструктуризации. За 6 месяцев 2018 – 5.

Неактивность должника можно объяснить несколькими причинами.

Во-первых, низкой популяризацией этого института.

Во-вторых, отсутствием большого опыта работы в этой области.

В-третьих, преимуществом института банкротства перед процедурой финансовой реструктуризации.

Разберем эти причины подробнее.

Появление любого нового правового института требует глубокой юридической проработки и последующего информирования субъектов хозяйствования.

Этот процесс начался сразу же после принятия Закона о финансовой реструктуризации, то есть с 14.06.2016 г. Однако, подавляющая масса хозяйствующих субъектов не владеет доступной информацией о преимуществах финансовой реструктуризации. В юридических средствах массовой информации очень мало публикаций на эту тематику. И это вполне объясняет отсутствие на практике большого количества таких процедур. Одно

дело разъяснить преференции закона из текста самого акта и другое дело объяснить его преимущества через призму имеющегося опыта по применению процедуры финансовой реструктуризации.

Что же касается опыта в этой деятельности, то он, к сожалению, еще совсем невелик. Как указывалось выше, количество проведенных процедур финансовой реструктуризации за 18 месяцев работы Закона составило всего 14 предприятий. Причем, во всех случаях привлеченным кредитором – финансовой организацией являлся исключительно один банк. Сами должники были небольшими субъектами хозяйствования. И, следовательно, реструктуризация больше напоминала процесс согласования условий погашения кредитной задолженности. Иными словами, в перечисленных случаях имел место частноправовой характер урегулирования задолженности. И участники этой процедуры вполне могли обойтись без финансовой реструктуризации. Совсем иначе обстояло бы дело, если бы у должников в качестве привлеченных кредиторов было бы по несколько банков и десятки хозяйствующих субъектов.

Вот тогда можно было увидеть по-настоящему работу Закона о финансовой реструктуризации.

И здесь, на наш взгляд, преимущество принадлежит Закону о банкротстве. Именно этот специальный нормативно-правовой акт остается на сегодняшней день экономически и юридически выгоден не только кредиторам, но и должникам. Почему?

Во-первых, процедура банкротства охватывает всех конкурсных кредиторов, а не только тех, которые приняли участие в финансовой реструктуризации.

Во-вторых, итог процедуры банкротства приводит к окончательному урегулированию долгов.

В-третьих, разрешение всех возникающих при урегулировании долга вопросов, в т.ч. споров, разрешаются, как правило, в одном деле и в одном суде.

В финансовой реструктуризации такие споры разрешаются как арбитражем, так и другими судами. Причем арбитраж, в отличие от суда, не наделен правом признавать сделки недействительными.

В-четвертых, процедура банкротства позволяет возвращать имущество в ликвидационную массу как посредством оспаривания сделок по статье 20 Закона о банкротстве, так и в порядке виндикационного иска. Рассматриваются все эти споры в одном деле о банкротстве.

В-пятых, экономически выгодно не возвращать кредиты, а ликвидировать хозяйствующий субъект – должника через процедуру банкротства. Можно заново купить свое имущество через аукцион за символическую цену, чем отдавать управление хозяйствующим субъектом в финансовой реструктуризации.

Таким образом, можно сделать вывод, что процедура банкротства является более привлекательной для должников формой урегулирования долгов и потому хозяйствующие субъекты неохотно дают согласие на финансовую реструктуризацию. Процедура банкротства позволяет избавиться от кредитной задолженности с минимальными экономическими потерями и вот почему является популярной среди должников.

Иными словами, финансовая реструктуризация по сравнению с процедурой банкротства содержит крайне низкие стимулы для участия в ней как в отношении должника, так и кредиторов. А отсутствие четкой связи между этими процедурами является последним аргументом в пользу дела о банкротстве. Именно процедура банкротства ставит окончательную точку в разрешении всей задолженности перед кредиторами, в т.ч. по возврату банковских кредитов.

И попытка законодателя «обойти» долговременную, дорогостоящую процедуру банкротства через добровольную финансовую реструктуризацию игнорируя принципы и экономические преимущества института банкротства обречена, к сожалению, на провал. И об этом как раз и свидетельствует

статистические данные о крайне низком количестве процедур финансовой реструктуризации.

Будущее видится в совершенствовании правового регулирования добровольной финансовой реструктуризации с тем расчетом, чтобы это было экономически выгодно как банкам, должнику, так и кредиторам.

«Угода про асоціацію з Європейським Союзом: соціальні аспекти, пенсійна реформа»

Рошканюк Вадим Михайлович,
зав.кафедри господарського права
юридичного факультету
Ужгородського національного університету

Угода про асоціацію з ЄС надає Україні широкі можливості щодо інтеграції у європейський економічний простір та економічного зростання. Однак, співпраця можлива лише за умови виконання низки вимог, які у тому числі стосуються соціальної сфери (ст.ст.419-425 Угоди). Йдеться про Главу 21 «Співробітництво у галузі зайнятості, соціальної політики та рівних можливостей» Угоди та Додатку XL до Глави 21 (офіційний текст угоди на українській мові є на таких порталах: http://www.kmu.gov.ua/kmu/docs/EA/00_Ukraine-EU_Association_Agreement_(body).pdf , http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_a11) [1].

Відповідно до Статті 2 Угоди про асоціацію з ЄС: Повага до демократичних принципів, прав людини та основоположних свобод, як визначено, зокрема, в Гельсінському заключному акті Наради з безпеки та співробітництва в Європі 1975 року та Паризькій хартії для нової Європи 1990 року, а також в інших відповідних документах щодо захисту прав людини, серед них Загальна декларація прав людини ООН 1948 року (зокрема статті 22, 23, 25) [8] і Конвенція Ради Європи про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, а також повага до принципу верховенства права повинні формувати основу внутрішньої та зовнішньої політики Сторін і є основними елементами цієї Угоди. Визначення «верховенство права та поваги до прав людини і основоположних свобод» як ключових принципів міститься також в ст.3, ст.6, ст.14 Угоди. Відповідно до практики ЄСПЛ соціальні виплати також розглядаються через призму гідності людини.

Імплементація директив ЄС, що містяться у Додатку XL до Глави 21 Угоди має важливе значення в забезпеченні прав працівників на безпечні та нешкідливі умови праці. Нормотворча практика ЄС має важливу цінність у цьому контексті для розвитку національного законодавства України та його уніфікації з нормами та стандартами ЄС.

Однак, на нашу думку, главу 21 слід було більш чітко регламентувати як переліком позитивних обов'язків України у соціальній сфері, так і строками їх запровадження (по аналогії із строками в інших розділах галузевого співробітництва, що містяться в Угоді.) В першу чергу це мало стосуватися пенсійної реформи, а саме запровадження накопичувальної системи, оскільки такий крок надав би змогу не тільки посилити соціальні гарантії для громадян, але й дало б суттєвий поштовх у розвитку та стабілізації економіки України [2, 7].

На офіційному порталі Міністерства праці та соціальної політики можна знайти інформацію про співробітництво в рамках Угоди та інформування представниками міністерства Підкомітету з питань економіки та іншого галузевого співробітництва на другому засіданні 08.06.2017 року у Брюсселі про стан соціальних реформ та пенсійної реформи в Україні (https://www.msp.gov.ua/news/13398.html) [3]. В цілому, можна було б схвально віднестися до такої зустрічі, обміну досвідом, але слід констатувати той факт, що повноцінної пенсійної реформи в Україні не проведено по сьогоднішній день. У 2017 році було проведено перерахунок та осучаснення пенсій, про що згадувалося мною у попередній доповіді у Гамбурзі [2]. Уряд України мав розробити пакет реформ до 01.07.2018 року. На разі у Верховній Раді зареєстровано єдиний проект Закону України „Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження накопичувальної системи загальнообов'язкового державного пенсійного страхування " № 6677 у редакції від 24.07.2017 року. Законопроект взятий за основу і повинен бути предметом парламентського розгляду у найближчий час (http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62218) [4].

Згаданий проект Закону містить як певні позитивні новели, порівняно із законом «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» [5] та законом «Про недержавне пенсійне забезпечення» [6], так і певні недоліки. До позитивних нововведень слід віднести наступні:

1) Запровадження разом із набуттям чинності законом про запровадження накопичувальної системи, а не на наступний бездефіцитний для ПФУ рік. На даний момент у вищезгаданому законі [5] діє норма щодо запровадження накопичувальної системи на рік, наступний за роком, в якому буде подолано дефіцит бюджету ПФУ. На даному етапі розвитку економічних відносин в Україні це зробити не можливо. Однак, в парламенті є розуміння перевищення ефекту від інвестиційної діяльності над реальним дефіцитом бюджету ПФУ. В юридичній літературі також відмічено про перевагу інвестування над дефіцитом пенсійних коштів [2].

2)Інвестиційна декларація – позитивне нововведення, це документ, який визначає стратегію інвестиційної політики накопичувальної системи пенсійного страхування, основні напрями та обмеження інвестування його пенсійних активів, а також нормативи їх інвестування, якими встановлюються оперативні пропорції розміщення коштів у кожний окремий вид активів та критерії відбору об'єктів інвестування з урахуванням конкретних класів інвестиційного рейтингу. Відповідно до ст.89 проекту інвестиційна декларація недержавного пенсійного фонду у накопичувальній системі пенсійного страхування та зміни до неї, має відповідати вимогам та обмеженням щодо формування й інвестування пенсійних активів, їх складу та структури, встановлених Законом. Інвестиційна декларація недержавного пенсійного фонду у накопичувальній системі пенсійного страхування та зміни до неї підлягає обов`язковому опублікуванню.

3)Добровільна участь осіб старше 35 років у системі пенсійного страхування. Діючий закон містить норми щодо обмеження участі у накопичувальній системі осіб старше 35 років. Таке обмеження носить явно дискримінаційний характер. Адже критерієм участі має бути можливість людини накопичити суму пенсійних активів, достатніх для оплати договору страхування довічної пенсії, а не просто вік. Запропонована законопроектом норма дозволить усунути дискримінацію та призведе до більшого наповнення накопичувальної системи грошовими коштами, що дасть позитивну динаміку рівню інвестиційного доходу при отриманні пенсійних виплат.

4)Можливість дострокового зняття коштів учасником накопичувальної системи (хвороба 100%, форс-мажор 70%, придбання нерухомості 50%, освіта 30%). В законопроекті йдеться про те, що учасник накопичувальної системи пенсійного страхування має право достроково використати повністю або частково належні йому пенсійні кошти накопичувальної системи пенсійного страхування у наступних випадках:

- лікування тяжких (критичних) захворювань учасника або його близьких родичів – до 100 відсотків коштів;
- настання щодо учасника критичних життєвих ситуацій (пожежа, стихійні лиха або інші обставини та явища, наслідком яких стала неможливість задоволення учасником найважливіших життєвих потреб) – не більше ніж 70 відсотків коштів;
- придбання учасником нерухомого майна – не більше ніж 50 відсотків коштів;
- оплата (здобуття) освіти учасником, дітьми учасника або особами, щодо яких учасник є опікуном – не більше ніж 30 відсотків коштів.

Умови та порядок отримання учасником виплат із накопичувальної системи пенсійного страхування повинні бути встановлені Кабінетом Міністрів України. Однак, слід зауважити, що до наявності бланкетної норми в даному випадку слід віднестися критично і передбачити цей механізм прямо в законі. Сама ж новела носить явно позитивний характер, оскільки перераховані дійсно дуже важливі життєві обставини для громадянина, а в сучасній редакції Закону про пенсійне страхування такої можливості у громадянина не має.

5)Диверсифікація 30% на земельні сертифікати, не більше 5% на одну ділянку. Обмеження інвестиційної діяльності (стаття 88 закону) викладені в новій редакції, однак суттєвих змін у системі диверсифікації фінансових ризиків ми не бачимо, окрім новели – це пункт12-1). Обмеження стосується інвестування у придбання прав власності на земельні ділянки сільськогосподарського призначення більше ніж 30% загальної вартості пенсійних активів, сформованих у рамках програм накопичувального пенсійного страхування. При цьому, у права власності на одну земельну ділянку може бути інвестовано не більше 5% від суми пенсійних активів[4]. Земельні сертифікати відносяться до однієї з найбільш захищених статей інвестування, нарівні з облігаціями

внутрішньої державної позики (дохід не нижче від рівня інфляції). Однак, слід звернути увагу на таку проблему, як необхідність одночасного запровадження і пенсійної і земельної реформи. Адже, поки не має ринку землі в Україні, вкласти пенсійні активи у захищені інвестиції, а саме земельні сертифікати, буде просто неможливо. В даному контексті важливо пришвидшення виконання Україною зобов'язань щодо запровадження ринку землі в рамках Угоди з ЄС.

6)Недержавні пенсійні фонди є учасниками Фонду гарантування вкладів фізичних осіб. Це ключова умова участі фонду у накопичувальній системі і реальна гарантія збереженості коштів для громадян. Запровадження звітування по кожному недержавному пенсійному фонду, в якому обліковуються накопичувальні пенсійні рахунки(п.3) ч.1ст.97 проекту).

7)Несвоєчасне перерахування коштів 0,1% в день + штраф 10% від суми (раніше у розмірі подвійної облікової ставки НБУ). Проектом запропоновано (п.1)ст.106) посилити відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань учасниками накопичувальної системи, що в цілому має посилити платіжну дисципліну у накопичувальній системі пенсійного страхування.

8)податкові пільги. Законопроектом передбачено поступового, протягом 2020 – 2022 років зменшення розміру податку на доходи фізичних осіб до п`ятнадцяти відсотків із одночасним спрямуванням вивільнених коштів до системи сплати страхових внесків до накопичувальної системи пенсійного страхування;

поступового, протягом 2022 – 2023 років, скасування військового збору з фізичних осіб та одночасного спрямування вивільнених коштів до системи сплати страхових внесків до накопичувальної системи пенсійного страхування.

Щодо недоліків законопроекту слід звернути увагу на наступні:

1) поки що є дискусійним питання щодо обрання моделі побудови накопичувальної системи на централізованих чи децентралізованих засадах. На нашу думку, змішана модель з Накопичувальним фондом, як позабюджетним фондом та чисельними недержавними пенсійними фондами буде більш ефективною, ніж просто модель одних недержавних пенсійних фондів.

2) відсутність актуарних розрахунків до законопроекту про запровадження накопичувальної системи. Наукове обґрунтування та економічні прогнози мали б позитивний ефект як при обговоренні, так і при прийнятті закону.

3) відповідні статті, що регулюють питання відповідальності суб'єктів накопичувальної системи носять декларативний характер ст.ст.107-112.

Частину першу ст.113 пропонується доповнити абзацом наступного змісту: “Держава гарантує застрахованим особам, які є учасниками накопичувальної системи пенсійного страхування, схоронність належних їм пенсійних активів у накопичувальній системі пенсійного страхування, які інвестовані у облігації внутрішньої державної позики, які розміщенні на депозитах у державних банках та/або інвестовані у ощадні (депозитні) сертифікати державних банків. Порядок забезпечення таких державних гарантій визначається Кабінетом Міністрів України.” Тобто по-суті, держава зняла з себе відповідальність за збереження пенсійних активів у недержавній сфері. Хоча роль держави у пенсійній реформі як раз має зводитися до повного гарантування збереженості пенсійних активів застрахованих осіб. Лише в такому випадку у громадян буде інтерес показувати реальні доходи і сплачувати пенсійні внески. Держава не повинна бути осторонь від можливих фінансових втрат, таких як шахрайство, банкрутство суб’єктів накопичувальної системи. Ефективна пенсійна реформа можлива тільки в умовах повного гарантування пенсійних коштів.

4)недостатньо жорсткі вимоги до зберігача та компаній з управління активами. Зберігачем недержавних пенсійних фондів може бути банк, який має розмір регулятивного капіталу не менш як 500 мільйонів гривень, а компанією з управління пенсійними активами юридична особа, яка має власний капітал у розмірі не менше 25 мільйонів гривень. Для маленьких пенсійних фондів можливо цього і достатньо, але для управління активами Накопичувального фонду таких вимог явно замало для гарантування збереженості пенсійних активів.

В контексті Угоди про асоціацію слід згадати в позитивному аспекті вимоги щодо фінансового контролю та доступу до платіжних систем. Підписання Угоди дає можливість Україні вийти на європейські фондові ринки та запроваджувати у діяльності суб’єктів господарювання європейській стандарти у сфері фінансів. Для накопичувальної системи пенсійного страхування це означає додаткові можливості отримання стабільного інвестиційного доходу для вкладників, роботи з перевіреними фінансовими інструментаріями на європейському економічному просторі. Стаття 125 Угоди містить досить широкий спектр фінансових послуг, які можуть входити до предмету діяльності суб’єктів накопичувальної системи. Це і страхування, брокерські операції, агентські послуги, укладання угод від власного імені або від імені клієнтів на біржі, поза нею або будь-яким іншим чином стосовно: a) інструментів грошового ринку (зокрема чеків, векселів, депозитних сертифікатів); b) валюти; c) похідних інструментів, включаючи ф’ючерси та опціони, але не обмежуючись ними; d) курсових та відсоткових інструментів, зокрема такі інструменти, як свопи та угоди щодо форвардної відсоткової ставки; e) переказних цінних паперів; f) інших оборотних інструментів та фінансових активів, зокрема дорогоцінних металів у зливках; UA/EU/ua 98 7;участь у якості агента в емісії всіх типів цінних паперів, зокрема андерайтинг та розміщення (як у відкритому, так і у закритому порядку) і надання послуг,

пов'язаних з такою емісією; посередницькі послуги на грошовому ринку; послуги з управління майном, зокрема готівкове або безготівкове управління, всі форми колективного управління інвестиціями, управління пенсійним фондом, послуги з довірчого зберігання, депозитарного та трастового обслуговування; послуги з клірингу та фінансового управління майном, в тому числі цінні папери, похідні інструменти та інші обігові інструменти та цілий ряд інших послуг[1]. Звісно, що повноцінний доступ до ринку фінансових послуг можливий лише після виконання приписів ст.133 Угоди щодо наближення чинного законодавства України до законодавства Європейського Союзу та забезпечення вільного руху капіталу відповідно до ст.144, ст.145 Угоди, збалансованості бюджету, бюджетного прогнозування, внутрішнього контролю і зовнішнього аудиту, імплементації стандартів та методик Міжнародної організації вищих органів фінансового контролю (INTOSAI) відповідно до ст.ст.346, 347, 383-385 Угоди та виконання умов щодо фінансового співробітництва та боротьби із шахрайством, передбачені ст.ст.453, 454, 459 Угоди.

Таким чином, можна зробити висновок про позитивний вплив виконання взятих на себе міжнародно-правових зобов'язань відповідно до Угоди про асоціацію з ЄС як на загальний стан та перспективи розвитку економіки України, так і на позитивний вплив на соціальну сферу, пенсійне забезпечення, виконання вимог міжнародних документів стосовно підтримання достатнього життєвого рівня для населення через призму гідності та поваги до основоположних прав і свобод.

Список посилань:

1. Угода про Асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони http://www.kmu.gov.ua/kmu/docs/EA/00_Ukraine-EU_Association_Agreement_(body).pdf , http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_a11)
2. "Проблеми реформування пенсійної системи України в контексті впливу права ЄС на право Украини" Рошканюк В. М., тези доповіді /режим доступу/ https://www.dujv.de/archiv-%D0%B0%D1%80%D1%85%D1%96%D0%B2/.
3. Інформація Міністерства праці та соціальної політики про співробітництво в рамках Угоди та інформування представниками міністерства Підкомітету з питань економіки та іншого галузевого співробітництва на другому засіданні 8.06.2017 року у Брюсселі про стан соціальних реформ та пенсійної реформи в Україні (https://www.msp.gov.ua/news/13398.html)

4. Проект Закону України „Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження накопичувальної системи загальнообов'язкового державного пенсійного страхування " №6677 у редакції від 24.07.2017 року. (http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62218).

5. Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування: Закон України від 9 липня 2003 року № 1058-IV (за станом на 11 березня 2013 року) [електронний ресурс] // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 49-51. – Ст. 376. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1058-15

6. Про недержавне пенсійне забезпечення: Закон України від 9 липня 2003 року № 1057-IV (за станом на 9 грудня 2012 року) [електронний ресурс] // Відомості Верховної Ради України. – 2003. - № 47-48. – Ст. 372. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1057-15

7. Європейські стандарти пенсійної системи, як визначальні чинники формування соціальної сфери в Україні/ Р.П. Луцький /режим доступу/ http://azov-academy.ucoz.org/publ/stati_i_nauchnye_publikacii_articles_science/evropejski_standarti_pensijnoji_sistemi_jak_viznachalni_chinniki_formuvannja_socialnoji_sferi_v_ukrajini_r_p_luckij/1-1-0-112.

8. Загальна декларація прав людини Прийнята і проголошена резолюцією 217 А (III) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 року/режим доступу/http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015.

МИХАЙЛО САВЧИН,
доктор юр. наук, проф., директор,
НДІ порівняльного публічного права та
міжнародного права
Ужгородського національного університету,
радник Голови Конституційного Суду України (2008-2010)

КОНСТИТУЦІЙНІ ЦІННОСТІ У СИСТЕМАТИЦІ АРГУМЕНТАЦІЇ РІШЕНЬ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ

Реорганізація судової системи вже потроху знищує надмірний юридичний формалізм, який паплюжить ідею справедливості. У цьому процесі неабиякого значення має аргументація юридичних позицій Конституційного Суду, які породжують зміни у сфері законотворення. Але якими мають бути рішення у світлі цінностей конституціоналізму?

Аргументація судових рішень є Ахіллесовою п'ятою вітчизняного правосуддя. Чому? У ньому наразі домінує юридичний формалізм. Деякою мірою картина змінюється в останній час. Це пов'язано із реорганізацією самої судової системи. У цій системі координат особливо важливе і особливе положення посідає саме Конституційний Суд. Його конституційна доктрина має вирішальний вплив на наукову доктрину та усталену практику загальних судів.

Природа конституційних і принципів

Конституційні принципи розглядають як певні універсалії, які забезпечуються засобами правового захисту згідно із конституцією та визначають стандарти та вимоги до законодавства, публічної адміністрації та правосуддя. Про універсалії як морально-політичні засоби легітимації права

писав Іммануїл Кант у своїх працях і розглядав їх як основу досягнення загального миру та формування світового порядку на гуманістичних засадах[1].

Співвідношення між конституційними цінностями та принципами полягає у ступені їх формалізації. Як це відбувається продемонструю на прикладі принципу пропорційності. Як відомо, цей принцип імплементовано у правову систему із німецького адміністративного права транзитом через практику Європейського суду з прав людини. Попри відсутність його конституційного закріплення Конституційний Суд України використовував принцип пропорційності як джерело аргументації, наприклад у рішеннях № 14-рп/2004 у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу, № 15-рп/2004 у справі про призначення судом більш м'якого покарання, № 2-рп/2005 у справі про податкову заставу. До цього принцип пропорційності фрагментарно мав значення при призначенні покарань у кримінальному праві, виходячи із особи правопорушника, обставин, що пом'якшують та обтяжують кримінальну відповідальність. Принцип пропорційності знайшов своє закріплення у Кодексі адміністративного судочинства. Як видно з цього аналізу, жоден правовий акт не наводить визначення фундаментальних принципів права – це завданням доктрини (*opinion juris doctorum*) та конституційної юриспруденції.

До основних рис принципів права належать: 1) надпозитивний характер; 2) конституція як "відкрита" нормативна система визначає абстрактний характер принципів; 3) принципи відображають суспільний консенсус щодо соціальних і духовних благ, які гарантуються конституційним захистом; 4) кореляція між цінностями і принципами, що залежить від структури суспільства і його архетипу; 5) принципи виступають методологічною основою для забезпечення балансу інтересів у суспільстві; 6) принципи є формалізованим вираженням конституційних цінностей.

---

[1] Кант І. *Обґрунтування метафізики моралі*, Київ : Основи, 2006.

Тому йде мова про певну ієрархію цінностей, оскільки цінності-універсалії забезпечуються через певні інструменти – наприклад, поділ влади чи суверенітет. Конституційні цінності першого порядку (цінності-універсалії) визначають тип правосвідомості та властиві будь-якій країні із традиціями конституціоналізму і мають характер правових універсалій, що мають надпозитивну природу. Такі принципи діють незалежно від їх закріплення у позитивному праві, а в разі їх конституційного закріплення, їхній зміст наповнюється через інтерпретацію в доктрині та конституційній юриспруденції. До основоположних конституційних принципів, які набули універсального характеру, належать: 1) гідність людини; 2) свобода; 3) рівність; 4) справедливість; 5) верховенство права; 6) толерантність.

Конституційні цінності інституційного характеру визначають засади конституційного порядку і служать засобами забезпечення цінностей-універсалій. До них належать засади організації публічної влади, критерієм легітимності яких є мистецтво забезпечення публічного інтересу і додержання легітимних підстав для втручання у приватну автономію індивіда.

Нові підходи

On in legendo, sed in intelligendo leges consistent

(закони слід не читати, а розуміти).

Раніше часто серед деяких конституційних суддів було доволі дивне уявлення, що рішення Суду не можна писати, як наукові статті, оскільки вони застосовують закон. Про таких суддів Шарль Луї Монтеск'є говорив, що вони є лише «устами, якими промовляє закон». Тому за таких обставин суддя ніби має лише ретранслювати текст конституції.

Хоча насправді конституція є результатом спільнотворення загальних цінностей і принципів права. І ця система цінностей спрямована на утвердження цінності людини в її гідності. Організація суспільства у державу, що поважає людську гідність, передбачає систему процедур та інститутів, спрямованих на обмеження свавілля держави.

Інше питання, якщо судді відстоюють конституційну догматику. Така ґрунтується на засадах цілісності, коли конституційні положення трактуються в єдності взаємних логічних зв'язків із застосуванням логічних прийомів юридичної аргументації. За таких вимог у тексті конституції не міститься суперечностей. Завданням її інтерпретатора є забезпечення внутрішньої узгодженості, конкордації конституційних положень, виходячи із її загальної мети – утвердження прав людини.

Зі стандарту конкордації конституційних положень випливає вимога додержання засад юридичного силогізму, що передбачає дослідження фактичного та юридичного складу. Лише нещодавно Конституційний Суд відмовився від негативної практики відмови у дослідженні фактичних обставин. Така відмова базувалася на безпідставному міркуванні про те, що факти чогось можуть встановлюватися лише загальними судами. Хоча додержання конституційної процедури прийняття правових актів виступало критерієм їх конституційності, що без фактичного складу неможливо встановити. Двічі Конституційний Суд чітко продемонстрував відмову від цього неправильного підходу при розгляді справ про конституційність мовного та референдумного законів.

Діалог в аргументації

Altissĭma flumina minĭmo sono labuntur

(найглибші ріки течуть з найменшим шумом)

Тому рішення Конституційного Суду потребують ретельної аргументації. Основним критерієм їх обґрунтуваннями служать загальні цінності та принципи права. Існують два основних рівні досягнення суспільної згоди щодо змісту конституційних цінностей та принципів, які служать сутнісним ядром (*essential core*) судового конституційного контролю.

Верифікація певних теоретичних положень досягається через розумність, тобто те, що в англо-американському праві характеризують як reasonability (розумність) та практичну корисність у сенсі ефективного і

дієвого здійснення прав людини. Наукові постулати таким чином досягають своєї функціональної мети у разі досягнення за їх допомогою певного чіткого алгоритму дій. Саме з цих причин вимога належної правової процедури є часто чи не вирішальною щодо визначення того, чи мало місце свавільне втручання держави у сферу приватної автономії індивіда. Змістовним критерієм цього є принцип пропорційності, який згідно із рішенням Конституційного Суду № 5-р/2018 є сутнісним критерієм щодо допустимих меж обмеження прав людини. Як принципи права людини визначають сутнісний зміст (*Wesensgehalt*) здійснення державою обов'язку захисту, яке часто має стосунок до вирішення колізій між правами людини та іншими принципами права, що особливо впливає на діяльність конституційного суду[2].

Сила аргументу має вирішальне значення для рішень Конституційного Суду, який через певну логічну послідовність своїх рішень формує конституційну доктрину, яка зокрема випливає із його повноважень щодо офіційного тлумачення Конституції. Дуже важливим у діяльності Конституційного Суду є зважування та оцінка висновків amicus curiae, які мають репрезентувати основні наукові школи України. У такий спосіб Суд може забезпечити діалог наукових доктрин і на основі зважування їх аргументів ухвалювати збалансовані та виважені рішення, засновані на аналізові фактичного та юридичного складу справи. Особливе значення таке зважування аргументів має при розгляді конституційних скарг.

Глибина, розумність та розсудливість юридичної аргументації надає належної демократичної легітимації Конституційному Суду.

---

[2] Lothar Michael, Martin Morlok, *Grundrechte*, 6. Aufl., Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2017, S. 45-48.

Взірці сучасного конституціоналізму

Tempŏra mutantur, et leges mutantur in illis

(часи змінюються і закони змінюються разом з ними)

З цього випливає певна логіка формулювання конституційної юриспруденції як джерела права в Україні. Конституційна юриспруденція виражає сталі підходи до інтерпретації конституційних цінностей і принципів. На цій методологічній основі теперішній Конституційний Суд будує власну систему аргументацію рішень, яка служить інструментом забезпечення його незалежності серед інших органів влади.

Стаття 92 Закону про Конституційний Суд ввела поняття юридичної позиції, яка є сукупністю певних юридичних положень, які лягають в основу юридичної аргументації рішення Суду.

Тому формування офіційної конституційної доктрини в Україні має таку логіку: 1) формулювання у конкретній справі юридичної позиції; 2) формулювання конституційної юриспруденції, тобто відтворення такої позиції у наступних рішеннях, якщо у справах подібний предмет та обставини; 3) відображення основних положень цих рішень у правилах правових актів, які ухвалюються органами публічної влади.

Також має місце можливість зміни юридичних позицій, яке ще йменують *overruling*, тобто зміни підходів конституційної юстиції з метою: 1) забезпечення ефективного та дієвого захисту прав людини, 2) наявність більш якісних механізму захисту прав людини, які випливають із рішень міжнародних установ, юрисдикцію яких визнала Україна, 3) істотної зміни обставин застосування конституційних положень у світлі структурних змін у суспільстві (досягнення науково-технічного прогресу, особливості економічного розвитку, зміни соціальної та демографічної динаміки тощо), 4) істотної зміни у правовому регулюванні, 5) наявності певної інституційної проблеми, яка заподіює істотної шкоди правам людини та конституційному порядку.

Це вимагає від конституційних суддів бути носіями передових конституційних цінностей і принципів, бути здатними формувати якісно нові і прогресивні для людства конституційні ідеї та доктрини.

Для належного обґрунтування і доступності для загалу рішення Конституційного Суду мають містити три логічні блоки: 1) аналіз нормативної основи справи та її фактичного складу; 2) аналіз юридичних позицій учасників процесу та amicus curie; 3) виклад загальних принципів та докладну аргументацію Суду щодо окремих аспектів конституційності положень правового акту. Натомість наразі суд наводить певну тезу, потім аналіз певного нормативного матеріалу, а потім наводить коротко аргументацію.

Завданням Конституційного Суду є утвердження конституційної демократії у світлі поваги до людської гідності, свободи, рівності та верховенства права.

Розумність і передбачуваність у рішеннях конституційних судів та їх вплив на практику загальних судів

Насамкінець, як мають загальні суди застосовувати положення Конституції як норми прямої дії?

Є три критерії вирішення цього питання.

Насамперед, може мати місце безпосереднє застосування загальним судом конституційного положення у разі, коли воно викладено чітко, визначено і воно не потребує бодай якоїсь конкретизації у законі.

Далі, має місце пряма дія положень Конституції, яким надана офіційна інтерпретація Конституційним Судом.

Найскладнішим є питання щодо алгоритму дії загального суду, коли при розгляді справи існує суперечність Конституції положень закону, яке цей суд має застосувати, що істотно впливає на суть його рішення.

Тому візьмемо до прикладу статтю 7.4 КАС. Мені складно уявити, що загальний суд у сенсі статті 7.4(2) КАС може ухвалити рішення по суті.

Скоріше тут є ситуація прийняття ухвали про зупинення розгляду справи по суті, до вирішення Конституційним Судом питання про конституційність закону, що має застосувати цей суд. Верховний Суд має ухвалити рішення про звернення до Конституційного Суду із відповідним конституційним поданням, інакше його дії будуть розглядатися як порушенням Конституції – свавільним обмеження доступу приватної особи до конституційного судочинства.

Чому це так? Це випливає із класичної дилеми *supremacy of parliament* (верховенства парламенту) *vs judicial review* (судового конституційного контролю). Суд загальної юрисдикції є зв'язаний законом як акта парламенту, який репрезентує загальну волю. З другого боку, законодавець зв'язаний конституційним ладом, а тому у разі надмірного обмеження прав людини акти парламенту можуть бути визнані неконституційними.

За яких обставин загальний суд може ставити питання про конституційність закону перед Конституційним Судом? Основним критерієм тут має служити розумність (*reasonability*) і передбачуваність (*foreseeability*) закону. Згідно із засадами розумності положення законів мають бути придатними до застосування і не створювати надмірних обмежень та обтяжень у здійсненні прав і свобод людини, заперечуючи їх сутнісний зміст.

Вимоги передбачуваності встановлюють такі стандарти формулювання закону, за яких особа могла планувати та передбачувати наслідки своєї діяльності без надмірних обмежень та обтяжень. Тому і правозастосування не має бути надмірно формальним, свавільним та довільним (*arbitrary*).

Таким чином, у контексті конституційних цінностей, стосовно яких існує консенсус щодо втілення засад обмеженого правління, аргументація рішень конституційних судів має відповідати вимогам розумності, передбачуваності права та юридичної визначеності.

Шахбазян К.С.
Центр досліджень інтелектуальної власності
та передачі технологій НАН України,
к.ю.н., учений секретар

УГОДА ПРО АСОЦІАЦІЮ МІЖ УКРАЇНОЮ ТА ЄС: ПОЛОЖЕННЯ ЩОДО НАБЛИЖЕННЯ НАЦІОНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА У СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ДО ЗАКОНОДАВСТВА ЄС

Підписання у 2014 р. Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами є важливим етапом розвитку українського суспільства[1].

Цілями асоціації є також підтримка зусиль України з поступової адаптації її законодавства до *acquis* ЄС (ст. 1)[2].

Окрема глава 9 розділу IV «Торгівля і питання, пов'язані з торгівлею» Угоди - «Інтелектуальна власність» містить значний обсяг норм актів ЄС у сфері інтелектуальної власності. Зокрема, актуальними є наступні питання:

— положення глави 9 та інших розділів Угоди, що пов'язані з питаннями інтелектуальної власності, — чи охоплюють вони всі норми *acquis* у сфері інтелектуальної власності чи ні;

— чи містять положення Угоди нові норми щодо охорони інтелектуальної власності, що відсутні у *acquis* ЄС;

— чи містить Угода механізм, що передбачає наближення законодавства України до нових актів ЄС, прийнятих після підписання Угоди;

---

[1] Політичну частину угоди було підписано 21 березня 2014 року. Економічну частину угоди підписано 27 червня 2014 року.

[2] Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. Угоду ратифіковано Законом України № 1678-VII від 16.09.2014.

— чи містить Угода механізм врахування, при застосуванні оновленого відповідно до актів ЄС національного законодавства, рішень Суду ЄС з тлумачення положень актів ЄС;

Відзначимо, що вимоги Угоди про асоціацію з наближення законодавства України до законодавства ЄС бажано розглядати і в аспекті діяльності у контексті Закону України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу», а також діючої раніше Угоди про партнерство та співробітництво між Україно та ЄС.

Преамбула Угоди визначає, що Сторони бажають досягнути економічної інтеграції у тому числі «за допомогою широкої регуляторної адаптації»; визнають, що «поглиблена і всеохоплююча зона вільної торгівлі, пов'язана з процесом широкомасштабної адаптації законодавства, буде сприяти подальшій економічній інтеграції до внутрішнього ринку ЄС, як це передбачено цією Угодою»; зобов'язуються «забезпечувати поступову адаптацію законодавства України до *acquis* ЄС відповідно до напрямів, визначених у цій Угоді, та забезпечувати ефективне її виконання». Цілі асоціації включають «підтримувати зусилля України стосовно завершення переходу до діючої ринкової економіки, у тому числі шляхом поступової адаптації її законодавства до *acquis* ЄС» (ст. 1(2)).

У контексті аналізу вимог глави 9 «Інтелектуальна власність» розділу IV порівняємо положення глави 9 та інших секторів, охоплених цим розділом.

Так, передбачається наближення законів України та ЄС щодо санітарних та фітосанітарних заходів відповідно до актів ЄС та строків їх імплементації, визначених у Додатку V до Угоди (ст. 59, 64). При цьому «сторона ЄС має завчасно інформувати Україну про внесення будь-яких змін до законодавства Сторони ЄС, щоб надати Україні можливість внести відповідні зміни до свого законодавства» (ст. 67).

Щодо законодавства у секторах: фінансові послуги, телекомунікаційні послуги, поштові та кур'єрські послуги, послуги з міжнародних морських перевезень — додаток XVII до Угоди визначає загальні вимоги з наближення законодавства у цих секторах. Вказується, що регламент (або рішення ЄС) має «стати, як такий, частиною національного законодавства України; відносно директиви — за компетентними органами України залишається право вибору форми та способу його імплементації (ст. 2(2) додатку XVII).

До набуття повного режиму внутрішнього ринку в конкретному секторі Сторона ЄС інформуватиме Україну та Комітет з питань торгівлі на постійній основі у письмовій формі про всі нові законодавчі акти або зміни до законодавства ЄС у конкретному секторі. Торговельний комітет протягом 3 місяців має додати нові або доповнені акти ЄС до додатків до Угоди, визначити орієнтовний період їх імплементації з зобов’язаннями України транспонувати законодавство до своєї національної правової системи відповідно до статті 2 (2). Імплементація актів ЄС є предметом постійної оцінки та моніторингу відповідно до Доповнення XVII-6 (ст. 4).

Механізм повідомлення про нові акти та зобов’язанні України у визначені строки здійснити їх транспонування визначається й після надання повного режиму внутрішнього ринку у конкретному секторі (ст. 5).

Важливими є положення ст. 6 «Тлумачення», що визначає, що положення Додатку XVII та Доповнень до Додатку «при їхній імплементації та застосуванні повинні тлумачитись згідно з відповідними рішеннями Суду Європейського Союзу» (ст. 6).

Доповнення до Додатку містять правила, що застосовуються до фінансових, телекомунікаційних та інших послуг з визначенням відповідних директив та регламентів ЄС та строків їх імплементації.

Для законодавства у сфері конкуренції зазначається, що при адаптації законодавства «належна увага повинна приділятися відповідному

прецедентному праву Європейського Суду та імплементаційним заходам Європейської Комісії, а також, якщо в цьому виникне необхідність, будь-яким змінам в *acquis* ЄС, що відбуватимуться в той самий час». Європейська Комісія повідомляє Україні без невиправданої затримки про будь-які зміни в *acquis* ЄС. Комісія надаватиме відповідні консультації й технічну допомогу з метою впровадження таких змін (ст. 153).

Парадоксом є, що у главі 9 (цілі глави, характер і сфера зобов'язань, ст. 157, 158 тощо) на відміну від інших розділів Угоди про асоціацію відсутні власне зобов'язання України здійснювати наближення законодавства до законодавства ЄС у сфері інтелектуальної власності. Також не наведено, за виключенням географічних зазначень – переліку актів ЄС, до яких здійснюється адаптація.

Також слід зазначити, що загальним для всіх розділів Угоди є механізм, визначений ст. 463 Угоди стосовно компетенції Ради асоціації відповідно до мети поступового наближення законодавства України до права Союзу:

— бути форумом для обміну інформацією про законодавчі акти України та Європейського Союзу, як чинні, так і ті, що перебувають на стадії підготовки, а також про заходи з їх виконання, впровадження та дотримання;

— із цією метою — актуалізувати або вносити поправки до Додатків до цієї Угоди, враховуючи розвиток права ЄС і застосовних стандартів, які визначені у міжнародних документах та, на думку Сторін, безпосередньо стосуються цього, без шкоди для будь-яких конкретних положень, включених до Розділу IV («Торгівля і питання, пов'язані з торгівлею») цієї Угоди.

Глава 9 «Інтелектуальна власність» розділу IV на відміну інших глав цього розділу, а також інших розділів Угоди замість відсилання до додатків до Угоди з переліком актів ЄС, що мають бути імплементовані у законодавство України та строків наближення законодавства, містить вибрані розробниками Угоди норми актів ЄС у сфері інтелектуальної власності зі спільними зобов'язаннями сторін з їх дотримання.

Аналіз положень Угоди та відповідних положень актів ЄС свідчить, що в деяких випадках в Угоді не знайшли відображення положення актів ЄС, на наш погляд, актуальні для України. В певних випадках надана інша редакція норм, ніж викладено в актах ЄС.

Головне — відсутність у главі чи додатках до цієї глави прямих зобов'язань України здійснювати наближення законодавства України до законодавства ЄС у сфері інтелектуальної власності. Також відсутні зобов'язання Сторони ЄС надавати Україні інформацію щодо прийнятих нових актів ЄС. Відсутні вказівки на механізм імплементації положень глави 9 до законодавства України. Так, положення глави становлять вибрані норми директив та регламенту ЄС. Проте первинне законодавство ЄС передбачає різні механізми застосування регламентів та директив державами-членами (ст. 94, 95, 249 ДЗЄС).

Вказане визначається й для певних сфер дії Угоди. Так, у випадку фінансових, телекомунікаційні та інших послуг Угода (ст. 109–138) передбачає окремі механізми через які регламенти та директиви ЄС стають «частиною національного законодавства України», залишаючи щодо директив – за компетентними органами України право вибору форми та способу їх імплементації (ст. 2(2) додатку XVII).

Таким чином, Угода не вирішує однозначно питання щодо прямої дії положень глави 9.

Також відсутні зобов'язання України здійснювати наближення законодавства до нових актів ЄС у сфері інтелектуальної власності, як це визначене для певних інших напрямків Угоди.

На відміну від інших напрямків Угоди — не визначений є механізм тлумачення положень глави 9. Проте саме для сфери інтелектуальної власності характерним є інтенсивна судова практика Суду ЄС та значна кількість рішень

з тлумачення положень директив та регламентів ЄС у тому числі, відображених у главі 9.

Щодо компетенції Ради асоціації — актуалізувати або вносити поправки до Додатків до цієї Угоди (ст. 463) — вказане відноситься до внесення поправок до Додатків, проте саме для глави 9, за виключенням географічних зазначень, такі додатки для глави 9 не прийняті. Таким чином слід лише гадати дії Ради у цьому випадку.

Найбільш суттєвим є те, що вже сьогодні положення глави 9 вже певною мірою застаріли. В них не відображені положення директив щодо охорони торговельних марок (2015/2436), сирітських творів (2012/28/ЄС), колективного управління (2014/26/ЄС), охорони комерційної таємниці (2016/943).

Також – в Угоді не знайшов відображення механізм участі України у системі єдиного європейського патенту та приєднання України до Європейської патентної конвенції, що є неодмінною умовою вступу до ЄС, а також приведення патентного законодавства у відповідність до конвенції.

Крім того, законодавство ЄС відноситься до сфери, що інтенсивно змінюються та розвивається. Яким чином будуть діяти Сторони Угоди, якщо актами ЄС вносяться зміни, які будуть суперечити положенням глави 9 ?

Враховуючи, що єдиним шляхом змін положень Угоди є внесення до неї змін з наступною ратифікацією — вказане обумовлює значні складнощі оновлення положень Угоди та ставить питання для вирішення.

Слід вказати, що більшість із зазначених складнощів дозволяла уникнути Угода про партнерство та співробітництво між Україною та ЄС.

Положення Угоди з зобов’язань України «удосконалювати захист прав на інтелектуальну власність для того, щоб до кінця п’ятого року після набуття чинності Угодою забезпечити рівень захисту, аналогічний до існуючого в Спільноті, включаючи ефективні засоби забезпечення дотримання таких прав», разом з Законом України «Про Загальнодержавну програму адаптації

законодавства України до законодавства ЄС» дозволяли вирішувати питання наближення законодавства України до нових актів ЄС, а також зобов'язували при адаптації законодавства брати до уваги й рішення Суду ЄС.

Розглядаючи вказане в цілому, слід зазначити, що наведення в Угоді з Україною, а також в аналогічному форматі в Угодах про асоціацію з Молдовою та Грузією безпосередньо вибраних положень актів ЄС без застережень щодо врахування нових актів ЄС, механізмів імплементації, тлумачення, розгляду суперечок є, на наш погляд таким рішенням, що зумовлює значні складнощі імплементації та застосування положень Угоди з охорони інтелектуальної власності у порівнянні з іншими сферами дії Угоди.

Розглянемо повноту відображення у Угоді норм директив та регламентів ЄС у сфері інтелектуальної власності.

Авторське право і суміжні права

Аналіз актів ЄС та положень Угоди свідчить, що Підрозділ 1 «Авторське право та суміжні права» Угоди містить окремі положення директив:

— 2006/116/ЄС про строк охорони авторського права і деяких суміжних прав (кодифікований текст) (ст. 162–167 Угоди);

— 2006/115/ЄС про право на прокат, право на позичку та деякі суміжні права у сфері інтелектуальної власності (кодифікований текст) (ст. 169–172, 178, 179);

— 2001/29/ЄС про гармонізацію певних аспектів авторського права та суміжних прав у інформаційному суспільстві (ст. 173–177);

— 2009/24/ЄС про правову охорону комп'ютерних програм (кодифікований текст) (ст. 180–184);

— 96/9/ЄС про правову охорону баз даних (ст. 185–189);

— 2001/84/ЄС про право слідування на користь автора оригінального твору мистецтва (ст. 190);

— 93/83/ЄЕС про координацію деяких положень авторського права і суміжних прав за застосування їх до супутникового мовлення та кабельної ретрансляції (ст. 191, 192).

Крім того надана загальна стаття (ст. 168) щодо співробітництва у сфері колективного управління правами з зазначенням, що «сторони визнають необхідність того, щоб їхні відповідні організації колективного управління досягли високого рівня ефективності та прозорості при виконанні своїх завдань».

У Угоді чи рішеннях Ради асоціації не знайшли відображення положення директиви 2012/28/ЄС про деякі дозволені використання сирітських творів, директиви 2014/26/ЄС про колективне управління авторським правом і суміжними правами та мультітериторіальне ліцензування прав на музичні твори для використання онлайн на внутрішньому ринку, а також, у якості цілі — врахування у законодавстві України викликів цифрового середовища та запровадження відповідних стандартів охорони авторського права в ЄС.

Щодо повноти відображення у Підрозділі 1 «Авторське право» положень актів ЄС зазначимо таке.

Гармонізація певних аспектів авторського права та суміжних прав у інформаційному суспільстві. У статтях 173–177, а також ст. 171 Угоди надані вибрані положення Інформаційної директиви: ст. 2 директиви (ст. 173 Угоди); ст. 3 (ст. 174 Угоди); ст. 4 (ст. 171); ст. 5 «Винятки та обмеження» (у ст. 175 Угоди наведені окремі положення); ст. 6 «Зобов'язання, пов'язані з технологічними заходами» (у ст. 176 – наведені окремі положення); ст. 7 (ст. 177 Угоди).

Із значної кількості винятків та обмежень права на відтворення та права на оприлюднення творів та доведення до загального відома – в Угоді наведено у частині першої ст. 5 директиви лише виняток, що стосується можливості дій з тимчасового відтворення творів або іншого об'єкту, що охороняється.

Аналіз винятків та обмежень частин другої та третьої ст. 5 Інформаційної директиви наводився в ряді публікацій з висновком доцільності врахування в Україні ряду виключень, визначених директивою, додатково до випадків вільного користування, зазначених у ст. 21–25 Закону України «Про авторське право і суміжні права»[3].

З нашої точки зору, відсутність в Угоді визначення переліку винятків ст. 5, що призначені для застосування саме в інформаційному суспільстві та могли б бути застосовані в Україні, є вадою Угоди та не сприяє розвитку економіки знань аналогічно ЄС та сучасним інформаційним відносинам в Україні.

В Угоді не наведено також положення частини третьої ст. 3 директиви, що будь-який акт публічного сповіщення або надання доступу до загального відома не може призвести до вичерпання права публічного сповіщення та доведення до загального відома.

Випущено частину четверту ст. 6 директиви «Зобов'язання, пов'язані з технологічними заходами», що містить важливе положення щодо запобігання зловживання технічними засобами захисту та зобов'язує держави-члени вживати заходи для того, щоб суб'єктами прав були надані користувачам винятки та обмеження стосовно приватного користування, спеціальних дій з відтворення бібліотеками, освітніми засобами, музеями, архівами; збереження короткочасних записів творів в архівах організаціями мовлення на підставі винятково їхнього документального значення; відтворень передач, що здійснюються соціальними закладами; освітніх та або науково-

---

[3] Капіца Ю., Ступак С. Авторське право та суміжні права в інформаційному суспільстві //Юридична Україна.— 2006.—№ 8.— С. 8–12. Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавство України /За редакцією Ю.М. Капіци: кол. авторів: Ю.М. Капіца, С.К. Ступак, В.П. Воробйов та інш.— К.: Видавничий Дім "Слово", 2006. — С. 157–158.

дослідних цілей; в інтересах осіб з обмеженими фізичними можливостями; громадської безпеки або адміністративних, парламентських або судових процедур тощо.

Але, в цілому, варто підкреслити, що охорона інтелектуальної власності (ІВ) визначена в якості одного з пріоритетів української влади, будучи одним з фокусів Угоди про асоціацію між Україною та ЄС. У жовтні 2017 року Кабінет міністрів затвердив План заходів з виконання Угоди про асоціацію Україна-ЄС[4], в проекті якого на сферу інтелектуальної власності припадало понад 130 завдань, кінцевий термін виконання яких визначений до кінця 2023 року.

А вже в кінці лютого 2018 р. відбулася публічна презентація звіту уряду про виконання Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом у 2017 році[5]. Що стосується тематичних питань, то експерти традиційно зосередили увагу на таких сферах, як технічні бар'єри в торгівлі, санітарні та фітосанітарні заходи тощо. При цьому питання захисту і охорони прав інтелектуальної власності залишилися без уваги громадськості, експертів і влади.

[4] Уряд затвердив План заходів з виконання Угоди про асоціацію -https://www.kmu.gov.ua/ua/news/250372542

[5] Звіт уряду про виконання Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом у 2017 році - https://www.kmu.gov.ua/storage/app/media/uploaded-files/pro-vikonannya-ugodi-pro-asotsiatsiyu-mizh-ukrainoyu-ta-evropeyskim-soyuzom-za-2017-rik.pdf