

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО



Наталія Блажівська

кандидат юридичних наук,
докторант Інституту законодавства Верховної Ради України
(м. Київ, Україна)
nblazhivska@gmail.com

УДК 347.121.2

ЗАХИСТ ГУДВІЛУ ТА КЛІЕНТУРИ ВІДПОВІДНО ДО ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

АНОТАЦІЯ. Доба інформаційного суспільства та сучасний рівень глобалізації надає невідомого досі значення нематеріальним активам, подекуди навіть більш вагомому, ніж значення матеріальних активів. Це зумовлює необхідність створення та вдосконалення правових конструкцій володіння і користування такими активами, а також їх захисту від протиправного втручання. Це повною мірою стосується закріплення права на гудвіл і клієнтуру, їх цивільно-правового захисту.

Метою статті є дослідження поняття, підстави та умови захисту гудвілу й клієнтуру відповідно до практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ).

Встановлено, що практика ЄСПЛ щодо визнання таких нематеріальних активів, як гудвіл та клієнтура, майном у розумінні ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод є достатньо усталеною. З'ясовано, що практика ЄСПЛ визнає право на гудвіл (клієнтуру) незалежно від його формального закріплення на рівні національного законодавства. Суб'єктами такого права можуть бути як фізичні, так і юридичні особи, які здійснюють певний вид професійної та (або) підприємницької діяльності, яка приносить їм прибуток. Перелік видів такої діяльності не є вичерпним і може бути продовжений. Виникнення права на гудвіл (клієнтуру) може бути обумовлене як об'єктивними (тривале здійснення відповідної діяльності; набуття спеціального правового статусу; отримання передбачених законом ліцензій та дозволів), так і суб'єктивними (власне ділова репутація суб'єкта) факторами. Доведено, що практика ЄСПЛ виділяє такі умови захисту гудвілу: заявник повинен володіти певним рівнем гудвілу; заявник повинен мати можливість використовувати свій гудвіл при здійсненні конкретного виду діяльності; слід встановити факт протиправного втручання у право заявника на володіння та користування своїм гудвілом; таке втручання призвело до заподіяння заявнику майнової шкоди. Проаналізовані способи захисту "гудвілу", якими можуть бути як відшкодування майнової шкоди, так і компенсація моральної шкоди.

© Наталія Блажівська, 2018

Оскільки практика ЄСПЛ застосовується як джерело права в Україні, то гудвіл та (або) клієнтура повинні забезпечуватись цивільно-правовим захистом. Допоки право на гудвіл та (або) клієнтуру формально незакріплено на рівні національного законодавства, можливість володіння, користування гудвілом та (або) клієнтурою, їх захист повинен визнаватись охоронюваним законом інтересом.

Ключові слова: гудвіл; клієнтура; ділова репутація; практика Європейського суду з прав людини.

Доба інформаційного суспільства та сучасний рівень глобалізації надають невідомого досі значення нематеріальним активам, подекуди навіть більш вагомому, ніж значення матеріальних. Це зумовлює необхідність створення і вдосконалення правових конструкцій володіння та користування такими активами, а також їх захисту від протиправного втручання. Це повною мірою стосується закріплення права на гудвіл і клієнтуру та їх цивільно-правового захисту. Вони вже ставали предметом наукових досліджень у межах вітчизняної цивілістики. Зокрема, у працях українських учених гудвіл та (або) клієнтура вивчалися у контексті: співвідношення з особистим немайновим правом на репутацію (Р. Стефанчук, М. Галянтич, І. Коваль); місця в системі прав на мирне володіння майном (Н. Кузнецова); оцінки нематеріальних об'єктів (А. Науменко); співвідношення з іншими майновими благами, зокрема й нематеріальними активами (Ю. Ходико, О. Сімсон, А. Гусь) тощо. Однак сьогодні відсутнє комплексне цивілістичне дослідження гудвілу та клієнтури.

Мета дослідження полягає у дослідженні поняття, підстави та умов захисту гудвілу й клієнтури відповідно до практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ).

Сьогодні практика ЄСПЛ щодо визнання таких нематеріальних активів, як гудвіл та клієнтура, майном у розумінні ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) є достатньо усталеною. Так, одним із перших рішень, які цього стосувалися, було рішення у справі “*Van Marle and others v. The Netherlands*”¹. У ній державні органи відмовили заявникам у реєстрації їх як сертифікованих аудиторів, незважаючи на те, що заявники тривалий час провадили таку діяльність до прийняття у 1972 р. закону, яким було вперше регламентовано аудиторську практику й запроваджено реєстрацію аудиторів. Заявники стверджували, що відмова в реєстрації призвела до зменшення прибутків і зниження вартості гудвілу їхньої аудиторської практики. ЄСПЛ визнав, що право на заняття професійною аудиторською діяльністю може бути уподібнене правам, гаранто-

¹ Van Marle and others v. The Netherlands: Court (Plenary) Judgment (Merits). 26.06.1986. App. No 8543/79, 8674/79, 8675/79 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57590>> accessed 1 April 2018.

ваним ст. 1 Першого протоколу, оскільки, здійснюючи таку діяльність, заявники формували клієнтуру. У цій же справі ЄСПЛ, всупереч позиції держави-відповідача про те, що в національному праві не існує такого інституту, як “право на гудвіл”, визнав обґрунтованими твердження, що в результаті відмови заявникам у видачі ліцензії завдано шкоди їх бізнесу внаслідок зниження вартості гудвілу.

ЄСПЛ також неодноразово визнавав наявність гудвілу та клієнтури у заявників, які здійснюють адвокатську діяльність. Вперше такий правовий висновок було зроблено у справі “*Döring v. Germany*”². Так, було встановлено, що заявник, розпочавши та успішно розвинувши свою адвокатську практику, створив клієнтуру; це багато в чому мало характер приватного права та становило актив і, відповідно, майно у розумінні ст. 1 Першого протоколу. Розвиваючи це положення, ЄСПЛ уточнив, що не має значення, чи заявники набули майно, скориставшись виключним правом (наприклад, виключним правом представництва інтересів клієнтів у судах апеляційної інстанції), або безпосередньо через свою власну діяльність. Якщо справа стосується захисту виключних прав, передбачених законом, Конвенція застосовується тоді, коли такі права призводять до правомірного очікування на отримання певного майна. Саме така ситуація мала місце у справі “*Wendenburg and Others v. Germany*”³.

Здійснення професійної діяльності в сфері медичної практики також визнається у практиці ЄСПЛ такою, що створює охоронюваний законом інтерес, який може розглядатись як майно в розумінні ст. 1 Першого протоколу. Вперше такий правовий висновок був сформульований у справі “*Karni v. Sweden*”⁴ та пізніше підтверджений у справі “*Malik v. The United Kingdom*”⁵. Крім того, у справі “*Oklešen and Pokopališko Pogrebne Storitve Leopold Oklešen S.P. v. Slovenia*”⁶ гудвіл був визнаний за заявником, який надавав ритуальні послуги. Остання справа цікава також тим, що володільцем гудвілу було визнано не так юридичну особу, яка безпосередньо надавала такі послуги, як її єдиного засновника.

² *Döring v. Germany*: Court (Fourth Section) Decision. 09.11.1999. App. No. 37595/97 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5642>> accessed 1 April 2018.

³ *Wendenburg and Others v. Germany*: Court (Third Section) Decision. 06.02.2003. App. No. 71630/01 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23337>> accessed 1 April 2018 .

⁴ *Karni v. Sweden*: Commission Decision. 08.03.1988. App. No. 11540/85 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202>> accessed 1 April 2018.

⁵ *Malik v. The United Kingdom*: Court (Fourth Section) Judgment (Merits and Just Satisfaction). 13.03.2012. App. No. 23780/08. URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109541>> accessed 1 April 2018.

⁶ *Oklešen and Pokopališko Pogrebne Storitve Leopold Oklešen S.P. v. Slovenia*: Court (Third Section) Judgment (Merits and Just Satisfaction). 30.11.2010. App. No. 35264/04 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101988>> accessed 1 April 2018.

Окремо від згаданих слід виділити справу “*Iatridis v. Greece*”⁷. Відповідно до обставин справи у 1989 р. у заявника вилучили орендований ним із 1978 р. кінотеатр, неправомірність чого згодом підтвердив національний суд. Спірний заклад отримала міська рада, яка продовжила його використання, натомість заявник не заснував у відповідному районі жодного іншого кінотеатру. При розгляді питання про порушення прав, гарантованих ст. 1 Першого протоколу у рамках справи “*Iatridis v. Greece*”⁸, ЄСПЛ взяв до уваги ті факти, що заявник упродовж тривалого часу (11 років) управляв кінотеатром на підставі договору оренди, внаслідок чого ним була сформована клієнтура, що у багатьох відношеннях має характер прав приватних осіб й утворює актив, а отже, і майно за визначенням ст. 1 Першого протоколу. Особливість цієї справи полягає у такому. На відміну від усіх попередніх справ, де клієнтура мала визначений характер, у справі “*Iatridis v. Greece*” клієнтура поширювалася на невизначене коло осіб, яке може бути конкретизовано лише як “переважно місцеві жителі”. Також майнова цінність такої клієнтури була пов’язана найімовірніше не з заявником, а з орендованим ним приміщенням, де він здійснював кінематографічну діяльність із демонстрування фільмів.

Отже, практика ЄСПЛ визнає право на гудвіл (клієнтуру) незалежно від його формального закріплення на рівні національного законодавства. Суб’єктами такого права можуть бути як фізичні, так і юридичні особи, які здійснюють певний вид професійної та (або) підприємницької діяльності, яка приносить їм прибуток. Перелік видів такої діяльності не є вичерпним та може бути продовжений. Виникнення права на гудвіл (клієнтуру) може бути обумовлене як об’єктивними (тривале здійснення відповідної діяльності; набуття спеціального правового статусу; отримання передбачених законом ліцензій та дозволів), так і суб’єктивними (власне ділова репутация суб’єкта) факторами.

Вказана практика ЄСПЛ вже отримала своє застосування судами України. Для прикладу можна навести Постанову Верховного Суду від 2 березня 2018 р. у справі № 814/1743/17⁹. У цьому рішенні Верховний Суд, погоджуючись із висновком суду апеляційної інстанції, вказав, що:

Законне право позивача на здійснення зовнішньоекономічної діяльності в частині отримання дозволів на переміщення судна у митний режим на переробку становить його активи, стосовно яких позивач мав законне сподівання на отримання можливості ефективно здійснити своє майнове

⁷ *Iatridis v. Greece*: Court (Grand Chamber) Judgment (Merits and Just Satisfaction). 25.03.1999. App. No 31107/96 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58227>> accessed 1 April 2018.

⁸ Там само.

⁹ Постанова Верховного Суду від 2 березня 2018 р. у справі № 814/1743/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72551817> (дата звернення: 01.04.2018).

право, що також стосується як і здійснення господарської діяльності, так і “гудвілу” (*goodwill*)¹⁰.

Посилаючись на рішення ЄСПЛ у справі “*Van Marle and others v. The Netherlands*”¹¹, Верховний Суд визнав, що діяльність позивача підпадає під захист статті 1 Протоколу Першого Європейської Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, які стосується як і здійснення господарської діяльності, так і “гудвілу” (*goodwill*)¹².

ЄСПЛ не робить чіткого розмежування між поняттями “репутація”, “гудвіл” та “клієнтура”, крім того, по-різному їх використовує: поняття “репутація” використовує тоді, коли мало місце порушення ст. 8 Конвенції і не було необхідності розглядати спір у світлі ст. 1 Першого протоколу (“*Niemietz v. Germany*”¹³); використовує окремо поняття “гудвіл” або “клієнтура” (“*Iatridis v. Greece*”¹⁴); використовує поняття “гудвіл” та “клієнтура” як взаємозамінні поняття (“*Buzescu v. Romania*”¹⁵); використовує поняття “репутація”, “гудвіл” та “клієнтура” як взаємопов’язані поняття, коли гудвіл розглядається як благо, яке виникло з набутої за тридцять років медичної практики репутації та клієнтури (“*Malik v. the United Kingdom*”¹⁶). Тому важливим є з’ясувати розуміння досліджуваних понять на рівні національного законодавства, практики його застосування та вітчизняної правничої науки.

Термін “гудвіл” отримав законодавче закріплення. Так, ст. 14.1.40 Податкового кодексу України (далі – ПКУ України)¹⁷ визначає:

Гудвіл (вартість ділової репутації) – нематеріальний актив, вартість якого визначається як різниця між ринковою ціною та балансовою вартістю активів підприємства як цілісного майнового комплексу, що виникає в результаті використання кращих управлінських якостей, домінуючої позиції на ринку товарів, послуг, нових технологій тощо¹⁸.

Гудвіл як нематеріальний актив підлягає бухгалтерському обліку відповідно до Положення (стандарт) бухгалтерського обліку 19 “Об’єднання підприємств”, затвердженого наказом Міністерства фінансів України

¹⁰ Постанова Верховного Суду (н 9).

¹¹ *Van Marle and others v. The Netherlands* (н 1).

¹² Постанова Верховного Суду (н 9).

¹³ *Niemietz v. Germany*: Court (Chamber) Judgment (Merits and Just Satisfaction). 16.12.1992. App. No. 13710/88 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57887>> accessed 1 April 2018.

¹⁴ *Iatridis v. Greece* (н 7).

¹⁵ *Buzescu v. Romania*: Court (Second Section) Judgment. 24.05.2005. App. No. 61302/00 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69120>> accessed 1 April 2018.

¹⁶ *Malik v. The United Kingdom* (н 5).

¹⁷ Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2755-17/print1467264005350874> (дата звернення: 01.04.2018).

¹⁸ Там само.

від 7 липня 1999 р. № 163¹⁹. Вказане Положення визначає гудвіл як ‘перевищення вартості придбання над часткою покупця у справедливій вартості придбаних ідентифікованих активів, зобов’язань і непередбачених зобов’язань на дату придбання’²⁰. Однак при цьому слід брати до уваги, що поняття, установлені податковим законодавством, застосовуються виключно для регулювання відносин, що виникають у сфері справляння податків і зборів (статті 1, 5 ПК України²¹). Тому вказані визначення не можуть бути застосовані при регулюванні приватних відносин, зокрема й за аналогією закону. Це підтверджується і правовою позицією, прийнятою Вищим господарським судом України, відповідно до якої у разі відсутності у суб’єкта господарювання бухгалтерського обліку гудвілу як нематеріального активу такий суб’єкт господарювання не позбавлений права доводити розмір грошового еквіваленту пониження ділової репутації іншими доказами²².

У вітчизняній доктрині цивільного права відсутнє загальновизнане розуміння співвідношення понять “репутація” та “гудвіл”. Аналіз наукових праць дає можливість виокремити чотири різні підходи.

Представники першого з них фактично ототожнюють ці поняття. Зокрема, М. Галянтич і Г. Коваленко не розмежовують ділову репутацію та гудвіл і розуміють під ними комплекс заходів, спрямованих на збільшення прибутку підприємства без відповідного збільшення активних операцій, включаючи використання найкращих управлінських здібностей, домінуючу позицію на ринку продукції (робіт, послуг), нові технології²³. Недоліком цього підходу є те, що його автори не враховують різну правову природу вказаних об’єктів, а саме немайновий характер репутації та майновий характер гудвілу.

Відповідно до другого підходу гудвіл включає у себе ділову репутацію. Так, А. Науменко стверджує, що поняття “гудвіл” значно ширше за поняття “ділова репутація”²⁴. Цей підхід наділений таким самим недоліком, що й перший. Крім того, таке співвідношення гудвілу та репутації, на нашу думку, не може бути підтриманим, оскільки пояснює лише те, що

¹⁹ Положення (стандарт) бухгалтерського обліку 19 “Об’єднання підприємств”, затверджений наказом Міністерства фінансів України від 7 липня 1999 р. № 163. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0499-99> (дата звернення: 01.04.2018).

²⁰ Там само.

²¹ Податковий кодекс України (н 17).

²² Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства про інформацію: інформаційний лист Вищого господарського суду України від 28 березня 2007 р. № 01-8/184. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v_184600-07 (дата звернення: 01.04.2018).

²³ М. Галянтич та Г. Коваленко, ‘Честь, гідність і ділова репутація. Цивільно-правові проблеми захисту немайнових прав’ [2000] 20(442) Закон і бізнес 10.

²⁴ А. Науменко, ‘Правові аспекти визначення та класифікації нематеріальних активів як об’єктів оцінки’ (2013) 3 Актуальні питання публічного та приватного права 52.

вартість гудвілу визначається не тільки діловою репутацією суб'єкта, а й іншими нематеріальними активами.

Третій підхід, представлений у працях Ж. Нора, розкриває різницю між діловою репутацією та гудвілом лише в тому, що стосовно першого поняття оцінка розглядається відносно соціальних явищ, людської діяльності, а щодо другого поняття оцінку складає ціна, грошове відбиття вартості, тож обидва вони є сторонами одного явища²⁵. Таке пояснення видається дещо спрощеним, не враховує усю складність взаємозв'язку репутації та гудвілу.

Найбільш обґрунтованим, на наше переконання, є четвертий підхід, згідно з яким репутація та гудвіл розглядаються як взаємопов'язані, але нетотожні поняття. Так, на думку Р. Стефанчука, гудвіл наділений такими ознаками, які просто не притаманні діловій репутації як особистому немайновому благу особи, яка є непередаваною, невідчужуваною. Натомість ділова репутація є “чистим” немайновим благом особи, незважаючи на всі майнові впливи (вартість витрат на створення іміджу, вартість ділових зв'язків, вартість майбутніх, наразі неохоронених доходів, тощо)²⁶. При цьому дослідники обґрунтовують зв'язок ділової репутації та гудвілу, відповідно до якого ділову репутацію слід вважати чинником, що впливає на утворення і вартість гудвілу. Зокрема, І. Коваль доходить висновку, що ділова репутація тісно пов'язана з нематеріальним активом – гудвілом. Науковець доводить, що ділова репутація і гудвіл відрізняються за своєю природою та моментом виникнення. Ділова репутація, будучи нематеріальною, властива суб'єкту господарювання з моменту його створення і протягом всього існування, а гудвіл, як певна вартість, утворюється тільки в разі продажу майнового комплексу. До того ж окрім ділової репутації на утворення і розмір гудвілу можуть впливати інші об'єктивні та суб'єктивні чинники. Тому ділову репутацію слід вважати вирішальним чинником, що впливає на можливість утворення гудвілу і його вартість²⁷.

Досліджуючи співвідношення понять “гудвіл” і “клієнтура” у вітчизняній цивілістиці, можна виокремити три основні тези. По-перше, гудвіл та клієнтура розглядаються як майнові нематеріальні об'єкти. Так, Н. Кузнецова відносить гудвіл та клієнтуру до інших економічних інтересів, пов'язаних із підприємницькою діяльністю, які ЄСПЛ розглядає

²⁵ Ж Нора, ‘Право на ділову репутацію ОВС як особисте немайнове право’ [2010] 2(49) Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ <http://archive.nbu.gov.ua/portal/soc_gum/vkhnivs/2010_49/49/34.pdf> дата звернення 1 Квітень 2018.

²⁶ Р Стефанчук, *Захист честі, гідності та репутації в цивільному праві: монографія* (Науковий світ 2001) 23.

²⁷ І Коваль, ‘Право на ділову репутацію суб'єктів господарювання і його позасудовий захист від неправомірного використання’ (автореф дис канд юрид наук, Інститут економіко-правових досліджень НАН України 2005) 7-8.

у контексті ст. 1 Першого протоколу. При цьому науковець вказує на їхню нетиповість як об'єктів захисту в аспекті українського законодавства й правової доктрини²⁸. По-друге, гудвіл та клієнтура, крім того, можуть розглядатись як частина інших об'єктів, наприклад: підприємства як єдиного майнового комплексу²⁹; бренду як комплексного об'єкта, який включає торговельну марку (комерційне найменування, географічне позначення), маркетингові знання (ноу-хау) щодо їх просування на ринок, репутацію фірми (гудвіл), надає конкурентні переваги і виражається у доданій вартості продукту³⁰. По-третє, гудвіл сам по собі є складним об'єктом, що об'єднує в собі інші неідентифіковані нематеріальні активи. Інакше кажучи, він розуміється як невід'ємна частина нематеріальних активів суб'єкта господарювання, яка включає у себе всі елементи, що не можуть бути ідентифіковані, тобто відокремлені від підприємства як цілісного майнового комплексу, але здатні контролюватися та приносити дохід у майбутньому: будь-то клієнтська база, частка ринку, знання та кваліфікація персоналу, база даних, його ділова репутація тощо³¹. Отже, “гудвіл” є ширшим поняттям і своїм змістом охоплює поняття “клієнтура”.

Визнаючи наукову цінність кожного із зазначених вище наукових положень, сформулюємо власне бачення досліджуваного питання. На нашу думку, при визначенні співвідношення між поняттями “репутація”, “гудвіл” та “клієнтура”, слід враховувати таке. Усі вказані терміни позначають нематеріальні об'єкти цивільних відносин. При цьому репутація є особистим немайновим благом, право на яке належить усім фізичним і юридичним особам, незалежно від здійснення останніми підприємницької чи професійної діяльності (тобто є ширшим та включає в себе поняття “ділова репутація”). Натомість гудвіл та клієнтура за своєю природою є майновими благами, створюються у результаті здійснення особою підприємницької та (або) професійної діяльності, мають економічну цінність, обумовлену можливістю їх використання при подальшому здійсненні такої діяльності. Тому “репутація”, “гудвіл” і “клієнтура” не є тотожними поняттями, і відрізняються за своїм змістом та обсягом. Водночас вони перебувають у взаємозв'язку та взаємозалежності один

²⁸ Н Кузнецова, ‘Власність і право на мирне володіння майном відповідно до статті 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (поняття об'єктів права власності та нетипові об'єкти права власності у розумінні статті 1 Першого протоколу)’ в *Право власності: європейський досвід та українські реалії: Збірник доповідей і матеріалів Міжнародної конференції* (м Київ, 22-23 жовтня 2015 року) (ВАІТЕ 2015) 30, 31.

²⁹ Ю Ходико, ‘Підприємство як єдиний майновий комплекс та особливості його іпотеки’ [2010] 1(33) Університетські наукові записки 61.

³⁰ О Сімсон, ‘Правова модель державно-приватного партнерства як інструмент гармонізації публічних і приватних інтересів в інноваційній стратегії України’ (автореф дис д-ра юрид наук, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого 2015) 21.

³¹ А Гусь, *Нематеріальні активи: господарсько-правовий аспект: монографія* (АУТДОР-ШАРК 2015) 187.

від одного. Так, гудвіл фактично є економічною оцінкою репутації, але на обмежується нею. На його вартість також можуть впливати належні особі об'єкти права інтелектуальної власності, такі як торговельна марка, фірмове найменування, комерційна таємниця, а також інші нематеріальні об'єкти, до яких ми відносимо і клієнтуру. Клієнтура, зі свого боку, відрізняється від гудвілу та репутації тим, що їй не притаманний нерозривний зв'язок із особою-носієм. Наприклад, клієнтура, створена господарським товариством, може бути використана його засновниками (учасниками) після припинення останнього без правонаступників.

Практика ЄСПЛ виділяє такі умови захисту гудвілу. По-перше, заявник повинен володіти певним рівнем гудвілу. Наприклад, у справі “*Buzescu v. Romania*”³² ЄСПЛ встановив набуття заявником істотного рівня гудвілу стосовно юридичних послуг, які ним надавалися, на підставі низки документів, таких як листи Румунського союзу адвокатів, Міністерства закордонних справ. На підставі цього ЄСПЛ дійшов висновку, що клієнтура заявника пов'язана з його юридичною практикою, і що він може її використовувати як адвокат.

По-друге, заявник повинен мати можливість використовувати свій гудвіл при здійсненні конкретного виду діяльності. Пояснити це можна на прикладі справи “*Oklešen and Pokopališko Pogrebne Storitve Leopold Oklešen S.P. v. Slovenia*”³³. Так, було встановлено, що заявник здійснював діяльність із надання ритуальних послуг із 1995 по 2002 рр., коли надання ритуальних послуг актом муніципального органу було покладено на комунальне підприємство, яке набуло законну монополію на здійснення такої діяльності. Незважаючи на те, що за цей час заявник набув істотного рівня гудвілу, ЄСПЛ визнав відсутнім порушення ст. 1 Першого протоколу, беручи до уваги таке. У 1993 р. було прийнято національний закон, який відніс ритуальні послуги до комунальних послуг (тобто відбулася націоналізація похоронної справи). Відтоді почався перехідний період, протягом якого муніципальні органи повинні були прийняти акти для впровадження вказаної норми на рівні відповідної територіальної одиниці. Тому можливість заявника *de facto* надавати ритуальні послуги, яка *de jure* припинилася у 2002 р., мала від початку тимчасовий характер.

По-третє, слід встановити факт протиправного втручання у право заявника на володіння та користування своїм гудвілом. У справі “*Malik v. The United Kingdom*”³⁴ ЄСПЛ дійшов висновку, що питання, чи було у заявника володіння нематеріальним активом, нерозривно пов'язано з питанням, чи мало місце втручання у таке володіння. Відповідно, втру-

³² Buzescu v. Romania (n 15).

³³ Oklešen and Pokopališko Pogrebne Storitve Leopold Oklešen S.P. v. Slovenia (n 6).

³⁴ Malik v. The United Kingdom (n 5).

чання у право мирного володіння своїми нематеріальними активами ЄСПЛ визнавав у разі: позбавлення заявника його права на здійснення адвокатської діяльності, яке призвело до втрати ним клієнтів та доходу (*“Döring v. Germany”*³⁵); відмова відновлення членства в асоціації адвокатів, яке було анульовано внаслідок виїзду в іншу країну (*“Buzescu v. Romania”*³⁶); виключення заявника з реєстру Ради адвокатів у зв’язку із призначенням останнього на посаду викладача в університеті за основним місцем роботи, що змусило його припинити адвокатську практику (*“Lederer v. Germany”*³⁷); анулювання ліцензії на право роздрібною торгівлі алкогольними напоями, що мало негативний вплив на гудвіл, оскільки була однією з основних умов ведення ресторанної справи (*“Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden”*³⁸) тощо.

По-четверте, таке втручання призвело до заподіяння заявнику майнової шкоди. У справі *“Malik v. the United Kingdom”*³⁹ ЄСПЛ вказав на необхідність надання заявником доказів того, що в результаті втручання органів державної влади у здійснення ним професійної діяльності клієнтура заявника значно скоротилася. ЄСПЛ звернув увагу, що в період, поки діяльність заявника, який здійснював приватну медичну практику, була припинена, зміна чисельності його пацієнтів не була “незвичайною” порівняно з періодом, поки заявник здійснював свою діяльність у нормальному режимі, і не було доказів причинно-наслідкового зв’язку між припиненням його медичної практики і зміною чисельності його пацієнтів. Суд також зазначив, що, навіть якщо мало б місце значне зниження чисельності клієнтів, заявник не показав, що таке зниження прямо вплинуло на нього або на його фінансову ситуацію. Крім того, навіть якщо визнати, що таке зниження могло вплинути на гудвіл заявника в медичній практиці, останній не мав можливості отримати вигоду зі свого гудвілу за допомогою відчуження у період припинення його професійної діяльності. Отже, можливе зниження ринкової вартості гудвілу не могло мати для нього наслідків.

При цьому у практиці ЄСПЛ розмежується гудвіл як такий, що охоплюється ст. 1 Першого протоколу, від можливого майбутнього доходу або прибутку, які не підпадають під дію вказаної статті. Прикладом може бути справа *“Ian Edgar (Liverpool) Limited v. The United Kingdom”*, у якій заяву було оголошено неприйнятною на підставі ч. 3 ст. 35 Кон-

³⁵ Döring v. Germany (n 2).

³⁶ Buzescu v. Romania (n 15).

³⁷ Lederer v. Germany: Court (Fifth Section) Decision. 22.05.2006. App. No. 6213/03 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83568>> accessed 1 April 2018.

³⁸ Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden: Court (Chamber) Judgment (Merits and Just Satisfaction). 07.07.1989. App. No 10873/84 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57586>> accessed 1 April 2018.

³⁹ Malik v. The United Kingdom (n 5).

венції у зв'язку з тим, що інформація, надана суду, не могла відмежувати гудвіл від майбутнього доходу або прибутку. Складність такого розмежування полягає у тому, що при визначенні шкоди, завданої у зв'язку з пониженням гудвілу, неминуче враховується передбачуване особою відтворення доходу, отриманого раніше за рахунок гудвілу. Тобто цінність гудвілу як активу в практиці ЄСПЛ визначається з урахуванням динаміки рівня прибутків, що отримуються суб'єктом економічної діяльності у минулому в межах сформованого ним гудвілу⁴⁰. Інакше кажучи, захист гудвілу відбувається лише в межах “законного сподівання” (“*legitimate expectation*”).

Способами захисту “гудвілу” можуть слугувати як відшкодування майнової шкоди, так і компенсація моральної шкоди. Особливість відшкодування майнової шкоди, завданої гудвілу, полягає у складності обрахування суми такого відшкодування, з огляду на невизначеність характеру такої шкоди⁴¹. До того ж шкода, завдана гудвілу, опосередковується через розрахунок упущеної вигоди в умовах, які можуть коливатися залежно від непередбачуваних чинників⁴². Це особливо слушно у випадках, що стосуються комерційної діяльності особи, яка передбачає взяття на себе ризиків і ступінь невизначеності відносно користування й прибутковості активу, про який ідеться⁴³. Тому у справі “*Buzescu v. Romania*”⁴⁴, беручи до уваги кількість невизначених чинників, які впливають на втрати заявника, ЄСПЛ визначив суму відшкодування на основі принципу справедливості.

Що стосується грошової компенсації за моральну (немайнову) шкоду, заподіяну внаслідок порушення гудвілу, то ЄСПЛ визначає її керуючись тим самим принципом справедливості, оскільки її точний підрахунок у принципі неможливий. Немайна шкода, завдана у такому разі, може включати аспекти, які більшою чи меншою мірою “об’єктивні” або “суб’єктивні”. Аспекти, які можуть бути взяті до уваги, включають репутацію особи, невизначеність в ухваленні рішення (для яких немає чіткої методики підрахунку наслідків) і тривогу й незручності, заподіяні таким особам. Наприклад, у тій самій справі “*Buzescu v. Romania*”⁴⁵ ЄСПЛ, визначаючи розмір компенсації моральної шкоди, взяв до уваги страж-

⁴⁰ К Черновол, ‘Гудвилл, клиентура и деловая репутация в практике толкования Европейским Судом по правам человека статьи 1 Протокола № 1 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод’ (2017) 8-9 Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки 259.

⁴¹ Smith and Grady v. The United Kingdom (Article 41): Court (Third Section) Judgment (Just Satisfaction). 25.07.2000. App. No 33985/96, 33986/96 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59023>> accessed 1 April 2018.

⁴² Dacia S.R.L. v. Moldova: Court (Fourth Section) Judgment (Just Satisfaction). 24.02.2009. App. No 3052/04 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91479>> accessed 1 April 2018.

⁴³ Basarba OOD v. Bulgaria: Court (Fifth Section) Judgment (Just Satisfaction). 20.01.2011. App. No 77660/01 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102898>> accessed 1 April 2018.

⁴⁴ Buzescu v. Romania (n 15).

⁴⁵ Там само.

дань та розчарування, які відчував заявник, у зв'язку із втратою статусу адвоката. Однак грошова компенсація моральної шкоди допускається у практиці ЄСПЛ у випадках, коли буде визнано, що для такої компенсації недостатньо визнання порушення права⁴⁶. Тобто визнання права порушеним розглядається як належний спосіб компенсації моральної шкоди.

Висновки. Екстраполюючи проведений аналіз на чинне законодавство, доходимо таких висновків. Оскільки практика ЄСПЛ застосовується як джерело права в Україні, то гудвіл та (або) клієнтура повинні забезпечуватися цивільно-правовим захистом. Допоки право на гудвіл та (або) клієнтуру формально не закріплене на рівні національного законодавства, можливість володіння, користування гудвілом та (або) клієнтурою, їхній захист повинен визнаватися охоронюваним законом інтересом. З урахуванням реформування законодавчого регулювання здійснення професійної та підприємницької діяльності назріла нагальна необхідність легального закріплення права на гудвіл та (або) клієнтуру.

REFERENCES

List of legal documents

Legislation

1. Podatkovyi kodeks Ukrainy [The Tax Code of Ukraine]: Zakon Ukrainy [the Law of Ukraine] vid 2 hrudnia 2010 r. № 2755-VI. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2755-17/print1467264005350874> (accessed: 01.04.2018) (in Ukrainian).
2. Polozhennia (standart) bukhhalterskoho obliku 19 "Obiednannia pidpriemstv", zatverdzhenni nakazom Ministerstva finansiv Ukrainy [Accounting Provision (Standard) 19 "Association of Enterprises" Approved by Order of the Finance Ministry of Ukraine] vid 7 lypnia 1999 r. № 163. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0499-99> (accessed: 01.04.2018) (in Ukrainian).
3. Pro deiaki pytannia praktyky zastosuvannia hospodarskymy sudamy zakonodavstva pro informatsiiu [On Some Issues of Economic Courts' Practice of Application of Information Legislation]: informatsiinyi lyst Vyschoho hospodarskoho sudu Ukrainy [the Information Letter of the Higher Economic Court of Ukraine] vid 28 bereznia 2007 № 01-8/184. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v_184600-07 (accessed: 01.04.2018) (in Ukrainian).

Cases

4. Van Marle and others v. The Netherlands: Court (Plenary) Judgment (Merits). 26.06.1986. App. No 8543/79, 8674/79, 8675/79 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57590>> accessed 1 April 2018 (in English).

⁴⁶ Credit and Industrial Bank v. The Czech Republic: Court (Fourth Section). Judgment (Merits and Just Satisfaction). 21.10.2003. App. No 29010/95 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61381>> accessed 1 April 2018.

5. Wendenburg and Others v. Germany: Court (Third Section) Decision. 06.02.2003. App. No. 71630/01 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23337>> accessed 1 April 2018 (in English).
6. Malik v. The United Kingdom: Court (Fourth Section) Judgment (Merits and Just Satisfaction). 13.03.2012. App. No. 23780/08 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109541>> accessed 1 April 2018 (in English).
7. Oklešen and Pokopališko Pogrebne Storitve Leopold Oklešen S.P. v. Slovenia: Court (Third Section) Judgment (Merits and Just Satisfaction). 30.11.2010. App. No. 35264/04 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101988>> accessed 1 April 2018 (in English).
8. Iatridis v. Greece: Court (Grand Chamber) Judgment (Merits and Just Satisfaction). 25.03.1999. App. No. 31107/96 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58227>> accessed 1 April 2018 (in English).
9. Niemietz v. Germany: Court (Chamber) Judgment (Merits and Just Satisfaction). 16.12.1992. App. No. 13710/88 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57887>> accessed 1 April 2018 (in English).
10. Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden: Court (Chamber) Judgment (Merits and Just Satisfaction). 07.07.1989. App. No. 10873/84 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57586>> accessed 1 April 2018 (in English).
11. Smith and Grady v. The United Kingdom (Article 41): Court (Third Section) Judgment (Just Satisfaction). 25.07.2000. App. No. 33985/96, 33986/96 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59023>> accessed 1 April 2018 (in English).
12. Dacia S.R.L. v. Moldova: Court (Fourth Section) Judgment (Just Satisfaction). 24.02.2009. App. No. 3052/04 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91479>> accessed 1 April 2018 (in English).
13. Basarba OOD v. Bulgaria: Court (Fifth Section) Judgment (Just Satisfaction). 20.01.2011. App. No. 77660/01 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102898>> accessed 1 April 2018 (in English).
14. Credit and Industrial Bank v. The Czech Republic: Court (Fourth Section). Judgment (Merits and Just Satisfaction). 21.10.2003. App. No. 29010/95 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61381>> accessed 1 April 2018 (in English).
15. Karni v. Sweden: Commission Decision. 08.03.1988. App. No. 11540/85 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202>> accessed 1 April 2018 (in English).
16. Döring v. Germany: Court (Fourth Section) Decision. 09.11.1999. App. No. 37595/97 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5642>> accessed 1 April 2018 (in English).
17. Buzescu v. Romania: Court (Second Section) Judgment. 24.05.2005. App. No. 61302/00 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69120>> accessed 1 April 2018 (in English).
18. Lederer v. Germany: Court (Fifth Section) Decision. 22.05.2006. App. No. 6213/03 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83568>> accessed 1 April 2018 (in English).
19. Postanova Verkhovnoho Sudu [Supreme Court Ruling] vid 2 bereznia 2018 r. u spravi № 814/1743/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72551817> (accessed: 01.04.2018) (in Ukrainian).

Bibliography

Authored books

20. Hus A, *Nematerialni aktyvy: hospodarsko-pravovyi aspekt: monohrafiia [Intangible Assets: Economic Law Aspect: Monograph]* (AUTDOR-ShARK 2015) (in Ukrainian).
21. Stefanchuk R, *Zakhyst chesti, hidnosti ta reputatsii v tsyvilnomu pravi: monohrafiia [Protection of Honor, Dignity and Reputation in Civil Law: Monograph]* (Naukovyi svit 2001) (in Ukrainian).

Journal articles

22. Chernovol K, 'Gudvill, klientura i delovaya reputatsiya v praktike tolkovaniya Evropeyskim Sudom po pravam cheloveka stat'i 1 Protokola №1 k Konventsii o zashchite prav cheloveka i osnovnykh svobod' ['Goodwill, Clientele and Business Reputation in the European Court of Human Rights Practice of Interpretation of Article 1, Protocol No. 1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms'] (2017) 8-9 Gumanitarnye, sotsial'no-ekonomicheskie i obshchestvennye nauki 259 (in Russian).
23. Haliyanych M ta Kovalenko H, 'Chest, hidnist i dilova reputatsiia. Tsyvilno-pravovi problemy zakhystu nemainovykh prav' ['Honor, Dignity and Business Reputation. Civil Law Issues of Non-Property Rights Protection'] [2000] 20(442) Zakon i biznes 10 (in Ukrainian).
24. Khodyko Yu, 'Pidpriemstvo yak yedynyi mainovyi kompleks ta osoblyvosti yoho ipoteki' ['Enterprise as a Whole Property Complex and the Specifics of its Mortgage'] [2010] 1(33) Universytetski naukovy zapysky 61 (in Ukrainian).
25. Naumenko A, 'Pravovi aspekty vyznachennia ta klasyfikatsii nematerialnykh aktyviv yak obektiv otsinky' ['Legal Aspects of Definition and Classification of Intangible Assets as Valuation Objects'] (2013) 3 Aktualni pytannia publicnogo ta pryvatnogo prava 52 (in Ukrainian).
26. Nor Zh, 'Pravo na dilovu reputatsiiu OVS yak osobyste nemainove pravo' ['Right to Business Reputation of Internal Affairs Bodies as a Personal Non-Property Right'] [2010] 2(49) Visnyk Kharkivskoho natsionalnogo universytetu vnutrishnikh sprav <http://archive.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/vkhnuvs/2010_49/49/34.pdf> accessed 1 April 2018 (in Ukrainian).

Conference papers

27. Kuznietsova N, 'Vlasnist i pravo na myrne volodinnia mainom vidpovidno do statti 1 Pershoho protokolu do Konventsii pro zakhyst prav liudyny i osnovopolozhnykh svobod (poniattia obektiv prava vlasnosti ta netypovi obiekty prava vlasnosti u rozuminni statti 1 Pershoho protokolu)' ['Property and the Right to Peaceful Enjoyment of Property under Article 1 of the First Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (the Concept of Property Right Objects and Atypical Property Right Objects within the Meaning of Article 1 of the First Protocol)'] v *Pravo vlasnosti: yevropeyskyi dosvid ta ukrainski realii: Zbirnyk dopovidei i materialiv Mizhnarodnoi konferentsii (m Kyiv, 22–23 zhovtnia 2015 roku) Ownership Right: the European Experience and Ukrainian Realities: Collected Reports and Materials of the International Conference (Kyiv, October 22-23, 2015)*] (VAITE 2015) (in Ukrainian).

Thesis abstracts

28. Koval I, 'Pravo na dilovu reputatsiiu subiektiv hospodariuvannia i yoho pozasudovyi zakhyst vid nepravomirnoho vykorystannia' ['Right to Business Reputation of Business Entities and Its Out-of-Court Protection against Illegal Use'] (avtoref dys kand yuryd nauk, Instytut ekonomiko-pravovykh doslidzhen NAN Ukrainy 2005) (in Ukrainian).
29. Simson O, 'Pravova model derzhavno-pryvatnogo partnerstva yak instrument harmonizatsii publichnykh i pryvatnykh interesiv v innovatsiinii stratehii Ukrainy' ['Legal Model of Public-Private Partnership as a Tool for Harmonization of Public and Private Interests in the Innovation Strategy of Ukraine'] (avtoref dys d-ra yuryd nauk, Natsionalnyi yurydychnyi universytet imeni Yaroslava Mudroho 2015) (in Ukrainian).

GOODWILL AND CLIENTELE PROTECTION IN ACCORDANCE
WITH THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN
RIGHTS

ABSTRACT. In the age of information society and given the current extent of globalization, intangible assets acquire the significance never existing before, and sometimes this significance even exceeds that of tangible assets. This trend creates the need for establishing and improving the legal structures of ownership and use of such assets, as well as their protection against unlawful interference. This is fully applicable to the entrenchment of the right to goodwill and clientele, and their protection at civil law.

The purpose of the article is to study the concept, grounds and conditions of goodwill and clientele protection according to the practice of the European Court of Human Rights (hereinafter – ECHR).

It is found that there is a well-established ECHR practice of recognizing intangible assets, such as goodwill and clientele, as property within the meaning of Article 1 of the First Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The author has ascertained that the ECHR practice recognizes the right to goodwill (clientele) regardless of its formal entrenchment at the level of national legislation. The subjects of this right may be individuals as well as legal entities which carry out professional and (or) entrepreneurial activity of a certain type bringing them profit. The list of such activities is not exhaustive and may be extended. The right to goodwill (clientele) may emerge on the basis of objective (the activities concerned are conducted for a long time; a special legal status is acquired; licenses and permits as prescribed by law are obtained) but also subjective (the subject's actual business reputation) factors. It is shown that the ECHR practice identifies the following conditions for protection of goodwill: the applicant should possess a certain extent of goodwill; the applicant should be able to use the goodwill while implementing a particular activity; the fact of illegal interference with the applicant's right to possess and use the goodwill should be established; such interference should result in property damage to the applicant. The article also analyzes the ways of goodwill protection which may be property damage compensation as well as compensation of moral harm.

Since the ECHR practice is used as a source of law in Ukraine, goodwill and (or) clientele should be provided with protection under civil law. As long as the right to goodwill and (or) clientele is not formally entrenched at the level of national legislation, the possibility of possession, use of goodwill and (or) the clientele, and their protection should be recognized as a legally protected interest.

KEYWORDS: goodwill; clientele; business reputation; practice of the European Court of Human Rights.